



Sentencia 00682 de 2017 Consejo de Estado

ACCIÓN POPULAR / PLANTA DE PERSONAL DE CARÁCTER TRANSITORIO EN LA DIAN / AUSENCIA DE VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA / AUSENCIA DE VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA DEFENSA DEL PATRIMONIO PÚBLICO / PLANTA DE PERSONAL TEMPORAL EN LA DIAN NO VULNERA DERECHOS COLECTIVOS

[C]orresponde a esta Subsección determinar si la creación de la planta de personal dispuesta a través de los Decretos n.º 4951 de 2011 y 1837 de 2012, implica una afectación al patrimonio público y la moralidad administrativa. (...) El análisis conjunto de las evidencias recaudadas le permite a la Sala establecer que la Planta de Personal Temporal en la DIAN, creada a través de los Decretos n.º 4951 de 2011 y 1837 de 2012, no resulta vulneratoria de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público (...) la Sala encuentra que la creación de los empleos temporales en la DIAN estuvo precedida de las exigencias técnicas a que aluden las normas reseñadas en el anterior acápite, las cuales reconocen la necesidad de incrementar el personal de planta de la entidad, pero de una manera planificada en el tiempo. (...) [P]ara la Sala no existe evidencia que permita inferir que detrás de la creación de estos empleos existe la voluntad de un servidor público o grupo de servidores que persigan un provecho indebido para ellos mismos o para un tercero, a través de conductas que puedan calificarse como desviadas o corruptas.

VALOR PROBATORIO DE LOS DOCUMENTOS APORTADOS EN COPIA SIMPLE

Con la demanda fueron allegadas copias de los siguientes documentos cuya conformidad con el original no fue certificada oficialmente: los Decretos n.º 4951 de 30 de diciembre de 2011 y 1837 del 3 de septiembre de 2012 que crearon unos empleos temporales en la planta de personal en la DIAN, al igual que de la Resolución No. 003 de 2 de enero del mismo año, mediante la cual se efectuaron los nombramientos en dichos cargos. La DIAN por su parte allegó copia simple de un documento denominado “Plan de Choque contra la Evasión 2012” y el Estudio Técnico que sustenta la creación de empleos temporales en la planta de personal de la DIAN durante las anualidades 2012-2014. (...) [E]l a quo consideró que dichos documentos carecían de valor probatorio por no estar certificados por la autoridad de quien emanaban. (...) [E]sta Subsección estima que a la luz del artículo 83 de la Constitución Política y los principios contenidos en la ley 270 de 1996 –estatutaria de la administración de justicia– la falta de certificación de los documentos por parte de la autoridad de quien provienen no es justificación para desconocerlos como elementos de convicción válidos para proferir sentencia en este proceso. Dado que ninguna de las autoridades demandadas cuestionó la autenticidad de la prueba documental, ésta será tenida en cuenta para su valoración en los acápites siguientes.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 83 / LEY 270 DE 1996

NOTA DE RELATORÍA: La Sección Tercera en sentencia de unificación de 28 de agosto de 2013, exp. 05001-23-31-000-1996-00659-01(25022), concluyó que es posible apreciar las copias simples si las mismas han obrado a lo largo del proceso y han sido sometidas a la contradicción y de defensa de las partes, de acuerdo a los principios de la buena fe y lealtad procesal que deben conducir toda la actuación judicial.

SISTEMA NORMATIVO DE PROVISIÓN DE EMPLEOS TEMPORALES Y SU ARTICULACIÓN CON LA CARRERA ADMINISTRATIVA / CREACIÓN DE EMPLEOS EN LA PLANTA DE PERSONAL / PROVISIÓN DEL EMPLEO PÚBLICO POR CONCURSO DE MÉRITOS / SUPERNUMERARIO / CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES / EMPLEOS TEMPORALES COMO MEDIO EXCEPCIONAL PARA CUBRIR LAS NECESIDADES TRANSITORIAS O EXCEPCIONALES DEL SERVICIO

[L]a creación de empleos en la planta de personal para el desempeño de funciones públicas y la provisión de los mismos en atención al mérito de las personas constituye la regla general en la función pública. No obstante, por autorización del Constituyente (art. 125 C.P.) el legislador puede establecer algunas figuras jurídicas de vinculación con el Estado con el propósito de satisfacer necesidades del servicio generalmente de carácter transitorio o excepcional, que desbordan las capacidades fácticas de la planta de personal para atenderlas o que requieren de personal especializado. // Precisamente, el Decreto Extraordinario 1042 de 1978, en su artículo 83 contempla la figura de los supernumerarios para

cumplir labores de naturaleza transitoria y específica, bien para suplir las vacancias en caso de licencias o vacaciones de los funcionarios titulares, o para desarrollar labores que se requieran para cubrir las necesidades del servicio que no pueden ser atendidas por el titular ausente o aquellas que nadie cumple dentro de la organización. // De igual manera, la administración pública puede acudir a la celebración de contratos de prestación de servicios profesionales para desarrollar esas actividades (Ley 80 de 1993 art. 32.3.), siempre y cuando se trate de funciones excepcionales y se contraten por el término estrictamente indispensable. En desarrollo del objeto contractual, el contratista es autónomo en su ejecución y por lo tanto no se generan prestaciones sociales, dado que no existe el elemento subordinación que es consustancial a la relación laboral. // Debido a que varias entidades del Estado han apelado de manera creciente a la figura del contrato de prestación de servicios, incluso con consecuencias adversas tanto para los derechos de los trabajadores como para el patrimonio público, fue expedida la Ley 909 de 2004 en cuyo artículo 21 se contempla la figura de los empleos temporales, como medio excepcional para cubrir las necesidades transitorias o excepcionales del servicio, sin desmedro de los derechos salariales y prestaciones de los trabajadores. (...) Por consiguiente, a pesar del avance que desde múltiples aristas significó la creación legal de las plantas transitorias, la Sala considera que la facultad que confiere la ley a la administración para crear este tipo de empleos no es omnímoda, sino que debe recurrir a esta figura únicamente en los supuestos señalados en el artículo 21 de la Ley 909 de 2004, como son: a) cumplir funciones que no realiza el personal de planta por no formar parte de las actividades permanentes de la administración; b) desarrollar programas o proyectos de duración determinada; c) suplir necesidades de personal por sobrecarga de trabajo, determinada por hechos excepcionales y d) desarrollar labores de consultoría y asesoría institucional de duración total, no superior a doce (12) meses y que guarde relación directa con el objeto y la naturaleza de la institución. (...) La justificación de cada una de las anteriores hipótesis -todas ellas de carácter temporal o transitorio- debe estar reflejada de manera prístina en el estudio técnico que da lugar a la creación de la planta temporal, así como la apropiación y disponibilidad presupuestal para cubrir el pago de salarios y prestaciones sociales. (...) Así las cosas, no es posible que se acuda a la creación de empleos temporales en la administración pública para desdibujar las causales previstas en la propia Ley 909 de 2004. Si bien el artículo 125 de la Constitución autoriza al legislador a establecer regímenes distintos a la carrera administrativa, bajo el enunciado “los demás que determine la ley”, lo cierto es que la regulación de todos los empleos en los órganos y entidades del Estado, tiene por referente necesario a la carrera y a sus distintos componentes, entre los cuales se encuentra el mérito que, siendo “el aspecto nodal que otorga sentido al principio de carrera administrativa”, en cuanto “criterio axial para el ingreso, permanencia y retiro de los cargos del Estado”, tiene influencia más allá de la carrera administrativa, pues también para los cargos que no pertenezcan a ella se requiere que los servidores públicos “muestren las mayores habilidades, conocimientos y destrezas en el campo laboral correspondiente”.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 125 / LEY 909 DE 2004 - ARTÍCULO 21 / DECRETO REGLAMENTARIO 1227 DE 2005 - ARTÍCULO 96

EXHORTO - Crear una planta de personal en la DIAN de carácter permanente que posteriormente se someta a concurso de méritos / APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE COORDINACIÓN / APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONCURRENCIA

[L]a Sala exhortará a la DIAN, al Departamento Administrativo de la Función Pública y al Gobierno Nacional, para que en aplicación de los principios de coordinación y concurrencia a que hace alusión el ordenamiento superior, determinen en el marco de sus competencias crear una planta de personal de carácter permanente tal como lo sostiene uno de los estudios técnicos allegados como prueba en este proceso y posteriormente la sometan a concurso de méritos.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO

Bogotá, D.C., siete (7) de diciembre de dos mil diecisiete (2017)

Rad. No.: 25000-23-41-000-2012-00682-01(AP)

Actor: SINDICATO DE UNIFICACIÓN NACIONAL DE EMPLEADOS DE LA DIAN

Demandado: DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN Y OTROS

Sin que se advierta causal de nulidad, la Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 30 de enero de 2014, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, declaró no probadas las excepciones propuestas por las entidades demandadas y denegó las pretensiones formuladas por el Sindicato de Unificación Nacional de Empleados de la DIAN - SIUNEDIAN.

SÍNTESIS DEL CASO

Durante los años 2011 y 2012, fueron expedidos en su orden los Decretos Reglamentarios n.º 4951 y 1837¹, mediante los cuales se crearon más de tres mil cuatrocientos empleos temporales en la planta de personal de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (en adelante DIAN), al amparo de lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 909 de 2004². El Sindicato cuestiona esta reforma, por cuanto las actividades o funciones que son desarrolladas por estos servidores temporales son las mismas que durante largos años fueron desarrolladas por personal supernumerario. Ello denota un comportamiento contrario a la moralidad administrativa, en la medida en que se utiliza la figura de creación de empleos de carácter temporal para atender necesidades permanentes. El abuso en la utilización de dicha figura, según la organización sindical, también constituye una amenaza al patrimonio público, pues el desconocimiento de los precedentes constitucionales que establecen la obligación de crear empleos estables, puede derivar en condenas de las jurisdicciones laboral y contencioso administrativa en detrimento del erario.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

El apoderado del Sindicato de Unificación Nacional de Empleados de la DIAN - SIUNEDIAN (en adelante el Sindicato) mediante escrito presentado el 14 de diciembre de 2012 en la Secretaría de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca³, presentó acción popular con el fin de obtener el amparo de los derechos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público.

Como consecuencia de la protección de los derechos colectivos, el Sindicato solicitó que se ordene a la DIAN *“la creación de los empleos permanentes sometiéndolos a las reglas de la carrera específica, nombrando a los empleados temporales, antiguos supernumerarios, en provisionalidad”*⁴.

Los hechos que fundamentan las pretensiones de la demanda consisten en que la DIAN ha evadido la responsabilidad de crear los empleos para cubrir las necesidades permanentes del servicio, y durante muchos años solo ha acudido a la figura jurídica del supernumerario para conjurar la insuficiencia de personal en la entidad, en un claro abuso de las normas que rigen dicha figura.

En ese sentido, indicó que a la luz de lo dispuesto en el artículo 83 del Decreto Ley n.º 1042 de 1978, la vinculación de personal supernumerario solo es procedente para suplir las vacancias temporales de los empleados públicos en caso de licencia o vacaciones, o para desarrollar actividades netamente transitorias por un lapso no mayor a tres meses, salvo autorización expresa del gobierno nacional. De igual manera, el actor precisó que el artículo 22 del Decreto n.º 1072 de 1999 autoriza el nombramiento de personal supernumerario para apoyar la lucha contra la evasión y el contrabando y para vincular personas a procesos de selección dentro de los concursos abiertos cuando estos se realicen bajo la modalidad de curso-concurso. Incluso la norma permite la vinculación de estudiantes por un lapso no mayor a seis meses, para que realicen prácticas o pasantías que complementen su formación teórica.

En contravía de lo dispuesto en las anteriores disposiciones y de la jurisprudencia constitucional, la organización sindical afirmó que en la DIAN es habitual la vinculación de supernumerarios por lapsos mayores a los permitidos por la ley, en cargos que no se encontraban vacantes temporalmente y para cumplir funciones permanentes que demandan la creación de empleos fijos en la planta de personal.

Ahora, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 909 de 2004, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Departamento Administrativo de la Función Pública expedieron el Decreto n.º 4951 de 30 de diciembre de 2011, mediante el cual creó una serie de empleos temporales para garantizar el cumplimiento del Plan Anual Antievasión y Lucha contra el Contrabando, el Fortalecimiento de la Gestión Humana y de la Gestión Documental. Según la parte actora, el cumplimiento de esas finalidades no responde a un fenómeno coyuntural sino que hace parte de los planes anuales de la entidad. De hecho, la Resolución n.º 003 de 2 de enero de 2012, por la cual se efectúan los nombramientos temporales, contiene una motivación relacionada con la necesidad de que los funcionarios designados cumplan con el *plan de choque contra la evasión* que comprende la fiscalización tributaria y aduanera, funciones que a la luz de lo resuelto por la Corte Constitucional en la sentencia C-540 de 1996, son permanentes en el tiempo.

En igual sentido, el 3 de septiembre de 2012, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Departamento Administrativo de la Función Pública expedieron el Decreto N° 1837 de esa anualidad, mediante el cual se creó una serie de empleos temporales hasta el 31 de diciembre de 2014, con lo cual se acepta que las actividades a realizar no son temporales sino permanentes.

Indicó que otra de las finalidades perseguidas con la designación de empleados transitorios, según la Ley 909 de 2004, consiste en atender las necesidades de personal por sobrecarga de trabajo, determinada por hechos excepcionales. En este caso, el sindicato manifestó que la vinculación de los empleados temporales no obedece a la aplicación de este supuesto, sino a la necesidad de resolver un problema de fondo cuya solución se encuentra en la creación de cargos estables en la planta de personal y que sean proveídos una vez agotados los procedimientos propios del sistema específico de carrera administrativa.

Expresó la parte demandante que la designación de empleados temporales desconoce el precedente constitucional relacionado con la prohibición de acudir a la tercerización laboral y a la creación de nóminas paralelas en las entidades públicas. Al respecto, la demanda hace alusión a la sentencia C-614 de 2009 de la Corte Constitucional, que efectuó el análisis de constitucionalidad al artículo 2º del Decreto 2400 de 1968, que proscribía la suscripción de contratos de prestación de servicios para atender funciones de carácter permanente. La Corte consideró que dicha disposición resultaba ajustada a la Constitución Política, entre otras razones porque no sólo limita la discrecionalidad de las autoridades administrativas sino también la libertad de configuración del legislador, lo cual implica que el ejercicio de funciones permanentes en la administración, exige la creación de empleos públicos que deben ser provistos en igualdad de oportunidades para los trabajadores en atención al mérito.

Mencionó que la Corte Constitucional en sentencia C-094 de 2003, examinó la constitucionalidad del numeral 29 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, que establece como falta gravísima disciplinaria, la suscripción de contratos de prestación de servicios para el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo e impliquen subordinación. De este precedente, el sindicato sostiene que *[la] DIAN desconoce la obligatoriedad de crear los empleos permanentes en la planta de personal y se inclina por mantener cierta interinidad en las funciones permanentes que desde hace más de diez (10) años desarrollaron en primera medida bajo la figura del supernumerario y hoy como empleados temporales, frente a actividades que por el decurrir de todos esos o gran mayoría de esos empleados, deben estar nombrados en propiedad, es decir en carrera administrativa o en situación de provisionalidad, en cargos permanentes en la planta de personal*⁵.

En igual sentido, hizo mención a la sentencia C-690 de 2011 de la Corte Constitucional, que resolvió sobre la constitucionalidad del párrafo transitorio del artículo 63 de la Ley 1429 de 2011, que prohíbe a los entes públicos encubrir relaciones laborales a través de las distintas modalidades de tercerización como las cooperativas de trabajo, al igual que trajo a colación la sentencia C-171 de 2012, que reiteró las reglas contenidas en la sentencia C-614 de 2009.

En suma, el sindicato solicitó la protección de la moralidad administrativa y el patrimonio público, pues considera que es una obligación de la DIAN crear los empleos de forma permanente y no a través de plantas temporales, dadas las condiciones actuales del servicio.

2. Contestación de la demanda

2.1. Ministerio de Hacienda y Crédito Público

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público se opuso a las pretensiones de la demanda por las siguientes razones: al respecto expresó que el sindicato no puntualizó los supuestos fácticos sobre los cuales edifica la violación de los derechos colectivos por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, máxime si entre esa entidad y la DIAN existe plena autonomía administrativa y financiera.

Propuso las excepciones de (i) improcedencia de la acción popular, (ii) ausencia de violación de los derechos colectivos, (iii) falta de legitimación en la causa por pasiva e (iv) inexistencia de violación de los derechos respecto al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en razón a que el sindicato no expresó las razones por las cuales considera que esa entidad vulneró la moralidad administrativa y el patrimonio público.

2.2. Departamento Administrativo de la Función Pública

El Departamento Administrativo de la Función Pública presentó escrito de oposición a las pretensiones de la demanda, con base en las siguientes razones: (i) el sindicato trata de manera indistinta las figuras jurídicas de los supernumerarios con los empleados temporales, lo cual constituye una confusión desde el punto de vista normativo, (ii) la creación de empleos de carácter temporal en la planta de personal, supone una de las siguientes finalidades: (a) cumplir funciones que no hacen parte de las actividades permanentes de la entidad, (b) suplir la sobrecarga de trabajo por hechos excepcionales, (c) desarrollar labores de consultoría y asesoría institucional por una duración no mayor a doce (12) meses.

Para acreditar cada uno de los anteriores supuestos, debe existir un estudio técnico detallado que justifique la creación de estos empleos y la apropiación y disponibilidad presupuestal requerida para pagar los salarios y prestaciones sociales que se generen.

En cuanto al mecanismo para la selección del personal, se utilizará la lista de elegibles vigente y en caso de no ser posible debe realizarse un proceso de evaluación de las capacidades y competencias de los candidatos.

(iii) Las circunstancias que motivaron la creación de empleos temporales en la planta de personal de la DIAN cumple cada uno de estos requisitos. En efecto, el estudio técnico que justificó la creación de dichos puestos de trabajo, determinó: (a) que la DIAN tiene un sistema específico de carrera, administrado por la Comisión Nacional del Servicio Civil, que implica que los procesos de selección por concurso resulten más dispendiosos, (b) que en el mes de junio de 2009 se solicitó a la Comisión Nacional del Servicio Civil adelantar el proceso de convocatoria a concurso para proveer más de ochocientos empleos sin que a la fecha se haya surtido el proceso de selección y (c) que debido al estancamiento en la carrera administrativa por más de diez (10) años, generó que un alto porcentaje de empleados públicos de los niveles técnico y asistencial recibieran títulos de pregrado y posgrado de educación formal y no tuvieran la oportunidad de ascender pese a las necesidades del servicio. Por tal razón se acudió a la figura de los empleos temporales para satisfacer la demanda de la ciudadanía.

(iv) Concluyó que no es procedente la acción popular en el presente caso, en razón a que el sindicato no acreditó que la conducta desplegada por la administración resulte amañada, irregular o corrupta. Al contrario, la creación de cargos temporales en la DIAN se ampara en lo establecido en el artículo 21 de la Ley 909 de 2004.

2.3. Departamento Administrativo de la Presidencia de la República

El Departamento Administrativo de la Función Pública solicitó su desvinculación de los efectos de la sentencia cualquiera fuere el sentido en que sea proferida, por existir falta de legitimación en la causa por pasiva, o en su defecto que sea denegada por improcedente por ausencia de violación o puesta en riesgo de derecho colectivo alguno. Además sustentó lo siguiente:

(i) Se presenta una ineptitud sustantiva de la demanda por falta de legitimación en la causa por pasiva, en tanto no existe un capítulo aparte de

los fundamentos normativos sobre el cual se construya el concepto de violación de los derechos colectivos por parte del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, (ii) dentro de las funciones asignadas a ese Departamento no se encuentra a cargo la responsabilidad de representar a otras autoridades, ni la de expedir los actos administrativos objeto de debate en este proceso.

Finalmente, propuso como excepción previa la de *“incapacidad o indebida representación del demandante”*, por cuanto el poder presentado por el abogado no fue suscrito por la persona que se supone representante del sindicato. Aclaró que si bien el apoderado aportó copia de una certificación de existencia y representación del organismo, dicho documento tiene como fecha de expedición de 13 de marzo de 2012, vale decir, por fuera de los seis (6) meses que se exigen para acreditar esa representación legal.

Así mismo, presentó la excepción de *“haberse notificado la admisión de la demanda a persona diferente”*, en razón a que la acción popular fue admitida en contra de la Presidencia de la República, pero la notificación se surtió respecto al Departamento Administrativo de ese organismo, que reviste un carácter independiente y cuyas funciones, atribuciones y responsabilidades son diferentes.

2.4. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-

La DIAN se opuso a las pretensiones, así: (i) destacó que la DIAN puede acudir a la figura jurídica de los supernumerarios para designar personal de forma temporal con el fin de cumplir funciones de naturaleza transitoria, bien sea para suplir las vacancias de los empleados públicos o bien para desarrollar labores que se requieran para cubrir las necesidades del servicio.

(ii) Los empleos de carácter temporal, al tenor de lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 909 de 2004, pueden ser creados en la planta de personal de las entidades, siempre que exista un sustento técnico que así lo determine, para lo cual será necesario contar con la apropiación y la disponibilidad presupuestal necesaria para cubrir el pago de salarios y prestaciones sociales. Requisitos que fueron cumplidos a cabalidad, con la creación de la planta de personal en la DIAN a través de los Decretos 4951 de 2011 y 1837 de 2012.

(iii) El proceso de creación de estos empleos temporales no supone una afectación a la moral administrativa ni tampoco una amenaza al patrimonio público, pues la preocupación del accionante respecto a eventuales condenas por la aplicación de la teoría del contrato realidad es inexistente. El proceder de la administración se enmarca dentro de las diferentes herramientas legales que permiten la vinculación de personal temporal con el lleno de garantías, respaldado en estudios técnicos, jurídicos y financieros.

3. La sentencia apelada

El 30 de enero de 2014⁶, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, declaró no probadas las excepciones propuestas y negó las pretensiones de la demanda, a partir de las siguientes razones:

En cuanto al primer medio exceptivo propuesto por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, atinente a la improcedencia de la acción popular, estimó que no estaba llamado a prosperar como quiera que el demandante sí expresó las razones por las cuales considera que existe vulneración a los derechos e intereses colectivos invocados.

En cuanto a la excepción de ausencia de violación de los derechos colectivos, consideró que la misma se relaciona con el objeto de la controversia, por lo que sería abordada en el estudio de fondo.

Respecto a la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, el *a quo* concluyó que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público si se *“encuentra directamente relacionado con los cargos de la DIAN al expedir junto con la Directora del Departamento Administrativo de la Función Pública el Decreto 1837 de 2012, “Por el cual se crean unos empleos temporales en la planta de personal de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN”, cargos que son materia de discusión en este proceso”*⁷.

En lo relacionado con la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda propuesta por el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, determinó que el sindicato precisó con claridad las normas que consideró vulneradas, al igual que los hechos que fundamentan las pretensiones y las razones que a su juicio indican que la Presidencia tiene injerencia en la presunta violación de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público, a través de la creación de los empleos temporales en la planta de personal de la DIAN.

Finalmente, frente a los ataques formulados por el apoderado de la DIAN, determinó que los mismos se relacionan directamente con el objeto de la controversia, por lo cual debían ser estudiados con el fondo del asunto.

En ese orden de ideas, el juzgador constató que las pruebas documentales allegadas al expediente, como son la Resolución N° 003 de 2 de enero de 2012, los Decretos n.º 4951 de 2011 y 1837 de 2012, el Plan de Choque contra la Evasión 2012, el Estudio Técnico y el registro presupuestal para los cargos temporales en la DIAN, carecen de valor probatorio por no haber sido aportadas en original o en copia auténtica, conforme lo ordena en los artículos 253 y 254 del C.P.C., en consonancia con la interpretación efectuada sobre dichas disposiciones por la Corte Constitucional en la sentencia T-1117 de 2008⁸.

Sin perjuicio de lo anterior, determinó que de las pruebas aportadas no se logra inferir que los empleos temporales en la DIAN hayan sido creados de manera contraria a la moralidad administrativa. En ese sentido, recordó que para que pueda hablarse de una lesión a este derecho e interés colectivo debe existir, necesariamente, una trasgresión al ordenamiento jurídico, al tiempo que debe acreditarse la mala fe de la administración. En criterio del tribunal, no toda irregularidad administrativa constituye, *per se*, violación de este derecho colectivo, pues para ello se requiere la existencia de un elemento que denote un propósito contrario a los cometidos para los cuales están instituidos los procedimientos y las competencias administrativas, como por ejemplo, el ánimo o interés de satisfacer un interés personal o de terceros que resulta opuesto al establecido por el constituyente. Situaciones que no fueron acreditadas en el caso objeto de examen.

4. El recurso de apelación

Inconforme con la decisión de primera instancia, el sindicato demandante presentó escrito de alzada con expresión de las razones de su inconformidad⁹, así:

Afirmó que la sentencia recurrida no tuvo en cuenta las pruebas documentales allegadas al proceso, que demuestran que la creación de la planta de personal de la DIAN no cumple con los presupuestos establecidos en el artículo 21 de la Ley 909 de 2004, por cuanto los empleos temporales deben obedecer a programas o proyectos de duración no superior a doce (12) meses. Según el apelante, la duración de la planta transitoria en la DIAN supera ampliamente dicho lapso, pues la designación de los empleados va más allá del 31 de diciembre de 2014, habiendo sido creados desde el año 2011.

Expresó que el Tribunal inaplicó el artículo 28 y subsiguientes de la Ley 472 de 1998, que no supeditan la valoración probatoria a los formalismos plenos de los documentos auténticos u originales. Adujo que en esta clase de acciones públicas deben valorarse los medios de convicción sin esa clase de rigorismos. Por ello, era indispensable que se valoraran los documentos en su conjunto y que no fueron tachados de falsos por ninguna de las entidades demandadas. En su entender, de haber sido analizadas estas pruebas, el Tribunal concluiría que la vigencia de los empleos temporales superaba el lapso de doce (12) meses, con lo cual se desconocen las disposiciones legales aplicables al caso.

Sostuvo que el desconocimiento sistemático del orden jurídico implica una conducta moralmente reprochable por parte de las autoridades accionadas, al no crear una planta de personal permanente en el tiempo. Esta situación atenta contra el patrimonio público, toda vez que esta indefinición en el tiempo puede generar demandas en contra de la administración.

5. Alegatos de conclusión

5.1. Sindicato de Unificación Nacional de Empleados de la DIAN – SIUNEDIAN.

El Sindicato manifestó que: (i) el término de duración demuestra que los cargos temporales tienen permanencia en el tiempo; (ii) la creación de dichos empleos encubren la necesidad de una planta de personal permanente, y (iii) la intemporalidad de los cargos transitorios denota una afectación a la moralidad administrativa y al patrimonio público, conforme a lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-288 de 2014¹⁰, razón por la cual es necesario revocar la decisión de primer grado para acceder a las pretensiones de la demanda.

5.2. Ministerio de Hacienda y Crédito Público

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público presentó sus alegatos de conclusión y solicitó la confirmación de la sentencia de primera instancia. Además, sostuvo que la tesis de violación del derecho a la moralidad administrativa defendida por la parte demandante, referida a que los actos de creación de empleos temporales desconocieron *“el respeto, aplicación y plena sujeción al orden jurídico que le impone a los nominadores la obligación de crear empleos temporales en lo que respecta a funciones o actividades permanentes”*, no constituye una violación a un derecho colectivo, aunado a que la acción popular no es el medio procesal adecuado para controvertir la legalidad de los actos administrativos que establecen la planta de personal temporal en la entidad.

En lo que tiene que ver con la amenaza al derecho colectivo al patrimonio público, el ministerio indicó que el accionante sustentó su violación bajo un argumento consistente en una posible afectación a las finanzas públicas por posibles condenas. Dentro del proceso, sin embargo, no se demostró esta vulneración o amenaza al citado derecho.

Finalmente, expresó su inconformidad respecto a la decisión del *a quo* de no declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva respecto del ministerio, por cuanto una interpretación integral del sistema normativo permite evidenciar que la firma del ministro en los decretos que crearon la planta de personal transitoria, no convierten a esa cartera para efectos sustanciales y procesales en gobierno nacional.

En resumen, precisó que la conclusión a la cual arribó el Tribunal se encuentra ajustada a derecho, en consideración a que de las pruebas obrantes en el proceso no es posible inferir la violación de los derechos colectivos.

5.3. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN–

La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN–, reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

5.4. Departamento Administrativo de la Función Pública.

El Departamento Administrativo de la Función Pública solicitó que se confirmara la decisión de primer grado. Manifestó que el actor popular tenía la obligación de probar las conductas amañadas, irregulares y corruptas que favorecían al interés particular a costa de ignorar los fines y principios de la administración. Según el representante, dicha carga no fue cumplida por el demandante y antes bien, se evidencia que la creación de cargos temporales en la DIAN, no fue una decisión arbitraria sino fundamentada en el artículo 21 de la Ley 909 de 2004, surtiéndose los trámites de rigor que comprendían el estudio técnico, el concepto del Departamento Administrativo y la apropiación presupuestal por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

5.5. Presidencia de la República

El Departamento Administrativo de la Presidencia de la República solicitó que se revocara el numeral primero de la sentencia apelada y, en su lugar, se declaren probadas las excepciones propuestas por la entidad, por cuanto no existen actos o hechos atribuibles que generen una violación a los derechos colectivos por parte de dicha autoridad.

El Ministerio Público guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Presupuestos procesales de la acción popular

1.1. Jurisdicción y competencia

Conforme a lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 472 de 1998¹¹, esta jurisdicción debe conocer de la presente acción, en tanto el debate judicial se origina en la actuación de entidades públicas.

Esta Corporación es competente para conocer del asunto en instancia de apelación, como superior funcional del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Por estar relacionada con la protección del derecho a la moralidad administrativa, corresponde a la Sección Tercera resolver el recurso, conforme a lo dispuesto en el Acuerdo N° 55 de 2003¹², por el cual se reformó el reglamento interno de la Corporación.

1.2. Procedibilidad de la acción

1.2.1. En la etapa de alegaciones finales, el apoderado judicial de una de las entidades demandadas afirma que la acción popular resulta improcedente, por cuanto los empleos temporales en la DIAN fueron creados a través de Decretos del gobierno nacional, cuyo control de legalidad debe hacerse a través del contencioso objetivo de nulidad.

Si bien dicho argumento constituye un argumento exceptivo que no fue propuesto en la etapa procesal respectiva, es preciso recordar que la acción popular es un mecanismo principal y autónomo de defensa de los derechos colectivos, cuya eficacia no depende de la existencia de otras acciones y medios de control para la protección de otros derechos y garantías. En palabras de esta Corporación, la acción popular es autónoma *“de los procedimientos y actuaciones administrativas, y de los recursos y acciones ordinarias que pudieran ser idóneos para el mismo cometido”*¹³. Incluso se ha considerado el ejercicio paralelo de la acción popular con otros mecanismos de control, sin que ello implique la prejudicialidad de una u otra¹⁴.

Bajo esa perspectiva, la acción popular no resulta improcedente porque se cuestiona la creación de una planta de personal temporal a través de decretos expedidos por el gobierno nacional, pues la finalidad de la acción es la defensa de los derechos e intereses colectivos, sin atención a la fuente de la amenaza o violación, que puede constituirse, como en este caso la plantea la parte actora, a partir de actos de la administración. Ello, desde luego, sin desconocer las claras previsiones del artículo 144 de la Ley 1437 de 2011, que limita las atribuciones del juez constitucional para anular el acto o contrato generador de la vulneración.

1.2.2. La Sala encuentra satisfecho el cumplimiento del presupuesto de la reclamación previa a que hace alusión el tercer inciso del artículo 144 de la Ley 1437 de 2011, relativo al deber de solicitar a las autoridades o al particular en ejercicio de funciones administrativas que adopte las medidas necesarias de protección del derecho o interés colectivo amenazado o violado¹⁵. En efecto, obran en el expediente las peticiones presentadas por el apoderado del sindicato a cada una de las entidades demandadas en este proceso, mediante las cuales solicitó la protección de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público, mediante la creación de los empleos permanentes¹⁶. Peticiones que fueron resueltas de manera adversa por las autoridades públicas accionadas¹⁷.

1.3. Legitimación en la causa

La Subsección considera que el Sindicato de Unificación Nacional de Empleados de la DIAN - SIUNEDIAN se encuentra legitimado para ejercer la acción popular en procura de la protección de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y patrimonio público. En efecto, toda

persona sea natural o jurídica, además de los precisos sujetos calificados previstos en la ley, está legitimada para interponer la acción popular¹⁸, en cuyo universo es posible ubicar a las organizaciones sindicales. Cabe recordar que los artículos 39 y 103 de la Constitución confieren a estas organizaciones el derecho a la participación democrática ante las autoridades públicas. El ejercicio de las acciones constitucionales de carácter público como la acción popular, es por antonomasia una expresión de esa faceta participativa, de modo que la organización demandante se encuentra legitimada para solicitar la protección de los derechos colectivos.

Una de las autoridades públicas demandadas propuso la excepción de indebida representación del Sindicato en esta acción popular -la cual no fue objeto de pronunciamiento en el fallo apelado- por cuanto el poder presentado por el abogado no fue suscrito por el representante de la asociación, amén que fue aportada copia de una certificación de existencia y representación que se encontraba vencida al momento de formulada la demanda.

Consultados los documentos obrantes en el expediente, se constata la existencia del poder suscrito por la señora Nelly Montoya Castillo quien, de acuerdo con la copia de la Certificación expedida por la Profesional Especializado de la Subdirección de Inspección de la Dirección de Inspección, Vigilancia, Control y Gestión Territorial del Ministerio de Trabajo, actúa en calidad de Presidente de la organización sindical¹⁹. Del texto de dicho documento no se advierte que su validez esté sometida a una vigencia temporal, por lo cual puede inferirse razonablemente que quien confirió el mandato para el ejercicio de la acción popular es, en efecto, quien ostentaba la representación legal del Sindicato de trabajadores de la DIAN.

No debe olvidarse que tratándose de acciones constitucionales, el juez debe evitar el exceso de ritualismo que haga nugatoria la efectividad del principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el instrumental y que resulte contrario al principio constitucional de la buena fe, lo que implica una abstención en la exigencia de formalidades que resulten innecesarias.

Ahora, la Ley 472 de 1998 dispone que la acción popular *“se dirigirá contra el particular, persona natural o jurídica, o la autoridad pública cuya actuación u omisión se considere que amenaza, viola o ha violado el derecho o interés colectivo”*²⁰. Tanto el Ministerio de Hacienda y Crédito Público como el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República cuestionaron su vinculación al proceso como entidades presuntamente vulneradoras de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público. El Ministerio afirmó que la suscripción de los decretos que crearon la planta de personal transitoria por el titular de dicha cartera, no convierte a la entidad para efectos sustanciales y procesales en responsable de la presunta violación de los derechos colectivos. A su turno la representante del Departamento Administrativo de la Presidencia, alegó que de la narración de hechos de la demanda no permite inferirse acción u omisión atribuible a dicha entidad.

Dada la temática propuesta en el recurso de apelación, por razones metodológicas la Sala se referirá a estos argumentos una vez efectuado el estudio de fondo respecto a la presunta vulneración de los derechos colectivos aludidos.

1.4. Oportunidad

La acción popular puede interponerse en cualquier tiempo, mientras subsista la violación o amenaza que le dio origen, por lo que no existe límite temporal para promoverla.

2. Presentación del caso y problema jurídico

El Sindicato de Unificación Nacional de Empleados de la DIAN - SIUNEDIAN considera vulnerados los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público, con ocasión de la expedición de los Decretos Reglamentarios n.º 4951 de 2011 y 1837 de 2012, mediante los cuales se creó en la entidad una planta de personal de carácter transitorio.

La creación de esos empleos temporales esconde, según la parte demandante, una finalidad que resulta contraria a los derechos colectivos aludidos: atender necesidades de carácter permanente de la administración tributaria, lo cual no solo exigiría la creación de empleos públicos estables sino que su provisión se realice siguiendo las reglas del sistema especial de carrera administrativa de la entidad.

Respecto del fondo del asunto, la DIAN y el Departamento Administrativo de la Función Pública sostienen que el proceso institucional de creación de esta planta de personal fue respetuoso de la Ley 909 de 2004 y de las garantías constitucionales, de lo cual se sigue que no existe una violación a los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público.

En la sentencia objeto de apelación se determinó que las pruebas documentales aportadas al proceso, por haber sido aducidas en copia simple, carecen de valor probatorio. Si en gracia de discusión se aceptara su validez, el juzgador indicó que las mismas no son indicativas de la vulneración de los derechos colectivos.

En el recurso de apelación, el sindicato expresó su inconformidad frente a la exclusión de las pruebas que hizo el Tribunal, las cuales conllevan a determinar que la vigencia de los empleos temporales superaba el lapso permitido por la ley y de suyo la violación de los derechos colectivos.

Conforme con los antecedentes expuestos con antelación, corresponde a esta Subsección determinar si la creación de la planta de personal dispuesta a través de los Decretos n.º 4951 de 2011 y 1837 de 2012, implica una afectación al patrimonio público y la moralidad administrativa. Para tal fin es preciso referirse al alcance de esas garantías colectivas y a la forma en que pudieron resultar involucradas en el caso concreto.

El problema propuesto también involucra el análisis de dos asuntos que guardan una íntima correspondencia con el tema central a tratar. El primero se encuentra asociado con el valor probatorio de los documentos aportados en copia simple, dado que el Tribunal en primera instancia les negó tal carácter. El segundo está relacionado con el sistema normativo de provisión de empleos temporales que se considera transgredido y su articulación con la carrera administrativa; por ello, el análisis no se detendrá únicamente en el ámbito de la legalidad, siendo preciso armonizarlo con el contenido esencial de las garantías cuya protección reclama el sindicato y con la verificación de la conducta de las autoridades involucradas de acuerdo con las probanzas allegadas.

3. Análisis probatorio

3.1. Los documentos públicos aportados en copia simple tienen valor probatorio

Con la demanda fueron allegadas copias de los siguientes documentos cuya conformidad con el original no fue certificada oficialmente: los Decretos n.º 4951 de 30 de diciembre de 2011 y 1837 del 3 de septiembre de 2012 que crearon unos empleos temporales en la planta de personal en la DIAN, al igual que de la Resolución No. 003 de 2 de enero del mismo año, mediante la cual se efectuaron los nombramientos en dichos cargos. La DIAN por su parte allegó copia simple de un documento denominado “*Plan de Choque contra la Evasión 2012*” y el Estudio Técnico que sustenta la creación de empleos temporales en la planta de personal de la DIAN durante las anualidades 2012-2014.

Según quedó visto en los antecedentes del caso, el *a quo* consideró que dichos documentos carecían de valor probatorio por no estar certificados por la autoridad de quien emanaban. Conclusión que soportó el Tribunal en la sentencia T-1117 de 2008 de la Corte Constitucional, en la que se revisó la actuación de jueces administrativos que negaron valor probatorio a unos documentos que fueron aducidos en copia simple. La Corte consideró que los funcionarios no incurrieron en un defecto fáctico, por cuanto aplicaron las normas procesales respectivas.

Pues bien, considera la Sala que la conclusión a la que arribó el Tribunal resulta contraria a lo previsto en el ordenamiento procesal, en cuanto disponen que solo las disposiciones normativas de carácter no nacional (locales, extranjeras) no están sometidas al debate probatorio²¹. Es de destacar además que ese mismo estatuto procesal adoptó una regla equilibrada que, sin menosprecio de las formas, garantizan la tutela judicial efectiva, en que la conducta de las partes e incluso la del propio juez cobra mayor relevancia. En este escenario no es primordial que la copia haya sido certificada por notario o por un funcionario de la administración, sino que el documento como tal se presume auténtico por lo que corresponde a la parte contra la cual pretende aducirse ejercer la contradicción probatoria o, de existir dudas, el juez puede ejercer las facultades oficiosas para lograr un convencimiento pleno acerca de su contenido²².

La Sala Plena de esta Corporación que en sentencia de 30 de septiembre de 2014²³, en el marco de un recurso extraordinario de revisión,

concluyó:

“[...] La autenticación de las copias tiene por objeto que éstas puedan ser valoradas bajo el criterio de la sana crítica como si se tratara de documentos originales, de manera que frente a la parte contra quien se aducen, ese requisito tiene por finalidad garantizar su derecho de defensa, máxime cuando con tal prueba se pretende probar un hecho que en principio se aduce en su contra.

-2C44-4667-8F61-EA1994D8D447>No obstante, las copias simples, cuando no son tachadas de falsas por la parte contra la cual se aducen, no sería posible infringir ese interés para exigir el cumplimiento de una formalidad y las partes no podrían desconocer la decisión que con sustento en tal documento se adoptare por cuanto esa conducta atentaría contra el principio de la buena fe e implicaría atentar contra sus propios actos.

-ADD1-464C-A7A3-8FD5D76DE411>La desestimación de las copias no autenticadas como pruebas en el proceso contencioso administrativo está inexorablemente unida a la concepción antropológica que no solamente es ajena a la Constitución de 1991, sino diametralmente opuesta a esta última. Dicha medida supone, en efecto, una especie de asunción de que las partes intervinientes en un proceso de esta naturaleza necesariamente actuarán de mala fe, por lo que deben acreditar, que la documentación que presentan no es falsa.

-271B-4463-AFD5-647982C08828>Así, en aras de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal y de la garantía del derecho de acceso a la justicia consagrado en los artículos 228 y 229 de la Constitución Política, esta Sala considera que no pueden aplicarse las formas procesales con excesivo rigorismo y en forma restrictiva, con el fin de desconocer lo que las mismas partes no han hecho, como lo es la autenticidad del documento aportado en copia simple.

-AF2B-470A-8B57-C183ADA3E768>En ese orden de ideas, las copias simples, en tanto no sean tachadas de falsas por la contraparte, sí tienen valor probatorio, lo que deviene en una especie de autenticidad tácita que no es otra cosa que la materialización del principio de buena fe constitucional [...].”

Respecto al rol del juez en la búsqueda de la verdad del proceso en situaciones dudosas, la Sala Plena consideró que es un deber del funcionario judicial hacer uso de los poderes oficiosos que le confiere la ley para dicho fin:

“Por consiguiente, se puede afirmar que, desde el plano constitucional, arribar a la verdad es algo necesario; que la jurisdicción tiene como finalidad la solución de conflictos de manera justa; y que esa solución supone la adopción de las decisiones judiciales sobre una consideración de los hechos que pueda estimarse verdadera. Una vez establecida la relación entre verdad y justicia, resulta claro que el decreto oficioso de pruebas constituye una manifestación del deber del juez de indagar la verdad de los hechos antes de tomar una decisión determinada, ya que de esta forma deja de ser un frío funcionario que aplica irreflexivamente la ley, para tomar el papel de garante de los derechos materiales”.

La Sección Tercera en sentencia de unificación de 28 de agosto de 2013²⁴, concluyó que es posible apreciar las copias simples si las mismas han obrado a lo largo del proceso y han sido sometidas a la contradicción y de defensa de las partes, de acuerdo a los principios de la buena fe y lealtad procesal que deben conducir toda la actuación judicial-7AF0-457B-AFDD-C036C890D977>:

“[...] Por consiguiente, el legislador ha efectuado un construcción que busca superar la rigidez y la inflexibilidad de un sistema procesal basado en los formalismos, que distancia a las partes en el proceso, crea costos para los sujetos procesales y, en términos de la teoría económica del derecho, desencadena unas externalidades que inciden de manera negativa en la eficiencia, eficacia y la celeridad de los trámites judiciales. Ahora bien, una vez efectuado el recorrido normativo sobre la validez de las copias en el proceso, la Sala insiste en que –a la fecha– las disposiciones que regulan la materia son las contenidas en los artículos 252 y 254 del C.P.C., con la modificación introducida por el artículo 11 de la ley 1395 de 2010, razón por la cual deviene inexorable que se analice el contenido y alcance de esos preceptos a la luz del artículo 83 de la Constitución Política y los principios contenidos en la ley 270 de 1996 –estatutaria de la administración de justicia–.”

Posición que por demás resulta armónica con el precedente vigente de la Corte Constitucional que ha reconocido plena eficacia persuasiva a los documentos allegados en copia simple²⁵.

En ese orden de ideas, no basta con que la prueba documental no reúna alguna de las formalidades exigidas por la ley para desestimar su contenido. Ante situaciones como las señaladas el juez debe construir una representación del caso a partir del contexto del proceso, que se construye a partir de la relación fáctica que aportan las partes en sus memoriales, en la intermediación procesal y que en cada situación que esté permeada por la fuerza de la pretensión o la técnica de defensa. El funcionario judicial no es un espectador y por ello, sin desconocer el deber de imparcialidad, debe cumplir un papel proactivo en la búsqueda de la justicia material.

En consideración a los anteriores razonamientos, esta Subsección estima que a la luz del artículo 83 de la Constitución Política y los principios contenidos en la ley 270 de 1996 –estatutaria de la administración de justicia- la falta de certificación de los documentos por parte de la autoridad de quien provienen no es justificación para desconocerlos como elementos de convicción válidos para proferir sentencia en este proceso. Dado que ninguna de las autoridades demandadas cuestionó la autenticidad de la prueba documental, ésta será tomada en cuenta para su valoración en los acápites siguientes.

3.2. De los elementos probatorios obrantes en el expediente

3.2.1. Copia simple del Decreto n.º 4951 de 2011²⁶, “por el cual se crean unos empleos temporales en la planta de personal de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN–”, expedido por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades constitucionales y legales, en especial las que le confiere el artículo 115 de la Ley 489 de 1998 y el artículo 21 de la Ley 909 de 2004.

En los considerandos de dicho decreto, se establece:

“Que el artículo 21 de la Ley 909 de 2004 consagra que los organismos y entidades podrán contemplar excepcionalmente en sus plantas de personal empleos de carácter temporal o transitorio, con el fin de suplir necesidades de personal por sobrecarga de trabajo y para desarrollar programas o proyectos de duración determinada.

Que la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN- requiere de personal con el fin de garantizar el cumplimiento del Plan Anual Antievasión y lucha contra el contrabando, fortalecimiento de la Gestión Humana y de la Gestión Documental, por lo que es necesario contar con una planta de empleos de carácter temporal para atender estas obligaciones.

Que en el Sistema Unificado de Inversiones y Finanzas Públicas - del Departamento Nacional de Planeación se encuentra inscrito el proyecto con el número 1007000290000 denominado "Implantación Plan Anual Antievasión", registrado en el presupuesto de inversión de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN- para la vigencia fiscal del año 2012.

Que la fuente de financiamiento de los empleos de carácter temporal a que se refiere el presente Decreto, se paga con cargo al presupuesto de inversión y de funcionamiento de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN- de la vigencia fiscal del año 2012, para lo cual el Departamento Nacional de Planeación -DNP-, y la Dirección General del Presupuesto Público Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, expedieron concepto favorable y la viabilidad presupuestal, respectivamente.

Que la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN- elevó consulta a la Dirección General del Presupuesto Público Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, frente a la figura presupuestal que garantiza los recursos para atender por tres años la provisión de empleos temporales, recibiendo respuesta mediante oficio del 29 de septiembre de 2012 en el sentido que cumplidos los requisitos establecidos en la ley anual de presupuesto y obtenida la viabilidad presupuestal de dicha Dirección se garantizarán los recursos necesarios para atender los compromisos laborales que surgirían de los empleos temporales.

Que la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN- presentó al Departamento Administrativo de la Función Pública -DAFP- el estudio de que trata el artículo 46 de la Ley 909 de 2004 y los artículos 95 y 97 del Decreto 1227 de 2005, para la creación de la planta de empleos temporales el cual obtuvo concepto favorable de ese Departamento Administrativo.

Que de conformidad con el numeral 11 del artículo 2 del Decreto Ley 4171 de 2011 el Consejo Directivo de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-, aprobó la creación de empleos temporales en la planta de personal de la Entidad."

Con fundamento en los anteriores considerandos, se dispuso la creación de los siguientes empleos temporales hasta el 31 de diciembre de 2012, prorrogables hasta el 31 de diciembre de 2014, previa disponibilidad presupuestal:

Número de empleos	Denominación del empleo	Código	grado
4 (Cuatro)	Gestor III	303	03
364 (trescientos sesenta y cuatro)	Gestor II	302	02
1595 (Mil quinientos noventa y cinco)	Gestor I	301	01
36 (Treinta y seis)	Analista V	205	05
71 (setenta y uno)	Analista IV	204	04
104 (ciento cuatro)	Analista III	203	03
112 (ciento doce)	Analista II	202	02
41 (cuarenta y uno)	Analista I	201	01
71 (setenta y uno)	Facilitador IV	104	04
208 (Doscientos ocho)	Facilitador III	103	03
10 (Diez)	Facilitador II	102	02
2 (Dos)	Facilitador I	101	01

3.2.2. Copia simple del Decreto n.º 1837 de 2012²⁷, "por el cual se crean unos empleos temporales en la planta de personal de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-", expedido por el Presidente de la República, en ejercicio de las facultades constitucionales y legales, en especial las que le confiere el artículo 115 de la Ley 489 de 1998, y de conformidad con el artículo 21 de la Ley 909 de 2004 y los artículos 1 a 4 del Decreto n.º 1227 de 2005.

Los considerandos de dicha norma, son los siguientes:

"Que el artículo 21 de la Ley 909 de 2004 consagra que los organismos y entidades podrán contemplar excepcionalmente en sus plantas de personal empleos de carácter temporal o transitorio, con el fin de suplir necesidades de personal por sobrecarga de trabajo y para desarrollar programas o proyectos de duración determinada en los procesos misionales y de apoyo.

Que de conformidad con el numeral 11 del artículo 2 del Decreto Ley 4171 de 2011 el Consejo Directivo de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-, en sesión del 31 de mayo de 2012 aprobó la creación de empleos temporales en la planta de personal de la Entidad.

Que la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN- presentó al Departamento Administrativo de la Función Pública -DAFP- el estudio de que trata el artículo 46 de la Ley 909 de 2004, modificado por el artículo 228 del Decreto Ley 19 de 2012 y los artículos 95 y 97 del Decreto 1227 de 2005, para la creación de la planta de empleos temporales el cual obtuvo concepto favorable de ese Departamento Administrativo."

Que la Dirección General del Presupuesto Público Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, expidió la viabilidad presupuestal para los efectos del presente decreto."

Por lo anterior, se dispuso la creación de los siguientes empleos temporales hasta 31 de diciembre de 2014, previa disponibilidad presupuestal:

Número de empleos	Denominación del empleo	Código	grado
9 (Nueve)	Inspector III	307	07
3 (Tres)	Inspector II	306	06

40 (Cuarenta)	Gestor IV	304	04
9 (Nueve)	Gestor III	303	03
153 (Ciento cincuenta y tres)	Gestor II	302	02
282 (Doscientos ochenta y dos)	Gestor I	301	01
99 (Noventa y nueve)	Analista V	205	05
55 (Cincuenta y cinco)	Analista IV	204	04
108 (Ciento ocho)	Analista III	203	03
5 (Cinco)	Analista II	202	02
31 (Treinta y uno)	Facilitador IV	104	04
6 (Seis)	Facilitador II	102	02

3.2.3. Copia simple de la Resolución n.º 003 de 2 de enero de 2012, *“por la cual se efectúan unos nombramientos en empleos temporales”*. Dicho acto administrativo fue expedido por el Director General de Impuestos y Aduanas Nacionales, en ejercicio de las facultades previstas en el artículo 25 del Decreto Ley 765 de 2005 y el artículo 2 del Decreto n.º 4951 del 30 de diciembre de 2011²⁸.

3.2.4. Documento titulado *“Plan de Choque contra la Evasión 2012”*²⁹, presentado a consideración y aprobación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, correspondiente a la vigencia 2012, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 147 de la Ley 223 de 1995. Dicha propuesta contiene los lineamientos generales que orientan la lucha contra la evasión y el contrabando, así como los objetivos recaudatorios que se persiguen con la aplicación del plan y los indicadores que permiten realizar el seguimiento a su grado de avance. Dentro de los lineamientos generales que orientan la gestión de la entidad en dichos frentes, se destacan: i) simplificar la normatividad tributaria y aduanera, ii) desarrollar y fortalecer alianzas estratégicas, iii) reunir la información necesaria para el control, iv) fortalecer la gestión de riesgos de incumplimiento, v) generar mayor riesgo subjetivo frente al incumplimiento, vi) redireccionar el control aduanero, vii) actualizar y mantener el RUT, viii) formular y ejecutar programas de control integrales, ix) identificar y controlar la riqueza material o financiera, e implementar nuevos servicios informáticos electrónicos en materia aduanera.

3.2.5. Estudio técnico que sustenta la creación de los empleos temporales en la planta de la Unidad Administrativa Especial de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, que sirvió de fundamento a la expedición del Decreto n.º 4951 de 2011³⁰. Este documento contempla el análisis interno y externo que justifica la creación de dichos cargos, la evaluación de las funciones, perfiles y cargas de trabajo de la entidad, la estrategia para la provisión de los empleos, así como la propuesta normativa para su creación. Señala que la creación de estos empleos permite cubrir las necesidades de personal por un tiempo determinado mientras *“se define y gestiona ante las autoridades correspondientes la ampliación de la planta permanente.”*

3.2.6. Documento titulado *“Motivación Técnica Necesidades Ampliación Planta Temporal”*, de julio de 2012, que sustentó la creación de los empleos temporales dispuesta en el Decreto n.º 1837 de 2 de septiembre de 2012. En este documento se expresa que en la planta de personal de la DIAN existen dos mil seiscientos dieciocho empleos de carácter temporal creados mediante Decreto n.º 4951 de 2011. Sin embargo, se hace necesario una ampliación de la actual planta de empleos temporales para dar respuesta efectiva a los diferentes retos que se plantean en el panorama nacional, como son los tratados de libre comercio que implican diversos retos para la administración aduanera. Para hacer frente a tal situación, se requiere de un total de ochocientos empleados adicionales para desarrollar proyectos de duración determinada y suplir necesidades de personal por sobrecarga de trabajo determinada por hechos excepcionales hasta el 31 de diciembre de 2014.

3.2.7. Oficio N. MH-10474 de 8 de octubre de 2013³¹, suscrito por la Subdirectora de Gestión de Personal de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, en el que certifica que para esa fecha existen 2958 servidores en la planta temporal, de los cuales 1788 ingresaron en el periodo 2003 a 2011 como supernumerarios. Anexa el listado respectivo con los nombres de los servidores en cincuenta folios.

3. ANÁLISIS DE LA SALA

3.1. Los derechos colectivos cuya protección se invoca³².

Para la parte actora, la acción de los demandados vulneró los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público, garantías de las que se impone verificar su alcance y contenido material, a efectos de establecer si han sido o no efectivamente trasgredidas.

Es oportuno afirmar que la definición de moralidad administrativa no ha estado exenta de dificultad en el curso de las acciones judiciales tendientes a su defensa, concepto jurídico indeterminado que da lugar a un amplio margen interpretativo sobre su definición y alcance.

Con todo, se ha decantado jurisprudencialmente que, pese a la textura abierta de la previsión constitucional de esa garantía, “lo moral” en materia de administración pública no puede determinarse bajo la concepción subjetiva de quien aprecia los hechos, ni ser objeto de una precisa delimitación o determinación de alcance conceptual restringido. Teniendo en cuenta ese amplio margen que dificulta una definición unívoca de ese derecho colectivo, el principio de legalidad se ha constituido en una herramienta valiosa utilizada por el juez constitucional para alcanzar su concreción en cada caso pues, en toda controversia, el análisis de su transgresión no puede ser ajeno al ordenamiento jurídico.

Bajo esa perspectiva y con el objeto de delinear el ámbito material del referido concepto jurídico, se ha considerado también que lo moral para la administración es todo aquello que dentro del marco constitucional y legal propenda por el cumplimiento de los fines del Estado y de los principios de la función pública³³.

Conforme a esos criterios, el concepto de moralidad administrativa se ligó en ocasiones al ejercicio de la función pública fundado en la legalidad y, en otras, a los principios constitucionales que la rigen y en busca de la satisfacción del interés general, sin perder de vista que ello no puede calificarse únicamente como una delimitación del alcance del derecho a las coincidencias entre lo moral y lo legal en sentido estricto, sino también a la luz de los principios y finalidades estatales de modo tal que *“ha de considerarse como inmoral toda actuación que no responda al interés de la colectividad y, específicamente, al desarrollo de los fines que se buscan con las facultades concedidas al funcionario que lo ejecuta”*³⁴.

En esos términos, la moralidad administrativa también se ha identificado con la idoneidad de la acción estatal para la concreción de los fines que le son propios en sus diversos ámbitos de competencia, lo que aterrizado al ámbito de la función administrativa corresponde a la necesidad de que esta persiga ciertamente fines de satisfacción del interés general en las mejores condiciones posibles para los intereses públicos.

En reciente sentencia, esta Corporación, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, se refirió a esos criterios normativos finalistas como el elemento objetivo que debe estar presente en el análisis de fondo, pero, de manera adicional, consideró que también debe estar presente un elemento subjetivo, que implica un juicio específico sobre la actuación del funcionario, para establecer si incurrió en conductas amañadas, corruptas o arbitrarias. Así lo analizó la Sala³⁵:

No se puede considerar vulnerado el derecho colectivo a la moralidad pública sin hacer el juicio de moralidad de la actuación del funcionario para establecer si incurrió en conductas amañadas, corruptas o arbitrarias y alejadas de los fines de la correcta función pública.

Aquí es donde se concreta el segundo elemento. Consiste en que esa acción u omisión del funcionario en el desempeño de las funciones administrativas debe acusarse de ser inmoral; debe evidenciarse que el propósito particular del servidor se apartó del cumplimiento del interés general, en aras de su propio favorecimiento o del de un tercero.

Este presupuesto está representado en factores de carácter subjetivo opuestos a los fines y principios de la administración, traducidos en comportamientos deshonestos, corruptos, o cualquier denominación que se les dé; en todo caso, conductas alejadas del interés general y de los principios de una recta administración de la cosa pública, en provecho particular.

El sentido que se encuentra a lo afirmado corresponde a la necesaria precisión respecto de que no toda transgresión al orden jurídico trae aparejada la violación a la moralidad administrativa y que el análisis del juez no puede limitarse a la verificación silogística del desacato a un precepto legal o a un principio constitucional, sino que se debe examinar si detrás de esta se esconde una práctica inmoral de los involucrados, entendida por tal aquella encaminada a obtener o brindar un provecho indebido a un particular, mediante conductas que pueden calificarse como deshonestas o desviadas.

Sin embargo, entiende la Sala que ese componente subjetivo no debe constituirse en una limitante infranqueable, de modo tal que la actividad del juez constitucional aparezca sometida a la rigurosidad de la prueba del aspecto volitivo del servidor o particular involucrado, como si se tratase de un juicio de responsabilidad personal del agente frente a una conducta dolosa, en el que debe quedar acreditado con absoluta certeza el querer inmoral, esto es, la búsqueda del resultado lesivo a la garantía que se protege.

Para la Sala, ese elemento subjetivo debe entenderse en los términos y para los efectos de la acción popular, cuyo objetivo no es juzgar la responsabilidad personal del servidor en los distintos ámbitos en los que esta puede verse comprometida como el fiscal, penal o disciplinario -para lo cual existen procedimientos específicos previstos en el orden jurídico-, sino determinar si se ha transgredido o amenazado una garantía colectiva. Así las cosas, entiende la Subsección que el análisis de la conducta del servidor y demás personas involucradas en la actuación que se cuestiona no requiere del alcance de certeza exigida en los juicios sobre la responsabilidad personal y debe acompañarse con las finalidades que le son propias a la acción prevista en el artículo 88 Superior.

Ahora bien, íntimamente ligado a la moralidad administrativa se encuentra el derecho colectivo que garantiza la protección del patrimonio público, entendido este como la totalidad de bienes, derechos y obligaciones del Estado, cuya defensa conlleva *per se* su administración eficiente, que evite cualquier detrimento al patrimonio estatal, donde se encuentra un evidente punto de inflexión con la actuación moral pública exigida a quienes intervienen en su administración y ejecución. Sobre esta garantía colectiva ha señalado la Corporación³⁶:

El derecho colectivo al patrimonio público alude no solo a “la eficiencia y transparencia en el manejo y administración de los recursos públicos sino también a la utilización de los mismos de acuerdo con su objeto y, en especial, con la finalidad social del Estado”. En tal virtud, si el funcionario público o el particular administraron indebidamente recursos públicos, bien “porque lo hizo en forma negligente o ineficiente, o porque los destinó a gastos diferentes a los expresamente señalados en las normas, afectaron el patrimonio público”. El concepto de patrimonio público “cubija la totalidad de bienes, derechos y obligaciones, que son propiedad del Estado y que se emplean para el cumplimiento de sus atribuciones de conformidad con el ordenamiento normativo”.

Adicionalmente, el Consejo de Estado ha reconocido que el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público implica que los recursos públicos sean administrados de manera eficiente, oportuna y responsable, de acuerdo con las normas presupuestales, con lo cual se evita el detrimento patrimonial. A su vez, ha concluido en múltiples ocasiones “que la afectación de patrimonio público implica de suyo la vulneración al derecho colectivo de la moralidad administrativa” por cuanto generalmente supone “la falta de honestidad y pulcritud en las actuaciones administrativas en el manejo de recursos públicos”³⁷.

La Sección³⁸ también ha indicado que esa garantía entraña una dimensión subjetiva, como garantía de la que goza la colectividad, así como una objetiva que se traduce en la obligación de manejarlo de manera eficiente, por lo que el análisis de su transgresión conlleva la necesaria verificación de las condiciones en que ha tenido lugar su manejo por parte de los gestores públicos y, en general, de los involucrados en su cuidado, administración y ejecución, de modo que no se vea afectada su integridad.

3.2. El sistema normativo de provisión de empleos temporales y su articulación con la carrera administrativa

El caso sometido a consideración de la Sala en esta oportunidad implica recordar que el funcionamiento de la administración solo es posible por la actividad intelectual y física de las personas, cuya vinculación requiere de un sistema jurídico que regule su situación en la función pública. Con dicho sistema se busca alcanzar un equilibrio entre la consecución de los fines esenciales del Estado (artículo 2° C.P.) que exige la vinculación y la permanencia del personal idóneo, técnica y profesionalmente capacitado para alcanzar esos objetivos, con el derecho de acceso a los cargos públicos y con las garantías que conforman el derecho al trabajo, en particular, con el ingreso del aspirante en atención al mérito y la estabilidad en el empleo, alejado de toda injerencia de la politiquería y el clientelismo.

El desempeño de funciones públicas exige, por regla general, la creación de un empleo público, el cual debe estar contemplado en la respectiva planta de personal y debe reunir tres requisitos: funciones detalladas en la ley y el reglamento, consagración en la planta de personal y partida presupuestal que prevea sus emolumentos (art. 122 C.P.). Por orden constitucional, al presidente de la República le compete crear los empleos que demande la administración central, lo mismo que a los gobernadores y alcaldes en lo referente a los empleos de sus dependencias (arts. 189 núm. 14; 305 núm. 7 y 315 núm. 7, C.P.). En relación con los establecimientos públicos y en las unidades administrativas especiales del orden nacional, la creación, supresión y fusión de los empleos se hará por acuerdo o resolución de su respectivo consejo directivo, que deberá ser aprobada por decreto del Gobierno (Decreto 1042 de 1978, art. 74).

La designación en los empleos en los órganos y entidades del Estado debe realizarse a través del sistema de carrera administrativa, que es el instrumento que mide el cumplimiento de los requisitos y condiciones que fija la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. El

retiro solo se hará por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley. La filiación política de los ciudadanos, en ningún caso, determina su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción (art. 125 C.P.).

Como puede apreciarse, la creación de empleos en la planta de personal para el desempeño de funciones públicas y la provisión de los mismos en atención al mérito de las personas constituye la regla general en la función pública. No obstante, por autorización del Constituyente (art. 125 C.P.) el legislador puede establecer algunas figuras jurídicas de vinculación con el Estado con el propósito de satisfacer necesidades del servicio generalmente de carácter transitorio o excepcional, que desbordan las capacidades fácticas de la planta de personal para atenderlas o que requieren de personal especializado.

Precisamente, el Decreto Extraordinario 1042 de 1978, en su artículo 83 contempla la figura de los supernumerarios para cumplir labores de naturaleza transitoria y específica, bien para suplir las vacancias en caso de licencias o vacaciones de los funcionarios titulares, o para desarrollar labores que se requieran para cubrir las necesidades del servicio que no pueden ser atendidas por el titular ausente o aquellas que nadie cumple dentro de la organización³⁹.

De igual manera, la administración pública puede acudir a la celebración de contratos de prestación de servicios profesionales para desarrollar esas actividades (Ley 80 de 1993 art. 32.3.), siempre y cuando se trate de funciones excepcionales y se contraten por el término estrictamente indispensable. En desarrollo del objeto contractual, el contratista es autónomo en su ejecución y por lo tanto no se generan prestaciones sociales, dado que no existe el elemento subordinación que es consustancial a la relación laboral.

Debido a que varias entidades del Estado han apelado de manera creciente a la figura del contrato de prestación de servicios, incluso con consecuencias adversas tanto para los derechos de los trabajadores como para el patrimonio público, fue expedida la Ley 909 de 2004 en cuyo artículo 21 se contempla la figura de los empleos temporales, como medio excepcional para cubrir las necesidades transitorias o excepcionales del servicio, sin desmedro de los derechos salariales y prestacionales de los trabajadores. Veamos:

ARTÍCULO 21. EMPLEOS DE CARÁCTER TEMPORAL.

1. De acuerdo con sus necesidades, los organismos y entidades a los cuales se les aplica la presente Ley, podrán contemplar excepcionalmente en sus plantas de personal empleos de carácter temporal o transitorio. Su creación deberá responder a una de las siguientes condiciones:

a) Cumplir funciones que no realiza el personal de planta por no formar parte de las actividades permanentes de la administración;

b) Desarrollar programas o proyectos de duración determinada;

c) Suplir necesidades de personal por sobrecarga de trabajo, determinada por hechos excepcionales;

d) Desarrollar labores de consultoría y asesoría institucional de duración total, no superior a doce (12) meses y que guarde relación directa con el objeto y la naturaleza de la institución.

2. La justificación para la creación de empleos de carácter temporal deberá contener la motivación técnica para cada caso, así como la apropiación y disponibilidad presupuestal para cubrir el pago de salarios y prestaciones sociales.

3. El ingreso a estos empleos se efectuará con base en las listas de elegibles vigentes para la provisión de empleos de carácter permanente, sin que dichos nombramientos ocasionen el retiro de dichas listas. De no ser posible la utilización de las listas se realizará un proceso de evaluación de las capacidades y competencias de los candidatos.

4. <Numeral adicionado por el artículo 6 del Decreto Ley 894 de 2017. El nuevo texto es el siguiente:> El nombramiento en los empleos temporales se efectuará mediante acto administrativo en el que se indicará el término de su duración, al vencimiento del cual quien lo ocupe quedará retirado del servicio automáticamente. Sin embargo, antes de cumplirse dicho término, el nominador en ejercicio de la facultad nominadora podrá declarar la insubsistencia del nombramiento, cuando el servidor no cumpla las metas del proyecto o actividades que dieron lugar a la creación de los mismos, de acuerdo con la evaluación que se establezca para el efecto y mediante acto administrativo motivado; o darlo por terminado, cuando no se cuente con las disponibilidades y apropiaciones para financiar el empleo de carácter temporal, como consecuencia de los ajustes a los montos aprobados para su financiación.

De igual manera, el retiro del servicio de los empleados temporales se podrá efectuar por las causales consagradas en los literales d), h), i), j), k), m) y n) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004.

Con dicha norma, el legislador busca realizar el pasaje gradual de los contratistas a la figura de planta temporal, cuya naturaleza se adapta mejor a las necesidades de la administración que los propios contratos u órdenes de prestación de servicios, diseñados para tareas externas y de corto plazo. Incluso quien ocupa un empleo temporal es destinatario de emolumentos que bajo ninguna circunstancia son reconocibles a los supernumerarios, de acuerdo con las normas aplicables al caso y con la jurisprudencia de la Sección Segunda de esta Corporación sobre el particular⁴⁰.

La Corte Constitucional⁴¹, citando jurisprudencia del Consejo de Estado, ha precisado que “el empleo temporal no es de carrera sino que constituye una categoría independiente de empleo público”. Así, en sentencia del 19 de junio de 2008, la Sección Segunda de esta Corporación estimó que “resulta entendible el grado de protección que le pretende dar el legislador al empleado temporal, pues si bien no tiene la categoría de empleado de carrera administrativa, tampoco la de uno de libre nombramiento y remoción”. Posteriormente, en sentencia del 16 de agosto de 2012, la misma Sección puntualizó que “el empleo temporal constituye una nueva modalidad de vinculación a la función pública, diferente a las tradicionales de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa; tiene carácter transitorio y excepcional y, por ende, su creación sólo está permitida en los casos expresamente señalados por el legislador”.

Por consiguiente, a pesar del avance que desde múltiples aristas significó la creación legal de las plantas transitorias, la Sala considera que la facultad que confiere la ley a la administración para crear este tipo de empleos no es omnímoda, sino que debe recurrir a esta figura únicamente en los supuestos señalados en el artículo 21 de la Ley 909 de 2004, como son: a) cumplir funciones que no realiza el personal de planta por no formar parte de las actividades permanentes de la administración; b) desarrollar programas o proyectos de duración determinada; c) suplir necesidades de personal por sobrecarga de trabajo, determinada por hechos excepcionales y d) desarrollar labores de consultoría y asesoría institucional de duración total, no superior a doce (12) meses y que guarde relación directa con el objeto y la naturaleza de la institución.

La justificación de cada una de las anteriores hipótesis –todas ellas de carácter temporal o transitorio– debe estar reflejada de manera prístina en el estudio técnico que da lugar a la creación de la planta temporal, así como la apropiación y disponibilidad presupuestal para cubrir el pago de salarios y prestaciones sociales. De acuerdo con el artículo 96 del Decreto Reglamentario 1227 de 2005⁴², se entiende que la modificación de una planta de empleos está fundada en *necesidades del servicio* o en *razones de modernización de la administración*, cuando las conclusiones del estudio técnico de la misma deriven en la creación o supresión de empleos con ocasión, entre otras causas, de:

96.1. Fusión, supresión o escisión de entidades.

96.2. Cambios en la misión u objeto social o en las funciones generales de la entidad.

96.3. Traslado de funciones o competencias de un organismo a otro.

96.4. Supresión, fusión o creación de dependencias o modificación de sus funciones.

96.5. *Mejoramiento o introducción de procesos, producción, de bienes o prestación de servicios.*

96.6. *Redistribución de funciones y cargas de trabajo.*

96.7. *Introducción de cambios tecnológicos.*

96.8. *Culminación o cumplimiento de planes, programas o proyectos cuando los perfiles de los empleos involucrados para su ejecución no se ajusten al desarrollo de nuevos planes, programas o proyectos o a las funciones de la entidad.*

96.9. *Racionalización del gasto público.*

96.10. *Mejoramiento de los niveles de eficacia, eficiencia, economía y celeridad de las entidades públicas.*

Los estudios que soporten las modificaciones de las plantas de empleos deberán basarse en metodologías de diseño organizacional y ocupacional que contemplen, como mínimo, los siguientes aspectos: (i) análisis de los procesos técnico-misionales y de apoyo, (ii) evaluación de la prestación de los servicios, (iii) evaluación de las funciones, los perfiles y las cargas de trabajo de los empleos⁴³.

Ahora bien, la administración tampoco está autorizada por la ley para proveer estos empleos de forma discrecional, sino que debe realizarse con base en las listas de elegibles vigentes para el nombramiento en cargos permanentes, o de no ser posible la utilización de las listas, se realizará un proceso de evaluación de las capacidades y competencias de los candidatos⁴⁴. El término de su duración deberá indicarse en el acto de nombramiento, al vencimiento del cual quien lo ocupe quedará retirado del servicio automáticamente.

Así las cosas, no es posible que se acuda a la creación de empleos temporales en la administración pública para desdibujar las causales previstas en la propia Ley 909 de 2004. Si bien el artículo 125 de la Constitución autoriza al legislador a establecer regímenes distintos a la carrera administrativa, bajo el enunciado *“los demás que determine la ley”*, lo cierto es que la regulación de todos los empleos en los órganos y entidades del Estado, tiene por referente necesario a la carrera y a sus distintos componentes, entre los cuales se encuentra el mérito que, siendo *“el aspecto nodal que otorga sentido al principio de carrera administrativa”*, en cuanto *“criterio axial para el ingreso, permanencia y retiro de los cargos del Estado”*, tiene influencia más allá de la carrera administrativa, pues también para los cargos que no pertenezcan a ella se requiere que los servidores públicos *“muestren las mayores habilidades, conocimientos y destrezas en el campo laboral correspondiente”*⁴⁵.

3.3. Inexistencia de violación a los derechos a la moralidad administrativa y al patrimonio público

El análisis conjunto de las evidencias recaudadas le permite a la Sala establecer que la Planta de Personal Temporal en la DIAN, creada a través de los Decretos n.º 4951 de 2011 y 1837 de 2012, no resulta vulneratoria de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público, como se explica a continuación:

En primer término, es de reiterar que la Jurisprudencia de la Corporación ha sostenido⁴⁶ que no toda ilegalidad atenta contra el derecho colectivo a la moralidad administrativa; como también que toda vulneración de este derecho colectivo involucra la violación de una norma jurídica⁴⁷. En ese sentido, la Sala encuentra que la creación de los empleos temporales en la DIAN estuvo precedida de las exigencias técnicas a que aluden las normas reseñadas en el anterior acápite, las cuales reconocen la necesidad de incrementar el personal de planta de la entidad, pero de una manera planificada en el tiempo.

3.3.1. En efecto, el estudio técnico realizado en la DIAN y que dio lugar a la expedición del Decreto 4951 de 2011, contiene la evaluación de las funciones, los perfiles y las cargas de trabajo de la entidad, tanto al nivel central como a nivel local, en los procesos misionales y empleos transversales. Ese estudio detalla la necesidad de crear una planta temporal que *“tiene la finalidad de garantizar que la entidad cumpla con los niveles de producción que tiene a su cargo, evacuar la carga laboral represada por efecto de cambios normativos, disminución del personal de*

carrera, incremento en las metas de gestión entre otros aspectos."

El análisis técnico reconoce la necesidad de la ampliación de la planta permanente, pero destaca el apremio de la administración tributaria en contar con el personal de apoyo para cubrir las necesidades de servicio por un tiempo determinado, mientras se gestiona ante las autoridades respectivas la creación de empleos estables. Al respecto, el estudio destaca:

"Actualmente la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales tiene un sistema específico de carrera adoptado mediante el Decreto ley 765 de 2005 cuya administración y vigilancia corresponde en su totalidad a la Comisión Nacional del Servicio Civil —CNSC—, lo que implica en que los procesos de selección para proveer vacantes definitivas de la planta de personal, las autorizaciones para la provisión a través del encargo, los instrumentos de evaluación del desempeño y el registro público en el sistema de carrera sea más dispendioso por carecer la entidad de autonomía para ejercer directamente la administración de la carrera de los empleados públicos que la conforman.

Es así como, desde el mes de junio de 2009 se solicitó a la CNSC, adelantar el proceso de convocatoria a concurso para proveer 888 empleos vacantes sin que a la fecha se haya surtido el proceso encontrándose en la espera de citación a pruebas, a pesar de las reiteradas solicitudes de celeridad que ha efectuado la DIAN. Aunado a lo anterior el estancamiento en la carrera administrativa por más de 10 años generó que un alto porcentaje de empleados públicos de niveles asistencial y técnico con títulos de pregrado y post grado de educación formal no han podido ascender pese a la necesidad que tiene la entidad de contar con empleados que desempeñen la labores del nivel profesional que ejerce una entidad técnica como la DIAN.

La entidad en cumplimiento del artículo 22 del decreto 1072 de 1999 que señala: "Artículo 22. Vinculación de Personal Supernumerario: El personal supernumerario es aquel que se vincula con el fin de suplir o atender necesidades del servicio, para apoyar la lucha contra la evasión y el contrabando, para el ejercicio de actividades transitorias y para vincular personas a procesos de selección dentro de los concursos abiertos cuando estos se realicen bajo la modalidad de concurso - curso", ha tenido que acudir a la figura de la vinculación de dicho personal para garantizar el cumplimiento de las metas institucionales, por varios años."

Si bien la permanente vinculación de supernumerarios, pudiera justificar la ampliación definitiva de la planta de personal, la Entidad considera que previamente debe adelantar acciones tendientes a mejorar los procedimientos, promover su automatización, disminuir la obsolescencia de hardware, fortalecer el uso inteligente de la información, gestionar efectivamente el riesgo entre otros aspectos críticos, contar con mecanismos nuevos de control, de tal manera que se pueda redefinir la planta definitiva de empleos a partir de una armonización de los Procesos y la estructura organizacional con el nuevo perfil organización el cual sugiere un mayor énfasis en los procesos de inteligencia corporativa, el uso intensivo de la información a partir del uso óptimo de las tecnologías de la información y la comunicación exógena, la estadística probabilística, la identificación precisa de la realidad económica de los sujetos pasivos de la obligación tributaria y la reducción sistemática de labores manuales y operativas. Facilitando la relación ciudadano Estado a partir de la simplificación y automatización de tramites con la consecuente reducción de los niveles de evasión contrabando y reducción de las infracciones cambiarias.

Así las cosas, mientras la entidad adelanta las acciones enunciadas anteriormente, las cuales le permitirán presentar a más tardar en el año 2014 ante las instancias correspondientes la propuesta técnica de ampliación de la planta permanente en los empleos que garanticen el cumplimiento de las metas asignadas, conocidas las altas cargas laborales de la Entidad identificadas en el estudio Anexo 1 denominado "Estudio de Cargas Laborales", y con el fin de atender los planes y programas orientados a garantizar el cumplimiento de lo establecido en el Plan estratégico, se propone con fundamento en la ley 909 de 2004 y el Decreto 1227 de 2005, la creación de unos empleos de carácter temporal en la planta de la DIAN por el término de un año contado a partir del 1 de enero de 2012 y hasta el 31 de diciembre del mismo año, prorrogable hasta el 31 de diciembre de 2014, lo cual le permitirá garantizar la continuación de la prestación del servicio y el cumplimiento de la misión institucional, a través de empleados temporales y no de supernumerarios por no tratarse del ejercicio de actividades transitorias".

El estudio de cargas laborales para los procesos misionales a nivel nacional, evidencia las necesidades de personal por empleo, rol de empleo, proceso, procedimiento y dependencia. Información que sirvió de soporte para la definición del nivel código y grado del empleo requerido, así como las funciones a desempeñar, como son el plan de lucha contra la evasión, la fiscalización profunda, masiva y oportuna, lucha contra el contrabando, entre otras. Para tales finalidades se requiere contar con 2.618 empleos temporales por el término de 3 años contados a partir del 1 de enero del 2012 y hasta el 31 de diciembre del 2014, destinados a sustituir en el mismo número al personal supernumerario que actualmente se encuentra vinculado a la DIAN.

Dicho estudio anota que la DIAN ha tenido que recurrir a la figura de los supernumerarios durante varios años, para garantizar el cumplimiento de las metas institucionales, no obstante resalta que *“la remuneración que éstos perciben no corresponde a los empleos de carácter permanente que rige para la Entidad, al no ser beneficiarios de las políticas de incentivos y emolumentos que aplican a los empleados de carrera de la entidad. Estando este último aspecto en contra de las políticas y programas del Gobierno Nacional de garantizar empleo digno”*. Por tal razón, el estudio sugiere acudir a dicha figura solo en casos excepcionales y por las estacionalidades propias de la función de la Entidad.

Finalmente, la creación de la planta contó además con el aval presupuestal de la Dirección General del Presupuesto Público Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que garantiza los recursos para atender por tres años los compromisos laborales que surgirían de los empleos temporales.

3.3.2. Por su parte, la motivación que generó la ampliación de la planta temporal dispuesta en el Decreto 1837 de 2012, consiste en dar una respuesta efectiva frente a los retos que supuso la entrada en vigor del Tratado de Libre Comercio de Colombia con los Estados Unidos de América en mayo de 2012. En ese sentido, el estudio técnico señala:

La entrada en operación del acuerdo de promoción comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América a partir del 15 de mayo, genera sin duda una serie de desafíos que pondrán a prueba la capacidad empresarial y gubernamental colombiana para lograr la sinergia que permita la eficiencia requerida de las operaciones logísticas para hacer altamente competitivas las operaciones comerciales del país.

En este contexto la Aduana Colombiana debe convertirse en un dinamizador del comercio bilateral, permitiendo que las operaciones de comercio exterior, se puedan realizar en el momento en que sean demandadas por los diferentes usuarios, garantizando un servicio los siete días a la semana las veinticuatro horas al día, para atender solicitudes de recepción de medios de transporte, de importación, exportación, tránsitos aduaneros y viajeros internacionales entre otros, permitiendo el desaduanamiento dentro de las cuarenta y ocho horas cuando el usuario opte por presentar descargues directos o declaraciones anticipadas y la exportación inmediata de las mercancías, haciendo ágil y transparente el envío de mercancías por tráfico postal hasta llegar a las seis horas que dicho acuerdo demanda, permitiendo la salida de las mercancías antes de ser cancelados los tributos aduaneros mediante la constitución de garantías y prestando todo el apoyo técnico y administrativo requerido.

Adicionalmente se tiene la tarea de generar operaciones seguras, mediante la consolidación de un verdadero sistema de riesgos y el fortalecimiento de la presencia institucional en los lugares habilitados para el ingreso y salida de las mercancías al país, puertos públicos y privados, zonas francas permanentes y transitorias, pasos de frontera, inspecciones en lugar de arribo, presencia en centros de control y a la llegada de viajeros internacionales, control a las operaciones de tránsito aduanero en las aduanas de partida y llegada, generando un esquema que premie a los usuarios que le juegan limpio al país.

El reto bilateral de este comercio, requiere tener una entidad sólida, que genere alta credibilidad entre los diferentes agentes económicos para que vean en ella el aliado que tanto demandan en la competitividad y seguridad de las operaciones.

Garantizar el servicio permanente 7/24 es poder contar con el personal necesario para cubrir los lugares de ingreso y salida de mercancías y viajeros internacionales (pasos de frontera, puertos aeropuertos, zonas francas, depósitos públicos y privados), que hoy se encuentran habilitados.

El estudio refiere la necesidad de contar con una planta de personal temporal cercana a los 800 empleados adicionales para desarrollar proyectos de duración determinada y suplir necesidades de personal por sobrecarga de trabajo, en funciones Aduaneras, Fiscalización, Tecnología, Gestión de Calidad, Talento Humano, Gestión Documental, Contratos e Infraestructura Financiera, Jurídica, Defensoría y Servicio.

La planta de personal contó además con el aval de la Dirección General del Presupuesto Público Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que garantiza los recursos para atender los compromisos laborales que surgirían de los empleos temporales.

3.3.3. Conforme con lo anterior, para la Sala no existe evidencia que permita inferir que detrás de la creación de estos empleos existe la voluntad de un servidor público o grupo de servidores que persigan un provecho indebido para ellos mismos o para un tercero, a través de conductas que puedan calificarse como desviadas o corruptas. El análisis de la prueba documental allegada al expediente permite establecer, por el contrario, que la creación de los empleos temporales en la entidad obedece a causas legítimas, susceptibles de ser corroboradas de manera lógica y empíricamente en los instrumentos técnicos allegados como prueba al expediente.

Nótese como uno de los estudios técnicos arroja la prioridad de contar con personal de planta permanente para cumplir las funciones que han suscitado la vinculación de supernumerarios y luego la creación de los empleos temporales. No obstante, el mismo documento destaca la necesidad de adelantar acciones tendientes a mejorar los procedimientos, promover y fortalecer el uso inteligente de la información y las tecnologías, gestionar efectivamente el riesgo entre otros aspectos críticos, contar con mecanismos nuevos de control, de tal manera que se pueda redefinir la planta definitiva de empleos a partir de una armonización de los procesos y la estructura organizacional con el nuevo perfil organizacional el cual sugiere un mayor énfasis en los procesos de inteligencia corporativa, el uso intensivo de la información a partir del uso óptimo de las tecnologías de la información y la comunicación exógena, la estadística probabilística, la identificación precisa de la realidad económica de los sujetos pasivos de la obligación tributaria y la reducción sistemática de labores manuales y operativas.

Se trata entonces de una alternativa que consulta los principios de la función administrativa, establecidos en el artículo 209 Superior, la cual prioriza determinar los retos y las perspectivas de la administración tributaria, para luego establecer el número de empleos que resulten necesarios para satisfacer los servicios que demanda la ciudadanía.

3.3.4. De manera correlativa con lo anterior, no existe para la Sala evidencia de la cual pueda sostenerse que la conformación de la planta de personal temporal ponga en riesgo el patrimonio público. Si bien la demanda sostiene que la indeterminación de una planta de personal puede generar un detrimento en las finanzas públicas, derivada de las condenas que eventualmente impongan los jueces de la república, la Sala considera que dicha afirmación se encuentra desprovista de elementos de prueba que demuestren siquiera sumariamente, en qué clase de procesos y bajo qué circunstancias resultarían afectadas las arcas estatales.

3.3.5. Finalmente, esta Subsección considera que los argumentos expuestos en el escrito de apelación, referidos a que la planta temporal de personal de la DIAN desbordó el límite temporal previsto en el artículo 21 de la Ley 909 de 2004 (12 meses) no son indicativos de una violación a los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público.

Si bien el lapso a que hace alusión la parte actora solo resulta aplicable cuando se trate de designar trabajadores temporales para desarrollar "*labores de consultoría y asesoría institucional*"⁴⁸, y en ese sentido no es aplicable dicha disposición en el caso analizado, es bueno reiterar que no todo desconocimiento de los términos legales denota una violación a la moralidad administrativa, pues este derecho involucra dimensiones tanto objetivas como subjetivas que le dan un contenido autónomo.

Como se señaló anteriormente, la moralidad administrativa se refiere al ejercicio de la función administrativa conforme al ordenamiento jurídico y a las finalidades propias del cumplimiento de las funciones públicas, determinadas por la satisfacción del interés general y no por intereses privados y particulares, sin que cualquier vulneración al ordenamiento jurídico, en el ejercicio de tal función, lleve consigo de manera automática, vulneración a la moralidad administrativa, por cuanto, no toda violación al principio de legalidad, implica automáticamente violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa.

3.4. Anotaciones finales

Atendiendo las funciones de máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, la Sala exhortará a la DIAN, al Departamento Administrativo de la Función Pública y al Gobierno Nacional, para que en aplicación de los principios de coordinación y concurrencia a que hace alusión el ordenamiento superior, determinen en el marco de sus competencias crear una planta de personal de carácter permanente tal como lo sostiene uno de los estudios técnicos allegados como prueba en este proceso y posteriormente la sometan a concurso de méritos.

La Sala reitera que a la luz del artículo 125 Superior, la carrera administrativa constituye la regla general en la función pública y constituye uno de los pilares del Estado Social de Derecho. En ese sentido, de llegarse a perpetuar la regla de la temporalidad en la administración tributaria no

se permitiría el acceso a los cargos públicos en atención al mérito sino que eventualmente se podría dar aplicación a criterios que resultan lesivos de derechos y garantías constitucionales.

Una de las pruebas allegadas al expediente enseña que para el 8 de octubre de 2013 existían más 2958 servidores en la planta temporal, de los cuales 1788 ingresaron en el periodo 2003 a 2011 como supernumerarios. El ejercicio de funciones permanentes a través de figuras excepcionales, evidentemente desnaturaliza los principios constitucionales de la función pública, por cuanto las tareas que tienen vocación de permanencia en la administración pública deben realizarse con el personal de planta, que corresponde a las personas que ingresaron a la administración mediante el concurso de méritos. En esas condiciones, la Sala exhorta a las entidades accionadas para que, en el marco de sus competencias, creen los empleos que demanda la DIAN, para el adecuado cumplimiento de sus cometidos legales.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera -Subsección "B"-, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

IV. FALLA

CONFIRMAR por las razones expuestas, la sentencia de 30 de enero de 2014, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, declaró no probadas las excepciones propuestas por las entidades demandadas y denegó las pretensiones formuladas por el Sindicato de Unificación Nacional de Empleados de la DIAN - SIUNEDIAN.

EXHORTAR a la DIAN, al Departamento Administrativo de la Función Pública y al Gobierno Nacional, para que en aplicación de los principios de coordinación y concurrencia a que hace alusión el ordenamiento superior, creen, de conformidad con sus competencias asignados por el ordenamiento jurídico y en atención a las necesidades funcionales, una planta de personal de carácter permanente y la sometan a concurso de méritos.

Ejecutoriada esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Salva voto
STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Magistrada

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Magistrado
RAMIRO PAZOS GUERRERO
Presidente

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Expedidos con base en las facultades otorgadas por el numeral 14 del artículo 189 de la Constitución y el artículo 115 de la Ley 489 de 1998.

2 *"Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones".* El artículo 21 de la norma en comento dispone: *"Artículo 21. Empleos de carácter temporal. 1. De acuerdo con sus necesidades, los organismos y entidades a los cuales se les aplica la presente Ley, podrán contemplar excepcionalmente en sus plantas de personal empleos de carácter temporal o transitorio. Su creación deberá responder a una de las siguientes condiciones: a) Cumplir funciones que no realiza el personal de planta por no formar parte de las actividades permanentes de la administración; b) Desarrollar programas o proyectos de duración determinada; c) Suplir necesidades de personal por sobrecarga de trabajo, determinada por hechos excepcionales; d) Desarrollar labores de consultoría y asesoría institucional de duración total, no superior a doce (12) meses y que guarde relación directa con el objeto y la naturaleza de la institución. 2. La justificación para la creación de empleos de carácter temporal deberá contener la motivación técnica para cada caso, así como la apropiación y disponibilidad presupuestal para cubrir el pago de salarios y prestaciones sociales. 3. El ingreso a estos empleos se efectuará con base en las listas de elegibles vigentes para la provisión de empleos de carácter permanente, sin que dichos nombramientos ocasionen el retiro de dichas listas. De no ser posible la utilización de las listas se realizará un proceso de evaluación de las capacidades y competencias de los candidatos. 4. **Adicionado por el art. 6, Decreto Nacional 894 de 2017.**"*

3 Folio 35 c. 1.

4 Cfr. Folio 33 C.1.

5 Cfr. Folio 28 C.1.

6 Folios 526 a 565 C. Ppal.

7 Cfr. Folio 555 C. Ppal.

8 MP. Nilson Pinilla Pinilla.

9 Folios 566 y 567, C. Ppal.

10 MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

11 *“Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones”*. El artículo 15 de dicha norma dispone: *“ARTICULO 15. JURISDICCION. La jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conocerá de los procesos que se susciten con ocasión del ejercicio de las Acciones Populares originadas en actos, acciones u omisiones de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas, de conformidad con lo dispuesto en las disposiciones vigentes sobre la materia. En los demás casos, conocerá la jurisdicción ordinaria civil.”*

12 El artículo 1 del Acuerdo N° 55 de 2003, dispone: *“Distribución de negocios entre las secciones. El artículo 13 del Acuerdo No. 58 de 1999, por el cual se expidió el reglamento del Consejo de Estado, quedará así: Artículo 13.- DISTRIBUCIÓN DE LOS NEGOCIOS ENTRE LAS SECCIONES. Para efectos de repartimiento, los negocios de que conoce la Sala de lo Contencioso Administrativo se distribuirán entre sus secciones atendiendo un criterio de especialización y de volumen de trabajo, así: (...) Sección Tercera: (...) 13-. Las acciones populares que versen sobre asuntos contractuales y aquellas relacionadas con el derecho a la moralidad administrativa. (...)”*

13 Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 22 de enero de 2009, rad: 2005 - 030-02.

14 En la sentencia de 21 de septiembre de 2006, rad: 2004-01092-01, la Sección Primera de esta Corporación resolvió el recurso de apelación presentado contra una sentencia proferida en el marco de una acción popular que declaró de oficio la excepción de pleito pendiente, por el hecho de existir, previo a la interposición de la acción, un procedimiento policivo que ordenó la restitución del espacio público ocupado por unos vendedores informales. En esa decisión, la Sección Primera reiteró el carácter principal de las acciones populares, lo que implica que no requiere de ninguna otra acción para poder ser interpuesta y, mucho menos, necesita de la decisión de otra autoridad, máxime cuando la misma no es judicial, para poder declarar la protección de los derechos colectivos vulnerados.

15 Cabe recordar que el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), comenzó a regir desde el 2 de julio de 2012, y las disposiciones allí contenidas se aplicarán a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauran con posterioridad a la entrada en vigencia. En este caso, el sindicato inició la actuación administrativa el 26 de septiembre de 2012 y la demanda popular fue presentada el 14 de diciembre de ese mismo año.

16 Cfr. Folios 105, 109, 114 y 118 C.1. Como se dijo anteriormente, el apoderado del sindicato presentó las peticiones a cada una de las entidades demandadas el 26 de septiembre de 2012.

17 Cfr. Folios 113, 122, 123, 124 y 126 C.1.

18 Ley 472 de 1998, artículo 12.

19 Cfr. Certificación visible a folio 99 del C. 1. Dicho documento hace constar: *“Que revisado el Kárdex de Archivo Sindical aparece inscrita y vigente la organización sindical denominada SINDICATO DE UNIFICACIÓN NACIONAL DE EMPLEADOS DE LA DIAN SIUNEDIAN, de primer grado y de empresa, con Acta de Constitución I-032-2011 del 29 de abril de 2011, con domicilio en el Municipio de Funza, Departamento de Cundinamarca. Que la última Junta Directiva de la citada organización sindical que se encuentra en el expediente, es la DEPOSITADA a las 9:30 a.m., mediante constancia de depósito número I-032-2011 del 29 de abril de 2011, emanada de Juan Pablo Cordero Flórez, Inspector de Trabajo de la Dirección territorial de Cundinamarca, la cual registra a la señora NELLY MONTOYA CASTILLO, en calidad de PRESIDENTE.”*

20 *Ibídem*, artículo 14.

21 Cfr. el artículo 177 del C.G.P., antes 188 del C.P.C., art. 167, C.P.A.C.A.

22 El artículo 246 del C.G.P. dispone: “Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, salvo cuando por disposición legal sea necesaria la presentación del original o de una determinada copia. Sin perjuicio de la presunción de autenticidad, la parte contra quien se aduzca copia de un documento podrá solicitar su cotejo con el original, o a falta de este con una copia expedida con anterioridad a aquella. El cotejo se efectuará mediante exhibición dentro de la audiencia correspondiente”.

23 Rad: 11001-03-15-000-2007-01081-00. Actor: Adriana Gaviria Vargas. Demandado: Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil.

24 Sentencia de veintiocho (28) de agosto de dos mil trece (2013). Radicación número: 05001-23-31-000-1996-00659-01(25022) Actor: Rubén Dario Silva Alzate. Demandado: Nación – Fiscalía General de la Nación.

25 Sentencias T-599 de 2009, T-654 de 2009 y T-591 de 2011, SU-774 de 2014, SU-636 de 2015, entre otras.

26 Folios 103 y 353 C. 1.

27 Folio 100 C.1.

28 Cfr. Folios 37 a 98 C.1.

29 Cfr. Folios 262 a 276 C.1.

30 Folios 277 a 328 C.1.

31 Folios 424 a 474 C.1.

Subsección sobre los derechos a la moralidad administrativa y al patrimonio público, materia de controversia. CP. Ramiro Pazos Guerrero.

33 Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 29 de enero de 2009, rad 08001-23-31-000-2003-00013-01. CP. Ruth Stella Correa Palacio.

34 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 1 de marzo de 2008, exp. 24715, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

35 Sentencia de 1 de diciembre de 2015, rad: 11001-33-31-035-2007-00033-01, C.P. Luís Rafael Vergara Quintero.

36 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 8 de junio de 2011. CP. Jaime Santofimio Gamboa. Radicación Nro. 25000-23-26-000-2005-01330-01(AP).

37 Cfr. sentencia de 12 de octubre de 2006, rad: 857 -01, CP: Ruth Stella Correa Palacio.

38 Cfr. sentencia de 25 de febrero de 2016, rad: 2012-00656-01 CP. Olga Mélida Valle de De la Hoz.

39 En relación con los funcionarios de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos Nacionales el artículo 14 del Decreto 1647 de 1991 contempló la posibilidad de vincular personal supernumerario por un lapso no superior a 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. Según dicha disposición, el personal así vinculado tiene derecho al reconocimiento de prestaciones sociales. Régimen que se extendió en virtud de lo dispuesto en el artículo 112 del Decreto 2117 de 1992 y el artículo 29 del Decreto 1693 de 1997. Finalmente, el Decreto 1072 de 1999 por el cual se establece el sistema específico de carrera de los servidores públicos de la contribución y se crea el programa de promoción e incentivos al desempeño de la DIAN, en su artículo 22 prevé la vinculación del personal supernumerario con el fin de suplir o atender necesidades del servicio, para apoyar la lucha contra la evasión y el contrabando, para el ejercicio de actividades transitorias, y para vincular personas a procesos de selección dentro de los concursos abiertos cuando estos se realicen bajo la modalidad de concurso-curso. La resolución por medio de la cual se produzca esta modalidad de vinculación deberá establecer el término de duración. La asignación mensual se fijará de acuerdo a lo establecido en la nomenclatura y escala salarial vigente para la Entidad. Durante este tiempo, la persona así nombrada tendrá derecho a percibir las prestaciones sociales existentes para los servidores de la contribución.

40 El artículo 2° del Decreto 1227 de 2005, por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-ley 1567 de 1998, dispone: *“El régimen salarial, prestacional y demás beneficios salariales de los empleos temporales será el que corresponda a los empleos de carácter permanente que rige para la entidad que va a crear el cargo y se reconocerá de conformidad con lo establecido en la ley”*. En consonancia con lo anterior, véase la sentencia de 11 de septiembre de 2017, Radicación número: 19001-23-33-000-2015-00480-01(0361-17), que denegó el reconocimiento a un supernumerario de los incentivos al desempeño en fiscalización y cobranzas, desempeño grupal y desempeño nacional.

41 Sentencia C-618 de 2015. MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

42 “Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-ley 1567 de 1998.”

43 Cfr. Artículo 97 del Decreto Reglamentario 1227 de 2005.

44 De acuerdo con lo resuelto por la Corte Constitucional en la sentencia C-288 de 2014, en caso de ausencia de lista de elegibles se debe dar prioridad a la selección de personas que se encuentren en carrera administrativa, cumplan los requisitos para el cargo y trabajen en la misma entidad pública; se debe garantizar, así mismo, la libre concurrencia en el proceso a través de la publicación de una convocatoria para la provisión del empleo temporal en la página web de la entidad con suficiente anticipación, y por último se debe escoger al candidato que tenga

mayores capacidades para cumplir con el perfil de competencias del empleo, cuyos criterios básicos son el estudio y la experiencia según señala el artículo 19 de la Ley 909 de 2004.

45 Sentencia C-618 de 2015, MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

46 Sentencia de 26 de septiembre de 2002, rad 537.

47 Sentencia de 19 de julio de 2002, rad 0104.

48 El artículo 21 de la Ley 909 de 2004, dispone sobre el particular. Empleos de carácter temporal. 1. De acuerdo con sus necesidades, los organismos y entidades a los cuales se les aplica la presente Ley, podrán contemplar excepcionalmente en sus plantas de personal empleos de carácter temporal o transitorio. Su creación deberá responder a una de las siguientes condiciones: [...] “d) Desarrollar labores de consultoría y asesoría institucional de duración total, no superior a doce (12) meses y que guarde relación directa con el objeto y la naturaleza de la institución [...]”.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 06:59:10