



Cartagena de Indias D.T. y C, veintisiete (27) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-004-2013-00216-01
Demandante	SILVANA LÓPEZ AGUDELO
Demandado	DIAN
Magistrado Ponente	ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS
Tema	CONTRATO REALIDAD

I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha veinticinco (25) de marzo de dos mil quince (2015), proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

II.- ANTECEDENTES

2.1. DEMANDA.

2.1.1. PRETENSIONES.

Se pretende la declaratoria de nulidad de la resolución de radicación n° 100000202-0002250 del 11 de diciembre de 2012, por medio del cual la DIAN, negó el reconocimiento y pago de nivelación salarial, y de la resolución N° 000743 del 06 de febrero de 2013, por la cual se resuelve un recurso de reposición.

Que como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento, se declare la existencia del **contrato realidad**, que se nivele salarialmente, se le reconozca y pague la diferencia prestacional fijada para el cargo que ha venido ocupando – Gestor I Código 301, Grado 01- , se reliquide y pague la diferencia salarial entre el valor inferior recibido en el cargo desempeñado como supernumerario y su verdadera asignación salarial, se reliquide y pague las diferencias prestacionales.

2.1.2. HECHOS.

Relata el actor en síntesis lo siguiente:

SILVANA LÓPEZ AGUDELO, prestó sus servicios en la DIAN, desde el 24 de noviembre de 2008, y la vinculación a la entidad durante todo el tiempo en



que prestó sus servicios fue la de supernumerario hasta el 31 de diciembre de 2011.

A partir del 03 de enero de 2012, la vinculación se hizo en la calidad de empleado temporal, en el cargo Gestor I Código 301 Grado 01 y la última ubicación de la actora fue en la División de Gestión de la Operación Aduanera de la Dirección Seccional de Adunas.

La demandante ha prestado sus servicios a la DIAN, por periodos sucesivos de uno, dos, tres o seis meses, cada uno, sin solución de continuidad.

2.1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

El demandante señaló como normas violadas las siguientes:

- 1) Constitucionales: artículos 1, 53, 25,13 y 122.
- 2) Legales: art. 83 del decreto 1042 de 1978, art. 22 del Decreto 1072 de 1999, art. 27 de la ley 909 de 2004.

Aduce el actor en su concepto de la violación que la DIAN, ha infringido los preceptos normativos citados, al convertir la excepción del nombramiento en regla general, al proceder a la contratación de manera consecutiva, desconociendo, para efectos de remuneración, las prestaciones y beneficios que si reciben sus homólogos de la planta de cargos.

Que en realidad su vinculación obedeció en su momento a las necesidades extraordinarias del servicio, y en vista de que dichas necesidades se mantienen en el tiempo, la entidad demandada estaba llamada a utilizar los medios que las normas que carrera y función pública establecen al respecto, para cubrir esos cargos de manera permanente, y no utilizar de manera desnaturalizada la figura del supernumerario para aludir la carga prestacional de la administración.

De tal manera, al exceder los términos legales, en el caso, quien originalmente fue vinculado como supernumerario y continuó laborando de manera consecutiva, sin interrupciones en el tiempo, durante múltiples periodos anuales, desaparece su condición de temporalidad que le es determinante y esencial, para convertirse, por principio constitucional de primacía de la realidad sobre la forma original de vinculación.

2.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.



En la oportunidad concedida para tal efecto, la DIAN contestó la demanda, oponiéndose a todas las pretensiones formuladas por el actor, por no asistirle derecho, ya que, según el argumento expuesto, la forma de vinculación de la demandante se hizo con sujeción a la Constitución Política, la ley 223 de 1995, el decreto 1072 de 1999, el decreto 765 de 2005 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

De igual forma para vincularse como funcionario de planta tal como lo ha dispuesto el art. 125 de la C.P; debe efectuarse previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y las calidades de los aspirantes; así mismo el decreto 1072 establecía en su art. 33 que para la provisión definitiva de los cargos del sistema específico de carrera será obligatorio adelantar, alguno de los concursos de mérito.

Que, para el caso en estudio, la parte demandante no participó en ninguno de los procesos de selección, consagrados para acceder a los empleados del sistema específico de carrera, que por el contrario su vinculación efectuó como supernumerario.

2.2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena en sentencia proferida el día 25 de marzo de 2015, negó las pretensiones de la demanda, fundamentando la providencia de la siguiente manera:

Argumenta que la demandante no tiene derecho a las declaraciones solicitadas como quiera que no logró acreditar que las funciones por ella desarrolladas, durante el tiempo que se desempeñó como supernumeraria, fuesen las mismas asignadas al cargo de GESTOR 1 CODIGO 301 GRADO 01, razón por la cual no habría lugar a la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas.

Precisó que a pesar que la accionante laboró durante varios años bajo la calidad de supernumerario, tal circunstancia no desvirtúa dicha condición, como quiera que, todos y cada uno de los actos administrativos a través de los cuales se vinculó a la DIAN están motivados en necesidades del servicio, concretamente relacionadas con el Plan de Lucha contra la Evasión y el Contrabando, por lo cual su situación se encuentra ajustada con lo dispuesto acerca de los numerarios en la ley 223 de 1995 y el decreto 1072 de 1999, así como a lo establecido por la Corte Constitucional en la sentencia C – 725 de 2000, maxime cuando no se acreditó que las funciones desarrolladas no estuvieron efectivamente relacionadas con dicho plan.



Advirtió que no puede el accionante pretender, en virtud de la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, ser incorporada a la plana permanente de personal, ya que ello va en contravía de los principio de la función pública y disposiciones de orden constitucional, que exigen que la provisión de los cargos de carrera, que por regla general son los empleos permanentes de la entidad demandada, sean provistos a través de concurso de méritos, el cual debe surtirse con el agotamiento de la correspondientes etapas establecidas en la ley; y solo al cabo de los cuales surgen los derechos de carrera.

Asegura que la actora no tiene derecho a la nivelación salarial que solicita con base en los decretos 618 de 2006, 607 de 2007, 650 de 2008 y 714 de 2009, ya que esta se encuentra por fuera del ámbito de aplicación de dichas normas, las cuales están dirigidas entre otras cosas a establecer la escala salarial de los empleados de la plana permanente de la DIAN que se hayan vinculado con posterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 618 de 2006, o que se hayan acogido a este, lo cual, de cara a los hechos probados indica que, al no haber sido la accionante una empleada de la planta permanente, no tiene derecho a las prerrogativas salariales consagradas en la normatividad señalada.

Que no habiendo lugar a la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, por no existir identidad entre las funciones desempeñadas por la demandante y las asignadas al cargo con respecto del cual solicita ser nivelada salarialmente, quedan igualmente descartadas las pretensiones relativas a la reliquidación de salarios y prestaciones sociales, por cuanto la asignación salarial y las prestaciones sociales a las que tiene derecho la accionante, son las establecidas para los diferentes cargos de supernumerario que desempeño y no las reclamadas en la demanda.

2.3. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

Inconformes con la decisión, la parte accionante por intermedio de su apoderado especial, apeló la decisión de primer grado con fundamento en lo siguiente:

Que difiere de la decisión del *a-quo* porque desconoce la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional según la cual, "en los casos en que el trabajador alega el desconocimiento del principio "a trabajo igual salario igual", la carga probatoria se traslada al empleador y no al trabajador que la alega, y en ese sentido, quien tenía el deber procesal de probar en que consistían las necesidades del servicio por las cuales requerían personal supernumerario.



Aduce que dentro del expediente reposan las pruebas que permiten demostrar que las funciones que le fueron comunicadas al actor, se encontraban en total correspondencia con los manuales de funciones de los cargos de planta de la entidad, hecho que conlleva al segundo error por parte del a quo.

Que el problema jurídico debió ser resuelto a la luz de los parámetros restrictivos emanados por la Corte Constitucional en la sentencia C – 401 de 1998, en donde el a quo debía verificar si la DIAN utilizó la figura del supernumerario de manera legal.

Agregó que no se echó de menos que dentro del expediente no se encuentra la reglamentación y delimitación de las funciones que debían ser ejercidas por el personal supernumerario dentro del Plan de Lucha contra la Evasión y el Contrabando a fin de determinar las necesidades del servicio que no podían ser atendidas por el personal de planta.

Que no se encuentra dentro del plenario que los cargos de supernumerarios hayan sido incluidos dentro de la planta de personal de la respectiva entidad y en ese orden carece de sentido el argumento expuesto por el despacho de no reconocer los incentivos por desempeño grupal, desempeño por fiscalización y desempeño nacional.

Difiere también de los argumentos esgrimidos para negar la nivelación salarial ya que en la misma demanda se señaló que la elección del Decreto 618 de 2006 era una opción solo para los funcionarios de planta, la cual no se podía aplicar a los funcionarios supernumerarios considerando que según lo dispuesto en el artículo 4 de la misma norma, las asignaciones básicas allí fijadas correspondían solo a los empleados de carácter permanente y de tiempo completo. Esta restricción es la que resulta imponiendo al supernumerario, la renuncia a la categoría de beneficios mínimos salariales, que a la luz de la Constitución Política, viola los derechos al trabajo, a la remuneración vital y móvil y a la igualdad salarial, pues como lo señala la misma entidad en las certificaciones laborales allegadas al expediente, la nomenclatura del cargo se asigna para efectos salariales, por lo tanto su asignación salarial debía corresponder a la misma que su par de planta.

Argumenta que a pesar de que las resoluciones de nombramientos indican que son por "N" número de meses, ello contraviene directamente las condiciones previstas por la Corte Constitucional en la sentencia C – 401 de 1998, pues las interrupciones no dan solución de continuidad a los nombramientos puesto que las mismas no fueron superiores a 15 días hábiles.



Desmiente que las funciones fueron de carácter transitorio y de simple apoyo y agrega que previo a emitir dicho dictamen se debió tener en cuenta que la Corte Constitucional ordena como uno de los parámetros restrictivos para vincular supernumerarios el de delimitar las funciones que va a desempeñar la planta de supernumerarios como funciones transitorias, reglamentación que se echa de menos en el expediente.

Asegura que el plan para la evasión y el contrabando que justifica la contratación no resultó ni temporal ni transitorio, por el contrario, tiene vocación de permanencia en la entidad y por lo tanto, debía crear los cargos necesarios dentro de la planta global respetando los derechos laborales, las reglas del empleo público y el sistema de carrera administrativa.

2.3. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA.

El recurso de apelación fue repartido el 13 de mayo de 2015, por la Oficina de Servicios de Cartagena, correspondiéndole al Despacho del Magistrado que funge como ponente de esta sentencia, a quien la Secretaría del Tribunal le pasó el expediente el día 05 de junio de 2015.

Mediante auto de 26 de agosto de 2015 se admitió para su trámite el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante; y se ordenó notificar personalmente al Agente del Ministerio Público.

En providencia calendada 23 de noviembre de 2015, se ordenó correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos.

2.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

Los alegatos de las partes se encuentran visibles a folios 678 a 732 del expediente.

2.5. MINISTERIO PÚBLICO.

El agente del Ministerio Público no emitió concepto.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA-

Transcurrido en legal forma el trámite de segunda instancia, se establece que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, por lo que se ocupa la Sala de desatar el recurso de apelación impetrado por la parte accionante, contra la sentencia proferida el 25 de marzo de 2015, por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena.

Código: FCA - 008 Versión: 02 Fecha: 18-07-2017





3.1. Competencia.

De acuerdo con lo dispuesto por el art. 153 del CPACA, esta Sala es competente para conocer de los recursos de apelación contra sentencias proferidas por los juzgados administrativos, en segunda instancia.

3.2. Problema jurídico.

La Litis se centra, en determinar si entre las partes se configuró una relación laboral a pesar de su vinculación mediante contratos de prestación de servicios y en caso afirmativo, si tiene derecho al reconocimiento y pago de salarios y prestaciones en igualdad de condiciones a los empleados de planta, que están vinculados mediante contrato laboral.

3.3. Tesis.

La Sala confirmará la sentencia de primera instancia debido a que no se probó la figura del contrato realidad entre el actor y la parte accionada, ni mucho menos que fue merecedor de los incentivos pretendidos debido a que estos legalmente son reconocidos a los empleados y servidores de planta y el demandante no hace parte de la planta de personal de la entidad.

3.4. Análisis normativo y jurisprudencial.

Precedente jurisprudencial en materia de contratos de prestación de servicios.

La Corte Constitucional, en sentencia C-154 de 1.997, con ponencia del Dr. Hernando Herrera Vergara, estableció las diferencias entre el contrato de carácter laboral y aquel de prestación de servicios, así:

"b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas. Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios."

Lo anterior significa, que el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestra la subordinación o dependencia respecto del empleador, evento en el cual surgirá el derecho al pago de prestaciones sociales



en favor del contratista, en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, artículo 53 de la Constitución Política.

La relación de trabajo se encuentra constituida por tres elementos, a saber, la subordinación, prestación personal del servicio y remuneración por el trabajo cumplido.

Es pertinente destacar que el reconocimiento de la existencia de una relación laboral, no implica conferir la condición de empleado público, pues, según lo ha señalado el Consejo de Estado, dicha calidad no se confiere por el sólo hecho de trabajar para el Estado:

"Como ya lo ha expresado la Corporación, para acceder a un cargo público se deben cumplir todos y cada uno de los requisitos señalados en la Constitución y en la Ley. La circunstancia de trabajar para el Estado, no confiere la condición de empleado público."

Al respecto, la Sala Plena del Consejo de Estado, en decisión adoptada el 18 de noviembre de 2003, Radicación IJ-0039, Consejero Ponente Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, Actora: María Zulay Ramírez Orozco, manifestó:

"6. Es inaceptable el criterio según el cual la labor que se cumple en casos como aquel a que se contrae la litis, consistente en la prestación de servicios bajo la forma contractual, está subordinada al cumplimiento de los reglamentos propios del servicio público por no haber diferencia entre los efectos que se derivan del vínculo contractual con la actividad desplegada por empleados públicos, dado que laboran en la misma entidad, desarrollan la misma actividad, cumplen ordenes, horario y servicio que se presta de manera permanente, personal y subordinada.

Y lo es, en primer término, porque por mandato legal, tal convención no tiene otro propósito que el desarrollo de labores "relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad"; lo que significa que la circunstancia de lugar en que se apoya la pretendida identidad de la relación jurídica derivada del contrato (sitio donde se prestó el servicio) con la situación legal y reglamentaria, carece de fundamento válido. Son las necesidades de la administración las que imponen la celebración de contratos de prestación de servicios con personas naturales cuando se presente una de dos razones: a.) que la actividad no pueda llevarse a cabo con personal de planta; b.) que requiera de conocimientos especializados la labor (art. 32 L. 80/93).

Es inaceptable, además, porque si bien es cierto que la actividad del contratista puede ser igual a la de empleados de planta, no es menos evidente que ello puede deberse a que este personal no alcance para colmar la aspiración del servicio público; situación que hace imperiosa la contratación de personas ajenas a la entidad.

Y si ello es así, resulta obvio que deben someterse a las pautas de ésta y a la forma como en ella se encuentran coordinadas las distintas actividades. Sería absurdo que contratistas encargados del aseo, que deben requerirse con urgencia durante la jornada ordinaria de trabajo de los empleados, laboren como ruedas sueltas y a horas en que no se les necesita. Y lo propio puede afirmarse respecto del servicio de cafetería, cuya prestación no puede adelantarse sino cuando se encuentra presente el personal de planta.

En vez de una subordinación lo que surge es una actividad coordinada con el quehacer diario de la entidad, basada en las cláusulas contractuales."

En dicho fallo se concluyó lo siguiente:



1. El vínculo contractual que subyace en los contratos de prestación de servicios no es contrario a la ley.
2. No existe identidad de la relación jurídica derivada del contrato (sitio donde se prestó el servicio) con la situación legal y reglamentaria, ya que, entre otras razones, el hecho de trabajar al servicio del Estado no puede en ningún caso conferir el status de empleado público, sujeto a un específico régimen legal y reglamentario.
3. No existe violación del derecho de igualdad por el hecho de la suscripción de los contratos de prestación de servicios, puesto que la situación del empleado público, se estructura por la concurrencia de elementos sin los cuales dicha relación no tiene vida jurídica (artículo 122 de la Constitución Política), es distinta de la que se origina en razón de un contrato de prestación de servicios. Esta última no genera una relación laboral ni prestacional.
4. La situación del empleado público es diferente a la que da lugar al contrato de trabajo, que con la Administración sólo tiene ocurrencia cuando se trata de la construcción y mantenimiento de obras públicas.
5. Se hizo énfasis en la relación de coordinación entre contratante y contratista para el caso específico.

Sin embargo y pese a lo anterior, si el interesado vinculado bajo la forma de contrato de prestación de servicios, logra desvirtuar su existencia al demostrar la presencia de la subordinación o dependencia respecto del empleador, prestación personal del servicio y remuneración, tendrá derecho al pago de prestaciones sociales en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo. (artículo 53 C.P.).

Tal posición ha sido adoptada por la Sala en los siguientes términos:

"De acuerdo con lo anterior, en un plano teórico y general, cuando existe un contrato de prestación de servicios entre una persona y una entidad pública y se demuestra la existencia de los tres elementos propios de toda relación de trabajo, esto es, subordinación, prestación personal y remuneración, surge el derecho a que sea reconocida una relación de trabajo que, en consecuencia, confiere al trabajador las prerrogativas de orden prestacional. (...)

De acuerdo con las pruebas que obran en el proceso, la demandante estuvo vinculada mediante contratos de prestación de servicios u órdenes de servicios durante los periodos que se encuentran señalados en el acápite de hechos probados.

La Sala reconocerá la existencia de una relación laboral por la existencia de una relación de subordinación entre la entidad contratante y la contratista, según se desprende de las cláusulas que a continuación se transcriben, además del ejercicio por parte de ésta de labores propias de un funcionario público: (...)

Las estipulaciones anteriores permiten concluir que cuando la demandante desarrolló su actividad bajo la figura de contratos u órdenes de prestación de servicios lo hizo para cumplir una relación de tipo laboral, pues el cumplimiento de labores encomendadas se llevó a efecto en desarrollo de instrucciones impartidas por sus superiores y debía reportar a estos el desarrollo de la actividad."

Ahora bien, es necesario aclarar que la relación de coordinación de actividades entre contratante y contratista, implica que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de un horario, o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados,



sin que signifique necesariamente la configuración de un elemento de subordinación.¹

En un pronunciamiento más reciente el Honorable Consejo de Estado² en su Sección Segunda encargada de solucionar las litis que se originan en materia laboral, ha manifestado respecto del contrato realidad lo siguiente:

"La realidad sobre las formalidades evidenciadas en las relaciones de trabajo, hace referencia a un principio constitucional imperante en materia laboral y expresamente reconocido por el artículo 53 de la Carta Política, entendido de la siguiente forma: no importa la denominación que se le dé a la relación laboral, pues, siempre que se evidencien los elementos integrantes de la misma, ella dará lugar a que se configure un verdadero contrato realidad. Es preciso destacar que se ha denominado contrato realidad aquél que teniendo apariencia distinta, encierra por sus contenidos materiales una verdadera relación laboral en donde se establece el primado de la sustancia sobre la forma. Ahora bien, para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que el actor pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es: i. Que su actividad en la entidad haya sido personal; ii. Que por dicha labor haya recibido una remuneración o pago y, iii. además, debe probar que en la relación con el empleador exista subordinación o dependencia, situación entendida como aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo. Además de las exigencias legales citadas, le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral. Todo ello con el propósito de realizar efectivamente el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral".

Se concluye de lo citado que para que se esté en una situación donde se quiere disfrazar un contrato laboral con el de prestación de servicios se deben estructurar los elementos de la relación laboral – prestación personal del servicio, subordinación o dependencia y un salario como retribución del servicio -, pero sobre todo la subordinación, elemento esencial que determina la configuración del contrato laboral.

RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS SUPERNUMERARIOS³

La posibilidad con la que cuenta la Administración para vincular personal

¹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN "B" CONSEJERA PONENTE: DRA. BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ Bogotá D.C., dieciocho (18) de septiembre de dos mil catorce (2014) REF: EXPEDIENTE No. 68001-23-33-000-2013-00161-01 No. INTERNO: 0739-2014 ACTOR: ELKIN HERNÁNDEZ ABREO AUTORIDADES NACIONALES.

² CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B. Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ.- Bogotá, D.C., cuatro (04) de febrero dos mil dieciséis (2016) Radicación número: 05001-23-31-000-2010-02195-01(1149-15) Actor: HERNÁN DE JESÚS GUTIERREZ URIBE. Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- EJERCITO NACIONAL.

³ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN A. Bogotá D.C., veintitrés (23) de octubre de dos mil ocho (2008). CONSEJERO PONENTE: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN. REF: Expediente No. 08001-23-31-000-2003-01429-01 (1393-07).



Supernumerario, deviene directamente de la Carta Política, cuando establece en su artículo 125, que por regla general, los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, siendo la excepción, los de elección popular, libre nombramiento y remoción, trabajadores oficiales y los demás que determine la Ley; pudiendo ésta última precisar, qué empleos no son de carrera, entre los que se encuentran los nombramientos temporales con las restricciones que imponen las Leyes de carrera administrativa, pudiéndose ubicar dentro de ellos a los Supernumerarios.

Esta forma de vinculación fue contemplada por el Decreto Extraordinario 1042 de 1978, por medio del cual se estableció el sistema de clasificación, nomenclatura y escalas de remuneración de los empleos, entre otros, los de las Unidades Administrativas Especiales. En su artículo 83, hizo alusión a la figura en mención, en los siguientes términos:

"Artículo 83. DE LOS SUPERNUMERARIOS. Para suplir las vacancias temporales de los empleados públicos en caso de licencias o vacaciones, podrá vincularse personal supernumerario.

También podrá vincularse supernumerarios para desarrollar actividades de carácter netamente transitorio.

En ningún caso la vinculación de un supernumerario excederá el término de tres meses, salvo autorización especial del Gobierno cuando se trate de actividades que por su naturaleza requieran personal transitorio por períodos superiores. (Aparte en negrilla declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C - 401 de 1998).

La remuneración de los supernumerarios se fijará de acuerdo con las escalas de remuneración establecidas en el presente Decreto, según las funciones que deban desarrollarse.

Cuando la vinculación de personal supernumerario no exceda el término de tres meses, no habrá lugar al reconocimiento de prestaciones sociales. Sin embargo las entidades deberán suministrar al personal supernumerario atención médica en caso de enfermedad o accidente de trabajo. (Aparte en negrilla declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C - 401 de 1998 y aparte subrayado derogado por el artículo 161 de la Ley 100 de 1993).

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

De la norma transcrita se colige entonces, como otrora lo consideraba el Consejo de Estado, que la Administración podía acudir a la figura del Supernumerario, en dos eventos: el primero, para suplir las vacancias temporales de los empleados públicos en caso de licencias o vacaciones y el segundo, para desarrollar actividades de carácter netamente transitorio.

Además, se infiere, que el término de vinculación de dicho personal, por regla general no excedía de tres meses, exceptuándose el caso en que se requiriera personal transitorio por lapsos mayores, para lo cual se necesitaba autorización



especial del Gobierno. Igualmente, que su remuneración se fijaba de acuerdo a las actividades que desarrollara, teniendo en cuenta las escalas establecidas en el mismo Decreto Extraordinario. En relación con el pago de prestaciones sociales, tenía derecho a percibir las establecidas para los empleados públicos, cuando el término de vinculación excediera los tres meses.

Específicamente, en relación con los funcionarios de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos Nacionales, el Decreto 1647 de 1991, "Por el cual se establece el régimen de personal, la carrera tributaria, el régimen prestacional de los funcionarios de la Dirección de Impuestos Nacionales, se crea el fondo de cuestión tributaria y se dictan otras disposiciones"; en su artículo 14, contempló la posibilidad de vincular personal Supernumerario, de la siguiente manera:

"Artículo 14. SUPERNUMERARIOS. Para suplir las necesidades del servicio podrá vincularse personal supernumerario que desarrolle actividades de carácter transitorio. En ningún caso, la vinculación excederá de seis (6) meses, salvo autorización especial del Ministro de Hacienda y Crédito Público, cuando se trate de actividades a ejecutarse en un período superior a dicho término".

Cuando la vinculación de este personal no exceda de seis (6) meses, no habrá lugar al reconocimiento de prestaciones sociales; sin embargo, la Dirección de Impuestos Nacionales deberá suministrar la atención médica en caso de enfermedad o accidente de trabajo.

Su vinculación se hará mediante resolución y allí se dejará constancia del término de duración de la prestación de los servicios y la asignación mensual."

De esta norma se infiere, que la vinculación del personal Supernumerario a la Dirección de Impuestos Nacionales, se efectuaba a fin de que desarrollara actividades de carácter transitorio. Vinculación que no debía exceder de seis meses, a excepción de que la Administración requiriera de un término superior, caso en el cual se requería autorización especial del Ministro de Hacienda y Crédito Público, teniendo dicho personal, derecho al reconocimiento de prestaciones sociales.

Por su parte, el Decreto 1648 de 1991, en relación con los funcionarios de la Dirección General de **Aduanas**, contempló en su artículo 14, igualmente la posibilidad de vincular personal Supernumerario.

El Decreto 2117 de 1992, en virtud del cual se produjo la fusión en una sola Entidad de la Unidad Administrativa Especial de Impuestos y de la Unidad Administrativa Especial de Aduanas, surgiendo la Unidad Administrativa Especial Dirección de **Impuestos y Aduanas** Nacionales, dispuso en su artículo 112, que el régimen de personal, la carrera administrativa especial, el sistema de planta y el régimen prestacional de sus funcionarios, era el establecido por el Decreto Ley 1647 de 1991 y el artículo 106 de la Ley 6a de 1992. Y en lo que a los Supernumerarios se refiere, su vinculación, permanencia y retiro, se regía



por lo previsto en el artículo 14 del Decreto 1648 de 1991.

A *posteriori*, el Decreto 1693 de 1997, por el cual se separa funcionalmente la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, en el artículo 29, señaló, de la misma manera, que, en cuanto a la vinculación, permanencia y retiro del personal Supernumerario, era aplicable lo dispuesto por el artículo 14 del Decreto 1648 de 1991 en concordancia con la Ley 223 de 1995.

El artículo 14 del Decreto 1648 de 1991, consagró:

"ARTÍCULO 14. SUPERNUMERARIOS. Sin perjuicio de las disposiciones vigentes, podrá vincularse personal supernumerario para suplir las vacantes temporales de los funcionarios aduaneros o para desarrollar actividades de carácter transitorio.

La vinculación de este personal no dará lugar al reconocimiento de prestaciones sociales, sin embargo, se deberá suministrar la atención médica requerida en caso de enfermedad o accidente de trabajo.

Su vinculación se hará mediante resolución, proferida por la autoridad competente y allí se dejará constancia del término de duración de la prestación de los servicios y la asignación mensual, la cual se fijará de acuerdo con la escala de remuneración establecida para los funcionarios aduaneros, según las funciones que deban desarrollarse.

Los supernumerarios al tomar posesión del cargo, quedan investidos de las facultades, obligaciones, prohibiciones e inhabilidades que corresponden a los funcionarios aduaneros, para desempeñar las actividades para las cuales han sido nombrados y sujetos al régimen disciplinario establecido en la Dirección General de Aduanas".

Por su parte, la Ley 223 de 1995, por la cual se expiden normas sobre racionalización tributaria y se dictan otras disposiciones, en su artículo 154, estableció la posibilidad de vincular personal Supernumerario, en el Plan de Choque contra la Evasión Fiscal, en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 154. FINANCIACIÓN DEL PLAN. El Gobierno propondrá al Congreso de la República en el proyecto de ley de presupuesto, una apropiación específica denominada "Financiación Plan Anual Antievasión" por una cuantía equivalente a no menos del 10% del monto del recaudo esperado por dicho plan. Estos recursos adicionales de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, serán clasificados como inversión.

Con estos recursos, la administración tributaria podrá contratar supernumerarios, ampliar la planta y reclasificar internamente sus funcionarios. Igualmente se podrán destinar los recursos adicionales a la capacitación, compra de equipo, sistematización, programas de cómputo y en general todos los gastos necesarios para poder cumplir cabalmente con lo estatuido en el presente capítulo.

Para 1996 el gobierno propondrá la modificación presupuestal, según fuera del caso, para dar cumplimiento a lo establecido en la presente ley".

Según este precepto, como se anticipó en el acápite anterior, la vinculación del personal Supernumerario se puede efectuar para apoyar la lucha contra



la evasión y el contrabando, para el ejercicio de actividades transitorias y para vincular personal a concursos abiertos bajo la modalidad de concurso-curso. Dicho personal puede percibir prestaciones sociales por el tiempo de vinculación y puede ser desvinculado en cualquier momento por el nominador.

Pues bien, del conjunto normativo relacionado, que regula el personal Supernumerario, se colige, que dicha figura es de carácter excepcional y a ella puede acudir la Administración Pública a fin de vincular personal en forma temporal, con el objeto de cumplir labores de naturaleza transitoria; bien sea, para suplir la vacancia, en caso de licencia o vacaciones de los funcionarios titulares o bien para desarrollar labores que se requieran para cubrir las necesidades del servicio, evidentemente que no sean de carácter permanente, pero sí en calidad de apoyo. Sus labores son justamente aquellas que transitoriamente no pueden ser atendidas por el titular ausente o aquellas que nadie cumple dentro de la organización por no formar parte de las actividades ordinarias y por ser temporales.

De manera pues, que esta forma de vinculación, permite hacer prácticos los principios de eficacia y celeridad administrativa, impidiendo la paralización del servicio, como se indicó, en caso de vacancia temporal o cuando la misma realización de las actividades transitorias perjudique el ritmo y rol del trabajo ordinario ejecutado por los empleados públicos.

Específicamente, en lo que a la U.A.E DIAN hace referencia, se advierte la posibilidad que tiene la Entidad para vincular personal Supernumerario, para suplir o atender las necesidades del servicio; dentro del Plan de Choque contra la Evasión Fiscal, a fin de prestar apoyo en la lucha contra la evasión y el contrabando, en el ejercicio de actividades transitorias; y para vincular personas a procesos de selección dentro de los concursos abiertos que se realicen bajo la modalidad del concurso-curso.

3.5. Caso concreto.

La Sala entra a estudiar el acervo probatorio obrante en el proceso y la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, para proceder a determinar si se dan los presupuestos de un contrato realidad.

Del material probatorio se extrae que la demandante, estuvo vinculada a la DIAN, durante los siguientes periodos:

Desde	Hasta	Resolución	cargo
-------	-------	------------	-------



24-noviembre-2008	31-diciembre-2008	207	Gestor 1 Código 301 Grado 01
02-enero-2009	31-diciembre-2009	- 00001 - 06849 - 12909	Gestor 1 Código 301 Grado 01
04-enero-2010	31-diciembre-2010	- 002 -7383 -8705 -10098 - 10293	Gestor 1 Código 301 Grado 01
03-ene-2011	31-dic-2011	0037	Gestor 1 Código 301 Grado 01

Según certificación laboral del 5 de febrero del 2013, la actora estuvo vinculada a la DIAN como supernumerario, durante el periodo transcurrido entre el 24 de noviembre de 2008 al 31 de diciembre de 2011 en la forma en que viene de indicarse en el cargo de Gestor 1 Código 301 Grado 01 (ver folio 68).

Se tiene además que la señora Silvana López Agudelo, a través de apoderado judicial, el día 01 de noviembre de 2012, solicito ante la DIAN la declaratoria del contrato realidad y que como consecuencia se tuviera como empleado de planta, con el pago de los emolumentos laborales a que haya lugar.

Mediante oficio 0002250 del 11 de diciembre de 2012, la Dian, da respuesta de manera negativa a la petición de 01 de noviembre de 2012, y a través de memorial radicado el 19 de diciembre del 2012, la actora presentó recurso de reposición.

Por medio de resolución N. 000743 de 06 de febrero de 2013 – *por la cual se resuelve un recurso de reposición* -, la Dian, decide confirmar en su integridad la decisión adoptada mediante el oficio N° 100000202-002250 de diciembre 11 de 2012, mediante el cual el Director General de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, dio respuesta negativa a la solicitud de reliquidación y pago de la diferencia salarial frente a los cargos desempeñados por los empleados públicos de la planta de personal de la DIAN, pago de los incentivos por desempeño grupal, desempeño de fiscalización, desempeño y el reconocimiento como empleada de planta desde el momento de su vinculación.

Igualmente consta en los actos administrativos relacionados con la vinculación de la accionante, que dichos periodos laborados, lo fueron siempre en calidad de Supernumerario en el cargo de Gestor I Nivel 301 Grado 01, con el propósito de ejecutar el plan de lucha contra la evasión y el contrabando.

Código: FCA - 008 Versión: 02 Fecha: 18-07-2017





Se infiere entonces, que la demandante efectivamente, era un auxiliar de la administración, que, en calidad de Supernumerario, desempeñaba actividades de apoyo al interior de la entidad demandada, de carácter netamente transitorio, relacionadas con el Plan de Choque contra la Evasión.

Con lo anterior, para la Sala, se torna inviable la posibilidad de dar aplicación al principio de primacía de la realidad sobre las formalidades invocado por la demandante, pues si bien es cierto su nombramiento como Supernumerario se produjo por parte de la entidad demandada en diversas oportunidades y mediante los actos administrativos reseñados desempeñó funciones administrativas directamente relacionadas con el objeto y la naturaleza de la U.A.E. DIAN, no lo es menos que su vínculo con la administración, como se infiere de las pruebas relacionadas, implicó la ejecución de funciones de **carácter transitorio** avaladas por la ley (ley 223 de 1995 artículo 154), con solución de continuidad por períodos que no excedieron los 12 meses, 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 del actor, 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.

No es de recibo para la Sala la afirmación hecha en la censura que sugiere el desconocimiento de la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional y específicamente de la sentencia C - 401 de 1998, habida cuenta que dicho precedente además de reafirmar la posibilidad de la vinculación de personal de carácter temporal, no comporta en sí la regla de traslado de la carga probatoria sobre la cual enarbola fundamentalmente la alzada la actora.

En orden a ello, tampoco se acepta que en virtud a una *sub regla* jurisprudencial que no subyace del texto de precedente traído a cita, se alteren los deberes probatorios para imponerle a la demandada la obligación de acreditar en que consistían las necesidades del servicio por las cuales requerían personal supernumerario, pues a decir verdad, esto resulta ser asunto comprobable a partir de la ley 223 de 1995, por la cual se expiden normas sobre racionalización tributaria, en virtud de la cual tuvo origen el plan de lucha contra la evasión y el contrabando que fue la norma que finalmente legitimó en el sub examine la vinculación a la administración tributaria de los supernumerarios.

Debió en todo caso la actora, por ser su carga, acreditar que la vinculación de supernumerarios obedeció a aspectos que no se compadecen



precisamente con las las necesidades del servicio, y esto, desde luego se extraña.

Ahora bien, probado como se encuentra, que el demandante laboró en la Entidad en calidad de Supernumerario, la Sala abordará el estudio de los conceptos que pretende le sean reconocidos, a fin de establecer, si le asiste el derecho a percibir los incentivos por desempeño grupal, desempeño de fiscalización y desempeño nacional.

El Decreto No. 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* -, en su artículo 5⁴, 6⁵ y 7⁶, determinaron que los

4 Artículo 5 ^o. Incentivo por Desempeño Grupal. Los servidores de la contribución que ocupen cargos de la planta de personal de la entidad, que como resultado de su gestión hayan logrado las metas tributarias, aduaneras y cambiarias que se establezcan de acuerdo con los planes y objetivos trazados para la respectiva área nacional, regional, local y delegada, tendrán derecho al reconocimiento mensual de un incentivo que no podrá exceder del cincuenta por ciento (50%) de la asignación básica mensual más la prima de dirección y la diferencia remuneratoria por designación de jefatura que se devengue.

Este incentivo no constituirá factor salarial para ningún efecto legal y se determinará con base en la evaluación de la gestión que se realice cada seis meses.

Parágrafo. Para la vigencia de 1999 continuará rigiendo lo estipulado en el artículo 4 del Decreto 046 de 1999 en el sentido que el porcentaje allí establecido se entenderá que se refiere al incentivo por desempeño grupal de que trata el presente artículo y las demás normas que lo adicionen o modifiquen.

5 Artículo 6 ^o. Incentivos al desempeño en fiscalización y cobranzas. Los servidores de la contribución que ocupen cargos de la planta de personal de la entidad, que se desempeñen en puestos que impliquen el ejercicio directo de labores ejecutoras en fiscalización y cobranzas, que como resultado de la gestión de control y cobro hayan logrado las metas establecidas de acuerdo con los planes y objetivos trazados para dichas áreas, tendrán derecho al pago mensual de un incentivo, adicional al contemplado en el artículo anterior, que no podrá exceder el cincuenta por ciento (50%) de la asignación básica mensual más la prima de dirección y la diferencia remuneratoria por designación de jefatura que se devengue.

Este incentivo no constituirá factor salarial para ningún efecto legal y se determinará con base en la evaluación de la gestión que se realice cada seis meses.

Parágrafo. Para efectos de lo dispuesto en el presente artículo, las labores ejecutoras de fiscalización comprende, igualmente, las labores ejecutoras de liquidación.

6 Artículo 7 ^o. Incentivo por desempeño nacional. El Incentivo por Desempeño Nacional, a partir de la vigencia del presente decreto, se denomina Prima de Gestión Tributaria, Aduanera y Cambiaria, que constituye un reconocimiento a la gestión colectiva en el ejercicio de las funciones de los empleados de la planta de personal de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN).

La Prima de Gestión Tributaria, Aduanera y Cambiaria equivale máximo a cuatro (4) veces el salario mensual devengado compuesto por la asignación básica y los siguientes factores siempre y cuando el funcionario los perciba: el incremento por antigüedad, la remuneración por designación de jefatura, la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada, el incentivo por desempeño grupal, el auxilio de transporte y el subsidio de alimentación. La prima no constituye factor para liquidar elementos salariales o prestacionales. Se pagará en dos contados, en los periodos y condiciones señalados en el presente decreto.

La Prima de Gestión Tributaria, Aduanera y Cambiaria para su reconocimiento y pago tendrá dos componentes: uno fijo y otro variable. El componente fijo semestral equivaldrá al 1.83 veces del salario mensual devengado compuesto por los elementos señalados en el presente artículo.

El componente variable se causará semestralmente y será equivalente al 0.17% del salario mensual devengado compuesto por los elementos señalados en el presente artículo y se pagará siempre que el recaudo acumulado neto del periodo que corresponda, sea igual o superior al noventa y siete por ciento (97%) de la meta fijada por el Consejo Superior de Política Fiscal (Confis), ajustada conforme con los supuestos macroeconómicos observados, previa verificación y certificación de la Dirección General de Política Macroeconómica del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.



Incentivos, son reconocidos mensualmente a los servidores y empleados de la planta de personal de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN).

Se tiene entonces que al demandante tampoco le asiste el derecho al reconocimiento y pago de dichos incentivos, habida cuenta que no ocupó cargo alguno en la planta de personal de la U.A.E. DIAN.

Atendiendo a lo dicho en párrafos anteriores, encuentra la Sala que le asiste razón *al a quo* para negar al demandante el reconocimiento de los incentivos, en consideración a que tales beneficios, como se advirtió, son susceptibles de reconocimiento para el personal de planta de la Entidad, según lo dispuesto por la normativa especial que regula la materia en estudio.

Por lo expuesto se confirmará la decisión del Juzgado.

3.6. Costas.

En virtud de lo establecido en el artículo 188 del CPACA, procede la Sala de Decisión a disponer sobre la condena en costas, bajo los términos de liquidación y ejecución previstos en el Código General del Proceso, que en el numeral 1° del artículo 365 dispone que estarán a cargo de la parte "*a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación*", y de conformidad con el numeral 8 del mismo artículo, según el cual solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron.

Así las cosas, se condenará a la parte **demandante** al pago de las costas que efectivamente se hayan causado en segunda instancia, ordenando su liquidación conforme lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P., para que de manera concentrada se liquiden a instancias del *a quo*, incluyéndose en las mismas las agencias en derecho que procederá a fijar la Sala dando aplicación al Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura, artículo 3, en armonía con el artículo 6, numeral 3.1.3., en el cual se dispone que en los asuntos de segunda instancia con cuantía, adelantados ante la

Para el reconocimiento y pago de la Prima de Gestión del primer semestre del año, en su componente variable, se tendrá en cuenta el cumplimiento del recaudo acumulado neto de dicho semestre y para el segundo semestre, el cumplimiento del recaudo acumulado neto del año.

El componente fijo se reconocerá en las nóminas de los meses de junio y diciembre del respectivo año. El componente variable, una vez surtida la verificación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se cancelará en dos (2) contados pagaderos en los meses de julio y enero siguientes al pago del componente fijo.

Los empleados de la planta de personal de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), a que se refiere el presente artículo, en caso de no haber laborado el semestre completo, tendrán derecho al pago proporcional de esta Prima, por el tiempo laborado durante el semestre respectivo.

La Prima de Gestión Tributaria, Aduanera y Cambiaria sustituye para todos los efectos legales el Incentivo por Desempeño Nacional.

Parágrafo. Para efectos del reconocimiento y pago de la Prima de Gestión Tributaria, Aduanera y Cambiaria, del segundo semestre del 2017, se tendrá en cuenta el tiempo laborado durante este semestre para causar el Incentivo por Desempeño Nacional, a la fecha de expedición del presente decreto.



Jurisdicción Contencioso Administrativa, las agencias en derecho se fijarán en la suma de hasta el 5% del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

En ese orden, para la tasación de las agencias en derecho, la Sala encuentra razonable fijarlas en la suma de CIENTO OCHENTA Y SIETE MIL TREINTA Y DOS PESOS (\$187.032), que corresponden al 1% de las pretensiones patrimoniales estimadas en la demanda.

DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión Oral N° 1, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la Ley,

IV. FALLA:

PRIMERO. CONFÍRMASE la sentencia apelada.

SEGUNDO. CONDÉNASE a la parte demandante, al pago de costas procesales, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia, para cuya liquidación se deberá observar lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del Código de General del Proceso, las cuales serán liquidadas de manera concentrada por el Juez de primera instancia conforme lo indican las citadas disposiciones, e incluirán el valor de las agencias en derecho fijadas en la suma de CIENTO OCHENTA Y SIETE MIL TREINTA Y DOS PESOS (\$187.032), de acuerdo a lo dispuesto en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO. DEVUELVA el expediente al juzgado de origen, previo registró en el Sistema Único de Información de la Rama Judicial "Justicia Siglo XXI".

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Se hace constar que la anterior sentencia fue discutida y aprobada por la Sala de Decisión, en sesión de la fecha.



LOS MAGISTRADOS,

ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS.

JOSE RAFAEL GUERRERO LEAL

LUIS MIGUEL VILLALOBOS ALVAREZ