

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO DIECISIETE ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., 5 de noviembre de 2021

Sentencia No. 91

Radicación: 1100133335017-2018-00152-00
Demandante: Margarita Escobar Dávila
Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Tema: Prima de Gestión, Tributaria, Aduanera y Cambiaria

Escuchados los alegatos de las partes y evidenciando que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede el despacho a proferir sentencia de primera instancia, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral propuesto por la señora Margarita Escobar Dávila contra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, teniendo en cuenta las siguientes:

CONSIDERACIONES

Pretensiones:

1.- Inaplicar por inconstitucional las normas que determinan que el incentivo por desempeño nacional no es factor salarial: el Artículo No. 7 del Decreto 1268 de 1999; el artículo 9 del Decreto 4050 de 2008 y el artículo 1 del Decreto 1746 de 2017.

2.- Que se declare la nulidad de los actos administrativos por los cuales la DIAN negó la petición de reconocimiento y pago del Incentivo Nacional como Factor Salarial, hoy llamado Prima de Gestión, Tributaria, Aduanera y Cambiaria, más el reconocimiento y pago del respectivo retroactivo de las prestaciones sociales, contenido en el Oficio No. 100000202 - 00713 del 11 de septiembre de 2017, y la Resolución No. 008613 del 03 de noviembre de 2017.

3.- Como consecuencia de la anterior decisión, se reconozca y pague a mi poderdante el incentivo por Desempeño Nacional hoy Prima de Gestión, Tributaria, Aduanera y Cambiaria, correspondiente al 200% semestral, con carácter salarial para todos los efectos legales y prestacionales, desde el 22 de octubre de 2008.

4.- Que se reliquide y pague, la diferencia en las prestaciones sociales y legales, como son: Prima de Navidad, Prima de Servicios, Vacaciones, Prima de Vacaciones, Bonificación por servicios prestados, Subsidio de Alimentación, Auxilio de Transportes, Horas Extras, Dominicales y festivos laborados, Compensatorios, Prima de Antigüedad, cesantías y demás emolumentos prestacionales que se liquiden de conformidad con el salario devengado teniendo en cuenta los incentivos devengados, desde el 22 de octubre de 2008.

Tesis del demandante: Subraya que en el presente asunto se debate el derecho de la demandante para acceder al reconocimiento y pago de los incentivos nacional (hoy llamado Prima de Gestión, Tributaria, Aduanera y Cambiaria) como factor salarial, por cuanto dicho pago ha sido reiterativo, constante, continuo y en contraprestación al servicio prestado, desde el año 1999 a la fecha.

Afirma que el Consejo de Estado se ha pronunciado en varias situaciones similares, en donde se demuestra que cuando un pago se hace de manera constante, continua, repetitiva y como contraprestación del servicio, este se convierte en salario.

Concluye que el artículo 25 Superior, determina el deber que tiene el Estado de velar por condiciones dignas y justas de las personas en el trabajo pero que los funcionarios de planta de la DIAN, no están percibiendo la protección al trabajo en condiciones justas, pues uno de los elementos de la remuneración como es el incentivo nacional de forma injusta y discriminatoria al determinar que no constituye factor salarial para ningún efecto legal.

Tesis de la demandada Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN: Indica que se opone a la prosperidad de las pretensiones al considerar que de acuerdo con la normatividad y la jurisprudencia, no le asiste la razón al demandante en lo relacionado con el reconocimiento con incidencia prestacional del 26% del incentivo grupal, toda vez que los mismos han sido reservados por el legislador para el personal de planta de la entidad, si se tiene en cuenta que conforme a la estructura de la Ley 4° de 1992 el Gobierno Nacional tiene competencia plena

para fijar los regímenes salariales de los empleados públicos de la Nación en su Rama Ejecutiva, sin restricciones y además tiene la facultad para crear las primas ordenadas por esa ley para los funcionarios, es decir, no tiene limitada la competencia para fijar, conforme a la Ley 4° de 1992, los regímenes salariales y prestacionales de los empleados públicos de la DIAN.

Que el reconocimiento y pago del incentivo por desempeño grupal, es un beneficio consagrado a favor de los empleados cuya gestión reporte el logro de las metas tributarias, aduaneras y cambiarias, conforme con los parámetros establecidos en la respectiva área, destacando que este emolumento no constituye factor salarial para ningún efecto legal, pues así lo ha sostenido en reciente oportunidad el H. Consejo de Estado al estudiar la legalidad de la expresión "no constituirá factor salarial para ningún efecto legal" contenida en el artículo 8 del decreto 4050 de 2008, en la que determinó negar la declaratoria de nulidad (fls.110-119).

Problema jurídico: El problema jurídico consiste en establecer si el Gobierno Nacional al negar el carácter salarial a la prima de gestión, tributaria, aduanera y cambiaria, en el artículo 7 del Decreto 1268 de 1999, el artículo 9 del Decreto 4050 de 2008¹ y el artículo 1 del Decreto 1746 de 2017², desconoció los derechos a la igualdad, el respeto a los derechos adquiridos de los empleados de la DIAN, el carácter remunerativo de dichos elementos, y en consecuencia si procede la reliquidación de las prestaciones de la demandante con la inclusión de la citada prima y el pago de los retroactivos a que haya lugar.

Solución al problema jurídico: No prosperan las pretensiones de la demanda en contra de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN teniendo en cuenta que el incentivo al desempeño nacional hoy prima de gestión tributaria, aduanera y cambiaria creada por el artículo 7° del Decreto 1268 de 1999 modificado por el artículo 9° del Decreto número 4050 de 2008 y por el artículo 1° del Decreto 1746 de 2017 no constituyen factor salarial, tal determinación amparada por la libertad de configuración del legislador al determinar qué elementos constituyen factor salarial³.

Naturaleza jurídica de la DIAN

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 38 de la Ley 489 de 1998⁴, 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. 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 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 1999⁵, 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 1999⁶, que en su artículo 17, señala que los

¹ Art. 9 **incentivo por desempeño nacional** modifíquese el artículo 7 del decreto 1268 de 1999 el cual quedara así "Es la retribución económica que se reconoce a los empleados públicos de la DIAN que ocupen cargos de planta de personal de la entidad, referida al desempeño colectivo de los empleados públicos y relacionada con el cumplimiento de las metas de recaudo nacionales. Este incentivo se causará por periodos semestrales y dará derecho al reconocimiento de un pago correspondiente a dicho periodo, el cual podrá ser hasta el 200% del salario mensual que se devengue previa verificación del cumplimiento de dichas metas por parte del Ministerio de Hacienda y crédito público. Este incentivo no constituirá factor salarial para ningún efecto legal.

² El ejecutivo vario la denominación del incentivo por desempeño nacional por el de prima de gestión tributaria, aduanera y cambiaria.

³ C-279-06 M.P. Hugo Palacios Mejía.

⁴ 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"

⁵ 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".

⁶ Decreto 1072 de 1999 "Por el cual se establece el Sistema Especifico 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".

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 22⁷, 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.

El régimen jurídico de los servidores

La Sección Segunda del Consejo de Estado sobre el tema se pronunció⁸ 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 ídem, el Sistema Específico de Carrera en la DIAN se desarrollará con 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 87⁹ y 88¹⁰ 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.

⁷ 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 Sierra, “*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*”.

⁸ 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).

⁹ **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.

¹⁰ **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-

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.*”

En este cuerpo normativo se creó, entre otros, el incentivo por desempeño grupal¹¹, incentivos al desempeño en fiscalización y cobranzas¹², y con carácter temporal, el incentivo por desempeño nacional¹³.

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 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**¹⁴.

La libertad de configuración del legislador al determinar qué elementos constituyen factor salarial.

La Corte Constitucional en la sentencia C-081 de 1996¹⁵ al declarar la exequibilidad del artículo 17¹⁶ de la Ley 50 de 1990, consideró que el legislador puede definir “*el alcance del salario pues esta institución es titular de la cláusula general de competencia, y “tiene la potestad genérica de desarrollar la Constitución y expedir las reglas de derecho”*”¹⁷.

Precisó la Corte que como el legislador tiene la competencia de desarrollar la Constitución Política, puede establecer conceptos, que por su naturaleza son indeterminados, como en el caso de la remuneración salarial laboral. Agregó que a diferencia de la relación entre la administración y la ley, en la que “*cuando ella [la administración] se encuentra frente a un concepto jurídico indeterminado, ella está obligada a adoptar la solución*

¹¹ **ARTÍCULO 5o. 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.

¹² **ARTÍCULO 6o. INCENTIVOS AL DESEMPEÑO EN FISCALIZACIÓN Y COBRANZAS.** Los servidores de la contribución que ocupen cargos de la planta de personal de la entidad, que se desempeñen en puestos que impliquen el ejercicio directo de labores ejecutoras en fiscalización y cobranzas, que como resultado de la gestión de control y cobro hayan logrado las metas establecidas de acuerdo con los planes y objetivos trazados para dichas áreas, tendrán derecho al pago mensual de un incentivo, adicional al contemplado en el artículo anterior, que no podrá exceder el cincuenta por ciento (50%) de la asignación básica mensual más la prima de dirección y la diferencia remuneratoria por designación de jefatura que se devengue.

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

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

¹³ **ARTÍCULO 7 .INCENTIVO POR DESEMPEÑO NACIONAL.** Es 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 relacionada con el cumplimiento de las metas de recaudo nacionales. Este incentivo se causará por periodos semestrales y dará derecho al reconocimiento de un pago correspondiente a dicho periodo, el cual podrá ser hasta del ciento cincuenta por ciento (150%) del salario mensual que se devengue.

Este incentivo no constituirá factor salarial para ningún efecto legal.

Vigente desde: 13/07/1999 y hasta el: 21/10/2008.

¹⁴ 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.

¹⁵ Por la cual se expiden normas en materia Tributaria y se dictan otras disposiciones fiscales de las Entidades Territoriales.

¹⁶ 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.

¹⁷ 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.

*más acorde con la ley.*¹⁸, en el caso del legislador respecto de la Constitución existe una relación más compleja porque de un lado debe respetar la Carta Política como norma de normas y de otro, cuenta con una libertad de configuración como quiera que *“en función del pluralismo y la participación democrática, el Legislador puede tomar diversas opciones dentro del marco de la Carta”*¹⁹.

Manifestó así la Corte que *“el Congreso tiene una amplia libertad para optar por las diversas alternativas legítimas del concepto, obviamente respetando el marco constitucional fijado”*²⁰ y que *“se entiende que cuando la Constitución ha guardado silencio sobre un determinado punto es porque ha querido dejar un espacio abierto amplio para diferentes regulaciones y opciones de parte del Legislador. Eso significa que cuando no puede deducirse del texto constitucional una regla clara, en principio debe considerarse válida la regla establecida por el Legislador.”*²¹

En este orden, indicó la Corte que aunque la Constitución otorga en el preámbulo, y los artículos 25 y 53, una protección al trabajo, no previó una definición de salario, de modo que el legislador tiene cierto grado de libertad para *“establecer qué componentes constituyen o no salario”*²², la cual en todo caso está limitada por los principios constitucionales, y algunos elementos sobre la noción de salario: *“así la Constitución señala que las condiciones de trabajo deben ser dignas y justas (CP arts 1º y 25), lo cual implica una cierta noción constitucional de salario justo, pues sólo es digno aquel trabajo que permite a la persona vivir dignamente. Igualmente, la Carta precisa que la remuneración debe ser móvil y vital, así como proporcional a la cantidad y calidad del trabajo (CP art. 53). Esto significa, tal y como lo ha establecido esta Corporación, que debe existir una equivalencia entre el salario y la prestación del servicio, y que el principio “a trabajo igual salario igual” tiene rango constitucional*²³²⁴.

En el caso de la prima especial de servicios creada sin carácter salarial, por la Ley 4 de 1992 en los artículos 14 y 15, la Corte declaró exequibles las expresiones *“sin carácter salarial”* en la sentencia C-279 de 1996²⁵.

Consideró la Corte en la citada sentencia que con fundamento en una ley marco, el Gobierno Nacional puede fijar el régimen salarial, entendido como *“el conjunto de derechos salariales, no salariales y prestacionales”*, siendo el salario una especie dentro del citado régimen; en consecuencia, la ley marco no tiene como finalidad solo fijar salarios. Así, afirma la Corte, que si bien *habitualmente* el salario es la medida para calcular las prestaciones sociales y las indemnizaciones a las que tiene derecho el trabajador, *“no existe ningún motivo fundado en los preceptos constitucionales que rigen la materia o en la recta razón, que impida al legislador disponer que determinada prestación social o indemnización se liquide sin consideración al monto total del salario del trabajador, esto es, que se excluyan determinados factores no obstante su naturaleza salarial, y sin que pierdan por ello tal carácter”*²⁶ (el subrayado es de esta Corte)²⁷

Señaló también la Corte que como el legislador tiene cierta libertad para establecer qué componentes son salario y desarrollar el concepto del mismo, el hecho que las primas técnicas y especiales *“no sean factor salarial, no lesiona los derechos de los trabajadores, y no implica una omisión o un incorrecto desarrollo del especial deber de protección que el Estado colombiano tiene en relación con el derecho al trabajo, ni se aparta de los deberes que Colombia ha adquirido ante la comunidad internacional”*²⁸.

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, M.P. Ana Margarita Olaya Forero, proceso con radicado 2824-00.

¹⁹ Por el cual se dictan normas sobre el régimen salarial para los empleos de la unidad administrativa especial dirección de impuestos y aduanas nacionales y se dictan otras disposiciones en materia salarial.

²⁰ ARTÍCULO 4o. <Decreto derogado por el artículo 5 del Decreto 650 de 2008> El incentivo por desempeño grupal, para los empleados a que se refiere el artículo 1o del presente decreto, 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.

²¹ ARTÍCULO 4o. <Decreto derogado por el artículo 10 del Decreto 4050 de 2008> El incentivo por desempeño grupal, para los empleados a que se refiere el artículo 1o del presente decreto, 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 la gestión que se realice cada seis (6) meses.

²² Consejo de Estado, Sección Segunda, M.P. Nicolás Pájaro Peñaranda, proceso con radicado 13548, actor: Pedro Heredia Miranda, demandado: Gobierno Nacional.

²³ Decretos Ley 1016 y 1624 de 1991.

²⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección, sentencia del 2 de agosto de 1996, M.P. Dolly Pedraza de Arenas, proceso con radicado No. 10995.

²⁵ Expedido por el Presidente de la República para desarrollar la Ley 4 de 1992.

²⁶ Ministros, Directores de Departamento Administrativo; Viceministros; Subdirectores de Departamento Administrativo; Alto Comisionado en la Consejería Presidencial para la Paz; Alto Consejero Presidencial; Secretario Privado de la Presidencia de la República; Secretarios de la Presidencia de la República; Consejero Presidencial; Director de Programa Presidencial; Asesores Grados 48 y 47 de la Presidencia de la República; Secretarios Generales de Ministerios y Departamentos Administrativos; Directores Administrativo o Financiero o Técnico u Operativo de Ministerio y Departamento Administrativo; Directores, Gerentes o Presidentes de Establecimientos Públicos; Director de la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil; Director de la Unidad Administrativa Especial de Impuestos y Aduanas Nacionales, y Directores de Unidades Administrativas Especiales con Personería Jurídica, con excepción del Director de la Agencia Nacional de Hidrocarburos.

²⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, sentencia del 2 de abril de 2009, proceso con radicado No. 11001-03-25-000-2006-00012-00 (0122-06).

²⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 19 de mayo de 2005, REF: EXPEDIENTE No. 11001032500020020211 01, No. INTERNO: 4396 – 2002, ACTOR: Luis Eduardo Cruz Porras, Consejero Ponente: Dr. Jesús María Lemos Bustamante.

Finalmente es de resaltar las siguientes consideraciones de la sentencia C-244 de 2013²⁹ en la que se aborda la política salarial de la Ley 4 de 1992:

La política salarial consagrada en las normas de la Ley 4a de 1992, sin embargo, ha demostrado tener aspectos controversiales y vacíos que luego, con el tiempo, habrían de suscitar altos niveles de litigio constitucional y administrativo (y en donde se enmarca, además, la demanda de; inconstitucionalidad aquí estudiada): el más importante de estas controversias radica en que el legislador de 1992 no quiso que las primas concedidas fueran consideradas como factor salarial para la liquidación de las prestaciones sociales. La Ley, pues, decidió aumentar los salarios de manera importante, pero quiso evitar su impacto sobre la carga prestacional, en un esfuerzo de mantener un cierto equilibrio fiscal dentro de la clara determinación de aumentar la remuneración de estos funcionarios. Esta decisión, como se verá, ha sido la que más litigios y dudas ha ocasionado a través del tiempo.

Expone sobre las consideraciones de la sentencia C-279 de 2006 que:

“De esta forma la Corte rechaza el argumento según el cual el concepto de "salario" estaría fuertemente constitucionalizado y llevaría al reconocimiento automático de que cualquier pago realizado por el empleador tiene que ser considerado como base salarial para el cálculo de prestaciones sociales. Con este reconocimiento, la Corte permite el establecimiento de bonos, primas o beneficios que ciertamente tienen el potencial de variar la base mensual de ingresos habituales de los trabajadores, pero negándole al mismo tiempo un impacto necesario sobre la carga prestacional.

(...)

Para la Corte, las primas son ya de entrada un beneficio extraordinario concedido en favor de los funcionarios de los artículos 14 y 15 de la Ley 4a: decir, por lo tanto, que la negación de su carácter salarial es una diferencia inconstitucional de trato implica olvidarse que su concesión es, en realidad, un privilegio que el legislador pudo limitar, como lo hizo, respecto de sus implicaciones prestacionales.”

Caso concreto

De la documental aportada al plenario se evidencia que la actora ha desempeñado los siguientes cargos³⁰:

No.	Entidad	Cargo	Tipo de Nombramiento	Fechas de vinculación
1	Dirección General de Aduanas del Ministerio de Hacienda y Crédito Público	Profesional Universitario Código 3020 Grado 05	Propiedad	02-Oct.-1991 al 19-Ene.1992
2		Profesional Aduanero Código 2317	No especificado	20-Ene.-1992 al 29-Nov.-1992
3	Unidad Administrativa Especial Dirección de Aduanas Nacionales	No especificado		30-Nov.-1992 al 01-Jun.1993
4				A partir del 02-Jun.-1993 al 02-Jul.-2001
5	Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales	Profesional en Ingresos Públicos II Nivel 31 Grado 22	No especificado	03-Jul.-2001 al 15-Mar.-2006
6		Jefe del Grupo Interno de Trabajo de Importaciones de la División Servicio al Comercio Exterior	Encargo	23 y 24 de Jul.-2003 08-Sept.-2003 29-Dic.2003 28-Sept.2004 08-Oct.-2004
7		Gestor II Código 302 Grado 02	Propiedad	No especificado
8		Gestor III Código 303 Grado 03	Encargo	11-May.-2015 a la fecha de certificación (15-Feb.-2017)
9		Jefe Grupo Interno de Trabajo de Definición de Situación Jurídica – División de Fiscalización Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá	Encargo	20 al 25 de Ene.-2016

Igualmente, de acuerdo con la certificación de pagos totales realizados a la señora Margarita Escobar Dávila, expedida por el Jefe de la Coordinación de Tesorería de la DIAN el 3 de marzo de 2018, la demandante recibía³¹:

1001	Sueldo	\$5.409.482.00
1005	Prima técnica formación avanzada	\$1.664.521.00
1036	Incentivo desempeño fiscalización y cobranzas	\$270.479.00

²⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, sentencia del 2 de abril de 2009, proceso con radicado No. 11001-03-25-000-2006-00012-00 (0122-06).

³⁰ Conforme lo acredita la certificación visible a folios 28 al 30 del plenario.

³¹ Certificación de pagos 2018 folio 52

De acuerdo a la misma certificación, la demandante recibió por concepto de incentivo nacional los valores en las fechas que se relacionan a continuación:

30/01/2013	1037	Incentivo al Desempeño Nacional	\$5.481.318.00
01/07/2014	1037	Incentivo al Desempeño Nacional	\$7.679.698.00
31/01/2015	1037	Incentivo al Desempeño Nacional	\$7.334.112.00
26/07/2015	1037	Incentivo al Desempeño Nacional	\$9.404.330.00
31/01/2017	1037	Incentivo al Desempeño Nacional	\$11.397.926.00
31/07/2017	1037	Incentivo al Desempeño Nacional	\$14.148.006.00

Conforme con las consideraciones previamente mencionadas, es claro para el despacho que el asunto en discusión se limita a determinar si el instituido incentivo al desempeño nacional, que con el Decreto 1746 de 2017³² recibió la denominación de prima de gestión tributaria, aduanera y cambiaria, se considera o no factor salarial.

El incentivo al desempeño nacional hoy prima de gestión tributaria, aduanera y cambiaria, desde su creación en el Decreto 1268 de 1999, se determinó que no tendría carácter salarial, de modo que nunca se devengó con dicho carácter por parte de los empleados públicos de la DIAN.

Según la accionante sus exigencias se basan en el carácter “remunerativo” que le atribuye al emolumento regulado en el artículo 7 del Decreto 1268 de 1999 modificado por el artículo 9° del Decreto número 4050 de 2008 y por el artículo 1° del Decreto 1746 de 2017; sin embargo, se observa que en la demanda no se desarrolla de forma suficiente el cargo, de modo que se permita establecer por qué considera la parte accionante, que el presunto carácter remunerativo de las primas o los incentivos previstos en los decretos demandados conlleva a que el Gobierno Nacional debiera regularlos como factores salariales. No obstante lo anterior, se abordará el estudio del cargo, en garantía del derecho al debido proceso.

Según la RAE, el concepto de remunerativo conduce la palabra remunerar³³, la cual significa:

- “1.tr. Recompensar, premiar, galardonar.
- 2.tr. **retribuir** (recompensar o pagar).
- 3.tr. Dicho de una actividad: Producir ganancia.”³⁴

A su vez el vocablo retribuir significa “recompensar o pagar un servicio, favor”³⁵. Como se lee, la expresión *remunerativo* lleva implícita la noción de pago, que en el campo laboral, se generaría como consecuencia de un servicio prestado.

³² “Por el cual se dictan normas en materia salarial para los servidores de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN)”, que en su artículo primero señaló: “**Artículo 1°.** Modifícase el artículo 7° del Decreto número 1268 de 1999, modificado por el artículo 9° del Decreto número 4050 de 2008, el cual queda así:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

³³ Consejo de Estado, Sección Segunda, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, sentencia del 1 de agosto de 2013, proceso con radicado No. 11001-03-25-000-2006-00004-01 (0014-2006).

³⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, sentencia del 27 de agosto de 2015, proceso con radicado No. 05001-23-31-000-2008-00806-01 (0093-2012).

³⁵ M.P. Alejandro Martínez Caballero.

A la luz del Convenio 095 de la OIT, el término “salario” significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar.

El Código Sustantivo del Trabajo, en el artículo 22, al definir el contrato individual de trabajo señala en el numeral 2º que el salario es equivalente a la remuneración, así: “*Quien presta el servicio se denomina trabajador, quien lo recibe y remunera, {empleador}, y la remuneración, cualquiera que sea su forma, salario*”.

Este Código también define cuáles elementos integran el salario en los artículos 127 y 128 que señalan:

“ARTICULO 127. ELEMENTOS INTEGRANTES.<Artículo modificado por el artículo 14 de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> 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.<Artículo modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> 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.”

Sin embargo, aunque estas normas 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 CST “*el presente Código regula las relaciones de derecho individual del Trabajo de carácter particular, y las de derecho colectivo del Trabajo, oficiales y particulares*”, el Despacho ha acudido a esta definición de salario como criterio interpretativo, tal como lo ha empleado el H. Consejo de Estado en múltiples pronunciamientos³⁶, y de manera concreta se hace referencia en la sentencia del 6 de julio de 2015³⁷ donde se declaró la nulidad de la expresión “*no constituirá factor salarial para ningún efecto legal*” del artículo 5 del Decreto 4050 de 2008, que regula el incentivo por desempeño grupal, el cual tiene similares alcances y aplicación que el incentivo o prima acá debatido.

Por su parte, la Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto del 18 de julio de 2002³⁸, consideró sobre el concepto de salario que:

“El salario “... aparece (...) como la remuneración social más inmediata o directa que el trabajador recibe por la transmisión que hace de su fuerza de trabajo para ponerla a disposición del empleador...”. En efecto, según el artículo 127 del Código Sustantivo de Trabajo (subrogado por el artículo 14 de la ley 50 de 1990) “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.” En similar sentido el artículo 42 del decreto 1042 de 1978 establece que “además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios.”

Igualmente, la Sección Segunda, Subsección B, del Consejo de Estado en sentencia del 7 de diciembre de 2006³⁹ manifestó que “*por salario debe entenderse no sólo la remuneración básica mensual sino todo lo que el empleado*

³⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda-Subsección B, Consejero Ponente: Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS, sentencia del diecinueve (19) de febrero de dos mil dieciocho (2018), Referencia: 11001-03-25-000-2011-00167-00, Número Interno: 0580-2011, Demandantes: Zoila María Salazar Carreño y Luz Hermelinda Castrillon de Amaya, Demandado: Gobierno Nacional, Asunto: Incentivo por desempeño grupal/Incentivos al desempeño en fiscalización y cobranzas de los servidores públicos de la contribución de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales/No constituyen factor salarial/ Prima de dirección a los servidores de la contribución por el ejercicio de las funciones inherentes a las jefaturas/Carácter salarial.

³⁷ “Artículo 17. 1. Los viáticos permanentes constituyen salario en aquella parte destinada a proporcionar al trabajador manutención y alojamiento; pero no en lo que sólo tenga por finalidad proporcionar los medios de transporte o los gastos de representación. 2. Siempre que se paguen debe de especificarse el valor de cada uno de estos conceptos. 3. Los viáticos accidentales no constituyen salario en ningún caso. Son viáticos accidentales aquéllos que sólo se dan con motivo de un requerimiento extraordinario no habitual o poco frecuente.”

³⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-527/94. M.P.: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

³⁹ C-081 de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

percibe por concepto de salario, en otras palabras, todo lo que devengue periódicamente como retribución de sus servicios.”

En el mismo sentido en la sentencia del 6 de julio de 2015, esa Sección reiteró su criterio sobre la noción de salario, así:

“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.”

Como viene de exponerse, constituye un criterio del Consejo de Estado, que la naturaleza salarial de un pago se deriva de la retribución directa por los servicios del trabajador que no sea ocasional.

En el caso bajo análisis, el Gobierno Nacional dispuso que incentivo al desempeño nacional hoy prima de gestión tributaria, aduanera y cambiaria previsto en el artículo 7° del Decreto 1268 de 1999, no constituye factor salarial; pues su finalidad es promover la eficiencia y eficacia de los empleados públicos de la DIAN, estando condicionado al cumplimiento de unas metas, por ende, no es permanente. En efecto, aun cuando la norma los establezca como un “reconocimiento periódico”, están condicionados a que el servidor cumpla metas de recaudo. Es decir, bajo el entendido de la norma, cumplida dicha condición el empleado es acreedor del incentivo, lo que significa que respecto de ese reconocimiento condicionado no se predica la habitualidad o permanencia, por tanto, al fijarse el supuesto de una condición previa para el reconocimiento, distinta al simple desempeño funcional, se convierte para el trabajador en un pago que no constituyen salario a voces del artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo.

En la sentencia C-725 de 2000⁴⁰ es contrario a la Constitución Política, la existencia de partidas destinadas a otorgar a los funcionarios estímulos económicos por el cumplimiento de sus deberes oficiales. Agrega 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.

*(...) 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 de él se espera como funcionario público.”*

Siendo inconstitucional la concesión de estímulos económicos a los empleados públicos por el desempeño de sus funciones y, teniendo en cuenta que el incentivo regulado en el artículo 7° del Decreto 1268 de 1999 modificado por el artículo 9° del Decreto número 4050 de 2008 y por el artículo 1° del Decreto 1746 de 2017, no es permanente, pues está condicionado al cumplimiento de unas metas, que para el caso son fijadas por el Consejo Superior de Política Fiscal (Confis), ajustada conforme con los supuestos macroeconómicos observados, previa verificación y certificación de la Dirección General de Política Macroeconómica del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se establece que no tiene carácter salarial.

En consecuencia, para el Despacho el incentivo al desempeño nacional hoy prima de gestión tributaria, aduanera y cambiaria creada por el artículo 7° del Decreto 1268 de 1999 modificado por el artículo 9° del Decreto número 4050 de 2008 y por el artículo 1° del Decreto 1746 de 2017 no constituyen factor salarial, y tal determinación se

⁴⁰ Corte Suprema de Justicia, ponente Hugo Suescún Pujols, “Sentencia del 12 de febrero de 1993”, exp. No. 5481, Jurisprudencia y Doctrina, T. XXII, No. 256, abril de 1993, P. 294.

encuentra amparada además por la libertad de configuración del legislador al determinar qué elementos constituyen factor salarial, razón por la cual no tienen vocación de prosperidad las pretensiones de la demanda⁴¹.

Costas: El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, establece que “Salvo en los procesos que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”. El numeral 4° del artículo 366 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, prevé que para la fijación de agencias en derecho se deben aplicar las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas. Ahora bien, el numeral 3.1.3 del Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003 expedido por el Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, fijó como agencias en derecho en los procesos de primera instancia una tarifa equivalente hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Respecto de la condena en costas a la luz del Código General del Proceso⁴², la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente: La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366 se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra.

Referente a este tema el Consejo de Estado⁴³ ha señalado, que la condena en costas es un criterio objetivo y que en cada caso concreto debe aplicarse la regla del numeral 8, esto es, que sólo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.⁴⁴

En el caso concreto el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandante, en razón a que en el expediente no hay prueba sobre el valor de las agencias en derecho.

En mérito de lo expuesto, como **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ, D.C.**, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- NEGAR las pretensiones de la demanda presentada por la señora Margarita Escobar Dávila contra la **Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN**, de conformidad con lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO.- SIN COSTAS en esta instancia por no aparecer probadas.

TERCERO. Una vez en firme esta sentencia, **DEVUÉLVASE** a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso, si lo hubiere. Por Secretaría del Juzgado **ARCHÍVESE** el proceso, previas las correspondientes anotaciones en el Sistema Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez

⁴¹ C-279-06 M.P. Hugo Palacios Mejía.

⁴² Cfr La sentencia C-157/13 M.P. Mauricio González Cuervo, en la que se declaró exequible el parágrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, bajo el entendido de que tal sanción- por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado.

⁴³ Consejo de Estado, seis (6) de julio de dos mil dieciséis (2016), SECCION CUARTA con ponencia del Consejo Octavo Ramírez Ramírez, Radicación No. (20486) Actor DIEGO JAVIER JIMENEZ GIRALDO Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN.

⁴⁴ Con la adopción del criterio objetivo para la imposición de las costas, no es apropiado evaluar la conducta asumida por las partes si no que es el resultado de la derrota en el proceso o del recurso interpuesto. Es decir, la condena en costas procede contra la parte vencida en el proceso o en el recurso, con independencia de las causas de la decisión desfavorable, lo que deja en evidencia el criterio objetivo adoptado por el ordenamiento procesal civil. Lo que no obsta para que se exija “prueba de existencia, de su utilidad y de que correspondan actuaciones autorizadas por la ley” Esta Sección de manera reiterada ha dicho que la regla que impone la condena en costa (regla nro. 1, 2, 4 y 5) <<“debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que “Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

Radicado No. 110013335017-2018-00152-00
Demandante: Margarita Escobar Dávila
Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN
Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho

Firmado Por:

**Luz Matilde Adaime Cabrera
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
Sala 017 Contencioso Admsección 2
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **5a1b3305b98c90f36c66a8bfa9235cba7eb7026e1a88c504ccf396454dad83f**
Documento generado en 08/11/2021 04:37:28 PM

**Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**