REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL

JUZGADO 9° ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C. SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

Sentencia No. 33

NATURALEZA:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICADO:	11001-33-35-009-**2019-00263**-00
DEMANDANTE:	JESÚS HERNANDO QUINTERO VERGEL
DEMANDADO:	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN
ASUNTO:	Reconocimiento y pago de la bonificación del 26% correspondiente a la prima técnica, bonificación del incentivo al desempeño grupal.

Cumplidas las etapas del proceso y los presupuestos procesales del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho laboral sin que se adviertan causales de nulidad, el Juzgado, en primera instancia, profiere sentencia en los términos del artículo 182 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el art. 41 de la Ley 2080 de 2021, en el proceso iniciado por el señor **Jesús Hernando Quintero Vergel,** contra la **Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN.**

I. Antecedentes

1.1. La demanda y su contestación

1.1.1. Pretensiones

La parte actora en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (art. 138 del CPACA), pretende la nulidad del Oficio 100000202-00815 del 26 de septiembre de 2018 que denegó el reconocimiento y pago de la bonificación

del 26% correspondiente a la prima técnica, como factor salarial; así como la nulidad de la Resolución 012565 del 13 de diciembre de 2018 que confirmó en su integridad el oficio mencionado.

Como consecuencia de lo anterior y, a título de restablecimiento del derecho, solicita que se ordene a la entidad demandada: **i)** reconocer y pagar al demandante como factor salarial el 26% de la prima técnica, y que dicho porcentaje sea incrementado a todos los emolumentos salariales que durante los años 2009 a 2013 devengó el actor; **ii)** indexar las sumas que resulten a favor del demandante; y **iii)** dar cumplimiento al fallo en los términos del inciso 1 del artículo 192 del CPACA.

1.2. Fundamentos fácticos

El actor narró que se vinculó a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, durante el periodo comprendido entre el año 2009 al 2013.

Que durante este lapso desempeñó los siguientes cargos:

- Del 2 de mayo al 31 de diciembre de 2013, en el Despacho de la Subdirección de Gestión de Comercio Exterior.
- Del 17 de mayo de 2011 al 1° de mayo de 2013, en el GIT de Importaciones de la División de Gestión de la Operación Aduanera en la Dirección Seccional de Aduanas de Cúcuta en el cargo de Gesto III 303 Grado 03.
- Del 9 de marzo de 2012 al 16 de agosto de 2012, como jefe de la División de Gestión de la Operación Aduanera de la Dirección Seccional de Aduanas de Cúcuta.
- Del 19 de febrero de 2009 al 16 de mayo de 2011, en la División de Gestión de la Operación Aduanera de la Dirección Seccional de Aduanas de Cúcuta.

Sostuvo que, durante los años 2009 a 2013, la DIAN reconoció como pago adicional el 26% como índice de desempeño grupal dentro del valor del salario.

Manifiesta que, el Consejo de Estado en sentencia del 5 de julio de 2015, expuso que debe tenerse como base de liquidación la totalidad de los pagos que se efectúan de forma habitual, estos montos deben ser fundamento para liquidar en todos los factores y pagos prestacionales el incremento del 26%.

Refiere que, el 16 de julio de 2018 presentó reclamación ante la DIAN, a fin de que se le reconociera y pagara todos los factores prestacionales liquidados entre el 2009 a 2013 el 26% adicional.

Indica que, mediante Oficio No. 100000202-0815 del 26 de septiembre de 2018, la entidad demanda dio respuesta a la anterior solicitud, negando el reconocimiento y pago del porcentaje peticionado.

Es por lo anterior, que el demandante presenta Recurso de Reposición el 25 de octubre de 2018. Recurso que fue resuelto mediante Resolución No. 012565 del 13 de diciembre de 2018, notificado personalmente el 4 de enero de 2019.

1.3. Normas Violadas y concepto de violación

El extremo activo invocó como normas violadas las siguientes:

Artículo 29 de la Constitución Política
Artículos 137, 138, 162 y 164 de la Ley 1437 de 2011
Artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo
Artículo 5° del Decreto 1268 del 13 de julio de 1999
Circular 2 de 2017 emitida por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

Entorno al concepto de violación argumentó que los actos administrativos acusados, están viciados de nulidad por las siguientes causales:

Falsa Motivación: sustenta que mediante Oficio No. 100000202-0815 del 26 de septiembre de 2018, se dispuso negar la solicitud de reconocimiento y pago del 26% como valor salarial e incrementar dicho porcentaje a cada uno de los factores salariales y prestacionales que devengó el demandante entre los años 2009 al 2013, bajo el argumento centrado en que el soporte de la petición, esto es, el fallo de nulidad tiene efectos hacia el futuro, es decir, no se compadece para los años anteriores es decir, del 2009 a 2013.

Señaló que, frente a esos argumentos el mismo Consejo de Estado ha expresado en muchas oportunidades que "*los efectos del fallo de nulidad afectan e inciden en las situaciones que se encuentran en discusión ante las autoridades administrativas a jurisdiccionales, toda vez que, respecto de los actos administrativos particulares,*

la declaratoria de nulidad de un acto general produce efectos extunc-, esto es que se retrotraen al momento en que nació el acto administrativo viciado de nulidad".

Consecuente con lo anterior, adujo que la declaratoria de nulidad tiene efectos retroactivos, por lo cual las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban, y es por ello precisamente que, como factor salarial se debe reconocer el Incentivo de Desempeño Grupal y Nacional.

Advierte que, no se puede desconocer la directriz que ha impartido la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, mediante la Circular No. 0002 del 17 de julio de 2017, a través de la cual se dan los lineamientos para las entidades públicas para el trámite de extensión de jurisprudencia, según lo establecido en la Ley 1437 de 2011.

Adicionalmente, argumenta que conforme el artículo 614 de la Ley 1564 de 2012 – Código General del Proceso-, en el evento que la respectiva autoridad ya cuente con un concepto sobre la sentencia invocada, no tiene el deber de solicitar un nuevo concepto.

Arguye que, por esas razones existe una indebida motivación para proceder a negar el reconocimiento como factor salarial del 26%, como factor base de liquidación para todos los emolumentos prestacionales y por ende era procedente que se siguiera lo establecido en la Circular 2 de 2017.

Finalmente, precisa que desconocer el factor salarial del incentivo de grupal y nacional, conlleva a que el nominador desconozca los principios de igualdad material, primacía de realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral.

Apoya su tesis en un pronunciamiento de la Sala de Consulta Civil del Consejo de Estado No. 1393 del 18 de julio de 2002, en el que se conceptuó sobre el salario y factor salarial.

Finalmente trae a colación la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, ponente: Dr. Luis Rafael Vergara Quintero, quién declaro la nulidad de la expresión "*no constituirá factor salarial para ningún efecto legal",* así mismo señala que la prescripción deberá contarse desde la ejecutoria de la citada sentencia.

1.2. Contestación de la demanda

La entidad demandada se opuso a todas y cada una de las peticiones impetradas por considerar que al demandante no le asiste el derecho.

Precisó que de conformidad con la certificación expedida en fecha 7 de enero de 2021, el señor Jesús Hernando Quintero Vergel, dejó de devengar el mencionado incentivo a partir del mes de enero de 2013, teniendo en cuenta que según documentos que obran en los archivos de la entidad, mediante Oficio del 19 de diciembre de 2021, se acogió al régimen salarial establecido en el Decreto 2635 de 2021.

Como argumento de defensa señala que en el ordenamiento jurídico no se establece que el incentivo grupal correspondiente al 26% mensual sea constitutivo de factor salarial, para ningún efecto legal en cuanto a los empleados públicos que ocupan cargos de la planta de personal de la Entidad.

Sobre el particular, expresó que el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, se pronunció frente a la expresión "*no constituirá factor salarial para ningún efecto legal*", contenida en el artículo 5 transcrito, mediante sentencia Radicación número: 11001-03-25-000-2000-0167- 01 (2824-00) de catorce (14) de febrero de dos mil dos (2002).

En torno a la calificación de no constituir factor salarial el incentivo por desempeño grupal advirtió que este fue objeto de control judicial y la corporación competente encontró que esta calificación no riñe con los preceptos constitucionales, por lo que no es procedente acceder favorablemente a la reliquidación solicitada.

Arguyó que mientras la Corte Constitucional no retire del ordenamiento jurídico las normas que regulan la liquidación de beneficios prestacionales y salariales de los servidores públicos o las mimas no sean derogadas expresa o tácitamente por leyes posteriores, son de obligatorio cumplimiento y, en virtud del principio de legalidad que debe gobernar las actuaciones de la administración, no le es dado al operador jurídico desconocerlas.

Para soportar los expuesto propuso las excepciones de:

(i) inexistencia de la obligación,
(ii) prescripción
(iii) Caducidad
(iv) genérica.

Con relación a la **prescripción**, señaló que sin que signifique aceptación alguna frente a las pretensiones de la demanda, se propone la excepción por el simple transcurso de tiempo, toda vez que la demandante pretende el reconocimiento y pago de obligaciones laborales anteriores al 19 de diciembre de 2012 fecha en que unilateralmente se acogió al régimen salarial establecido en el Decreto 2635 de 2012, reclamación que es realizada por fuera del término de tres (3) años a partir de que se hubieren hecho exigibles.

Indica que tal observación, incluso fue advertida por la DIAN mediante oficio demandado 100000202-00815 de fecha 26 de septiembre de 2018.

Con relación a la **caducidad,** señala que la Resolución No. 012565 del 13 de diciembre de 2018, por la cual el director general de la DIAN resolvió el recurso de reposición interpuesto y se confirmó en su integridad la decisión contenida en el oficio No. 100000202-00815 de fecha 26 de septiembre de 2018, con la que la administración finalizó su actuación fue notificada en debida forma el día 4 de enero de 2019, fecha ratificada por el abogado del actor en la demanda.

Expresó que la demanda según la página de la Rama Judicial fue radicada con fecha 19 de junio de 2019. Luego efectuados los cálculos pertinentes de los cuatro meses establecidos por la norma a partir de la notificación del acto administrativo, se tienen que la parte actora tenía oportunidad para presentar la demanda hasta el día 4 de mayo de 2019, circunstancia que no ocurrió pues se radicó la demanda por fuera de los términos legales (19 de junio de 2019), razón por la que se presenta claramente el fenómeno de la caducidad para todos los efectos.

1.3. Trámite procesal

La demanda fue radicada el 19 de junio de 2019; mediante proveído del 29 de julio de 2019, se inadmitió. Mediante providencia del 2 de septiembre de 2019, se declaró la falta de competencia y se remitió al Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Mediante proveído del 22 de enero de 2020, el Tribunal Administrativo remitió nuevamente el expediente al Jugado, y el 13 de julio de 2020, se admitió el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra la UAE Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN.

Mediante auto del 21 de junio de 2022 se tuvo por contestada la demanda y se atendieron las excepciones, precisando que se resolverían en la sentencia.

Finalmente, con auto del 05 de mayo de 2023, se anunció que se dictaría sentencia anticipada, razón por la cual se fijó el litigio; se tuvieron como pruebas las aportadas, y se corrió traslado para alegar de conclusión por escrito.

1.4. Los Alegatos de conclusión

En el término concedido por el Despacho, la parte demandante y demandada presentaron su escrito de alegaciones finales. Por su parte, el Agente del Ministerio Público no emitió concepto alguno.

1.4.1. Alegatos de la parte actora

El apoderado del demandante ratificó los argumentos expuestos en el líbelo demandatorio, y concluyó diciendo que se debe acceder a las pretensiones de la demanda en tanto que, la limitante que excluía el reconocimiento del Incentivo de Desempeño Grupal y Nacional como factor salarial fue declarado nulo conforme el fallo pluricitado y por dicha razón la reclamación presentada por el demandante ante el Ente nominador hoy entidad demanda, tiene vocación de prosperidad advirtiendo que la fundamentación esgrimida en los actos administrativos demandados se encuentra incursa en falsa motivación, dado que desconoció el precedente jurisprudencial relacionado con la declaratoria de nulidad del aparte que excluía el índice de desempeño nacional y grupal como factor salarial, aspecto que no se puede desconocer en cuanto a sus efectos y, por ende se debe insistir en la presente actuación procesal que se reúnen los presupuesto para que se acceda a las pretensiones de la demanda.

1.4.2. Alegatos de conclusión de la entidad demandada

En el término concedido por el Despacho, la UAE Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN reiteró lo expuesto en la contestación de la demanda, y luego

señaló que los argumentos expuestos por la demandante y el acervo probatorio que reposa en el expediente que contiene los antecedentes de los actos administrativos demandados, se evidencia que los mismos fueron proferidos atendiendo a los principios de legalidad, de debido proceso y sus corolarios de contradicción y de defensa; así mismo, la motivación contenida en los mismos dio cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de la actuación adelantada y de la resolución que conoció del recurso contra el pluricitado acto, atendiendo al procedimiento fijado por la ley.

De acuerdo con lo señalado anteriormente, solicitó al despacho se absuelva a la demandada.

1.4.3. Concepto del Ministerio Público

El Agente del Ministerio Público no emitió concepto.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Problema jurídico

De conformidad con la fijación del litigio planteada en auto del 05 de mayo de 2023, el problema jurídico se contrae en determinar si hay lugar a declarar la nulidad del Oficio 100000202-00815 del 26 de septiembre de 2018 que denegó el reconocimiento y pago de la bonificación del 26% correspondiente a la prima técnica, como factor salarial; así como la nulidad de la Resolución 012565 del 13 de diciembre de 2018 que confirmó en su integridad el oficio mencionado.

Así mismo se debe establecer si el demandante tiene derecho a que se ordene a la Entidad demandada a: **i)** reconocer y pagar al demandante como factor salarial el 26% de la prima técnica, y que dicho porcentaje sea incrementado a todos los emolumentos salariales que durante los años 2009 a 2013 devengó el actor**; ii**) indexar las sumas que resulten a favor del demandante; y **iii)** dar cumplimiento al fallo en los términos del inciso 1 del artículo 192 del CPACA.

2.2. De lo acreditado en el proceso

De las pruebas obrantes en el proceso se destacan:

2.2.1. Oficio No. 100000202 – 00815 del 26 de septiembre de 2018, que denegó el reconocimiento y pago de la bonificación del 26% correspondiente a la prima técnica, como factor salarial (expediente digitalizado anexo 006 fl. 1-4).

2.2.2. Resolución No. 012565 del 13 de diciembre de 2018, por el cual se resuelve un Recurso de Reposición (expediente digitalizado anexo 006 fl. 5-14).

2.2.3. Certificado emitido por el subdirector de Gestión de Personal de la UAE Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, en el que observa que el demandante en los años 2009 al 2013 laboró en la entidad demandada (expediente digitalizado anexo 006 fl. 17-21).

2.2.4. Certificado de pagos por salarios y deducciones efectuadas al señor Jesús Hernando Quintero, emitido por el jefe de la Coordinación de Tesorería, desde 30 de enero de 2009 hasta el 30 de diciembre de 2013 (expediente digitalizado anexo 006 fl. 22-36).

2.3. De la normativa aplicable al caso

2.3.1. Naturaleza jurídica de la DIAN

Ha sostenido el Consejo de Estado en su jurisprudencia[1] que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 38 de la Ley 489 de 1998[2], las Unidades Administrativas Especiales con personería jurídica, son organismos descentralizados por servicios del orden nacional, que según lo estipulado por el artículo 68 de la misma Ley, tienen como objeto principal el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con autonomía administrativa y patrimonio propio.

Que igualmente, están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la Administración al cual están adscritas, como también a las reglas señaladas en la Carta Política, en la misma Ley 489 de 1998, en la Ley de su creación y determinación de su estructura orgánica y en sus estatutos internos. En lo no

---

[1] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda-Subsección A. consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN. Providencia del veintitrés (23) de octubre de dos mil ocho (2008). Radicación número: 08001-23-31-000-2003-01429-01(1393-07). Actor: JHON ENRIQUE BARRAGAN QUINTERO. Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN.

[2] Ley 489 de 1998 "*Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones*"

previsto, se someten al régimen jurídico de los establecimientos públicos, según lo dispuesto por el artículo 82 ibídem.

La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-, de acuerdo con lo contemplado por el artículo 1° del Decreto 1071 de 1999[3], se encuentra organizada como una Unidad Administrativa Especial del orden nacional de carácter eminentemente técnico y especializado, con personería jurídica, autonomía administrativa y presupuestal y con patrimonio propio, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, lo que hace que su objeto deba cumplirse conforme a los lineamientos de política fiscal que indique el Ministro del ramo. Cuenta con un sistema especial de administración de personal, de nomenclatura y clasificación de planta, un sistema específico de carrera administrativa y un régimen disciplinario especial aplicable a sus servidores públicos.

Ahora bien, el sistema específico de carrera y los regímenes de administración de personal de los servidores públicos de la DIAN, se encuentra contenido en el Decreto 1072 de 1999 [4], que en su artículo 17, señala que los empleos de la planta de personal de la DIAN, tendrán el carácter de empleos del sistema específico de carrera, lo que no obsta para que existan empleos de libre nombramiento y remoción, al igual que personal Supernumerario; que según su artículo 22 [5], se puede vincular con el fin de suplir o atender las 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 del concurso-curso.

2.3.2. El régimen jurídico de los servidores de la contribución

---

[3] Decreto 1071 de 1999 *"Por el cual se organiza la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales como una entidad con personería Jurídica, autonomía administrativa y presupuestal y se dictan otras disposiciones".*

[4] 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 Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN".*

[5] El artículo 22 del Decreto 1072 de 1999, fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-725-00 del 21 de junio de 2000, Magistrado Ponente Dr. Alfredo Beltrán Sierrra, *"bajo el entendido de que, cuando se trate de personal supernumerario, su vinculación requiere "una previa delimitación de esta planta de personal, el señalamiento de las actividades a que se dedicará que siempre deben corresponder a necesidades extraordinarias, el tiempo de vinculación transitoria, y la previa apropiación y disponibilidad presupuestal de sus salarios y prestaciones sociales", según se expresó en el numeral 3.16.5., de la parte motiva de esta providencia".*

La Sección Segunda del Consejo de Estado sobre el tema se pronunció[6] en el entendido que el Decreto Ley 1072 de 1999, expedido con base en las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 79 de la Ley 488 de 1998, "*Por el cual se establece el Sistema Específico de Carrera de los servidores públicos de la contribución y se crea el programa de promoción e incentivos al desempeño de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN*"; en sus artículos 5º y 6º, prescribió que esta normativa regula el Sistema Específico de Carrera y los regímenes de Administración de Personal, de los servidores públicos de la contribución que hacen parte de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, y crea el Programa de Promoción e Incentivos al Desempeño de esta entidad; así mismo definió como servidores de la contribución a las personas naturales que prestan sus servicios en la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, vinculados a ella por una relación legal y reglamentaria.

Como derechos de los servidores públicos de la contribución estableció en el artículo 8º ídem, entre otros, percibir puntualmente la remuneración fijada para el respectivo cargo; participar en los programas de bienestar social que establezca la Entidad para sus funcionarios y familiares, tales como los de vivienda, educación, recreación, cultura, deporte y programas vacacionales; recibir, dentro de los programas que para el efecto desarrolle la Entidad y de acuerdo con la respectiva reglamentación, capacitación para el mejor desempeño del cargo; gozar de los estímulos e incentivos morales y pecuniarios previstos en la ley y en los reglamentos, entre otros.

A su turno el artículo 12 define que la carrera administrativa de los servidores públicos de la contribución en la DIAN es un sistema técnico específico que constituye el fundamento de la administración de personal, que ofrece igualdad de oportunidades para el ingreso a los cargos de la entidad, garantiza la promoción y permanencia en los mismos con base en el mérito, regula los mecanismos de retiro, y promueve la formación y capacitación para el desarrollo personal y para el mejor desempeño del puesto de trabajo, buscando garantizar la debida prestación del servicio fiscal y el logro de resultados efectivos en la gestión tributaria, aduanera y cambiaria que requiere el país. Y que además de los principios enumerados en el artículo 2º ibídem, el Sistema Específico de Carrera en la DIAN se desarrollará con

[6] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda- Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN. Providencia del quince (15) de mayo de dos mil catorce (2014). Radicación número: 11001-0325000-2012-00159-00 (0676-12).

fundamento en los principios de igualdad, de oportunidades y reconocimiento de méritos.

La promoción se efectuará, adicionalmente, con base en los principios de gradualidad y secuencialidad. El reconocimiento de los méritos se ajustará a la reglamentación que se expida para el efecto, la cual deberá señalar los criterios necesarios para su evaluación en forma objetiva.

Este cuerpo normativo creó en su artículo 84 el Programa de Promoción e Incentivos al Desempeño como una cuenta de manejo especial administrada por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, el cual sustituye al Fondo de Gestión Tributaria y Aduanera, con el objetivo de estimular la productividad de los servidores de la DIAN, primordialmente a través de la capacitación y del bienestar de los funcionarios de la contribución.

Los artículos 87[7] y 88[8] establecieron el origen de los recursos afectos al programa y la distribución de los mismos, siendo la prioridad en la distribución de estos recursos el pago de los incentivos al desempeño que se establezcan para los servidores públicos de carrera de la entidad.

El Presidente de la República en ejercicio de las facultades contempladas en la Ley 4ª de 1992, expidió el Decreto 1268 de 1999, "Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos de la contribución de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales" en cuyo artículo 1º se estableció que los funcionarios de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales "tendrán derecho a todas las prestaciones sociales y beneficios consagrados en las normas generales para los empleados de la Rama Ejecutiva, más los contemplados en este decreto."

---

[7] **ARTÍCULO 87.** ***RECURSOS DEL PROGRAMA DE PROMOCIÓN E INCENTIVOS AL DESEMPEÑO.*** Los recursos del Programa de Promoción e Incentivos al desempeño, provendrán de:
a) Los bienes que reciba a cualquier título, previa autorización del Comité del Programa de Promoción e Incentivos al desempeño de los funcionarios de la entidad;
b) Las asignaciones presupuestales que establezca la Ley.

[8] **ARTÍCULO 88.** ***DISTRIBUCIÓN DE LOS RECURSOS.*** Los recursos del Programa de Promoción e Incentivos al Desempeño de los Servidores de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales serán destinados por el Director
General de la entidad, ***al pago de los incentivos al desempeño que se establezcan para los servidores públicos de carrera de la entidad, conforme con los criterios que se adopten para su aplicación*** y de acuerdo con la magnitud que se defina para su reconocimiento.
Una vez cumplida la destinación señalada en el inciso anterior, los recursos del Programa podrán destinarse de acuerdo con el siguiente orden de prioridades: (…) – Resalta la Sala-

En este cuerpo normativo se creó, entre otros, el incentivo por desempeño grupal[9], incentivos al desempeño en fiscalización y cobranzas[10], y con carácter temporal, el incentivo por desempeño nacional

El primero de los mencionados incentivos se creó para los servidores de la contribución que ocupen cargos de la planta de personal de la entidad, que como resultado de su gestión hayan logrado las metas tributarias, aduaneras y cambiarias que se establezcan de acuerdo con los planes y objetivos trazados para la respectiva área nacional, regional, local y delegada.

El segundo se creó "para los servidores de la contribución que ocupen cargos de la planta de personal de la entidad, que se desempeñen en puestos que impliquen el ejercicio directo de labores ejecutoras en fiscalización y cobranzas, que como resultado de la gestión de control y cobro hayan logrado las metas establecidas de acuerdo con los planes y objetivos trazados para dichas áreas.

Y el tercer incentivo, por desempeño nacional, se creó como la retribución económica que se reconoce a los servidores de la contribución, que ocupen cargos de la planta de personal de la entidad, referida al desempeño colectivo de los servidores de la contribución y relacionadas con las metas de recaudo nacionales. Este incentivo se causará por periodos semestrales y dará derecho al reconocimiento

---

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

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

[10] **ARTÍCULO 60. INCENTIVOS AL DESEMPEÑO EN FISCALIZACIÓN Y COBRANZAS.** Los servidores de la contribución que ocupen cargos de la planta de personal de la entidad, que se desempeñen en puestos que impliquen el ejercicio directo de labores ejecutoras en fiscalización y cobranzas, que como resultado de la gestión de control y cobro hayan logrado las metas establecidas de acuerdo con los planes y objetivos trazados para dichas áreas, tendrán derecho al pago mensual de un incentivo, adicional al contemplado en el artículo anterior, que no podrá exceder el cincuenta por ciento (50%) de la asignación básica mensual más la prima de dirección y la diferencia remuneratoria por designación de jefatura que se devengue.

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

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

de un pago correspondiente a dicho periodo, el cual podrá ser hasta del ciento cincuenta por ciento (150%) del salario mensual que devengue.", sin constituir factor salarial para ningún efecto legal[11].

2.3.3. Antecedentes del incentivo por desempeño grupal de la DIAN

Como antecedentes del incentivo por desempeño de la DIAN, es importante hacer mención de la prima de productividad, prevista por el Decreto 1647 de 27 de junio de 1991, como un reconocimiento a la eficiencia y eficacia en el ejercicio de sus funciones, para los servidores pertenecientes a la carrera tributaria, en los siguientes términos:

"La eficiencia y la eficacia en el ejercicio de sus funciones por parte de los funcionarios de la carrera tributaria, dará derecho a percibir una prima de productividad en reconocimiento de su rendimiento satisfactorio en el desempeño de las funciones y del logro de las metas de gestión cuando fuere el caso, la cual no constituye factor salarial y se liquidará por niveles de calificación de acuerdo con los factores señalados en el artículo siguiente y los reglamentos que la desarrollen."

La prima de productividad, a voces del artículo 66 ibídem, se determinaba por cuatro factores: individual, plural, por gestión y nacional, cada uno de ellos determinado por lo siguiente:

> *" a) INDIVIDUAL. Referido al desempeño personal, que se causará en razón de haber alcanzado una evaluación satisfactoria en el cumplimiento de sus funciones durante el respectivo período y se otorga mensualmente a todos los funcionarios de la carrera tributaria de la Dirección de Impuestos Nacionales.*
> *Este factor no podrá superar el monto del 50% del salario básico mensual más la prima de dirección, en el nivel de calificación más alto.*

[11] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN, providencia del tres (03) de marzo de dos mil quince (2015), Radicación número: 68001-23-33-000-2013-00184-01(0531-14), Actor: Teresa Elvira Angarita Ríos, Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, Apelación Sentencia - Ley 1437/11 - Autoridades Nacionales.

b) PLURAL. Referido al desempeño de la Dirección de Impuestos Nacionales, que se causará en razón del cumplimiento de las metas de recaudación nacionales, regionales o locales, según corresponda, previstas para el respectivo período, que se otorga en forma mensual y solamente a los funcionarios del cuerpo tributario de la carrera tributaria que no hubieren tenido calificación de desempeño deficiente. Este factor no podrá superar el monto del 100% del salario básico mensual más la prima de dirección, en el nivel de cumplimiento más alto;

c) POR GESTIÓN. Referido al desempeño individual de los funcionarios del cuerpo tributario de la carrera tributaria que realizan actividades ejecutoras de Fiscalización y Cobranzas, que se causará mensualmente en razón de haber alcanzado una gestión satisfactoria en el número y valor recaudado, por las actuaciones de control y cobro, de acuerdo con los programas y objetivos definidos en los planes de estas áreas adoptados como criterio de distribución para el respectivo período por el Comité del Fondo de Gestión Tributaria. Este factor no podrá superar el 50% del salario básico mensual más la prima de dirección, en el nivel de desempeño más alto;

d) NACIONAL. Referido al cumplimiento semestral y anual de las metas de la entidad y se reconocerá a todos los funcionarios de la carrera tributaria, se causará semestralmente y no podrá ser superior al 200% del salario mensual más la prima de dirección.
Igualmente se podrán conceder bajo este concepto reconocimientos especiales a la productividad, aprobados por el Comité del Fondo de Gestión Tributaria.

***PARAGRAFO 1.** Los funcionarios de carrera, designados como director y subdirector General de la Dirección de Impuestos Nacionales, percibirán como concepto único de prima de productividad un porcentaje equivalente al mayor de los percibidos por los funcionarios de carrera designados como Administradores Regionales y Especiales, por concepto de los diferentes factores, en el respectivo período. En el caso de los funcionarios de carrera, designados como subdirectores de área, percibirán como prima única el promedio del porcentaje que reciban los Administradores regionales y especiales.*

PARAGRAFO 2. *Los funcionarios que se incorporen a la planta de personal y a la carrera tributaria con ocasión de la reestructuración y los que ingresen con posterioridad a la carrera, tendrán derecho a una prima de productividad promedio hasta tanto se hagan las aplicaciones técnicas y administrativas necesarias para determinar la prima de productividad con base en los factores definidos en este artículo.*

El Comité del Fondo de Gestión Tributaria determinará el valor o porcentaje a reconocer por concepto de la mencionada prima, para cada uno de los cuerpos de la carrera tributaria."

Posteriormente, la Ley 488 de 24 de diciembre de 1998 "***por la cual se expiden normas en materia Tributaria y se dictan otras disposiciones fiscales de las Entidades Territoriales***", **confirió en el artículo 79, precisas facultades al Presidente de la República por el término de 6 meses, para organizar la DIAN, como un ente con personería jurídica, autonomía administrativa y presupuestal, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, además de definir el carácter de sus funcionarios y establecer su régimen salarial y prestacional, así como el sistema de planta, nomenclatura y clasificación, y en general, de establecer las normas que crean y regulan la carrera administrativa especial de dicha entidad, entre otros aspectos[25].**

En ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1072 de 26 de junio de 1999 "*Por el cual se establece el Sistema Específico de Carrera de los servidores públicos de la contribución y se crea el Programa de Promoción e Incentivos al Desempeño de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN***"**. En el artículo 8, determinó los derechos que les asisten a los servidores de la contribución, dentro de ellos, el de gozar de estímulos e incentivos morales y pecuniarios previstos en la ley y en los reglamentos.

De la misma forma, creó en el artículo 84 el Programa de Promoción e Incentivos al Desempeño como una cuenta de manejo especial, administrada por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales**,** a través de las delegaciones que él establezca, de conformidad con las determinaciones legales y del Comité del Programa de Promoción e Incentivos. Su objetivo sería el de estimular la productividad de sus

servidores, primordialmente a través de la capacitación y del bienestar de los funcionarios.

En el artículo 88 estableció que los recursos del Programa serían destinados por el director general de la Entidad, al pago de los incentivos al desempeño que se establezcan para los servidores públicos de carrera de la entidad, conforme con los criterios que se adopten para su aplicación y de acuerdo con la magnitud que se defina para su reconocimiento. Una vez cumplido lo anterior, la misma norma estableció que podrían destinarse, de acuerdo con el siguiente orden de prioridades:

> *"10. Al pago de los estímulos y beneficios por desempeño laboral excepcional, previstos en el artículo 90[26] del presente decreto, conforme a la reglamentación que sobre el particular se expida.*
>
> *20. Al funcionamiento de los programas de capacitación de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, y*
>
> *30. Al funcionamiento de los programas de bienestar organizacional de los servidores públicos de la Entidad y sus familias.*
>
> *40. Al pago de los demás gastos de funcionamiento que considere necesarios el Comité de Programa de Promoción e Incentivos al Desempeño."*

Se precisa que el artículo 90, al que hace referencia el numeral 1 antes visto, era del siguiente tenor: "*Como parte del reconocimiento de los méritos obtenidos en el desempeño de sus funciones, así como del desempeño dentro de la carrera, y de acuerdo con la reglamentación que para efecto expida el Director General, los servidores de la contribución podrán ser objeto de estímulos especiales de carácter económico y/o de otra índole*."[27] Aparte que fue declarado inexequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-725 de 2000, como se referirá más adelante.

Posteriormente, el Gobierno Nacional expidió el **Decreto 1268 de 13 de julio de 1999** "*Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos de la contribución de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales*", norma que creó en el artículo 5 el incentivo por desempeño grupal, como un emolumento que no podría exceder del 50% de la asignación básica mensual más la prima de dirección y la diferencia remuneratoria

por designación de jefatura que se devengue, al que tendrían derecho los servidores de la contribución de la planta de personal, que como resultado de su gestión hubieran logrado las metas tributarias, aduaneras y cambiarias que se establecieran de acuerdo con los planes y objetivos establecidos para la respectiva área. Dicho incentivo no constituiría factor salarial para ningún efecto legal y se determinaría con base en la evaluación de la gestión que se realizara cada seis meses[28].

En este punto, es ineludible precisar que la Corte Constitucional en la sentencia C-725 de 2000, declaró inexequible el numeral 2 del artículo 79 de la Ley 488 de 1998 que confería facultades al presidente para establecer el régimen salarial y prestacional, y además del artículo 90 del Decreto 1072 de 1999, antes mencionado, con fundamento en lo siguiente:

> ***"El artículo 90 del Decreto 1072 de 1999, es inconstitucional.***
>
> *3.24.1. Dispone la norma aludida que, "de acuerdo con la reglamentación que para el efecto expida el director general, los servidores de la contribución podrán ser objeto de estímulos especiales de carácter económico y/o de otra índole", para de esta manera reconocerles "los méritos obtenidos en el desempeño de sus funciones, así como del desempeño dentro de la carrera".*
>
> *3.24.2. Encuentra la Corte que la norma acabada de mencionar resulta contraria a la Constitución, pues, de un lado, "la totalidad de los gastos que el Estado pretenda realizar durante la vigencia fiscal respectiva" deben estar expresamente contemplados en la correspondiente ley de apropiaciones, como perentoriamente lo exige el artículo 347 de la Carta, lo que excluye la existencia de "fondos secretos" o partidas destinadas a otorgar a ciertos funcionarios por el cumplimiento de sus deberes oficiales "donaciones" aquí denominadas "estímulos económicos", lo que se encuentra, además, prohibido en forma contundente y clara por el artículo 355 de la Constitución, en el cual se preceptúa que "ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado".*
>
> *A ello ha de agregarse que el desempeño de las funciones propias del cargo se remunera por el Estado con el salario fijado conforme a la ley*

a quien lo desempeña, por lo que tales "estímulos económicos" resultan extraños al ordenamiento constitucional y, abiertamente contrarios al artículo 209 de la Carta en el cual se dispone que la función administrativa se encuentra al servicio de los intereses generales y ha de cumplirse, entre otros, con sujeción a los principios de igualdad, moralidad y eficacia, por lo que no resulta acompasado con la Constitución que a quien ajusta su conducta a tales prescripciones, se le haga beneficiario de sumas de dinero que ingresan de manera extraordinaria a su patrimonio, simplemente por adecuar su conducta a lo que dé él se espera como funcionario público."

De otra parte, el Consejo de Estado en sentencia de 14 de febrero de 2002[29], se pronunció sobre la legalidad de los apartes "de la planta" y "*no constituirá factor salarial para ningún efecto legal*" contenidos en el artículo 5 del Decreto 1268 de 1999, y en lo referente al particular, sobre este último, consideró que no existía ningún motivo fundado en la Constitución o en la "*recta razón*" que impidiera que una prestación social se liquidara sin considerar la totalidad del salario[30], empero, no examinó de fondo la naturaleza de dichos reconocimientos.

Posteriormente, el Decreto 618 de 28 de febrero de 2006[31], previó el incentivo por desempeño grupal en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 5 El incentivo por desempeño grupal, de quienes opten por este nuevo régimen, a que se refiere el artículo 50 del Decreto 1268 de 1999, no podrá exceder del veintiséis (26%) por ciento de la asignación básica mensual más la prima de dirección y la diferencia remuneratoria por designación de jefatura que se devengue. Este incentivo no constituirá factor salarial para ningún efecto legal y se determinará con base en la evaluación de la gestión que se realice cada seis (6) meses."

Luego, el Decreto 607 de 2 de marzo de 2007 en el artículo 4 contempló el mismo incentivo[32], así como la norma que lo derogó, el Decreto 650 de 4 de marzo de 2008. Por su parte, el Decreto 4050 de 22 de octubre de 2008 dispuso:

"ARTÍCULO 8o. INCENTIVO POR DESEMPEÑO GRUPAL. *Los empleados públicos de la DIAN que ocupen cargos de la planta de personal de la Entidad, que como resultado de su gestión hayan logrado las metas tributarias, aduaneras y cambiarias que se establezcan de acuerdo con los*

planes y objetivos trazados para la respectiva área nacional, local y delegada, tendrán derecho al reconocimiento mensual de un incentivo que no podrá exceder del veintiséis por ciento (26%) de la asignación básica mensual más la prima de dirección y la diferencia remuneratoria por designación de jefatura que se devengue.
Este incentivo no constituirá factor salarial para ningún efecto legal y se determinará con base en la evaluación de gestión que se realice cada seis (6) meses."

El Director de la DIAN, en ejercicio de su facultad de administrar el Programa de Promoción e Incentivos al Desempeño, expidió las Resoluciones 4301 de 27 de abril de 2009[33] y 5062 de 6 de mayo de 2011[34], normas que establecieron que dicho reconocimiento, se haría en función del recaudo de los ingresos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales[35] y del resultado que hayan obtenido por su gestión en el logro de las metas tributarias, aduaneras y cambiarias, que se establezcan de acuerdo con los planes y objetivos trazados para la respectiva área nacional, local y delegada[36], y se determina con base en la evaluación de gestión que se realiza cada 6 meses.

Quiere decir lo anterior, que el incentivo se pagará mensualmente a aquel servidor que como resultado de su desempeño haya logrado las metas tributarias, aduaneras y cambiarias establecidas, en decir, que por el cumplimiento de las funciones que legalmente le han sido conferidas logre los objetivos trazados por la misma entidad, que se determina con base en la evaluación de gestión, tal y como anteriormente estaba previsto para la prima de productividad por los factores individual y plural.

2.3.4. Del carácter salarial del incentivo por desempeño grupal

Mediante sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, del 6 de julio de 2015, Rad. No.: 11001-03-25-000-2011-00067-00(0192-11), se dispuso:

"Resuelto lo anterior, se abordará el asunto en relación con los artículos 150 y 189 Superior, para verificar si el ejecutivo se excedió en su facultad reglamentaria al expedir una prestación como la que se discute sin que la misma constituyera factor salarial.
Para ello, la Sala tendrá en cuenta el régimen de competencias fijado históricamente por el ordenamiento jurídico en materia salarial y

prestacional, no sin antes aclarar la naturaleza jurídica que ostenta la prima creada en el artículo demandado.

Esta Corporación ha tenido oportunidad de pronunciarse en torno al concepto de salario así[9]:

"Como las prestaciones sociales y el salario se derivan igualmente de la relación de trabajo, se hace necesario distinguirlas. Constituye salario todo lo que se paga directamente por la retribución o contraprestación del trabajo realizado, en cambio las prestaciones sociales se pagan para que el trabajador pueda sortear algunos riesgos claramente identificables, como por ejemplo el de la vejez (pensión), la enfermedad (seguridad social de salud) y el de la capacidad para laborar (vacaciones).

Las prestaciones sociales no emergen por criterios particulares y concretos, sino por aspectos generales en relación con todos los trabajadores o un grupo considerable de ellos, en cambio el salario sí se constituye frente a casos particulares y concretos, atendiendo un factor objetivo, esto es, en razón a la naturaleza del cargo, y/o otro factor subjetivo, por la persona que desempeña el empleo. El primer factor depende de la responsabilidad y complejidad del cargo o empleo, y el segundo, entre otras circunstancias, según la capacidad, nivel académico o experiencia del empleado.

Por lo anterior, el salario corresponde a una suma de varios valores que corresponden a varios ***elementos salariales****, de los cuales, de conformidad con cada régimen prestacional aplicable, algunos de ellos se tienen en cuenta para las prestaciones sociales, es decir, como factores salariales.*

Bajo estos conceptos, la Sala puede concluir que el derecho laboral que trata la precitada Ordenanza Departamental No. 23, corresponde a un elemento salarial, porque fue creada solamente para aquellos docentes con 20 años de experiencia (factor subjetivo) que se encontraran por fuera de la edad, según la ley, de vejez; emolumento que se de pagar calculando el 20% del sueldo (elemento salarial objetivo), es decir, siempre y cuando se siga ejerciendo la actividad docente."

Con base en los anteriores postulados, resulta válido afirmar que el referido incentivo tiene naturaleza salarial, toda vez que se creó para retribuir directamente los servicios del trabajador y no para cubrir una contingencia a la que pudiera verse sometido.

Ahora, como el Gobierno Nacional creó este incentivo sin carácter salarial para un grupo de servidores de la DIAN, conviene examinar los alcances de esta figura dentro del contexto jurídico de la función pública conforme al régimen que lo ha regulado antes de la expedición de la Carta de 1991 y después de la misma, a fin de descubrir con la mayor claridad posible la estructura de la figura, dado que ella hace parte del universo jurídico plasmado en la Ley 4ª de 1992.

Para ello es viable remitirse a lo que en sentencia 2 de abril de 2009 Exp. No. 11001-03-25-000-2007-00098- 00 (1831-07) Actor: Luis Esmeldy Patiño, se dijo:

> *"Lo primero que hay que registrar es que conforme al Acto Legislativo surgido del Plebiscito de 1957 (artículo 5), la función pública quedó vinculada a la carrera administrativa como sistema de acceso y permanencia en el servicio público, es por eso que fue expedida la Ley 19 de 1958, para facilitar un modelo técnico en la clasificación de los empleados públicos que serviría de guía principal para establecer entre otros aspectos, la remuneración de los servidores públicos conforme a los deberes del empleo, la responsabilidad y los requisitos mínimos para la designación; sin embargo, fue solo hasta la conocida reforma constitucional de 1968, que posibilitó la expedición de la Ley 65 de 1967, base normativa para la modernización de la regulación técnica de la función pública, de ahí se derivan los Decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973, 3135 del mismo año y 3148 que lo adiciona, donde surge con regularidad un particular fenómeno jurídico en la remuneración de los empleados del Estado ordinariamente mencionado bajo el título de "primas", para significar invariablemente, un agregado en su ingreso laboral en ocasiones de naturaleza prestacional y en otras de carácter salarial, o como simple bonificación, pero en todo caso con la constante de representar un incremento en los ingresos derivados de la relación laboral.*
>
> *En lo específico de la figura tomada en su aspecto salarial, el Decreto 1042 de 1968, contentivo de la clasificación y remuneración de los cargos para los empleos públicos, la noción de "prima" como concepto genérico, emerge a título de reconocimientos económicos adicionales para el empleado a fin de expresar cualidades o características particulares del mismo, que con todo, implican un aumento en su ingreso laboral, es así, como la prima técnica, la prima de antigüedad, la prima de clima, entre otras, representan un sistema utilizado en la función pública para*

reconocer un "plus" en el ingreso de los servidores públicos, sin importar que en la definición normativa de esencia, sea o no definido su carácter salarial, prestacional o simplemente bonificatorio.

Por consiguiente, la Sala puede señalar que el concepto de prima dentro del régimen jurídico anterior a la expedición de la Carta de 1991, ***opera invariablemente como un fenómeno retributivo de carácter adicional a la actividad laboral cumplida por el servidor público."*** *(El destacado es de la Sala)*

Posteriormente, con la expedición de la Carta Fundamental de 1991, el concepto mantiene identidad funcional con la manera como el régimen jurídico anterior se refirió a las primas para sobre su estructura representar básicamente un incremento a la remuneración; propiamente es posible reconocer que la Ley 4ª de 1992, retomó los elementos axiológicos de la noción, de manera que volvió a mencionar el concepto de prima como un fenómeno complementario de adición a la remuneración de los servidores públicos, tal como efectivamente quedó consagrado en los artículos 14 y 15 de dicha codificación; de forma que el entendimiento del concepto en vigencia del sistema de remuneración de los servidores públicos, luego de la Carta de 1991 y conforme a su ley marco, sigue situándose como un incremento, un "plus" para añadir el valor del ingreso laboral del servidor.

Lo anterior, amerita reflexionar en torno a si asiste razón a la tesis que considera que el concepto de prima dentro de los componentes que integran la remuneración de los servidores públicos, puede válidamente tener significado contradictorio, es decir, negativo a lo analizado o por lo menos, ambiguo para representar al mismo tiempo un agregado en la remuneración y contemporáneamente una merma de efecto adverso en el valor de la misma. Prima facie, es dable afirmar que una noción que representa al tiempo contenidos contradictorios, debe disolverse por la acción de la Justicia, es decir, es carga de la Judicatura entender los alcances del ordenamiento jurídico de forma consistente a la protección de los derechos de las personas - inciso 2° del artículo 53 de la Constitución Política - , todo ello dentro del contexto de un cometido que proporciona y justifica la existencia del Estado, de manera que, atendiendo esta mínima y básica realidad, no será posible asignar al concepto de prima usado por el Legislador en los artículos 14 y 15 de la Ley 4ª de 1992, una consecuencia diferente a la de representar un incremento remuneratorio. Este razonamiento, además, es consecuente con el principio de progresividad, constitucionalmente plasmado en el artículo 53 de la Carta Política, ya citado, pues deriva la noción de salario vital y móvil proporcional a la cantidad y calidad del trabajo; justamente, hay que reconocer que la

funcionalidad de las "primas" en la remuneración de empleados y trabajadores, desarrolla y expresa esta característica conceptual con el alcance jurídico que precisamos dentro el sistema salarial vigente."

Lo anteriormente trascrito permite concluir que dentro del régimen jurídico anterior a la Carta Política como en el transcurrir de esta, el concepto de prima, ***entendido como tal cualquier "incentivo" que se le dé a un trabajador de manera habitual y como contraprestación de su labor,*** *como ocurre en este caso, debe significar ineludiblemente un fenómeno retributivo de carácter adicional a la actividad laboral cumplida por el servidor público, que no puede desconocerse ni desnaturalizarse cercenándole el carácter de factor salarial.*

Teniendo en cuenta entonces que la naturaleza del "incentivo" en estudio es netamente salarial y que la misma la recibe el empleado público de la planta de personal de la DIAN de manera habitual, periódica y como contraprestación directa de su despliegue laboral, para la Sala resulta claro que el Ejecutivo al expedir el decreto demandado desbordó su poder, por cuanto bajo la apariencia de un "incentivo", que como su nombre lo dice pretende estimular al empleado con una retribución económica "adicional", desmejoró el salario de los empleados pertenecientes a la entidad aludida.

Así las cosas el Ejecutivo al establecer que este 26%, como rubro máximo a devengar por medio de este incentivo, no constituye factor salarial, lo que en realidad hace es despojar de efectos salariales a dicho porcentaje, con lo que de contera disminuye el monto de las prestaciones sociales.

Y es que ha sido reiterativa la postura que esta Corporación ha tenido respecto del artículo 127 del C.S.T. en el sentido de que "Constituye salario no solo la remuneración fija u ordinaria, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie y que implique retribución de servicios, sea cualquiera la denominación que se adopte…". ***Bajo ese entendido, el mentado "incentivo" que acá se analiza no tiene causa distinta a la del servicio que presta el funcionario e indudablemente es factor salarial, lo que hace forzoso concluir que restarle esa categorización a dicho emolumento y despojar ese porcentaje del salario, sería tanto como desmejorar en sus condiciones laborales a los servidores que devengan tal suma de dinero sin que la misma haga parte del salario.***

Por ello, el "incentivo" en mención, es ni más ni menos que una parte de salario que se da por retribución del servicio y no una prestación

social a título de complemento para satisfacer las necesidades del empleado o su familia, por lo que necesariamente ha de formar parte de la asignación mensual que devengan los empleados de planta de la DIAN, so pena de estar desmejorándolos en sus condiciones laborales.

No sobra recordar que la Ley 4ª de 1992 materializó el literal e.) del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política, que contiene criterios para fijar el régimen salarial y prestacional de los ***empleados públicos****, miembros del Congreso y la Fuerza Pública, disponiendo en su artículo 20. una prohibición al Gobierno Nacional a desmejorar los salarios y las prestaciones sociales de los servidores del Estado.*

Sin necesidad de más consideraciones, la Sala declarará la nulidad de la expresión "no constituirá factor salarial para ningún efecto legal y", de conformidad con lo expuesto en precedencia.

Entonces, bajo este panorama normativo y jurisprudencial, procede el Despacho a analizar el caso concreto.

2.4. Caso concreto

Se encuentra acreditado dentro del proceso que, el señor Jesús Hernándo Quintero Vergel, se vinculó a la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales el 01 de febrero de 1994 y que durante el periodo comprendido del 2009 al 2013, se desempeñó en los siguientes cargos:

Del 02 de mayo de 2013 al 31 de diciembre de 2013, Despacho de la Subdirección de Gestión de Comercio exterior, en el cargo de **Inspector IV Código 308 Grado 08.**
Con las siguientes funciones comunicadas para el periodo antes mencionado de acuerdo con la comunicación de funciones de fecha 08 de mayo de 2013, firmada por el Superior Inmediato (folios 661, 662, 663), información encontrada en la historia laboral.
Evaluador Especializado en la Gestión de las Operaciones de Comercio Exterior.

1. Diseñar estrategias de mejoramiento continuo en busca de la excelencia de la operación de comercio exterior a nivel nacional, para garantizar el cumplimiento de los objetivos misionales con calidad, eficiencia y eficacia.
2. Diseñar, planear, ejecutar y evaluar la supervisión y control del área de comercio exterior, orientándola hacia la efectividad de la operación aduanera, con el fin de contribuir a la confiabilidad en los procesos.
3. Diseñar herramientas de manejo de riesgos de los procedimientos críticos del área de comercio exterior y realizar el seguimiento que permita controlar y facilitar las operaciones de comercio exterior.
4. Proponer, actualizar y evaluar de manera constante los indicadores operativos, con el propósito de disponer de información confiable que sirva de soporte a la toma de decisiones de los directivos de la entidad.
5. Presentar para aprobación del subdirector, la formulación de las metas de gestión del área de comercio exterior con base en análisis de resultado: estadísticos, comportamientos y tendencias para las Direcciones Seccionales, con el fin de orientar la gestión hacia el cumplimiento de la misión de le Entidad.

6. Verificar el cumplimiento de las acciones de mejoramiento acordadas con los entes de control y en las visitas de supervisión realizadas al área de comercio exterior con el fin de evaluar la efectividad de las medidas aplicadas a los procedimientos de comercio exterior a nivel nacional y reducir su: riesgos.
7. Evaluar el cumplimiento de las metas de gestión del área de comercio exterior, para orientar las labores al logro de sus objetivos.
8. Reportar a las dependencias competentes las actuaciones que den origen a investigaciones posteriores en desarrollo de las operaciones de comercio exterior, para coadyuvar en la implantación de las acciones preventivas o correctivas a que haya lugar.
9. Desempeñar las demás funciones que le sean asignadas por el superior inmediato, de acuerdo con la naturaleza del empleo.

Jefe de Grupo.
Del 17 de mayo de 2011 al 01 de mayo de 2013, Grupo Interno de Trabajo de Importaciones de la División de Gestión de la Operación Aduanera de la Dirección Seccional de Aduanas Cúcuta, actual **Gestor III Código 303 Grado 03.**
Y de acuerdo con la Resolución No 0011 del 04 de noviembre de 2008 Articulo 106, son funciones del Grupo Interno de Trabajo de Importaciones en la División de Gestión de Aduanas de las Direcciones Seccionales de Aduanas de Cúcuta, además de las dispuestas en el artículo **113** de la presente resolución, las siguientes:

1. Verificar la aplicación de las normas del régimen de importación para garantizar el cumplimiento de los términos y condiciones ahí previstas.
2. Tramitar las solicitudes de autorización para las modalidades de importación que lo requieran, prórrogas, correcciones de declaraciones de importación y demás requeridas dentro del proceso de importación, conforme a lo previsto en la normatividad aduanera.
3. Documentar, evaluar y autorizar las contingencias parciales y realizar los registros respectivos en la bitácora del Sistema, aplicando la normatividad correspondiente.
4. Atender los trámites manuales y garantizar el cumplimiento de los requisitos legales vigentes.
5. Realizar las inspecciones aduaneras previas al levante de la mercancía, respecto a las declaraciones de importación seleccionadas o en las que medie solicitud, con el fin de autorizar, suspender o no autorizar el levante y producir la respectiva decisión en los términos y condiciones previstos en las normas aduaneras.
6. Inmovilizar, aprehender o efectuar el decomiso directo de la mercancía, conforme a las competencias, procedimientos establecidos y demás normas vigentes sobre la materia.
7. Efectuar las acciones que garanticen la custodia de las mercancías aprehendidas hasta su traslado a depósito.
8. Reportar las operaciones sospechosas de lavado de activos a la dependencia o autoridad competente.
9. Dar traslado a la dependencia competente las actuaciones que den origen a investigaciones posteriores.

Además, en las dispuestas en el Articulo 113º de la Resolución 011 del 04 de noviembre de 2008. Funciones Comunes.

1. Formular y ejecutar el plan operativo y mapa de riesgos de la dependencia, y efectuar los seguimientos, ajustes y evaluación correspondiente de conformidad con el plan estratégico y el sistema de gestión de calidad y control interno de la Entidad;
2. Ejecutar los planes y las metas de gestión, de acuerdo con las directrices del superior jerárquico del Nivel Central y del Director Seccional según el caso;
3. Administrar el talento humano a su cargo y los recursos físicos y financieros asignados;
4. Garantizar la eficiente y correcta definición e implantación del Sistema de Gestión de Calidad y Control de Interno;
5. Elaborar, analizar, presentar y remitir oportunamente los diferentes informes y estadísticas de su competencia y velar por su calidad y confiabilidad;
6. Proponer indicadores de gestión que permitan medir y evaluar la eficiencia y eficacia del Grupo;
7. Definir e implementar los procesos, procedimientos manuales y demás instructivos que garanticen el cumplimiento de las funciones del área a nivel nacional, de acuerdo con las directrices señaladas por alta dirección;
8. Las demás que le asigne el Jefe inmediato de acuerdo con la naturaleza de la dependencia.

Jefe División (A)
Mediante resolución No. 524 del 27 de marzo de 2013, le asigna funciones de Jefe de la División de Gestión de la Operación Aduanera de la Dirección Seccional de Aduanas Cúcuta, los días 27 de marzo de 2013.
Mediante resolución No. 513 del 21 de marzo de 2013, le asigna funciones de Jefe de la División de Gestión de la Operación Aduanera de la Dirección Seccional de Aduanas Cúcuta, los días 22 al 25 de marzo de 2013.
Mediante resolución No. 1713 del 09 de agosto de 2012, le asigna funciones de Jefe de la División de Gestión de la Operación Aduanera de la Dirección Seccional de Aduanas Cúcuta, el día 10 de agosto de 2012.
Mediante resolución No. 1346 del 19 de junio de 2012, le asigna funciones de Jefe de la División de Gestión de la Operación Aduanera de la Dirección Seccional de Aduanas Cúcuta, los días 21 al 24 de junio de 2012.
Mediante resolución No. 1065 del 22 de mayo de 2012, le asigna funciones de Jefe de la División de Gestión de la Operación Aduanera de la Dirección Seccional de Aduanas Cúcuta, desde el 22 de mayo de 2012 y hasta que el funcionario designado se posesione.

Mediante resolución No. 2229 del 23 de noviembre de 2011, le asigna funciones de Jefe de la División de Gestión de la Operación Aduanera de la Dirección Seccional de Aduanas Cúcuta, los días 24 y 25 de noviembre de 2011.
Mediante resolución No. 1513 del 10 de agosto de 2011, le asigna funciones de Jefe de la División de Gestión de la Operación Aduanera de la Dirección Seccional de Aduanas Cúcuta, los días 12, 16 de agosto de 2011.

Del 19 de febrero de 2009 al 16 de mayo de 2011, en la División de Gestión de la Operación Aduanera de la Dirección Seccional de Aduanas Cúcuta, en el cargo de **Gestor III Código 303 Grado 03.**
Con las siguientes funciones comunicadas para el periodo antes mencionado de acuerdo con la comunicación de funciones de fecha 25 de marzo de 2009, firmada por el Jefe de Grupo de Importaciones (folios 405, 406), información encontrada en la historia laboral.
Inspector
1. Recibir el reparto de los documentos de importación y exportación para atender las diligencias de inspección en la zona aduanera asignada.
2. Verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos para la importación, exportación o tránsito de mercancías de conformidad con las normas vigentes y realizar la inspección física y/o documental con el fin de determinar la procedencia del levante, del embarque o autorización del régimen de tránsito.
3. Elaborar a través del sistema informático o manualmente el acta de inspección o acta de aprehensión con el fin de consignar el resultado de la diligencia.
4. Realizar la toma de muestras de las mercancías cuando la norma lo indique o existan dudas respecto a su naturaleza para su remisión a estudio técnico en el laboratorio.
5. Proyectar las actuaciones pertinentes con el fin de autorizar la entrega de equipajes no acompañados, la importación temporal de vehículos de turistas y solicitudes de entregas urgentes.
6. Desempeñar las demás funciones que le sean asignadas por el superior inmediato, de acuerdo con la naturaleza del empleo.

Jefe División (A)
Mediante resolución No. 2698 del 23 de diciembre de 2009, le asigna funciones de Jefe de la División de Gestión Jurídica de la Dirección Seccional de Aduanas Cúcuta, del 04 y hasta el 08 de enero de 2010, actual **Gestor III Código 303 Grado 03.**

Del 04 de noviembre de 2008 al 18 de febrero de 2009 en el Grupo Interno de Trabajo de Control de Carga y Tránsitos de la División de Gestión de la Operación Aduanera de la Dirección Seccional de Aduanas Cúcuta, actual **Gestor II Código 302 Grado 02.**
Con las siguientes funciones comunicadas para el periodo antes mencionado de acuerdo con la comunicación de funciones de fecha 31 de enero de 2009, firmada

por el Jefe de Grupo de Importaciones (folios 320 y 321), información encontrada en la historia laboral.

Inspector

1. Recibir el reparto de los documentos de importación y exportación para atender las diligencias de inspección en la zona aduanera asignada.
2. Verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos para la importación, exportación o tránsito de mercancías de conformidad con las normas vigentes y realizar la inspección física y/o documental con el fin de determinar la procedencia del levante, del embarque o autorización del régimen de tránsito.
3. Elaborar a través del sistema informático o manualmente el acta de inspección o acta de aprehensión con el fin de consignar el resultado de la diligencia.
4. Realizar la toma de muestras de las mercancías cuando la norma lo indique o existan dudas respecto a su naturaleza para su remisión a estudio técnico en el laboratorio.
5. Proyectar las actuaciones pertinentes con el fin de autorizar la entrega de equipajes no acompañados, la importación temporal de vehículos de turistas y solicitudes de entregas urgentes.
6. Desempeñar las demás funciones que le sean asignadas por el superior inmediato, de acuerdo con la naturaleza del empleo.

Que, en razón a las designaciones percibió mensualmente el **incentivo al desempeño grupal**, como consta en el Certificado de pagos por salarios y deducciones efectuadas al señor Jesús Hernando Quintero, emitido por el jefe de la Coordinación de Tesorería, **desde 30 de enero de 2009 hasta el 30 de diciembre de 2012** (expediente digitalizado anexo 006 fl. 22-36).

Como se observa, el demandante, causó el **incentivo al desempeño grupal**, bajo la vigencia del Decreto No. 4050 del 2008.

Ahora bien, en el caso sub lite el demandante considera que dicho emolumento debe ser reconocido como salario, para la reliquidación del pago de sus prestaciones sociales.

Bajo los anteriores parámetros, es pertinente traer a colación la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, del 6 de julio de 2015, Rad. No.: 11001-03-25-000-2011-00067-00(0192-11), cuando dispuso: "*Por ello, el "incentivo" en mención, es ni más ni menos que una parte de salario que se da por retribución del servicio y no una prestación social a título de complemento para satisfacer las necesidades del empleado o su familia, por lo que necesariamente ha de formar parte de la asignación mensual que devengan los empleados de planta de la DIAN, so pena de estar desmejorándolos en sus condiciones laborales".*

Como se observa, efectivamente la alta Corporación determinó la falta de validez de la disposición que negaba el carácter de salario al incentivo desempeño grupal.

En este punto, es relevante precisar, que el argumento expuesto por la parte demandante en sus intervenciones procesales, para los efectos de las sentencias de nulidad en lo contencioso administrativo, la cual procede cuando se comprueba que, en su expedición, es decir, desde que nació a la vida jurídica, se presentaron algunos de los vicios legalmente establecidos, cuestionándose si la declaratoria de nulidad solamente puede tener efectos hacia el futuro, es decir «ex nunc», o si por el contrario los efectos de la decisión pueden retrotraerse hasta el momento de expedición del acto, o sea, «ex tunc».

A este respecto, el Consejo de Estado en sentencia del 27 de abril de 2017[12], señaló: "*…Bajo esta óptica la jurisprudencia contenciosa ha afirmado, que como la declaración judicial de nulidad se funda en la existencia comprobada de vicios que afectan la validez del acto administrativo, los efectos de tal declaración deben ser «ex tunc», es decir, retroactivas, para deshacer las consecuencias derivadas de la aplicación de actos administrativos espurios…*".

Con lo cual, queda claro que los efectos de la sentencia que declaró la nulidad de la expresión "*no constituye factor salarial*" del artículo 8 del Decreto 4050 de 22 de octubre de 2008 por el cual se dictan disposiciones en materia salarial para la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, se retrotraen al momento de su expedición.

Y es que, según lo expuso el órgano de cierre Contencioso Administrativo[13], dicha presunta obligación de un trato igualitario, se desvirtúa desde la misma lectura del artículo 2° de la Ley 4a de 1992, el cual prevé entre los criterios que debe tener en cuenta el Gobierno Nacional para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos disponiendo en su artículo 20. una prohibición al Gobierno Nacional a desmejorar los salarios y las prestaciones sociales de los servidores del Estado.

---

[12] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, consejera Ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, Radicado N° 11001032500020130108700 (2512-2013).
[13] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 19 de febrero de 2018, consejero Ponente Dr. Cesar Palomino Cortés, Radicado N° 11001-03-25-000-2011-00167-00 (0580-11).

Ahora bien, precisa el Despacho que si bien las normas de derecho laboral en principio no se aplican en la regulación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, tal como lo precisa el artículo 3 del Código Sustantivo del Trabajo[14], se acude a esa definición de salario como criterio interpretativo, tal como se ha empleado por el Consejo de Estado, así que, los artículos 127 y 128 del CST prevén los elementos que constituyen salario y la definición del mismo, y discriminan aquellos que no son catalogados como tal, en los siguientes términos:

> ***«ARTICULO 127. ELEMENTOS INTEGRANTES.*** *Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como* ***contraprestación directa del servicio****,* ***sea cualquiera la forma o denominación que se adopte****, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.*
>
> ***ARTICULO 128. PAGOS QUE NO CONSTITUYEN SALARIOS.*** *No constituyen salario las* ***sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador****, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el {empleador}, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad».*

En ese entendido, y como lo ha definido el máximo Tribunal Contencioso Administrativo en varias oportunidades, «*la legislación laboral define como* ***salario*** *todos los* ***pagos recibidos*** *por el trabajador* ***como contraprestación directa del servicio****,* ***cualquiera que sea la forma o denominación que se adopte****, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, horas extras, porcentajes de ventas y comisiones, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, entre otros. Por el contrario, los* ***pagos recibidos ocasionalmente*** *por el trabajador y por* ***mera liberalidad*** *del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales,* ***no constituyen salario*** *y, en esa medida, no están llamados a integrar la base de liquidación de los aportes parafiscales que se discuten*»[15].

---

[14] "*el presente Código regula las relaciones de derecho individual del Trabajo de carácter particular, y las de derecho colectivo del Trabajo, oficiales y particulares*".
[15] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia del 21 de junio de 2018, Exp. 21833, CP. Julio Roberto Piza Rodríguez.

Es decir que la normativa laboral exige el cumplimiento de dos condiciones simultáneas que excluyen a los pagos recibidos por el trabajador, de la estimación como salario, esto es, que sean ocasionales y que se paguen por mera liberalidad. Ello significa que, para que un pago no constituya salario, no es suficiente el ánimo liberal con que se otorgue, sino que también se requiere la condición de ocasional (no habitual).

Como se precisó previamente, el demandante percibió mensualmente el **incentivo al desempeño grupal**, como consta en el Certificado de pagos por salarios y deducciones efectuadas al señor Jesús Hernando Quintero, emitido por el jefe de la Coordinación de Tesorería, **desde 30 de enero de 2009 hasta el 30 de diciembre de 2012** (expediente digitalizado anexo 006 fl. 22-36). Por lo que, efectivamente el actor recibió el pago del incentivo al desempeño grupal en forma habitual, y como también se demuestra que dicha prima fue devengada en retribución directa del servicio prestado, sin ningún otro condicionamiento o liberalidad del empleador es, por ende, factor de salario.

Y es que, en materia laboral debe primar la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, como efectivamente lo apuntó el extremo activo de la litis. Por lo tanto, así se estipule que un pago no es constitutivo de salario, si se demuestra que **su finalidad era remunerar al trabajador por las labores desarrolladas**, la realidad es que ese pago se ajusta a la naturaleza salarial, como lo vemos acreditado en torno a este preciso caso del **incentivo al desempeño grupal**.

Así mismo, constituye salario todo lo que recibe el servidor público como retribución por sus servicios de manera habitual y periódica, sea cualquiera la denominación que se le dé, por ello, la definición de factor salarial corresponde a un concepto que se relaciona con la forma en que efectivamente se desenvuelven las relaciones laborales.

2.5 de la Prescripción

Sobre tal propósito, el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 dispone que el término de prescripción de los derechos laborales de los servidores públicos es de tres (3) años se interrumpe mediante la solicitud escrita del reconocimiento del derecho.

Por consiguiente, y teniendo en cuenta que transcurrieron **más de 3 años** entre fecha inicial de causación del derecho en favor del demandante, y la petición del **16 de julio de 2018**, recibido con el radicado No. 000E2018025664 y el oficio de fecha 15 de

agosto de 2018 Radicado 000E2018029602 complementando la información de la petición, por medio de la cual solicitó el reconocimiento del **incentivo al desempeño grupal**, como factor salarial[16], que conllevó a la expedición de los actos demandados, se evidencia que operó la prescripción trienal respecto de aquellas diferencias causadas antes del **16 de julio de 2015**, pero se observa que el demandante devengó el **incentivo al desempeño grupal**, **hasta el 30 de diciembre de 2012**_ por lo que SE DECLARARA PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN.

En este sentido, el demandante presentó solicitud de reconocimiento de factor salarial cuando ya había operado el fenómeno extintivo de la prescripción, como lo adujo la entidad demandada en su escrito de contestación, razón por la cual le feneció el derecho, y así se declarará en la parte resolutiva de la providencia.

3. De la caducidad

Con relación a esta excepción evidencia el Despacho que la notificación del acto administrativo demandado fue el **04 de enero de 2019** y que el **03 de mayo de 2019,** se presentó solicitud de conciliación extrajudicial; órgano que emitió acta de no conciliación el **18 de junio de 2019,** y la demanda fue presentada el **19 de junio de 2019,** es decir, que se presentó en término, pues no transcurrieron los 4 meses que prediga la norma para que opere la caducidad.

4. Condena en costas y agencias en derecho

Finalmente, y comoquiera que, de conformidad con el artículo 188 del CPACA9, en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, pasa el Despacho a pronunciarse.

Para ello se advierte que, si bien, en el presente asunto la parte vencida es el extremo activo y aun cuando la parte pasiva solicitó en su escrito de contestación que se le condene en costas a la demandante, lo cierto es que, de conformidad con el inciso 2° del artículo 367 del CGP y el numeral 8° del artículo 365 del mismo estatuto, estas deber ser tasadas y liquidadas de acuerdo con criterios verificables y solo habrá lugar a ellas cuando aparezcan causadas y en la medida de su comprobación, y en el presente asunto, la parte interesada no demostró su causación, por lo que, no se accederá a ellas.

[16] Referencia del acto acusado Anexo 006 del expediente digitalizado.

Así lo ha entendido el Consejo de Estado, por ejemplo, en la sentencia proferida el 17 de noviembre de 2022, en la cual no condenó en costas, por las siguientes razones:

<<No procede la condena en costas, pues conforme con el artículo 188 del CPACA, en los procesos ante esta jurisdicción, la condena en costas, que según el artículo 361 del C.G.P. incluye las agencias en derecho, se rige por las reglas previstas el artículo 365 del Código General del Proceso, y una de estas reglas es la del numeral 8, según la cual "solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación", requisito que no se cumple en este asunto>>.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C,** administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A:

PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD de los actos administrativos contenidos en el Oficio 100000202-00815 del 26 de septiembre de 2018, así como la nulidad de la Resolución 012565 del 13 de diciembre de 2018 que confirmó en su integridad el oficio mencionado, conforme se expuso en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de prescripción extintiva del derecho frente al reconocimiento y pago de la bonificación del incentivo al desempeño grupal, como factor salarial; y, como consecuencia de ello no hay lugar al restablecimiento del derecho, por las razones expuestas en la parte considerativa de este proveído.

TERCERO: SIN CONDENA en costas y agencias en derecho, por lo expuesto en la parte motiva.

CUARTO: REMITIR copia de esta providencia, en los términos del artículo 205 del CPACA, modificado por el artículo 52 de la Ley 2080 de 2021, a los siguientes correos electrónicos:
larubiano@hotmail.com;
larubianos@hotmail.com;
notificacionesjudicialesdian@dian.gov.co;
judicialesdian@dian.gov.co; nramqui@yahoo.es;

QUINTO: Ejecutoriada la presente providencia, ARCHIVAR el expediente, previas las constancias de rigor.

SEXTO: Esta providencia DEBE incorporarse al expediente digitalizado, organizado en OneDrive, ordenando alimentar simultáneamente el sistema de información Justicia XXI y el de la Rama Judicial Web.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARÍA CECILIA PIZARRO TOLEDO
Juez

KTMC