

REPUBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CUARENTA Y SEIS ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá D.C., quince (15) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

Expediente No.: 110013342-046-2019-00339-00
DEMANDANTE: ARNOBI TORO ECHEVERRI
DEMANDADO: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN

ASUNTO

Procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia para resolver la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1.1 El medio de control.

El señor Arnobi Toro Echeverri, mediante apoderado, acude ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo a incoar medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), contra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, para que se acojan las pretensiones que en el apartado siguiente se precisan.

1.2 Pretensiones.

Se inaplique por inconstitucional el artículo 7 del Decreto 1268 de 1999, artículo 9 del Decreto 4050 de 2008 y el artículo 1 de Decreto 1746 de 2017, normas que determinan que los incentivos por desempeño nacional y por fiscalización y cobranzas no son factor salarial.

Se declare la nulidad del oficio No. 100000202-01004 de 19 de noviembre de 2018, por medio del cual se negó el reconocimiento y pago como salario del incentivo nacional, llamado prima de gestión tributaria, aduanera y cambiaria.

Se declare la nulidad de la Resolución No. 001374 de 21 de febrero de 2019, mediante la cual se resolvió un recurso de reposición.

A título de restablecimiento del derecho solicita "...se reconozca y pague el incentivo por desempeño nacional hoy llamado prima de gestión, tributaria, aduanera y cambiaria, con carácter salarial para todos los efectos legales y prestacionales, desde el 22 de octubre de 2008.

Que se reliquide y pague, la diferencia en las prestaciones sociales y legales, como son: 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 tomando como base el incentivo reconocido.

Indexar los valores que resulten determinados en el punto anterior, a favor de mi poderdante, hasta el día en que se verifique su pago y se reconozcan los intereses que establece el artículo 192 de la ley 1437 de 2011.

1.3 Hechos.

Relata que estuvo vinculado a la DIAN desde el 4 de agosto de 1995 hasta el 31 de diciembre de 2017, siendo su último cargo, el de Gestor II 302-02.

Manifiesta que mediante petición de 4 de octubre de 2018, solicitó de la entidad, el reconocimiento y pago de la prima de gestión tributaria, aduanera y cambiaria, con el retroactivo de las prestaciones sociales. Petición que fue denegada mediante oficio No. 10000202-01004 de 19 de noviembre de 2018.

Posteriormente, el acto administrativo fue recurrido, recurso que fue resuelto mediante Resolución No. 001374 de 21 de febrero de 2019, confirmando en su integridad el oficio recurrido.

1.4 Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.

Cita como normas violadas la Ley 1042 de 1978 y artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo.

Sostiene que el reconocimiento de la prima de gestión tributaria, aduanera y cambiaria ha sido reconocida desde el año 1999 a la fecha, sostiene que el Consejo

de Estado se ha pronunciado en casos similares en los que se demuestra que cuando un pago se hace de manera constante, continua y repetitiva como consecuencia de la contraprestación del servicio, es constitutiva de salario. Por tanto, aduce que la entidad incurre en error al dar respuesta de manera negativa a su petición de reconocimiento del incentivo, pues no tuvo en cuenta que la jurisprudencia ha establecido que los pagos que se realicen con las características nombradas, son salario, independientemente de la denominación que se le dé.

Contestación de la demanda.

La entidad demandada, contestó la demanda, pronunciándose frente a los hechos y oponiéndose a las pretensiones de la misma, al considerar que los incentivos pretendidos han sido reservados por el legislador para el personal de planta de la entidad, si se tiene en cuenta que el Gobierno Nacional tiene competencia plena para fijar los regímenes salariales de los empleados públicos de la rama ejecutiva y tiene la facultad para crear las primas, conforme lo establece la ley 4 de 1992.

Manifiesta que de conformidad con la posición adoptada por el Consejo de Estado y de conformidad con lo establecido en el Decreto 1268 de 1999, el incentivo por desempeño grupal no podía incluirse como factor salarial para liquidar las prestaciones sociales.

No obstante lo anterior, dicha postura fue modificada mediante providencia de 6 de julio de 2015, en la que se consideró que la naturaleza del incentivo es netamente salarial y que el mismo es recibido por el empleado público de la planta de personal de la DIAN, de manera habitual, periódica y como contraprestación del servicio.

Sin embargo, afirma que en lo concerniente a los efectos de la sentencia de nulidad, la misma produce efectos ex tunc, sin que afecte las situaciones jurídicas consolidadas, es decir, a partir de la declaratoria de nulidad de la expresión “no constituirá factor salarial para ningún efecto legal” contenida en el numeral 8 del decreto 4050 de 2008, los empleados de la planta de personal de la DIAN, les asiste el derecho a que el incentivo por desempeño grupal que vienen percibiendo, sea computado para efectos de liquidar sus prestaciones sociales.

Por último, señala que el incentivo por desempeño grupal solo puede ser reconocido por la DIAN, previo cumplimiento 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, gracia que debe ser determinada con base en la evaluación de gestión semestral.

1.5 Alegatos de conclusión

En virtud de lo dispuesto por el Gobierno Nacional mediante Decreto 806 de 4 de junio de 2020, "Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica", que en su artículo 13 estableció los parámetros para proferir sentencia anticipada, el despacho mediante proveído, corrió traslado a las partes por el término común de 10 días con el fin que presentaran sus alegatos de conclusión por escrito.

Una vez vencido el término anterior, las partes presentaron sus alegatos de conclusión de la siguiente manera:

Parte actora: Reiteró los argumentos de hecho y de derecho expuestos en el escrito de la demanda.

Parte demandada: Ratificó los argumentos de defensa expuestos en el escrito de contestación de la demanda.

CONSIDERACIONES

2.1 Problema jurídico

El problema jurídico se plantea en el sentido de determinar si a la parte demandante, le asiste el derecho a que se le reconozca y pague la prima de gestión, tributaria, aduanera y cambiaria, con carácter salarial para todos los efectos legales y prestacionales, desde el 22 de octubre de 2008.

2.2 Hechos probados

De conformidad con el material probatorio obrante en el expediente, se encuentran probados los siguientes hechos:

- ✓ El 4 de octubre de 2018, el demandante solicitó de la entidad, el reconocimiento y pago de la prima de gestión, tributaria aduanera y cambiaria como factor salarial y la consecuente reliquidación de sus prestaciones sociales.
- ✓ Oficio No. 100000202-01004 de 19 de noviembre de 2018 por medio del cual, la DIAN, negó la petición elevada por el actor.
- ✓ Mediante Resolución No. 001374 de 21 de febrero de 2019 se resuelve un recurso de reposición en contra del oficio anterior, confirmándolo en todas sus partes.
- ✓ Certificación suscrita por el Subdirector de Gestión de personal de la DIAN en la que constata la vinculación laboral que el señor Arnobi Toro Echeverri, mantuvo en la entidad.
- ✓ Certificados de pagos por salarios y deducciones efectuadas al señor Toro Echeverri.

2.3 Marco normativo y jurisprudencial

El despacho procederá a efectuar el correspondiente análisis normativo y jurisprudencial relacionado con el presente asunto, para luego descender al caso concreto, y emitir el correspondiente pronunciamiento de conformidad con la fijación del litigio planteada.

2.3.1. Incentivo al desempeño de los empleados de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN

De conformidad con lo previsto en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política, le corresponde al Congreso hacer las leyes y por medio de ellas ejercer la función de dictar normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública.

En razón a lo anterior, el Congreso de la República expidió la Ley 4 de 1992, mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos.

Posteriormente, fue expedido el Decreto 1072 de 1999, por el cual se establece el Sistema Específico de Carrera de los servidores públicos de la contribución y se crea el Programa de Promoción e Incentivos al Desempeño de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, que en su artículo 5 reguló el sistema específico de carrera y los regímenes de administración de personal, de los servidores públicos de la contribución que hacen parte de la DIAN, y creó el programa de promoción e incentivos al desempeño de esa entidad.

A su vez, el artículo 84 del referido decreto dispuso:

“Artículo 84. Creación y naturaleza jurídica. Créase 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.

A partir de la fecha de vigencia del presente decreto los derechos y recursos que se encontraban destinados al Fondo de Gestión Tributaria y Aduanera, pasarán a formar parte del Programa de Promoción de Incentivos al Desempeño que se crea en el presente artículo.”

Luego, 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, estableció:

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

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

(...)

Artículo 6. 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.

(...)

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

(...) La prima no constituye factor para liquidar elementos salariales o prestacionales. Se pagará en dos contados, en los periodos y condiciones señalados en el presente decreto. (subrayado fuera de texto).

(...)

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.”

El Decreto No. 4050 de 2008, por el cual se dictan disposiciones en materia salarial para la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, modificó el artículo 7 del Decreto 1268 de 1999, de la siguiente manera:

“Artículo 9º. Incentivo por desempeño nacional. *Modifícase el artículo 7º del Decreto 1268 de 1999 el cual queda así:*

“Es la retribución económica que se reconoce a los empleados públicos de la DIAN, que ocupen cargos de la 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 períodos semestrales y dará derecho al reconocimiento de un pago correspondiente a dicho periodo, el cual podrá ser hasta del doscientos por ciento (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".

Posteriormente, el Decreto No. 1746 de 2017, por el cual se dictan normas en materia salarial para los servidores de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), en su artículo 1º modificó el artículo 7º del Decreto No. 1268 de 1999, modificado por el artículo 9 del decreto 4050 de 2008, en los siguientes términos:

“Artículo 1º. (...)

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 período 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 Cambiaría, 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.”*

De la lectura de los referidos enunciados normativos se puede concluir que: (i) como destinatarios directos están los funcionarios que ocupan un cargo de la planta de personal de la entidad, servidores de la contribución; (ii) su reconocimiento depende del cumplimiento de las metas fijadas por la Administración; (iii) en el caso del incentivo por desempeño grupal, se hace referencia a las metas tributarias, aduaneras y cambiarias; (iv) para el incentivo al desempeño en fiscalización y cobranzas, se requiere ejercer una función relacionada con una cualquiera de las dos áreas, y que como consecuencia de su gestión de control y cobro contribuyan al cumplimiento de metas de la Entidad; (v) el incentivo por desempeño nacional va ligado al cumplimiento de las metas de recaudo en el país; y, (vi) finalmente, se destaca que esos beneficios no ostentan la naturaleza de factor salarial.

Con relación a la Prima de Gestión Tributaria, Aduanera y Cambiaria se dira que constituye un reconocimiento a la gestión colectiva en el ejercicio de las funciones de los empleados de la planta de personal de la DIAN, no obstante, dicho emolumento no constituye factor para liquidar elementos salariales o prestacionales.

2.3.2. Pronunciamiento del Consejo de Estado sobre los incentivos como factor salarial.

El Consejo de Estado en sentencia del 14 de febrero de 2002¹, se pronunció respecto de la expresión “*no constituirá factor salarial para ningún efecto legal*” al incentivo de desempeño grupal prevista en el artículo 5º del Decreto 1268 de 1999,

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Consejera Ponente: Ana Margarita Olaya Forero. Rad.: 11001-03-25-000-2000-0167-01(2824-00).

negando en esta oportunidad las pretensiones de la demanda, al considerar lo siguiente:

“En cuanto a la censura que le endilga el demandante a la norma acusada, consistente en que el Gobierno al señalar que el incentivo no constituya factor salarial, infringe también los objetivos y criterios señalados en la ley 4ª de 1992 y el principio de solidaridad en que descansa la Ley 100 de 1993, dirá la Sala que tampoco tiene vocación de prosperidad.

De una parte, tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional, como la de la Corte Suprema de Justicia y la de esta Corporación, ha señalado que no existe ningún motivo fundado en los preceptos constitucionales o en la recta razón que impida disponer que determinada prestación social se liquide sin consideración al monto total del salario; por ello, bien puede disponer la expresión acusada que el incentivo no se considera parte del salario, para efecto de liquidar prestaciones sociales.

Finalmente, dirá la Sala que no se encuentra demostrado el desvío de poder que le endilga el demandante a la norma acusada. Las previsiones del artículo 5 del decreto 1268, como se infiere de los anteriores razonamientos, los cuales son suficientes para responder este cargo, lejos de desbordar la ley, obedecen, como se dijo en párrafos antecedentes, a una responsable política salarial estatal, que, por demás, le fue encomendada por la Carta Política al Presidente de la República.”

Posteriormente, la referida Corporación en sentencia de 19 de febrero de 2015², se pronunció sobre legalidad de la Resolución No. 005062 del 6 de mayo de 2011 (artículos 3º, 8º y 12), “Por la cual se establecen los parámetros para el reconocimiento y pago del incentivo por desempeño grupal, de los incentivos al desempeño en fiscalización y cobranzas y del incentivo por desempeño nacional en la Unidad Administrativa Especial, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales”, en la que declaró la nulidad de los artículos demandados, bajo el siguiente criterio:

“Lo anterior quiere decir que las facultades extraordinarias conferidas al Presidente de la República para definir el carácter de los funcionarios de la DIAN, establecer su régimen, salarial y prestacional, los aspectos relacionados con el sistema de planta, la carrera administrativa y el régimen disciplinario especial aplicable son inconstitucionales. Así mismo son inconstitucionales los incentivos económicos a favor de los funcionarios de la contribución, pues estos estímulos resultan extraños al ordenamiento constitucional y abiertamente contrarios al artículo 209 de la Constitución Política.

Finalmente los artículos 5º y 7º del Decreto 1268 de 1999, fueron modificados por el Decreto 4050 de 2008 y ante la existencia de normas dispersas que fijaban parámetros y procedimientos para reconocer y pagar los incentivos creados por

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Expediente No. 11001-03-25-000-2012-00136-00(0554-12), M.P. Alfonso Vargas Rincón.

el Decreto 1268 de 1999, modificado por el artículo 9º del Decreto 4050 de 2008, el Director de Impuestos y Aduanas Nacionales, en aras de compilar en un solo cuerpo normativo tal regulación, expidió la Resolución No. 05062 de 2011.

De acuerdo con el anterior recuento normativo, encuentra la Sala que el Presidente de la República, de acuerdo con las facultades extraordinarias conferidas en la Ley 488 de 24 de 1998 estaba facultado para crear y reglamentar el Fondo de Promoción e Incentivos al desempeño de sus funcionarios. Sin embargo, no estaba facultado para crear incentivos de carácter económico a favor de dichos funcionarios, toda vez que se declaró inexecutable el artículo 90 del Decreto 1072 de 1999.

(...)

De acuerdo con lo anterior, no cabe duda para la Sala que el incentivo por desempeño grupal, el desempeño en fiscalización y cobranzas y el desempeño nacional, son de carácter económico, que se pagan a los funcionarios de planta de la DIAN, cuando se cumplen con determinados requisitos y condiciones.

Como se mencionó anteriormente, de acuerdo con el artículo 355 de la Constitución Política, ninguna de las ramas u órganos del poder público puede decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado.

Ahora bien, la asignación básica mensual para los empleados de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales es fijada por la ley, y de acuerdo con la Carta Política los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad, y deben ejercer sus funciones en la forma prevista en la Constitución, la Ley o el Reglamento.

En consecuencia, resulta contrario a la Constitución fijar incentivos económicos a favor de los funcionarios públicos por el desempeño de sus funciones, pues se espera de ellos el desempeño de las labores encomendadas con diligencia, eficiencia, rectitud y ética en aras de cumplir con los principios que regulan el ejercicio de la función pública.

Así las cosas, los estímulos especiales de carácter económico y/o de otra índole, resultan contrarios a la Constitución Política.”

En ocasión mas reciente, el Alto tribunal, en sentencia de 6 de julio de 2015³, declaró la nulidad de la expresión “no constituirá factor salarial” prevista en el artículo 8º del Decreto 4050 de 2008⁴, al considerar que:

³ Consejo de Estado, Sección Segunda, C.P. Luis Rafael Vergara Quintero. Rad. 11001-03-25-000-2011-00067-00 y número interno 0192-2011

⁴ El régimen salarial establecido en este decreto se aplicaba a los empleados públicos de la DIAN que optaron por el régimen salarial establecido en el Decreto 618 de 2006, para quienes se vincularon a la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales en fecha posterior a la vigencia de dicho Decreto y para los empleados públicos que se vincularan a la Entidad con posterioridad a la vigencia del mismo.

“Lo anteriormente transcrito 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.

(...)

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.

Luego, mediante sentencia del 19 de febrero de 2018⁵, se pronunció sobre la legalidad de la expresión “no constituirá factor salarial para ningún efecto legal” establecida en el artículo 5º del Decreto 1268 de 1999, en la que indicó que existían elementos de juicio adicionales, con la sentencia C-725 de 2000 que declaró inconstitucional el artículo 90 del Decreto 1072 de 1999, que no fueron considerados en la decisión del 6 de julio de 2015, por lo que se apartó de tal decisión y efectuó un nuevo pronunciamiento frente al carácter salarial del incentivo por desempeño grupal.

En esta oportunidad sostuvo que los incentivos económicos, cuya finalidad es promover la eficiencia y eficacia de los empleados públicos de la DIAN, están condicionados al cumplimiento de unas metas, por ende, no son permanentes. En efecto, aun cuando la norma los establezca como un “reconocimiento mensual”, están condicionados a que el empleado cumpla metas tributarias, aduaneras y cambiarias, según el caso, o de fiscalización y cobranza. Así lo precisó:

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”. Consejero Ponente: César Palomino Cortés- referencia: 11001-03-25-000-2011-00167-00 (0580-2011).

“En primera medida debe señalarse que, si bien en principio, se evidencia que existe cosa juzgada material frente a la expresión demandada del artículo 5 del Decreto 1268 de 1999 que regula el incentivo por desempeño grupal, toda vez que esta Sección en sentencia del 6 de julio de 2015⁶ al declarar la nulidad parcial del artículo 8 del Decreto 4050 de 2008 cuyo contenido era el mismo, estableció que el incentivo por desempeño grupal es salario porque constituye una retribución del servicio, en el presente caso, la Sala se apartará de dicho pronunciamiento al observar razones de índole constitucional expresadas en sentencia C-725 de 2000 mediante la cual se declaró la inexecutable del artículo 90 del Decreto 1072 de 1999.

En la sentencia del 6 de julio de 2015 se asimiló el concepto de incentivo con el de prima, y se estableció que el incentivo por desempeño grupal es habitual, periódico y, constituye una contraprestación de la labor, por ende, no puede desnaturalizarse quitándole el carácter salarial.

Al respecto, debe señalar la Sala que los incentivos económicos, bajo estudio, cuya finalidad es promover la eficiencia y eficacia de los empleados públicos de la DIAN, están condicionados al cumplimiento de unas metas, por ende, no son permanentes. En efecto, aun cuando la norma los establezca como un “reconocimiento mensual”, están condicionados a que el servidor cumpla metas tributarias, aduaneras y cambiarias, según el caso, o de fiscalización y cobranza. 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”.

Por último, la mencionada Corporación en sentencia de 4 de julio de 2019⁷, señaló que el incentivo por desempeño nacional, no es constitutivo de factor salarial. Así lo indicó:

“Del incentivo por desempeño nacional

(...)

De la lectura de los referidos enunciados normativos se establece que es una retribución económica que se reconoce a los servidores de la contribución, que ocupen cargos de la planta de personal de la entidad, cuyo reconocimiento se encuentra sujeta al cumplimiento de las metas de recaudos nacionales, destacándose que dicho beneficio no ostenta la naturaleza de factor salarial.

Ahora, encuentra la Sala que mediante sentencia de fecha 10 de mayo de 2018 proferida por la subsección B⁸ de la sección segunda de esta corporación, se

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, C.P. Luis Rafael Vergara Quintero. Rad. 11001-03-25-000-2011-00067-00 (0192-201). Con aclaración de voto de la Consejera Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Rad. 11001-03-25-000-2013-01110-00(2629-13), C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia del 10 de mayo de 2018 proferida dentro del proceso con radicado No 11001-03-25-000-2013-01118-00 (2640-2013), actor: Harold Hernán Moreno Cardona;

resolvió la demanda de nulidad presentada contra las frases «que ocupan cargos de la planta personal de la entidad» y «no constituirá factor salarial para ningún efecto legal», contenidas en los artículos 5, 6 y 7 del Decreto 1268 de 1999, este último modificado por el artículo 9 del Decreto 4050 de 2008, y el artículo 8 del Decreto 4050 de 2008, decisión que declaró prospera la excepción de inepta demanda propuesta por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, respecto de la expresión «no constituirá factor salarial para ningún efecto legal» de los artículos mencionados, toda vez que la demanda no cumplió con la carga procesal que le asistía de precisar las razones por las cuales debía accederse a la anulación de la misma, pues pese a que señaló que las normas vulneradas eran el preámbulo y los artículos 1, 2, 13, 25, 53, y 152 de la Constitución Política, además de los artículos 2 y 10 de la Ley 4 de 1992, no explicó los motivos por los cuales la frase acusada los contrariaba.

En consecuencia, sobre la nulidad pretendida por la parte actora respecto de la expresión «no constituirá factor salarial para ningún efecto legal», la Sala debió inhibirse de decidir de fondo la controversia, por lo tanto, la frase demandada quedó incólume de manera que el incentivo por desempeño nacional carece del carácter salarial para efectos prestacionales y pensionales.

En conclusión, según lo preceptuado en el artículo 7° del Decreto 1268 de 1999 y el 9° del Decreto 4050 de 2008, el incentivo por desempeño nacional constituye un incentivo económico para los servidores de la contribución que ocupen cargos de la planta de personal de la entidad que como resultado de su gestión, cumplan las metas y los objetivos de recaudo, pero sin que tal beneficio tenga carácter salarial alguno.

(...)

Como se observa, de los factores de salario enlistados en la norma precitada, no se encuentra el incentivo por desempeño nacional o «factor nacional» como prestación computable para liquidar la pensión. Aunado a ello, tal como se indicó en el recuento normativo que regula el aludido beneficio económico, se establece que tanto el artículo 7 del Decreto 1268 de 1999 como el artículo 9 del Decreto 4050 de 2008 consagraron expresamente que el incentivo por desempeño nacional no constituye factor salarial para ningún efecto legal.

Así las cosas, la señora Adela Alcidia Duran de Arias no tiene derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación con inclusión del factor nacional o incentivo por desempeño nacional en consideración a que, tal reconocimiento desborda la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base, de suerte que, al no aparecer enlistado en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, el mismo se encuentra excluido de la base para la liquidación de la pensión, aunado al hecho que carece del carácter de factor salarial por mandato de lo estatuido en el artículo 7 del Decreto 1268 de 1999 como el artículo 9 del Decreto 4050 de 2008.”

Conforme lo anterior, se concluye que el incentivo por desempeño nacional previsto en el artículo 7º del Decreto No.1268 de 1999 y del artículo 9º del Decreto No. 4050 de 2008, es de carácter económico para los servidores que ocupen cargos de la planta de personal de la entidad que como resultado de su gestión, cumplan las metas y los objetivos de recaudo, sin ser constitutivo de carácter salarial para ningún efecto legal.

CASO CONCRETO

Analizado el marco jurídico aplicable, corresponde al Despacho entrar a pronunciarse respecto del caso en concreto atendiendo a los hechos demostrados en el proceso.

De lo demostrado en el proceso, se tiene que el señor Arnobi Toro Echeverri, estuvo vinculado a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN desde el 4 de agosto de 1995 hasta el 31 de diciembre de 2017, titular del empleo de carrera Gestor II 302-02.

Al momento de su retiro, el señor Toro Echeverri, se encontraba encargado como Gestor III 303-03, en la Subdirección de Gestión de recursos financieros – Dirección de Gestión de recursos y administración económica – Nivel Central, cargo que ejerció desde el 11 de noviembre de 2016 al 31 de diciembre de 2017.

Según se evidencia de la lectura del registro de pagos por salarios y deducciones efectuadas al señor Toro Echeverri, desde enero de 2007 hasta diciembre de 2012, fue reconocido mensualmente el incentivo por desempeño grupal. Y, a partir de julio de 2014, hasta julio de 2017 le fue reconocido semestralmente, el incentivo al desempeño nacional.

Mediante derecho de petición, el demandante, solicitó de la DIAN el reconocimiento y pago de la prima de gestión, tributaria aduanera y cambiaria como factor salarial y la consecuente reliquidación de sus prestaciones sociales, petición que fue denegada por Oficio No. 100000202-01004 de 19 de noviembre de 2018.

Dicha acto administrativo fue recurrido por el actor, recurso que fue resuelto mediante Resolución No. 001374 de 21 de febrero de 2019, confirmándolo en todas sus partes.

De conformidad con lo anterior, luego de efectuar el análisis normativo y jurisprudencial del caso en concreto, encuentra el despacho que no le asiste razón al demandante, al pretender se le tenga como como factor salarial el valor devengado por concepto de incentivo al desempeño nacional, hoy prima de gestión tributaria, aduanera y cambiaria porque, según lo preceptuado en el artículo 7° del Decreto 1268 de 1999 y el 9° del Decreto 4050 de 2008, el incentivo por desempeño nacional constituye un incentivo económico para los servidores de la contribución que ocupen cargos de la planta de personal de la entidad que como resultado de su gestión, cumplan las metas y los objetivos de recaudo, pero sin que tal beneficio tenga carácter salarial alguno, por tanto carece del carácter salarial para efectos prestacionales y pensionales.

Amen de lo anterior, si bien es cierto que el accionante devengó semestralmente desde julio de 2014, hasta julio de 2017 la prima de gestión tributaria, aduanera y cambiaria, esta situación no le da naturaleza de factor salarial, pues dicho incentivo es de carácter económico, se reitera, para los servidores que ocupen cargos de la planta de personal de la entidad que como resultado de su gestión, cumplan las metas y los objetivos de recaudo, sin ser constitutivo de carácter salarial para ningún efecto legal.

La tesis anterior, se reafirma por lo dicho por la Corte Constitucional al considerar que el incentivo de beneficios económicos en favor de los empleados públicos por razón de la adecuación de su conducta a las exigencias constitucionales y legales que rigen el desempeño de su cargo, infringe de manera patente el artículo 209 superior, el cual 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”.

En suma de lo anterior, se tiene que la prima de gestión tributaria, aduanera y cambiaria percibida por el actor, no es constitutiva de factor salarial, razón suficiente para desestimar las pretensiones de la demanda al demostrarse que los actos acusados se ajustaron a las disposiciones legales mencionadas, de suerte que no están incurso en causal de nulidad que desvirtúe su presunción de legalidad.

Costas

Con relación a la condena en costas y agencias en derecho, el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que “*Salvo en los procesos en 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 término dispondrá de acuerdo con el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es sinónimo de “decidir, mandar, proveer”, es decir, que lo previsto por el legislador en la norma no es otra cosa que la facultad que tiene el juez para pronunciarse sobre la condena en costas, y decidir si hay o no lugar a ellas ante la culminación de una causa judicial.

La norma contenida en el citado artículo 188, no impone al funcionario judicial la obligación de condenar de manera consecencial en costas, solo le da la posibilidad de “disponer”, esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

El Consejo de Estado⁹ ha señalado, entonces, el criterio objetivo-valorativo de la condena en costas que implica: i) objetivo porque que 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 propuesto¹⁰ y ii) valorativo porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso¹¹.

Con fundamento en lo expuesto, se considera que en el caso *sub examine*, no hay lugar a imponer condena en costas a la parte actora, en la medida que no se acreditó su causación, es decir, no aparece evidencia alguna que demuestre los gastos en

⁹ Ver entre otras: i) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, providencia de 13 de diciembre de 2018, C.P. Oswaldo Giraldo López, número único de radicación 11001-03-24-000-2016-00162-01; ii) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 7 de abril de 2016, C.P. William Hernández Gómez, número único de radicación 15001-23-33-000-2012-00509-00; iii) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 12 de diciembre de 2018, C.P. Milton Chaves García, número único de radicación 25000 23 37 000 2014 01115 01.

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia C-157 de 21 de marzo de 2013, M.P. Mauricio González Cuervo.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 7 de abril de 2016, consejero ponente William Hernández Gómez, número único de radicación 15001-23-33-000-2012-00162-01; Sección Primera, sentencia de 15 de agosto de 2019, número único de radicación 2001-23-39-003-2014-00294-01, consejero ponente Hernando Sánchez Sánchez.

que incurrió la parte demandada para su defensa, por tanto, no se condenará en costas a la parte vencida.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarenta y Seis Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO. NIEGANSE LAS SUPPLICAS DE LA DEMANDA, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO. No condenar en costas, conforme se advierte en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO. Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previa devolución del remanente de los dineros consignados para gastos del proceso en caso que lo hubiere.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

ELKIN ALONSO RODRIGUEZ RODRIGUEZ

JUEZ

JUEZ - JUZGADO 046 ADMINISTRATIVO ORAL DE LA CIUDAD DE BOGOTA, D.C.-SANTAFE DE BOGOTA 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:

85026f0403819764a27510d26c965aa7e814b1bb9450b1235b983480ef2655c3

Documento generado en 15/03/2021 07:06:51 AM

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