**CONTRATO REALIDAD – Elementos del contrato realidad – Existencia – Excepciones**

Por su parte, en varias decisiones esta Corporación 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 complementa con otra jurisprudencia de esta Sección en la que se sostuvo, que entre contratante y contratista podía haber 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 de subordinación.

**PERSONAL SUPERNUMERARIO – Régimen jurídico del personal supernumerario de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN)**

A diferencia de los anteriores supuestos esta Corporación ha venido analizando la relación laboral en la modalidad de supernumerario, prevista 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. …Y en lo que concierne a la vinculación laboral del personal supernumerario está determinado, que hay un verdadero régimen laboral especial.

**PERSONAL SUPERNUMERARIO – Régimen salarial del personal supernumerario de la DIAN – Diferencia del régimen salarial entre el personal supernumerario y de planta de la DIAN – Justificación de la diferencia de régimen salarial**

Las partes han señalado, con análisis diferente, que hay normatividad para que la DIAN vincule, entre otros, al personal supernumerario, motivo que hace necesario citar 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, en la que 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. …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.

**MEDIOS DE CONTROL – Medio de control de simple nulidad – Efectos erga omnes de la sentencia en el medio de control de simple nulidad**

De lo anterior se advierte que la legalidad en ese tema de los incentivos está definido en la sentencia proferida en control de nulidad o simple nulidad con efectos de cosa juzgada erga omnes, lo que la hace incuestionable en este debate y por lo mismo no admite excepción de ilegalidad. 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. Adicionalmente, esa providencia hace el mismo análisis sobre el fundamento jurídico del presente litigio, para averiguar acerca de la nulidad deprecada por la parte demandante en relación con las consecuencias salariales y prestacionales previstas en la normatividad sobre la distinción que se hace entre personal de planta y personal supernumerario, la que define como una distinción justificada legalmente.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION SEGUNDA**

**SUBSECCION “A”**

**Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNANDEZ**

Bogotá D.C., veintiuno (21) de abril dos mil dieciséis (2016)

**Radicación número: 68001-23-33-000-2013-00646-01(2949-14)**

**Actor: ELODIA GONZALEZ SANMIGUEL**

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

**- S E N T E N C I A -**

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto, tanto por el apoderado judicial de la parte demandante, como por la parte demandada, contra la sentencia del 27 de febrero de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda instaurada por la señora ELODIA GONZÁLEZ SANMIGUEL, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra la actuación administrativa por medio de la cual, la **DIAN** negó la existencia de una relación laboral diferente a la de empleada supernumeraria.

**ANTECEDENTES**

En forma sintética en la demanda señaló las siguientes:

**PRETENSIONES**

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la señora ELODIA GONZÁLEZ SANMIGUEL instauró demanda ante el Tribunal Administrativo de Santander para 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-, en los que se denegó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales reclamadas, en razón de su vinculación como supernumeraria desde el 3 de diciembre de 2001 hasta el 31 de diciembre de 2011, y como funcionaria temporal desde el 3 de enero de 2012 hasta la fecha de presentación de la demanda (17 de julio de 2012).

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; se reliquide la asignación salarial “*determinada por las funciones efectivamente desarrolladas comparadas con su par de la planta de cargos de la DIAN*”, y se disponga el pago de las prestaciones sociales como son 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; que fue designada y posesionada como supernumeraria, del 3 de diciembre de 2001 al 31 de diciembre de 2011, y como funcionaria temporal desde el 3 de enero de 2012 al 17 de julio de 2012.

La accionante destacó en su solicitud, que el desempeño de labores corresponde a funciones permanentes en la entidad, lo cual desbordó los límites de la transitoriedad; le otorgó el disfrute de sus vacaciones, y fue evaluada con el mismo instrumento de evaluación aplicado a los funcionarios de planta. Además de ello destacó, 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 de incentivos por desempeño grupal, desempeño en fiscalización y cobranzas y desempeño nacional, a los supernumerarios no se les reconocían dichos valores.

Manifiesta 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 ella no formuló ninguna demanda con anterioridad por temor a las represalias y por necesitar el empleo.

**NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN**

La accionante invocó 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 incumplió la anterior normativa y se apartó de la jurisprudencia de esta Corporación, cuando contrató sus servicios como supernumeraria para suplir necesidades administrativas permanentes, para cual debió fijar el término de duración y la asignación mensual a pagar, desconoció las características de temporalidad y necesidad del servicio con lo que 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 contestó la demanda[[1]](#footnote-1) oponiéndose a todas las pretensiones, consideró que la actora no tiene ninguno de los derechos reclamados. Si bien reconoce la vinculación de la accionante como supernumeraria, señala que según lo previsto en el artículo 22 del Decreto 1072 de 1999 “*la persona así nombrada tendrá derecho a percibir las prestaciones sociales existentes para los servidores de contribución*”, y niega que dicha vinculación se haya visto interrumpida debido a los recesos contractuales.

La **DIAN** de Santander explica, que para ocupar cargos de carrera debe haber sido superado un concurso, lo que no ha sucedido en este caso y las labores realizadas por la señora González Sanmiguel corresponden al concepto de personal supernumerario previsto en el Decreto 1072 de 1999. De otra parte, los incentivos que reclama la demandante, consagrados en los artículos 5, 6 y 7 del Decreto 1268 de 1999, están destinados solamente para los servidores que ocupen cargos de la planta en la entidad.

Con estos referentes, el apoderado de la DIAN aduce, que esta Corporación ha cancelado la totalidad de los derechos laborales que le corresponden a la demandante, en aplicación de las normas anteriormente invocadas, máxime que no se le fijaron metas en sus funciones para verificar que las hubiere alcanzado.

La **DIAN** de Santander presenta como excepciones a la norma: **falta de agotamiento de la vía gubernativa** en cuanto a la pretensión de declaración de la existencia del contrato realidad, pues la actora no lo peticionó en el recurso de reposición radicado en sede gubernativa, y **prescripción trienal** de la nivelación salarial, en aplicación de la jurisprudencia del Consejo de Estado -entre otras-, el expediente 41001-23-31-000-1996-8548-01(0545-02) del 17 de julio de 2008.

**SENTENCIA APELADA**

El Tribunal Administrativo de Santander en sentencia[[2]](#footnote-2) del 27 de febrero de 2014, accedió a la mayoría de las pretensiones de la demanda, al declarar la nulidad del Oficio del 12 de octubre de 2011 y de la Resolución 000691 del 2 de febrero de 2012, por la cual se resolvió el recurso de reposición. Señaló además el *a quo* en que la sentencia es constitutiva y por ello no reconoce la ocurrencia de prescripción, motivo por el cual ordenó el pago de las diferencias salariales y prestacionales reclamadas, tras comparar las sumas percibidas con las de aquellos servidores vinculados a la planta de personal. 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[[3]](#footnote-3) 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 parte **demandante** expresó su inconformidad por la negativa a reconocer los incentivos, al considerar que hay error en la valoración de la prueba, motivo por el cual invoca los artículos 5, 6 y 7 del Decreto 1268 de 1999, el artículo 8 del Decreto 4050 de 2008, para afirmar que tales normas no exigen una calificación del cumplimiento individual de las metas, sino del respectivo equipo, sean supernumerarios o de planta, concluyendo así que se violan los principios de igualdad y equidad.

A juicio de la **demandada** la decisión del *a quo* desconoce precedentes del Consejo de Estado que avalaron la legalidad de lo pagado por la DIAN y denegaron las pretensiones en casos similares, para lo cual relaciona siete (7) providencias[[4]](#footnote-4).

La **DIAN** de Santander reitera los argumentos de defensa en cuanto a la circunstancia de no desempeñar la demandante un cargo de planta, mientras que hay normas legales que respaldan esta modalidad de vinculación laboral, así como los derechos fijados de manera especial para el personal supernumerario, con la determinación de las áreas y funciones previstas para ellos.

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

La **DIAN** de Santander también insiste en el término de tres (3) años fijado para la prescripción de los derechos laborales, plazo que está previsto en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, de acuerdo con lo expresado en 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[[5]](#footnote-5).

**TRÁMITE PARA LA SEGUNDA INSTANCIA**

Como la sentencia que desató la *litis* en primera instancia fue adversa parcialmente al ente público demandado y al demandante, contra la misma los demandantes interpusieron sendos recursos de apelación. Se citó a audiencia de conciliación, según lo determina el artículo 192 del C.P.A.C.A., que se celebró el 07 de mayo de 2014, habiéndose declarado fallida, en la que se profiere la providencia que concede el recurso de apelación fijando su efecto suspensivo.

En este despacho el recurso es admitido el 03 de septiembre de 2014 (fl. 608) y para presentar alegatos de conclusión se corrió traslado a las partes por término común de ley mediante auto de 12 de mayo de 2015 (fl. 615).

**ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

La **parte demandada** (fls. 637 a 641 vuelto) presentó 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, Decretos 765 de 2005 que refiere a los empleos supernumerarios entre los de la entidad, decreto 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 su financiación.

Sobre los incentivos la **parte demandada** precisa, 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*”, sustentando su exposición con providencia de esta Corporación[[6]](#footnote-6) sobre la legalidad de esa distinción para el pago, según la relación que se tenga con la DIAN.

El **demandante** no presentó alegato en esta instancia y el **Ministerio Público** guardó silencio (fl. 642).

**CONSIDERACIONES**

**PROBLEMA JURÍDICO**

Esta Sala se contrae a determinar, si a la demandante le asiste el derecho al reconocimiento del contrato realidad durante el periodo de vinculación a la DIAN, mediante nombramientos como supernumeraria, por más de diez (10) años 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[[7]](#footnote-7), para luego del análisis del acervo probatorio definir, si en el caso concreto le asiste la razón a la accionante en lo que pretende.

Por su parte, en varias decisiones esta Corporación[[8]](#footnote-8) 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 complementa con otra jurisprudencia de esta Sección en la que se sostuvo, que entre contratante y contratista podía haber 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 de subordinación[[9]](#footnote-9).

A diferencia de los anteriores supuestos esta Corporación ha venido analizando la relación laboral en la modalidad de supernumerario, prevista 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 prescripción[[10]](#footnote-10) hasta reconocerla, con varias opciones temporales, de cinco (5) años[[11]](#footnote-11) y de tres (3) años[[12]](#footnote-12).

Actualmente se ha consolidado el plazo de los tres (3) años para reclamar prestaciones sociales en el vínculo laboral por contrato realidad, que se empieza a contar a partir de la fecha de terminación del último contrato[[13]](#footnote-13).

Y en lo que concierne a la vinculación laboral del personal supernumerario está determinado, que hay un verdadero régimen laboral especial.

Las partes han señalado, con análisis diferente, que hay normatividad para que la DIAN vincule, entre otros, al personal supernumerario, motivo que hace necesario citar 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[[14]](#footnote-14), en la que 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.*

De lo anterior se advierte que la legalidad en ese tema de los incentivos está definido en la sentencia proferida en control de nulidad o simple nulidad con efectos de cosa juzgada *erga omnes*, lo que la hace incuestionable en este debate y por lo mismo no admite excepción de ilegalidad[[15]](#footnote-15). 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*.[[16]](#footnote-16)

Adicionalmente, esa providencia hace el mismo análisis sobre el fundamento jurídico del presente litigio, para averiguar acerca de la nulidad deprecada por la parte demandante en relación con las consecuencias salariales y prestacionales previstas en la normatividad sobre la distinción que se hace entre personal de planta y personal supernumerario, la que define como una distinción justificada legalmente.

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 en el presente caso a una conclusión diferente, que sería 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.

Dentro de esa lógica es que en esta Corporación se han denegado las pretensiones en casos como el que da cuenta la siguiente cita:

*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[[17]](#footnote-17).*

El anterior precedente constituye la tesis acogida por la Sala para dirimir este litigio en el que los fundamentos fácticos y jurídicos del presente asunto son similares.

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[[18]](#footnote-18).*

Con fundamento en lo expresado anteriormente, se analizará la solicitud de la declaratoria de vínculo laboral equivalente al desempeño de cargo de planta por la demandante y, si es el caso, estudiará 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 ELODIA GONZÁLEZ SANMIGUEL laboró para la entidad demandada durante 10 años y 28 días, en condición de supernumeraria, no en la planta permanente de personal de la entidad.

Se demostró al interior del expediente que la demandante prestó sus servicios entre el 3 de diciembre de 2001 y el 31 de diciembre de 2011, tal como lo acredita el certificado del 30 de noviembre de 2011, en el que la DIAN consolida la información de su historia laboral (fls. 51 a 56) y en el que advierte, que durante ese tiempo fue rotada en diferentes dependencias y explica que no tienen manual de funciones para los supernumerarios.

Por lo anterior, solamente se debe estudiar como problema jurídico la tesis de la demanda sobre si la demandante tiene los mismos derechos laborales de remuneración de los que percibe el personal de planta -en especial por incentivos-, en la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES **-DIAN-.**

**CASO CONCRETO**

Según los elementos de prueba obrantes en el plenario no se puede dudar sobre la relación laboral de la demandante como “supernumerario”, cuya existencia conduce a denegar lo pretendido de acuerdo con la jurisprudencia actual en materia de contrato realidad.

En efecto, 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 que de ello se derivan, como quiera que el argumento principal de la demanda se definió en la sentencia de nulidad simple reseñada en esta providencia.

Además de esa declaración por encontrar la vinculación ajustada al derecho o a las normas superiores, entonces descartó trato desigual reprochable, con lo cual deviene inferir que la Administración actuó conforme a derecho cuando le denegó a la señora ELODIA GONZÁLEZ SANMIGUEL la remuneración del personal de planta por ser ella supernumeraria, más aún cuando no se encuentra desvirtuada la presunción de legalidad de los actos administrativos demandados.

Como la sentencia del Tribunal Administrativo de Santander del 27 de febrero de 2014 acogió la tesis planteada por la parte actora, que es contraria a la postura jurisprudencial vigente actualmente en esta Corporación, se procederá a revocar esa providencia en su integridad.

En cuanto a la condena en costas, siguiendo el precedente consignado en sentencias de esta Sala[[19]](#footnote-19) la Sala en aplicación de lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, condenará en las dos instancias a la parte vencida en el proceso y en favor de la favorecida con esta sentencia.

La liquidación de las costas, tal como se encuentra previsto en el artículo 366 del Código General del Proceso, la hará el Tribunal de la primera instancia, para lo cual deberá dar aplicación a los criterios señalados en el Acuerdo 1887 de junio 26 de 2003 expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

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

**FALLA**

**Primero. - REVOCAR** la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, de 27 de febrero de 2014 en el proceso promovido por la señora ELODIA GONZÁLEZ SANMIGUEL contra la UNIDAD ADMNISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÒN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONAL DIAN, tal como quedó expuesto en la parte motiva de la presente providencia y en su remplazo,

**DENEGAR** las pretensiones de la demanda.

**Segundo. -** **CONDENAR EN COSTAS** de las dos instancias, a la parte demandante, en favor de la entidad demandada, las cuales serán liquidadas por el Tribunal Administrativo de Santander.

**Tercero. - 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**

1. Folios 249 a 264 [↑](#footnote-ref-1)
2. Folios 551 a 559 vuelto [↑](#footnote-ref-2)
3. Folio 560 [↑](#footnote-ref-3)
4. Folios 570 a 573 [↑](#footnote-ref-4)
5. Folios 570 a 573 [↑](#footnote-ref-5)
6. Sentencia de 23 de octubre de 2008, Exp. 23-31-000-2003-01429-01, Consejero Ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren [↑](#footnote-ref-6)
7. 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-7)
8. 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-8)
9. Consejo de Estado. Sala Plena. Sentencia de 18 de noviembre de 2003. Expediente No. IJ-0039. Consejero Ponente Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda. [↑](#footnote-ref-9)
10. 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-10)
11. 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-11)
12. 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-12)
13. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 8 de mayo de 2014. Expediente No. 2725-12. Consejero Ponente Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Sentencia de 7 de abril de 2016. Expediente No. 1776-14. Consejero Ponente Dr. Gabriel Valbuena Hernández. [↑](#footnote-ref-13)
14. 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-14)
15. Artículo 12 Ley 153 de 1887 [↑](#footnote-ref-15)
16. Corte Constitucional sentencia de tutela T-287/11, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub [↑](#footnote-ref-16)
17. 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-17)
18. ###  Procuraduría General de la Nación, Boletín 702, Publicado el viernes, 30 agosto 2013

 [↑](#footnote-ref-18)
19. Sobre el particular: Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección “A”. Rad. 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014), actor José Francisco Guerrero Bardi, C. P. William Hernández Gómez y Rad. 25000-23-42-000-2012-01460-01 (1753-2014). C. P. Gabriel Valbuena Hernández. [↑](#footnote-ref-19)