

INCENTIVO DE DESEMPEÑO GRUPAL / COSA JUZGADA RELATIVA

De conformidad con el artículo 175 del Código Contencioso Administrativo, la sentencia que niegue la nulidad de un acto administrativo “producirá cosa juzgada erga omnes pero solo en relación con la causa petendi juzgada”. Esta disposición prevé la figura de la cosa juzgada relativa, la cual se presenta “cuando el pronunciamiento se limita al análisis de las normas acusadas frente a alguno o algunos artículos del Estatuto Superior o cuando se pronuncia únicamente sobre los cargos formulados o sobre un determinado aspecto constitucional.” De modo que el juez puede estudiar una nueva demanda cuando las normas presuntamente violadas o los cargos de nulidad son diferentes de los sometidos a su consideración en la sentencia inicial. En el presente caso, solo está demandada la expresión “no constituirá factor salarial para ningún efecto legal” del artículo 5 del Decreto 1268 de 1999, que regula el incentivo por desempeño grupal. Ahora bien, en la sentencia del 14 de febrero de 2002, se formularon como cargos contra dicha expresión, en síntesis: i) la violación de los artículos 2 y 18 de la Ley 100 de 1993, ya que el incentivo por desempeño grupal, al no tener carácter salarial, desconoce el principio de solidaridad, de suerte que no se realizarán aportes sobre los ingresos reales y ii) el artículo 3 de la Ley 4 de 1992 no indica qué elementos son salario, por lo cual debe entenderse que no hay excepción “a la escala y tipo de remuneración de cada cargo”. (...) conforme a la ratio decidendi descrita, no hay identidad de cargos entre los estudiados en la sentencia del 14 de febrero de 2002 y la demanda que ahora ocupa a la Sala, por consiguiente, se analizarán todos los cargos propuestos por las actoras, de suerte que no se configura la cosa juzgada relativa. **NOTA DE RELATORÍA:** Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 14 de febrero de 2002, M.P. Ana Margarita Olaya Forero, Rad 11001-03-25-000-2000-0167-01 (2824-2000)

INCENTIVO DE DESEMPEÑO GRUPAL - Naturaleza / COSA JUZGADA MATERIAL –Configuración

Toda vez que el incentivo por desempeño grupal previsto el artículo 5 del Decreto 1268 de 1999, tampoco tenía carácter salarial y esta es la expresión cuya nulidad se demanda en este proceso, y teniendo en cuenta, que esta Sección en el fallo en cita, ya declaró la nulidad de la misma expresión pero contenida en el artículo 8 del Decreto 4050 de 2008, que también regula dicho incentivo, se configura el fenómeno de la cosa juzgada material, pues aunque la norma demandada es diferente, el contenido normativo es igual, de modo que en principio se impondría estarse a lo resuelto en el fallo del 6 de julio de 2015. **NOTA DE RELATORÍA:** Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 6 de julio de 2015, M.P. Luis Rafael Vergara Quintero, rad 11001-03-25-000-2011-00067-00 (0192-2011)

PRIMA DE DIRECCIÓN / PRIMA DE PRODUCTIVIDAD / TRÁNSITO CONSTITUCIONAL / DESLEGALIZACIÓN DE LA FIJACIÓN DE LAS ESCALAS DE REMUNERACIÓN Y EL RÉGIMEN DE PRESTACIONES SOCIALES DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

La modificación del Decreto 1268 de 1999 al Decreto Ley 1647 de 1991, por parte del Presidente es viable, por el cambio de naturaleza de la materia objeto de regulación, con ocasión del tránsito constitucional, pues en vigencia de la reforma constitucional del año 1968, la fijación de las escalas de remuneración y el régimen de prestaciones sociales, era un tema de regulación legal, mientras que

en la Constitución Política de 1991, este tema pasó a ser regulado a través de decretos administrativos, fenómeno que refleja la deslegalización, por la cual un asunto que competía al legislador pasa ser un tema administrativo, que compete al ejecutivo a través del reglamento. **NOTA DE RELATORÍA:** Consejo de Estado, Sección Primera, sentencias del 14 de junio de 1974, M.P Humberto Mora Osejo, proceso con radicados Nos. 1932, 1939, 1940, 1942 y 1958 ; Sección Primera del 16 de abril de 1975, M.P. Alfonso Arango Henao, rad. 2052 y del 9 de diciembre de 1994, M.P. Libardo Rodríguez Rodríguez, rad. 1159-1148-1488

CÁRACTER NO SALARIAL DE LA PRIMA DE DIRECCIÓN - Antecedente Jurisprudencial / COMPETENCIA DEL LEGISLADOR PARA FIJAR FACTORES CON CARÁCTER SALARIAL – Antecedente jurisprudencial / PRIMA DE SERVICIOS DE LA RAMA JUCIAL - Naturaleza / PRIMA DE DIRECCIÓN / INCENTIVO POR DESEMPEÑO GRUPAL / INCENTIVO DE FISCALIZACIÓN Y COBRANZAS / PRINCIPIO DE IGUALDAD – No vulneración

Anota la Sala que el derecho a la igualdad, en la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, no debe entenderse como un mandato para el Gobierno Nacional de expedir la misma regulación para todos como se manifiesta en la demanda, al indicar que la prima especial de servicios de los artículos 14 y 15 de la Ley 4 de 1992, tiene el mismo contenido de la prima de dirección y de los incentivos regulados en los artículos 4, 5 y 6 del Decreto 1268 de 1999. Dicha presunta obligación de un trato igualitario, se desvirtúa desde la misma lectura del artículo 2 de la Ley 4 de 1992, el cual prevé entre los criterios que debe tener en cuenta el Gobierno Nacional para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos “j) *El nivel de los cargos, esto es, la naturaleza de las funciones, sus responsabilidades y las calidades exigidas para su desempeño*”. Adicionalmente, las primas de los artículos 14 y 15 de la Ley 4 de 1992 buscan una nivelación salarial como en efecto lo explica la Corte en la sentencia C-244 de 2013. La prima de dirección es un reconocimiento al servidor que ejerce una jefatura en la DIAN (art. 4 Decreto 1268 de 1999) y los incentivos son igualmente un reconocimiento económico por el logro de las metas (arts 5 y 6 Decreto 1268 de 1999). **NOTA DE RELATORÍA :** Consejo de Estado, Sentencias de 10 de febrero de 2000, Sección Segunda, rad 13548, C.P. Nicolás Pájaro Peñaranda , 2 de agosto de 1996, rad 10995, C.P. Dolly Pedraza de Arenas ; C-81 DE 1996, C-279 de 1996, C-244 de 2013.

DERECHOS ADQUIRIDOS / PRIMA DE DIRECCIÓN / INCENTIVO POR DESEMPEÑO GRUPAL / INCENTIVO DE FISCALIZACIÓN Y COBRANZA

Señala la Sala al respecto que de conformidad con la jurisprudencia constitucional, los derechos adquiridos son aquellos que han ingresado definitivamente al patrimonio de la persona, sin embargo en el presente caso, la prima de dirección el incentivo por desempeño grupal y el incentivo al desempeño en fiscalización y cobranzas, desde su creación en el Decreto Ley 1647 de 1991, no tenían carácter salarial, de modo que nunca ingresaron con dicho carácter al patrimonio de los empleados públicos de la DIAN. **NOTA DE RELATORÍA** Corte Constitucional, sentencias C-584/97 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y C-453/02 M.P. Álvaro Tafur Galvis. **NOTA DE RELATORÍA :** Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, M.P. Dolly Pedraza de Arenas, sentencia del 2 de agosto de 1996, proceso con radicado No. 10995. Corte Constitucional, C-279 de 1996, M.P. Hugo Palacios Mejía

REMUNERACIÓN - Concepto / SALARIO – Concepto

En este orden, precisa la Sala que según la RAE, el concepto de remunerativo conduce a la palabra remunerar la cual significa “1. tr. Recompensar, premiar, galardonar.2. tr. retribuir (ll recompensar o pagar).3. tr. Dicho de una actividad: Producir ganancia.” A su vez el vocablo retribuir significa “recompensar o pagar un servicio, favor” 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. 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. **NOTA DE RELATORÍA** : Consejo de Estado, Sección Segunda, M.P. Luis Rafael Vergara Quintero, proceso con radicado 11001-03-25-000-2011-00067-00 y número interno 0192-2011; Sala de Consulta y Servicio Civil Concepto N°. 1393, M.P. Flavio Augusto Rodríguez Arce

CÁRACTER SALARIAL DE LA PRIMA DE DIRECCIÓN EN LA DIAN

Constituye un criterio de esta Sección, 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 la prima de dirección prevista en el artículo 4d del Decreto 1268 de 1999, no constituye factor salarial; sin embargo, la Sala resalta, que esta prima es una retribución económica que se reconoce a los servidores de la contribución, por el ejercicio de las funciones inherentes a las jefaturas. Se trata de un pago como retribución de la prestación del servicio, esto es, que remunera de forma periódica el ejercicio de las funciones de los servidores que hayan sido designados en las jefaturas de la entidad.. En este orden de ideas, (...) concluye la Sala que la prima de dirección es factor salarial, de modo que la expresión “no constituye factor salarial”, está viciada de nulidad por desconocer el concepto de salario en los términos señalados. **NOTA DE RELATORÍA** : Sentencia de 8 abril de 2010. Rad. 1026-2008. M.P. Gerardo Arenas Monsalve. Consejo de Estado, Sección Segunda, M.P. Luis Rafael Vergara Quintero, proceso con radicado 11001-03-25-000-2011-00067-00 y número interno 0192-11

FUENTE FORMAL : CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 175 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 15 / LEY 4 DE 1992 / LEY 49 DE 1990 / ACTO LEGISLATIVO No 01 DE 1968/ LEY 448 DE 1998 / DECRETO 1072 DE 1999 / DECRETO 618 DE 2006/ LEY 4 DE 1992 –ARTÍCULO 14 / LEY 4 DE 1992 – ARTÍCULO 15 / CONVENIO 095 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO / CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO - ARTÍCULO 22

NORMA DEMANDADA : DECRETO 1268 DE 1999 - ARTÍCULO 4 GOBIERNO NACIONAL (Nulo) / DECRETO 1268 DE 1999 - ARTÍCULO 5 GOBIERNO NACIONAL (No nulo) / DECRETO 1268 DE 1999 - ARTÍCULO 6 (No nulo) GOBIERNO NACIONAL

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 11001-03-25-000-2011-00167-00(0580-11)

**Actor: 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.

Procede la Sala a dictar sentencia en el proceso de la referencia promovido por las señoras Zoila María Salazar Carreño y Luz Hermelina Castrillón de Amaya, en el que solicitan la nulidad parcial de los artículos 4, 5 y 6 del 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”*, proferido por el Presidente de la República, el Ministro de Hacienda y Crédito Público y el Director del Departamento Administrativo de la Función Pública.

ANTECEDENTES

Las señoras Zoila María Salazar Carreño y Luz Hermelina Castrillón de Amaya, a través de apoderada, en ejercicio de la acción prevista en el artículo 84 del Código

Contencioso Administrativo, demandan ante esta jurisdicción la nulidad parcial de los artículos 4, 5 y 6 del Decreto 1268 de 1999, que indican (solo los apartes subrayados):

“DECRETO 1268 DE 1999

(julio 13)

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.

El Presidente de la República de Colombia, en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4ª de 1992,

DECRETA:

(...)

Artículo 4. Prima de Dirección. *Es la retribución económica que se reconoce a los servidores de la contribución por el ejercicio de las funciones inherentes a las jefaturas, cuando han sido designados para tal efecto.*

Cuando la prima técnica reconozca el ejercicio de las funciones de los cargos directivos que de acuerdo con la ley tengan derecho a ella, el servidor público tendrá como prima de dirección la prima técnica en caso que ésta fuere mayor.

La prima de dirección **no constituye factor salarial** y será equivalente:

a) *Para el servidor de la contribución del sistema específico de carrera designado en la jefatura de la Dirección General, será equivalente al quince por ciento (15%) de la asignación básica mensual del grado 40;*

b) *Para el servidor de la contribución del sistema específico de carrera designado en la jefatura de las Direcciones de Impuestos, de Aduanas Secretarías de Desarrollo Institucional y General, será equivalente al quince por ciento (15%) de la asignación básica mensual del grado 38;*

c) *Para el servidor de la contribución del sistema específico de carrera designado en la jefatura de las Oficinas, Subdirecciones, Subsecretarías, Direcciones Regionales y Administraciones Especiales será equivalente al quince por ciento (15%) de la asignación básica mensual del grado 35;*

d) Para el servidor de la contribución del sistema específico de carrera designado en la jefatura de Administraciones Locales y Administraciones Delegadas, será equivalente al quince por ciento (15%) de la asignación básica mensual del grado 30;

e) Para el servidor de la contribución del sistema específico de carrera designado en la jefatura de las divisiones del nivel central, de las Direcciones Regionales, de las Administraciones Especiales y de las Administraciones Locales sede de la Regional, será equivalente al quince por ciento (15%) de la asignación básica mensual del grado 28;

f) Para el servidor de la contribución del sistema específico de carrera designado en la jefatura de las divisiones en las demás Administraciones, será equivalente al quince por ciento (15%) de la asignación básica mensual del grado 20;

g) Para el servidor de la contribución del sistema específico de carrera designado en la jefatura de grupo interno de trabajo, será equivalente al quince por ciento (15%) de la asignación básica mensual del grado 16.

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.

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

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

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.*

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

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

En la demanda, la parte actora cita como normas violadas:

De la Constitución Política, el preámbulo, los artículos 2, 13, 25, 29, 53, 150 y 189.

De la Ley 4ª de 1992, los artículos 2 literal a) y 3.

Del Código Contencioso Administrativo, los artículos 2, 3 y 36.

Como fundamento de la pretensión de nulidad las accionantes exponen los siguientes argumentos:

Indican que el Presidente de la República, en desarrollo de la Ley 4 de 1992, profirió el Decreto 1268 de 1999, sin embargo no observó los principios de igualdad, proporcionalidad y razonabilidad, al crear sin carácter salarial, la prima de dirección, el incentivo por desempeño grupal y el incentivo al desempeño en fiscalización y cobranzas.

Expresan que según el literal a) de artículo 2 de la Ley 4 de 1992, el Gobierno al regular el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos, debe respetar los derechos adquiridos y no puede desmejorar sus salarios y prestaciones sociales. Adiciona que el artículo 3 *ídem* prevé el principio laboral según el cual “todo trabajador o servidor público tiene derecho a percibir una remuneración digna acorde con su función, dignidad y jerarquía, la que no puede ser disminuida de ninguna manera” ¹ (Subrayado en el texto).

¹ Folio 7.

Manifiestan que el decreto demandado modificó el Decreto 1647 de 1991 que establecía, en el artículo 65, la prima de productividad sin carácter salarial.

Señalan que mediante sentencia del 14 de febrero de 2002, la Sección Segunda del Consejo de Estado negó la demanda de nulidad contra la expresión “*no constituirá factor salarial para ningún efecto legal*”, contenida en el inciso 2 del artículo 5 del decreto demandado. Sin embargo aclaran que los cargos de nulidad en el presente proceso son diferentes.

Consideran que la prima de servicios creada por la Ley 4 de 1992 para los funcionarios de la rama judicial “*tiene igual contenido jurídico-laboral*” que la prima de dirección, el incentivo por desempeño grupal y el incentivo al desempeño en fiscalización y cobranzas.

Resaltan como sustento de este cargo, la sentencia de 2 de abril de 2009, M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, providencia en la que se estudia la prima de servicios para la rama judicial.

Consideran así, que la prima de dirección y los incentivos establecidos en los artículos 4, 5 y 6 del decreto demandado, tienen el mismo contenido de la “*prima especial de servicios sin carácter salarial*”, cuyos beneficiarios son los funcionarios de la rama judicial “*pues como ésta, aquéllos pretenden otorgarle a los servidores una mayor remuneración por su trabajo y, sobre todo, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo de cada servidor, lo que bien se acomoda con la Constitución y con los principios de la ley 4ª de 1992, en especial al artículo 53 Superior, en concordancia con el 25, el 2º y el Preámbulo*”. Agregan que en contraposición a lo anterior, el decreto demandado crea un incentivo o remuneración laboral sin connotación salarial.

Exponen que las expresiones demandadas de los artículos 4, 5 y 6 del Decreto 1268 de 1999, denotan que los beneficios laborales allí previstos se causan en virtud del resultado de la gestión, es decir, la cantidad de trabajo realizado; agregan así, que se generan por el hecho de alcanzar unas metas; en consecuencia, son remunerativos y tienen carácter salarial.

Explican que el Consejo de Estado ha declarado la nulidad de los decretos proferidos en desarrollo de la Ley 4 de 1992, según los cuales la prima especial de servicios no tenía carácter salarial.

Citan la sentencia del 2 de abril de 2009, M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, en la que se decretó la nulidad del artículo 7º del Decreto 618 de 2007, y se transcriben extensos apartes sobre la competencia de la jurisdicción

contencioso administrativa en el control de legalidad de los decretos expedidos en desarrollo de una ley marco, del cual se resalta:

“Este componente de las leyes marco como técnica legislativa reconocida por nuestro ordenamiento constitucional desde el Acto Legislativo No. 01 de 1968, por las razones que en este fallo se aducen, impone que el control judicial de los decretos de esta naturaleza, deba necesariamente comprender no solo la literalidad de la ley sino la correspondencia entre éstos y el conjunto de valores y principios consignados en la voluntad legislativa; así, la posición jurisprudencial en referencia deberá ser revisada en la intención de realizar un control de legalidad que permita un contraste sustancial, esto es, de contenidos y valores entre principios descritos en la ley marco y los decretos que la desarrollan”².

Precisan que los argumentos del Consejo de Estado para declarar la nulidad del artículo 7º del Decreto 618 de 2007, expuestos en la sentencia precitada, se aplican al presente caso, pues la prima de dirección y los incentivos previstos en las normas demandadas, que fueron creados sin carácter salarial, *“son de igual contenido laboral a la “prima especial sin carácter salarial” de los artículos 14 y 15 de la ley 4ª de 1992”*.

Advierten que la Corte Constitucional, en la sentencia C-681 de 2003, declaró la inexecutable de la expresión *“sin carácter salarial”* del artículo 15 de la Ley 4ª de 1992 y consideró que *“la prima especial de servicios constituirá factor de salario solo para la cotización y liquidación de la pensión de jubilación de acuerdo con las normas nacionales vigentes que regulan el régimen prestacional de los funcionarios”*³.

Citan algunas sentencias del Consejo de Estado en las que se ha declarado la nulidad en casos similares al presente.

Resaltan que en estas sentencias el Consejo de Estado al declarar la nulidad de los decretos reglamentarios que excluían el carácter salarial de la prima de servicios, *“entendió que el Gobierno Nacional transgredió abiertamente las previsiones contenidas en el artículo 14 de la Ley 4º de 1992 y esa determinación judicial debe tener algún efecto para los empleados que percibieron la prima especial como parte integral de su salario”*⁴.

Agregan que aunque se estableciera que la prima de servicios de la Ley 4ª de 1992 no es equivalente a la prima de dirección, al incentivo por desempeño grupal

² Folio 11.

³ Folio 12.

⁴ Folio 13.

y al desempeño en fiscalización y cobranzas, en todo caso, éstos tienen un carácter remunerativo salarial.

Indican que el fin del decreto demandado, al establecer que aquéllos no tienen carácter salarial *“fue el de reducir o desconocer los beneficios y los principios laborales contenidos en los artículos 2 y 3 de la Ley 4 de 1992, lo que a términos de los artículos 53 en concordancia con el 25, 2 y el Preámbulo Constitucionales, no es de recibo”*⁵.

Señalan que las expresiones demandadas discriminan injustamente a los servidores públicos de la DIAN, frente a otros servidores del Estado, para quienes la prima especial de servicios sí tiene carácter salarial y prestacional.

Precisan que aunque la prima especial de servicios se devengue en la rama judicial, este hecho no es relevante, pues ambos sectores están integrados por servidores estatales y los principios de la Ley 4 de 1992, rigen para todos, así, consideran que esta ley *“los rige y regula a ambos, por lo que no es constitucionalmente aceptable que para unos, con base en la misma ley marco, se establezca un beneficio laboral con carácter salarial y, para otros, sin dicho carácter, pues ello se muestra abiertamente discriminatorio, arbitrario y por ende, inconstitucional”*⁶.

Consideran que las expresiones acusadas fueron proferidas con desviación de poder, dado que el Gobierno Nacional *“despojó a los servidores de la DIAN de los efectos salariales que por naturaleza le corresponden a la remuneración laboral, llámese como se llame (prima, incentivo, bonificación, etc) bajo el ropaje de un simple “incentivo” sin carácter salarial para, de esa, manera, birlarle, disminuyendo, las prestaciones sociales a su favor, todo ello con un fin de deducir el gasto público a como dé lugar, inclusive con el sacrificio de lo más sagrado que tiene el ser humano: su trabajo”*⁷.

Agregan que si el legislador no puede menoscabar los derechos laborales, como lo ordena, el artículo 53 de la Constitución Política, pues mucho menos está facultado para hacerlo el Gobierno Nacional, a través de un decreto reglamentario.

Aducen finalmente que, en aplicación del precitado artículo de la Carta Política, en caso de duda en la interpretación de las fuentes formales del derecho, debe prevalecer la más favorable al trabajador. Al respecto cita las sentencias de la Corte Constitucional C-168 de 1995, T-808 de 1999 y T-827 de 1999.

⁵ Folio 14.

⁶ Folio 14.

⁷ Folio 14.

DE LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL

Mediante auto del 1º de diciembre de 2011⁸, este Despacho admitió la demanda y negó la suspensión provisional de las expresiones acusadas de los artículos 4, 5 y 6 de Decreto 1268 de 1999, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Se argumentó, que para establecer si la prima de dirección, el incentivo por desempeño grupal y el incentivo al desempeño en fiscalización y cobranzas, deben tener carácter salarial, se requería de un análisis minucioso que se debía realizar en la sentencia.

Que de la comparación entre los preceptos acusados y las normas invocadas como violadas no se observó una contradicción de tal entidad que hiciera procedente la suspensión provisional de los efectos de las expresiones demandadas de los artículos 4, 5 y 6 del Decreto 1268 de 1999.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Ministerio de Hacienda y Crédito Público

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público se opone a las pretensiones de la demanda con fundamento en los siguientes razonamientos⁹:

Propone la excepción de cosa juzgada frente al artículo 5 del Decreto 1268 de 1999, con fundamento en la sentencia del 14 de febrero de 2002¹⁰, del Consejo de Estado con ponencia de la Doctora Ana Margarita Olaya Herrera, en la cual se negó la solicitud de nulidad.

Considera que el vicio de nulidad alegado en la demanda relacionado con la presunta desviación de poder en que incurrió el Gobierno Nacional al expedir los preceptos acusados, ya fue respondido en la sentencia del 14 de febrero de 2002.

Agrega que aunque no existiera cosa juzgada “*es diferente que un emolumento, estipendio, jornal, mensualidad, salario o beneficio sea considerado salario para*

⁸ Folios 19 a 24.

⁹ Folios 89 a 99.

¹⁰ Proceso con radicado No. 11001-03-25-000-2000-0167-01 y número interno (2824-2000)

*efectos prestacionales, y otra muy distinta que el mismo no tenga el carácter salarial*¹¹. A modo de ejemplo cita el artículo 17 del Decreto 1045 de 1948 que regula las prestaciones sociales de los servidores públicos del nivel nacional, para mostrar que en éste solo algunos factores de salario- los que enlista la norma- se tienen en cuenta para liquidar las vacaciones y la prima de vacaciones.

Señala que por expreso mandato del artículo 1 del Decreto 1268 de 1999, los funcionarios de la DIAN tienen derecho a todas las prestaciones y beneficios previstos para los empleados de la rama ejecutiva, sin embargo el Gobierno Nacional en desarrollo de la Ley 4 de 1992, creó unos componentes salariales especiales para la entidad *“por razones técnicas, de austeridad y de especialidad”*, que son la prima de dirección, y los incentivos por desempeño grupal y nacional.

Precisa que los conceptos de sueldo –entendido también como asignación básica- y salario son diferentes, para este efecto cita el concepto 839 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del 21 de junio de 1996¹².

Afirma, que en virtud de la diferencia entre los dos conceptos anteriores, se concluye que no existe desviación de poder, ni quebrantamiento del orden superior, pues acogiendo los argumentos del Consejo de Estado, en el fallo del 14 de febrero de 2002 *“el hecho que el Gobierno Nacional haya dispuesto que la prima de dirección, el incentivo grupal y el incentivo al desempeño en fiscalización y cobranzas, o inclusive el mismo incentivo nacional no debían tenerse como factores salariales para ningún efecto legal no persigue fines diferentes a los de la función pública, el interés general y la política salarial del Estado”*.

Explica que según el artículo 3 del decreto demandado, el funcionario de carrera nombrado en una jefatura tiene derecho a percibir, además de su asignación básica, la diferencia de salario respecto de la correspondiente jefatura, *“diferencia remuneratoria que se entiende sin perjuicio del derecho del funcionario a percibir la correspondiente prima de dirección”*.

Expone que a su vez, el artículo 4 *ídem* establece la prima de dirección como una retribución económica que se reconoce por el ejercicio de las jefaturas. Por otra parte, resalta el Ministerio que los empleados de carrera de la DIAN son

¹¹ Folio 94.

¹² M.P. Javier Henao Hidrón

beneficiarios de un régimen específico, desarrollado en los Decretos Leyes 1072 de 1999 y 765 de 2005, que regulan como situaciones administrativas la designación y asignación.

Destaca así que quien ha sido nombrado en una jefatura, siendo empleado de carrera, tiene derecho a percibir la diferencia salarial, la cual es factor de salario para las prestaciones sociales *“que hayan contemplado la asignación básica como un elemento para su cálculo y liquidación”*¹³; no obstante dicho empleado *“obtiene otro plus, una Prima de Dirección que si bien no está contemplada en los decretos que regulan las prestaciones sociales, como el Decreto 1045 de 1978, el alcance del Decreto 1268 de 1999, lo que hizo fue precisar que este beneficio salarial no sería tenido en cuenta para liquidar ninguna prestación social. Lo que de suyo no vulnera las normas que alude el demandante, pero tampoco constituye una desviación de poder”*¹⁴.

Señala sobre los incentivos que éstos son especialísimos y propios de la DIAN, y que su fin es motivar a los empleados para que mantengan una gestión de recaudo y fiscalización óptima, en el marco de las metas trazadas por el Gobierno Nacional.

Expresa que la demanda desconoce la naturaleza de los incentivos en las políticas laborales, la cual los diferencia de la asignación básica, aunque sean una retribución del trabajo desempeñado.

Resalta así, que el incentivo está concebido laboralmente como *“beneficio que podría darse o no darse, que depende –como lo expresa el Decreto 1268 de 1999- del cumplimiento de unas metas, que de no cumplirse no lo causarán”*¹⁵, por consiguiente es legítimo que el Gobierno Nacional considere que los incentivos previstos en las normas demandadas, no *“fueron factores para efectos prestacionales, máxime cuando los mismos son un plus adicional y circunstancial al que tienen derecho los empleados de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN cuando se cumplen las metas de cada anualidad”*¹⁶.

¹³ Folio 97 vto.

¹⁴ Ídem.

¹⁵ Folio 98 vto.

¹⁶ Ídem.

Departamento Administrativo de la Función Pública

El DAFP solicita que se niegue la solicitud de nulidad contra las expresiones acusadas de los artículos 4, 5 y 6 del Decreto 1268 de 1999¹⁷:

Explica que la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos debe estar acorde con el marco general de la política macroeconómica y fiscal, y también con la racionalización de los recursos públicos, esto es, con las limitaciones presupuestales para cada organismo o entidad, de conformidad con la Ley de Presupuesto General de la Nación.

Cita la sentencia C-279 de 1996, M.P. Hugo Palacios Mejía que declaró exequibles las siguientes disposiciones: la frase “*y sin que constituya factor salarial*” del numeral 3 del artículo 2º de la Ley 60 de 1990; y las frases “*sin carácter salarial*” de los artículos 14 y 15 de la Ley 4 de 1992. Igualmente cita la sentencia C-424 de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, en la que se declaró la constitucionalidad del artículo 7 del Decreto 1661 de 1991 y se reiteró lo considerado en la sentencia C-279 de 1996.

Comenta que el Consejo de Estado en sentencia del 9 de septiembre de 1996, M.P. Clara Forero de Castro, al pronunciarse sobre la legalidad del Decreto 43 de 1995, reiteró la posición de la Corte Suprema de Justicia según la cual, el legislador puede determinar discrecionalmente qué constituye parte del salario.

Indica igualmente que el Consejo de Estado ya se pronunció sobre la legalidad del artículo 5 del Decreto 1268 de 1999, también demandado en este proceso; así en sentencia del 14 de febrero de 2002, M.P. Ana Margarita Olaya Forero, se precisó:

“... De una parte, la responsabilidad principal sobre la política salarial estatal la tiene el Presidente de la República; es por esa razón, por la que el ejecutivo debe gozar de un margen de razonabilidad para establecer cuál es el tipo de remuneración para cada cargo, y más en este caso en que le fija un máximo a un incentivo temporal.”

Advierte que en el fallo del 14 de febrero de 2002, el Consejo de Estado consideró que el incentivo previsto en el artículo 5 del Decreto 1268 de 1999 no constituye

¹⁷ Folios. 103 a 109.

factor salarial, toda vez que, *“tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional, como 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 razón que impida disponer 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”*¹⁸.

Señala que la *ratio decidendi* de la referida sentencia es aplicable al presente caso, toda vez que recoge la posición jurisprudencial sobre la competencia del Presidente para señalar las escalas salariales, los topes máximos y los componentes del salario.

Manifiesta que *“la prima de dirección es una retribución económica suplementaria a la actividad ordinaria o habitual, reconocida extraordinariamente a quienes desempeñen funciones directivas, es decir, un incentivo salarial adicional a la asignación básica y en consecuencia no fue previsto como factor que incidiera en la conformación del ingreso base para la liquidación, reconocimiento y pago de otros beneficios salariales o prestacionales”*¹⁹.

Indica frente a los incentivos por desempeño grupal en fiscalización y cobranzas y el incentivo por desempeño nacional, que éstos fueron concebidos como reconocimientos salariales condicionados al logro de unas metas laborales, en consecuencia *“tales incentivos no son por esencia ni naturaleza componentes regulares o habituales del salario que periódicamente reciben los empleados de la DIAN por el mero desempeño de sus empleos”*²⁰.

Advierte que el Presidente de la República no carece de competencia para establecer en los artículos 4 a 6 del Decreto 1268 de 1999, la prima de dirección y los incentivos sin carácter salarial, pues el decreto en comento fue proferido en desarrollo de la Ley 4 de 1992, norma que señala los principios, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, entre ellos, los de la DIAN *“que, sobra decirlo, gozan de un régimen salarial especial y altamente remunerado, que en*

¹⁸ Folio 107.

¹⁹ Folio 108.

²⁰ Folio 108.

*nada contradice o violenta los principios de proporcionalidad, razonabilidad, igualdad y equidad*²¹. Por estas mismas razones, aduce el Departamento Administrativo de la Función Pública que el Gobierno Nacional no incurrió en desviación de poder.

Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN

Mediante escrito visible a folios 116 a 126, solicita que se nieguen las pretensiones de la demanda de nulidad, con fundamento en los mismos argumentos expuestos por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En auto del 6 de septiembre de 2012²² se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, quienes manifestaron:

Departamento Administrativo de la Función Pública

En escrito visible a folios 134 a 137, reitera los argumentos de la contestación de la demanda y agrega los siguientes razonamientos:

Aduce que las leyes marco fueron introducidas en la reforma a la Constitución del año 1968, y que entre ellas se encuentra la Ley 4 de 1992, en virtud de la cual el Gobierno Nacional *“goza de la libertad para establecer qué componentes constituyen o no salario, así como para desarrollar y definir concepto de salario, pues es propio de su competencia desarrollar esta materia”*²³.

Señala que para este efecto el Gobierno Nacional debe consultar el marco general de la política macroeconómica y fiscal, la racionalización de los recursos públicos y las limitaciones presupuestales, que son aprobadas por el Congreso a través de la Ley de Presupuesto General de la Nación.

Advierte que, la consideración por parte del Gobierno Nacional, sobre qué elementos son factores salariales para liquidar las prestaciones sociales, *“no*

²¹ Folio 108.

²² Folio 133.

²³ Folio 135.

*lesiona los derechos de los trabajadores y tampoco implica una omisión o un incorrecto desarrollo del especial deber de protección que el Estado colombiano tiene en relación con el derecho al trabajo (...) máxime cuando, como lo reconoce la jurisprudencia constitucional, ninguna norma que tenga como efecto principal aumentar el ingreso disponible de un trabajador puede lesionar las reglas sobre la protección especial al trabajo*²⁴.

Dirección de impuestos y Aduanas Nacionales

Señala que las expresiones demandadas de los artículos 4, 5 y 6 del Decreto 1268 de 1999 que excluyen el carácter salarial de la prima de dirección y de los incentivos, no constituyen una desmejora salarial, pues éstos son *“especialísimos y propios de la U.A.E. DIAN, su filosofía laboral es motivar que los empleados mantengan una gestión dentro del marco de las metas trazadas por el Gobierno Nacional en aras de dar cumplimiento a sus objetivos, metas y expectativas macroeconómicas”*²⁵ (art. 146).

Relata que los incentivos se reconocen por áreas de trabajo, de modo que solo algunos servidores en razón de su gestión tienen derecho a ellos y no son una prerrogativa de carácter general.

Expone que no es cierto como se afirma en la demanda, que el Gobierno Nacional haya despojado a los empleados de la DIAN de los efectos salariales que por naturaleza le corresponden a una remuneración laboral, lo anterior, como quiera que el ejecutivo goza de cierta autonomía para definir qué elementos constituyen salario, de modo que las normas acusadas no violan ningún precepto de la Constitución, ni de la Ley.

Explica que los incentivos en términos laborales son un beneficio que es eventual, pues depende, como lo establece el decreto demandado, del cumplimiento de unas metas por áreas de trabajo. Agrega, que tampoco se puede alegar el vicio de desviación de poder, toda vez que los apartes demandados de los artículos del Decreto 1268 de 1999, buscan el interés general y fueron expedidos en cumplimiento de lo dispuesto por el legislador.

²⁴ Folio 136.

²⁵ Artículo 146.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuraduría Segunda Delegada ante el Consejo de Estado en escrito visible a folios 150 a 155, solicita que se desestimen las pretensiones de la demanda, en virtud de los siguientes razonamientos:

Expone que la fijación del régimen salarial y prestacional es una potestad que el Gobierno Nacional ejerce con sujeción a los objetivos generales que traza el Congreso a través de las leyes marco.

Cita la sentencia del 2 de abril de 2009, de la Sección Segunda del Consejo de Estado, M.P. Gustavo Gómez Aranguren, en la que se consideró respecto de las primas que después de la Constitución de 1991 *“conforme a su ley marco, sigue situándose como un incremento, un “plus” para añadir el valor del ingreso laboral del servidor”*²⁶.

Afirma que las primas remuneran con un porcentaje adicional la mejor prestación del servicio, reflejado en mayores competencias, por estudios o desempeño, así para el Ministerio Público es claro *“que dicha prestación no constituye factor salarial, pues los servidores a quienes se les reconoce, lo reciben con ocasión o como consecuencia del cargo ejercido”*²⁷.

Cita igualmente la sentencia de esta Corporación, del 28 de septiembre de 2006, M.P. Jaime Moreno García, en la que se consideró *“todo pago de NATURALEZA salarial, es decir, retributivo, habitual y que constituye parte del ingreso personal, debe considerarse salario para todos los efectos laborales y solo puede ser excluido válidamente como factor salarial –para la liquidación de ciertos derechos laborales- por una norma legal que expresamente así lo establezca. De igual forma mutatis mutandi, solo una norma legal puede asignar carácter salarial, a pagos que por adolecer de alguna de las características señaladas, no lo son por naturaleza, para incluirlos en la base de liquidación de ciertos derechos laborales”*²⁸.

²⁶ Folio 154.

²⁷ Ídem.

²⁸ Folio 154 vto.

Manifiesta que el decreto demandado al disponer en forma expresa que la prima de dirección y los incentivos previstos en los artículos 4 a 6, no son factores salariales, “que su reconocimiento sería posible por una norma legal que expresamente le asigne el carácter salarial como lo señala la jurisprudencia arriba transcrita, por todo lo anterior es evidente que no se presenta violación a la Carta ni a la ley, tampoco menoscabo alguno a los derechos de los trabajadores, ni violación a los principios de igualdad, proporcionalidad o razonabilidad que acusa el demandante”²⁹.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Cuestiones previas

De la cosa juzgada relativa frente a la sentencia del 14 de febrero de 2002

En el presente caso se demanda la nulidad parcial de los artículos 4, 5 y 6 del Decreto 1268 de 1999; no obstante, previo a abordar la solicitud de nulidad, la Sala debe estudiar si se configura la excepción cosa juzgada relativa frente a la *causa petendi* juzgada en el fallo del 14 de febrero de 2002³⁰, proferido por esta Sección con ponencia de la Doctora Ana Margarita Olaya Forero, providencia en la que se negó la nulidad del artículo 5 del decreto demandado en el presente proceso.

En este orden, destaca la Sala que de conformidad con el artículo 175 del Código Contencioso Administrativo, la sentencia que niegue la nulidad de un acto administrativo “*producirá cosa juzgada erga omnes pero solo en relación con la causa petendi juzgada*”. Esta disposición prevé la figura de la cosa juzgada relativa, la cual se presenta “*cuando el pronunciamiento se limita al análisis de las normas acusadas frente a alguno o algunos artículos del Estatuto Superior o cuando se pronuncia únicamente sobre los cargos formulados o sobre un determinado aspecto constitucional*”³¹.³² De modo que el juez puede estudiar una nueva demanda cuando las normas presuntamente violadas o los cargos de nulidad son diferentes de los sometidos a su consideración en la sentencia inicial.

En el presente caso, se tiene entonces que en la sentencia del 14 de febrero de 2002³³, se estudiaron las expresiones “*que no podrá exceder*” y “*no constituirá*

²⁹ Folio 155.

³⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 14 de febrero de 2002, M.P. Ana Margarita Olaya Forero, proceso con radicado No. 11001-03-25-000-2000-0167-01 (2824-2000)

³¹ Auto 311 de 2001 de la Corte Constitucional. M.P. Jaime Araujo Rentería

³² Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 10 de octubre de 2006, M.P. Darío Quiñones Pinilla, proceso con radicado No. 25000-23-24-000-2003-01176-02 (IJ)

³³ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 14 de febrero de 2002, M.P. Ana Margarita Olaya Forero, proceso con radicado No. 11001-03-25-000-2000-0167-01 (2824-2000)

factor salarial para ningún efecto legal” contenidas en el artículo 5 del decreto demandado, que regula el incentivo por desempeño grupal. Los cargos formulados por el actor, en la demanda que originó el citado proceso fueron:

1. La Ley 4 de 1992 prevé como criterio para fijar el régimen salarial de los trabajadores, el respeto de los mínimos establecidos en el artículo 53 de la Constitución Política.
2. El salario de los trabajadores está integrado por la escala y el tipo de remuneración del cargo, la ley no establece topes máximos y tampoco indica que pueden ser establecidos por el Gobierno Nacional.
3. Desconocimiento de los artículos 2 y 3 de la Ley 4 de 1992, pues ésta no permite la posibilidad de fijar un tope máximo de un derecho laboral.
4. La no concesión al incentivo del carácter laboral, viola los artículos 2 y 18 de la Ley 100 de 1993. En virtud de la solidaridad en un sistema integrado de seguridad social en un Estado Social de Derecho, los miembros deben aportar según sus ingresos reales, de lo contrario si se aporta sobre montos inferiores a los devengados, se desconoce el principio de solidaridad.
5. El artículo 3 de la Ley 4 de 1992 indica los elementos que integran el sistema salarial de los servidores públicos, sin señalar cuáles son salario, como sí lo hace el Código Sustantivo del Trabajo, de modo que *“debe entenderse que no existe excepción alguna a la “escala y tipo de remuneración de cada cargo”, que es la expresión que utiliza el precitado artículo 3º”*.
6. Es manifiestamente ilegal entregarle a las directivas de la DIAN la facultad de fijar un derecho por debajo de la escala definida por el Gobierno Nacional, al reglamentar los lineamientos dados por el Congreso de la República.

En el presente caso, solo está demandada la expresión *“no constituirá factor salarial para ningún efecto legal”* del artículo 5 del Decreto 1268 de 1999, que regula el incentivo por desempeño grupal. Ahora bien, en la sentencia del 14 de febrero de 2002³⁴, se formularon como cargos contra dicha expresión, en síntesis: i) la violación de los artículos 2 y 18 de la Ley 100 de 1993, ya que el incentivo por desempeño grupal, al no tener carácter salarial, desconoce el principio de solidaridad, de suerte que no se realizarán aportes sobre los ingresos reales y ii) el artículo 3 de la Ley 4 de 1992³⁵ no indica qué elementos son salario, por lo cual

³⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 14 de febrero de 2002, M.P. Ana Margarita Olaya Forero, proceso con radicado No. 11001-03-25-000-2000-0167-01 (2824-2000)

³⁵ “Artículo 3º.- El sistema salarial de los servidores públicos estará integrado por los siguientes elementos: la estructura de los empleos, de conformidad con las funciones que se deban desarrollar y la escala y tipo de remuneración para cada cargo o categoría de cargos.”

debe entenderse que no hay excepción “a la escala y tipo de remuneración de cada cargo”.

En este orden de ideas, como en la sentencia del 14 de febrero de 2002³⁶ se negó la nulidad de la expresión “no constituirá factor salarial para ningún efecto legal” existe cosa juzgada *erga omnes*, frente a la *causa petendi*, de dicho proceso, esto es, en lo que concierne a los cargos descritos anteriormente.

Ahora, para determinar si en el presente caso esta Sala debe estarse a lo resuelto en dicho fallo, se exponen brevemente los cargos expuestos en esta demanda contra el artículo 5 del Decreto 1268 de 1999, en lo que corresponden al incentivo por desempeño grupal, así:

1. Desconocimiento de los principios de igualdad, proporcionalidad y razonabilidad, al crear sin carácter salarial, el incentivo por desempeño grupal. Se agrega en la demanda que el incentivo por desempeño grupal debe tener el mismo tratamiento jurídico de la prima de servicios creada por la Ley 4 de 1992, la cual sí tiene carácter salarial, pues ambos tienen origen en la precitada ley. Adiciona la parte actora que la expresión demandada discrimina a los empleados públicos de la DIAN frente a otros servidores del Estado para los que la prima de servicios sí tiene carácter salarial.

2. Desconocimiento de los derechos adquiridos por parte del Gobierno Nacional, toda vez que hay desmejora de los salarios y las prestaciones sociales.

3. El incentivo por desempeño grupal, al remunerar un resultado en la gestión de los empleados públicos de la DIAN tiene carácter salarial.

4. Desviación de poder, toda vez que las normas demandadas, al quitarle los efectos salariales a un incentivo, buscan disminuir las prestaciones sociales y el gasto público.

En la sentencia del 14 de febrero de 2002, frente a los cargos formulados en la demanda, concretamente en lo que respecta al carácter salarial del incentivo por desempeño grupal, la Corporación señaló:

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

³⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 14 de febrero de 2002, M.P. Ana Margarita Olaya Forero, proceso con radicado No. 11001-03-25-000-2000-0167-01 (2824-2000)

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.³⁷

Visto lo anterior, y conforme a la *ratio decidendi* descrita, no hay identidad de cargos entre los estudiados en la sentencia del 14 de febrero de 2002³⁸ y la demanda que ahora ocupa a la Sala, por consiguiente, se analizarán todos los cargos propuestos por las actoras, de suerte que no se configura la cosa juzgada relativa.

De la cosa juzgada material frente al incentivo por desempeño grupal. Excepción en el presente caso.

La parte actora demanda la nulidad parcial del artículo 5 del Decreto 1268 de 1999 que regula el incentivo por desempeño grupal, sin embargo evidencia la Sala que este también estaba previsto en el artículo 8 del Decreto 4050 de 2008, por el cual se dictan disposiciones en materia salarial para la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, en los siguientes términos³⁹:

ARTÍCULO 8o. INCENTIVO POR DESEMPEÑO GRUPAL. Los empleados públicos de la DIAN que ocupen cargos de la planta de personal de la Entidad, que como resultado de su gestión hayan logrado las metas tributarias, aduaneras y cambiarias que se establezcan de acuerdo con los planes y objetivos trazados para la respectiva área nacional, local y delegada, tendrán derecho al reconocimiento mensual de un incentivo que no podrá exceder del veintiséis por ciento (26%) de la asignación básica mensual más la prima de dirección y la diferencia remuneratoria por designación de jefatura que se devengue.

³⁷ Sentencia C-279 del 24 de junio de 1996, Corte Constitucional; Sentencia del 12 de febrero de 1993, Corte Suprema de Justicia Exp. 5481; Sentencia del 17 de julio de 1995, Consejo de Estado. Exp. 7501.

³⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 14 de febrero de 2002, M.P. Ana Margarita Olaya Forero, proceso con radicado No. 11001-03-25-000-2000-0167-01 (2824-2000)

³⁹ 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.

Este incentivo no constituirá factor salarial para ningún efecto legal y se determinará con base en la evaluación de gestión que se realice cada seis (6) meses.

Esta Sección mediante sentencia del 6 de julio de 2015⁴⁰ declaró la nulidad de la expresión “no constituirá factor salarial” del artículo que viene de transcribirse. Como fundamento de la decisión, consideró:

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.

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

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

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

Por ello, el “incentivo” en mención, es ni más ni menos que una parte de salario que se da por retribución del servicio y no una prestación social a título de complemento para satisfacer las necesidades del empleado o su

⁴⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, M.P. Luis Rafael Vergara Quintero, proceso con radicado 11001-03-25-000-2011-00067-00 y número interno 0192-2011

familia, por lo que necesariamente ha de formar parte de la asignación mensual que devengan los empleados de planta de la DIAN, so pena de estar desmejorándolos en sus condiciones laborales.

No sobra recordar que la Ley 4ª de 1992 materializó el literal e.) del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política, que contiene criterios para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, miembros del Congreso y la Fuerza Pública, disponiendo en su artículo 2o. una prohibición al Gobierno Nacional a desmejorar los salarios y las prestaciones sociales de los servidores del Estado.

En este orden de ideas, toda vez que el incentivo por desempeño grupal previsto el artículo 5 del Decreto 1268 de 1999, tampoco tenía carácter salarial y esta es la expresión cuya nulidad se demanda en este proceso, y teniendo en cuenta, que esta Sección en el fallo en cita, ya declaró la nulidad de la misma expresión pero contenida en el artículo 8 del Decreto 4050 de 2008, que también regula dicho incentivo, se configura el fenómeno de la cosa juzgada material, pues aunque la norma demandada es diferente, el contenido normativo es igual, de modo que en principio se impondría estarse a lo resuelto en el fallo del 6 de julio de 2015⁴¹.

Sin embargo, la Sala observa que en el presente proceso, en punto del estudio de legalidad de la expresión “*no constituirá factor salarial para ningún efecto legal*” del artículo 5 del Decreto 1268 de 1999, existen elementos de juicio adicionales a partir, inclusive, de la sentencia C-725 de 2000 que declaró inconstitucional el artículo 90 del Decreto 1072 de 1999, que no fueron considerados en la decisión que antecede, y que de manera excepcional, obligan a que se efectúe un nuevo pronunciamiento de la Sala frente al alegado carácter salarial del incentivo por desempeño grupal.

En este orden de ideas, la Sala efectuará un pronunciamiento de fondo respecto de los cargos de la demanda.

Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si el Gobierno Nacional al negar el carácter salarial a la prima de dirección, al incentivo por desempeño grupal y al incentivo al desempeño en fiscalización y cobranzas, en los artículos 4, 5 y 6 del Decreto 1268 de 1999, 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, si igualmente incurrió en desviación de poder.

⁴¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, M.P. Luis Rafael Vergara Quintero, proceso con radicado 11001-03-25-000-2011-00067-00 y número interno 0192-2011

Para resolver el problema jurídico, esta Sala expondrá los siguientes temas a partir de los cargos formulados en la demanda, para luego abordar el estudio del caso concreto, así: i) De la prima de dirección, el incentivo por desempeño grupal y el incentivo al desempeño en fiscalización y cobranzas. La deslegalización en la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, ii) De la prima de dirección sin carácter salarial, iii) El derecho a la igualdad y el carácter salarial de la prima de servicios para la rama judicial, iv) Los derechos adquiridos en materia salarial y prestacional y v) La libertad de configuración del legislador al determinar qué elementos constituyen factor salarial.

Esta temática se procede a desarrollar a partir del precedente judicial de la siguiente manera:

i) De la prima de dirección, el incentivo por desempeño grupal y el incentivo al desempeño en fiscalización y cobranzas. La deslegalización en la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos.

La regulación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos en el modelo adoptado por la Constitución Política de 1991, opera de forma compartida entre el legislativo y el ejecutivo, así el Congreso de la República, a través de una ley marco⁴², señala los objetivos y criterios generales, a los que se debe sujetar el Gobierno Nacional, quien a través de decretos administrativos⁴³ cuyo control compete a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, fija el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos (art. 150 numeral 19 literal e. de la Constitución Política).

Así el Congreso 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, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones*

⁴² Sobre las leyes marco la sentencia C-723 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño indica: “Las leyes marco representan una técnica de producción normativa compartida entre el Legislativo y el Ejecutivo que desarrolla el principio de colaboración armónica previsto en el artículo 113 de la Constitución. En virtud de ella, el Congreso limita su papel a la expedición de normas marco o generales, donde fija las pautas generales o directrices que deben guiar la ordenación de una materia determinada, dejando al Gobierno Nacional la tarea de precisar y completar esta regulación a través de decretos que desarrollan la ley marco⁴².”

⁴³ La Corte Constitucional en la sentencia C-723 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño, señaló sobre los decretos expedidos por el Presidente de la República para desarrollar las leyes marco que “gozan de una mayor generalidad que los decretos reglamentarios expedidos con base en el artículo 189, numeral 11, de la Carta Política -dada la naturaleza, mucho más general, de las leyes que pretende desarrollar-” pero “no por eso pierden su naturaleza meramente ejecutiva.” (Las sentencias citadas son las C-1111 de 2000 y C-140 de 2007).

sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política”.

Y con fundamento en esta ley, el Gobierno profirió el acto administrativo demandado en este proceso, 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.”*

Ahora bien, observa la Sala que este decreto que regula la prima de dirección (art. 4), el incentivo por desempeño grupal (art. 5) y el incentivo al desempeño en fiscalización y cobranzas (art. 6), en el artículo 12, relativo a las vigencias y derogatorias señala que modifica el Decreto 1647 de 1991, el cual a su vez establecía *“el régimen de personal, la carrera tributaria, sistema de planta y el régimen prestacional de los funcionarios de la dirección de impuestos nacionales, se crea el fondo de cuestión tributaria y se dictan otras disposiciones”.*

Este decreto ley regulaba la prima de productividad (art. 65), los factores de la prima de productividad (art. 66) y la prima de dirección (art. 67), así:

“ARTÍCULO 65. PRIMA DE PRODUCTIVIDAD. La eficiencia y la eficacia en el ejercicio de sus funciones por parte de los funcionarios de la carrera tributaria, dará derecho a percibir una prima de productividad en reconocimiento de su rendimiento satisfactorio en el desempeño de las funciones y del logro de las metas de gestión cuando fuere el caso, la cual no constituye factor salarial y se liquidará por niveles de calificación de acuerdo con los factores señalados en el artículo siguiente y los reglamentos que la desarrollen.

ARTÍCULO 66. FACTORES DE LA PRIMA DE PRODUCTIVIDAD. La prima de productividad se determina por cuatro factores:

a) INDIVIDUAL. Referido al desempeño personal, que se causará en razón de haber alcanzado una evaluación satisfactoria en el cumplimiento de sus funciones durante el respectivo período y se otorga mensualmente a todos los funcionarios de la carrera tributaria de la Dirección de Impuestos Nacionales.

Este factor no podrá superar el monto del 50% del salario básico mensual más la prima de dirección, en el nivel de calificación más alto.

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

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

d) *NACIONAL*. Referido al cumplimiento semestral y anual de las metas de la entidad y se reconocerá a todos los funcionarios de la carrera tributaria, se causará semestralmente y no podrá ser superior al 200% del salario mensual más la prima de dirección.

Igualmente se podrán conceder bajo este concepto reconocimientos especiales a la productividad, aprobados por el Comité del Fondo de Gestión Tributaria.

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

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

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

ARTÍCULO 67. PRIMA DE DIRECCIÓN. Es la retribución económica que se reconoce a los funcionarios de carrera tributaria por el ejercicio de las funciones inherentes a las jefaturas, cuando han sido designados o delegados para tal efecto. La prima de dirección se fijará dentro de las normas de nomenclatura y salarios y no constituye factor salarial.

Cuando la prima técnica reconozca el ejercicio de funciones de Director, el funcionario de carrera designado como Director de la Unidad Administrativa Dirección de Impuestos Nacionales, tendrá como prima de dirección, la prima técnica en caso de que ésta fuere mayor.”

Sin embargo, el Decreto 1647 de 1991 (proferido el 27 de junio) era un decreto ley, pues había sido dictado por el Presidente de la República en ejercicio de las

facultades extraordinarias conferidas por el artículo 35 de la Ley 49 de 1990, que señalaba:

*“ARTÍCULO 35. Facultades para reformar el Ministerio de Hacienda. De conformidad con el numeral 12 del artículo 76 de la Constitución Política, revístese al Presidente de la República de facultades extraordinarias, desde la fecha de promulgación de la presente Ley y hasta por seis meses después, para adoptar las siguientes medidas: A. Modernizar y tecnificar la administración tributaria. En uso de tales facultades podrá:
(...)*

2. Definir el carácter de los funcionarios de la administración tributaria, establecer su régimen salarial y prestacional, el sistema de planta, su nomenclatura y clasificación, su estructura administrativa, sus competencias y sus funciones, así como crear la carrera tributaria en la cual se definan las normas que regulen la administración de personal.”

Como se enunció anteriormente, el Presidente a través del decreto acusado, que fue expedido en ejercicio de una función administrativa al desarrollar una ley marco, modificó el Decreto Ley 1647 de 1991, hecho que en principio viciaría el decreto demandado por falta de competencia del Presidente, ya que éste no está facultado para modificar, a través de un decreto administrativo, una norma con fuerza de ley.

Sin embargo, en el presente caso se está ante un tránsito constitucional, como quiera que el Decreto Ley 1647 de 1991 fue dictado, el 27 de junio de 1991, es decir, antes de la vigencia de la Constitución de 1991, esto es, el 7 de julio de 1991, fecha en se publicó el texto oficial en la Gaceta Constitucional No. 114⁴⁴. Y, el Decreto demandado se dictó bajo la nueva Carta Política, la cual establece que para la regulación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, existe una competencia compartida entre el Congreso de la República y el Presidente.

Ahora bien, en este punto, la Sala considera necesario precisar que esta situación normativa es denominada como “deslegalización”, pues si bien, en principio a través de un decreto expedido en ejercicio de una función administrativa, el Gobierno Nacional no podría modificar un decreto proferido con fundamento en

⁴⁴ En este sentido se pronunció la Corte Constitucional en la sentencia C-553 de 1992, M.P. Jaime Sanín Greiffenstein, así: “En dicho ordenamiento se consagró en el artículo 380 “...Esta Constitución rige a partir del día de su promulgación”, condicionando de esta forma su vigencia al cumplimiento de tal hecho. Sin embargo, la publicación del texto oficial de las normas únicamente se llevó a cabo el día 7 de julio de 1991, al ser insertadas en la Gaceta Constitucional número 114 y es entonces a partir de esa fecha cuando comenzaron a tener eficacia sus normas, y por lo tanto el imperativo de obligatoriedad.”

facultades extraordinarias otorgadas al Presidente de la República, en el presente caso se está ante un tránsito constitucional, como quiera que antes de la Constitución Política de 1991, en el Acto Legislativo 01 de 1968 (que reformó la Constitución Nacional de 1886), la regulación de la materia en comento correspondía al Congreso, como lo indicaba, el numeral 9 del artículo 11 que reformó el artículo 76 de la Constitución de 1886:

*“ARTÍCULO 11. El Artículo 76 de la Constitución Nacional quedará así:
Corresponde al Congreso hacer las leyes. (...)*

9a. Determinar la estructura de la administración nacional mediante la creación de Ministerios, Departamentos Administrativos y Establecimientos Públicos, y fijar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, así como el régimen de sus prestaciones sociales;” (Subrayado por la Sala).

En el presente caso, a su vez el Congreso, mediante la Ley 49 de 1990 (art. 35) otorgó a facultades extraordinarias al Presidente de la República para establecer el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos pertenecientes a la administración tributaria, delegando así una función legislativa al ejecutivo, con fundamento en las cuales se expidió el Decreto Ley 1647 de 1991, que fue modificado por el decreto demandado en este proceso.

La modificación del Decreto 1268 de 1999 al Decreto Ley 1647 de 1991, por parte del Presidente es viable, por el cambio de naturaleza de la materia objeto de regulación, con ocasión del tránsito constitucional, pues en vigencia de la reforma constitucional del año 1968, la fijación de las escalas de remuneración y el régimen de prestaciones sociales, era un tema de regulación legal, mientras que en la Constitución Política de 1991, este tema pasó a ser regulado a través de decretos administrativos, fenómeno que refleja la *deslegalización*, por la cual un asunto que competía al legislador pasa ser un tema administrativo, que compete al ejecutivo a través del reglamento.

La jurisprudencia de esta Corporación explicó la *deslegalización* en la sentencia del 14 de junio de 1974, de la Sección Primera, M.P. Humberto Mora Osejo, en el contexto del tránsito constitucional de la reforma de 1968, en la cual se trasladaron temas de regulación legal al Presidente, como fue el caso del numeral 14 del artículo 41⁴⁵ (que modificó el 120 de la C.N. de 1886). Se indicó en la referida sentencia:

⁴⁵ “ARTÍCULO 41. El Artículo 120 de la Constitución Nacional quedará así:

Corresponde al Presidente de la República como jefe del Estado y suprema autoridad administrativa: (...)

“e) Pero, en relación con la rama legislativa del poder público, es evidente que la materia regulada por el Ordinal 14 del Artículo 120 de la Constitución, que antes correspondía, por cláusula general de competencia, al Congreso, se convirtió, desde que entró en vigencia la Reforma Constitucional de 1968 (D. O. No. 32673 de 1968), en administrativa y que así se cumplió, a este respecto, el fenómeno jurídico de la “deslegalización” de esa materia específica. Por consiguiente, el Presidente de la República, en ejercicio de la competencia que le confiere la norma, puede suspender, modificar o derogar los preceptos legales, dictados con anterioridad a la vigencia de la Reforma Constitucional de 1968, sobre la materia; esto no porque el Presidente de la República pueda hacerlo, en ejercicio de una función legislativa insita en el Ordinal 14 del Artículo 120 de la Constitución, sino a causa del tránsito de régimen constitucional y ratione materiae; porque ésta, de legislativa que era, desde que entró en vigencia la Reforma Constitucional de 1968, devino en administrativa. De ahí que los actos acusados, dictados por el Gobierno con base en la disposición que se comenta, sean también administrativos y que el Consejo de Estado tenga competencia para conocer de estos juicios acumulados.”⁴⁶ ⁴⁷ (Subrayado por la Sala).

Igualmente en sentencia del 2 de diciembre de 2013, la Sección Tercera, Subsección C, precisó en términos generales la figura de la deslegalización, así:

“17.- En este orden de ideas, la regla general en materia reglamentaria la tiene el Presidente de la República por dos vías: por una parte, a través de la reglamentación directa de la ley cuando sea indispensable para hacer posible su cumplimiento (Constitución, artículo 189. 11), pues en su condición de Suprema Autoridad Administrativa le corresponde “ejercer la potestad reglamentaria mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarias para la cumplida ejecución de las leyes”; y por otra parte, en los casos en que la Constitución le permite desarrollar directamente sus preceptos normativos, caso en el cual la potestad normativa o reglamentaria es directamente de la Constitución⁴⁸, asunto que en algunas oportunidades la jurisprudencia de esta Corporación denominó como deslegalización de materias en favor de la administración, y que, mirado desde otro punto de vista, no es más que el reconocimiento constitucional de la potestad reglamentaria en cabeza del Presidente, no ya a nivel de la ley, sino del acto administrativo de carácter general, pues orgánica y funcionalmente el acto sería administrativo y no

14. Ejercer, como atribución constitucional propia, la intervención necesaria en el Banco de Emisión y en las actividades de personas naturales o jurídicas que tengan por objeto el manejo o aprovechamiento y la inversión de los fondos provenientes del ahorro privado;”

⁴⁶ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 14 de junio de 1974, M.P. Humberto Mora Osejo, actor: James W.F. Raisbeck y otros, proceso con radicados Nos. 1932, 1939, 1940, 1942 y 1958.

⁴⁷ Esta misma tesis fue reiterada en las sentencias de la Sección Primera del 16 de abril de 1975, M.P. Alfonso Arango Henao, rad. 2052 y del 9 de diciembre de 1994, M.P. Libardo Rodríguez Rodríguez, rad. 1159-1148-1488

⁴⁸ Ejemplos de potestad reglamentaria constitucional los encontramos de sobra en las disposiciones transitorias de la Constitución, en donde en varios asuntos se le entrega esta potestad al Presidente de la República.

*legislativo, excepto que el constituyente le hubiera establecido efectos legislativos, como en el caso del artículo 341 inciso 3.º constitucional.*⁴⁹

Se resalta así, que en el caso de la *deslegalización* el Presidente puede modificar o derogar normas de rango legal proferidas antes del tránsito constitucional de 1968 o en el presente caso antes de la CP de 1991, en los casos donde el asunto era de regulación legal y en virtud del cambio constitucional pasó a ser de desarrollo del reglamento. Así, se concluye que el Presidente de la República sí estaba facultado para modificar a través del Decreto 1268 de 1999, el Decreto Ley 1647 de 1991.

En este mismo sentido, se pronunció la Corte en la sentencia C-402 de 2013, al estudiar el Decreto Ley 1042 de 1978:

“Estas consideraciones permiten concluir a la Sala, de manera unívoca, que la potestad legislativa del Gobierno sobre la materia analizada, encuentra su sustento en la Carta Política. Por ende, está habilitado para subrogar la legislación preconstitucional, a condición que se someta a los criterios y objetivos definidos en la ley marco. Es a partir de esta premisa que se comprende el sentido de la fórmula de derogatoria que prevé el artículo 12 de la Ley 4 de 1992.

*Para la Corte, en el caso analizado se está ante una situación sui generis, que podría definirse como la derogatoria de los artículos 46, 50, 51 y 62 del Decreto 1042 de 1978, en virtud del tránsito constitucional. Si, como lo ordena el principio de supremacía constitucional (Art, 4º C.P.), debe preferirse la interpretación de las normas superiores que les confiera su mayor grado de eficacia, resulta imperativo concluir que ante la reforma del método para la regulación de los asuntos salariales y prestacionales de los servidores públicos, debe reconocerse la potestad reguladora del Gobierno sobre esa materia, la cual incluye, de suyo, subrogar la legislación anterior. **Estos decretos, a su vez, aunque conservan su carácter reglamentario, pueden válidamente sustituir la legislación con fuerza de ley sobre las reglas particulares del régimen salarial de los servidores públicos, expedida al amparo de la Constitución de 1886.**⁵⁰ (Resaltado por la Sala).*

ii) Del incentivo por desempeño grupal y al desempeño en fiscalización y cobranzas

⁴⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, sentencia del 2 de diciembre de 2013, proceso con radicado No. 11001-03-26-000-2011-00039-00 (41719).

⁵⁰ Corte Constitucional, sentencia C-402 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Antes de que el ejecutivo regulara en el decreto demandado en este proceso, los incentivos por desempeño grupal y al desempeño en fiscalización y cobranzas, el Decreto 1647 de 27 de junio de 1991⁵¹ establecía una prima de productividad para reconocer la eficiencia y eficacia de los servidores en el ejercicio de sus funciones (art. 65), se determinada por los factores individual, plural, por gestión y nacional (art. 66).

Posteriormente, la Ley 488 de 24 de diciembre de 1998⁵² otorgó facultades extraordinarias al Presidente de la República para organizar el régimen salarial y prestacional de la DIAN, en consecuencia se expidió el Decreto 1072 de 26 de junio de 1999⁵³ en cuyo artículo 8 se dispuso como derecho de empleados de la citada entidad, gozar de los estímulos pecuniarios legales y reglamentarios.

En el artículo 84 del mencionado Decreto 1072 de 1999 se creó el Programa de Promoción e Incentivos al Desempeño como una cuenta de manejo especial administrada por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. Como objetivo del Programa, se estableció en el artículo 86 el de, estimular la productividad de los servidores públicos de la DIAN *“primordialmente a través de la capacitación y del bienestar de los funcionarios de la contribución”*

En el artículo 90 del decreto en comento, se establecía que de conformidad con la reglamentación que expidiera el Director General, los empleados de la DIAN podían ser objeto de estímulos especiales de carácter económico, sin embargo este artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-725 de 2000, en la que se consideró dichos “estímulos económicos” son contrarios al ordenamiento constitucional, pues no se aviene a la preceptiva del artículo 209 de la Carta el reconocimiento de unas sumas de dinero que de manera extraordinaria ingresan al patrimonio del servidor público, por ajustar su conducta y el ejercicio de sus funciones a lo que constitucional, legal y reglamentariamente corresponde. Señaló así la Corte:

“3.24. El artículo 90 del Decreto 1072 de 1999, es inconstitucional.

3.24.1. Dispone la norma aludida que, “de acuerdo con la reglamentación que para el efecto expida el Director General, los servidores de la contribución podrán ser objeto de estímulos especiales de carácter económico y/o de otra índole”, para de esta manera reconocerles “los méritos obtenidos en el desempeño de sus funciones, así como del desempeño dentro de la carrera”.

⁵¹ Por el cual se establece el régimen de personal, la carrera tributaria, sistema de planta y el régimen prestacional de los funcionarios de la dirección de impuestos nacionales, se crea el fondo de cuestión tributaria y se dictan otras disposiciones

⁵² por la cual se expiden normas en materia Tributaria y se dictan otras disposiciones fiscales de las Entidades Territoriales

⁵³ 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.

3.24.2. Encuentra la Corte que la norma acabada de mencionar resulta contraria a la Constitución, pues, de un lado, "la totalidad de los gastos que el Estado pretenda realizar durante la vigencia fiscal respectiva" deben estar expresamente contemplados en la correspondiente ley de apropiaciones, como perentoriamente lo exige el artículo 347 de la Carta, lo que excluye la existencia de "fondos secretos" o partidas destinadas a otorgar a ciertos funcionarios por el cumplimiento de sus deberes oficiales "donaciones" aquí denominadas "estímulos económicos", lo que se encuentra, además, prohibido en forma contundente y clara por el artículo 355 de la Constitución, en el cual se preceptúa que "ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado".

A ello ha de agregarse que el desempeño de las funciones propias del cargo se remunera por el Estado con el salario fijado conforme a la ley a quien lo desempeña, por lo que tales "estímulos económicos" resultan extraños al ordenamiento constitucional y, abiertamente contrarios al artículo 209 de la Carta en el cual se dispone que la función administrativa se encuentra al servicio de los intereses generales y ha de cumplirse, entre otros, con sujeción a los principios de igualdad, moralidad y eficacia, por lo que no resulta acompasado con la Constitución que a quien ajusta su conducta a tales prescripciones, se le haga beneficiario de sumas de dinero que ingresan de manera extraordinaria a su patrimonio, simplemente por adecuar su conducta a lo que de él se espera como funcionario público." Subrayado por la Sala.

Ahora bien, con fundamento en la Ley 4 de 1992, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1268 de 1999⁵⁴, que creó en los artículos 5 y 6 los incentivos por desempeño grupal y al desempeño en fiscalización y cobranzas. Se destaca al respecto que esta Corporación se pronunció sobre el artículo 5 en la sentencia del 14 de febrero de 2002⁵⁵, sobre el incentivo por desempeño grupal, en los términos ya referidos en acápite anterior de esta providencia.

Después en el artículo 5 del Decreto 618 de 2006⁵⁶, se reguló el incentivo por desarrollo grupal así:

El incentivo por desempeño grupal, de quienes opten por este nuevo régimen, a que se refiere el artículo 5o del Decreto 1268 de 1999, no podrá exceder del veintiséis (26%) por ciento de la asignación básica

⁵⁴ 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

⁵⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, M.P. Ana Margarita Olaya Forero, proceso con radicado 2824-00

⁵⁶ 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

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.

Este mismo incentivo fue regulado en el artículo 4 del Decreto 607 de 2007⁵⁷ y en el Decreto 650 de 2008⁵⁸, que lo derogó. Finalmente el artículo 8 del Decreto 4050 de 2008 lo reguló, siendo declarado parcialmente nulo por esta Corporación en sentencia del 6 de julio de 2015, solo en el aparte según el cual no tenía carácter salarial, como ya se explicó anteriormente.

iii) De la prima de dirección sin carácter salarial en la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Esta Corporación ha estudiado la legalidad de la prima de dirección sin carácter salarial, en diferentes normas, así mediante sentencia del 10 de febrero de 2000⁵⁹, se negó la nulidad del artículo 6º parágrafo 4 del Decreto 11 de 1996 y el parágrafo 2 del artículo 6 del Decreto 107 de 1996, que preveían la prima de dirección sin carácter salarial para Ministros del Despacho, Directores de Departamentos Administrativos, y los Generales y Almirantes de las fuerzas militares y de la Policía Nacional. En aquella ocasión consideró la Sala que aunque para los Ministros y Jefes de los Departamentos Administrativos, la prima de dirección sustituyó la prima técnica, esta última nunca tuvo carácter salarial para los altos funcionarios públicos, por disposición del legislador⁶⁰. En esta sentencia se cita el fallo del 2 de agosto de 1996 en el que se consideró que *“Luego la censura del accionante de haberse desmejorado el salario de los miembros de la Fuerza pública, por haber señalado las normas demandadas en la primas de «Alto Mando» y de «Dirección», no constituyen factores salariales para ningún efecto, no tienen vocación de prosperidad, ya que el legislador goza de cierta autonomía para definir qué elementos constituyen o no salario, como bien lo dijo la Corte Constitucional en la sentencia C 279 de 1996...”*⁶¹.

⁵⁷ 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.

⁵⁸ 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.

⁵⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, M.P. Nicolás Pájaro Peñaranda, proceso con radicado 13548, actor: Pedro Heredia Miranda, demandado: Gobierno Nacional

⁶⁰ Decretos Ley 1016 y 1624 de 1991.

⁶¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección , sentencia del 2 de agosto de 1996, M.P. Dolly Pedraza de Arenas, proceso con radicado No. 10995

Posteriormente, en fallo del 2 de abril de 2009, se negó la nulidad del artículo 1º del Decreto 3150 de 2005⁶², el cual creaba para algunos funcionarios de niveles directivos de la rama ejecutiva⁶³, una bonificación de dirección sin carácter salarial. Se indicó en la referida providencia, que el Gobierno Nacional al *“aplicar una bonificación de dirección al grupo de empleados públicos que ejercen funciones de dirección, está dentro de las potestades que el legislativo le ha deferido a través de la ley marco, específicamente el artículo 2º, literal j), de la Ley 4ª de 1992, que le permite de acuerdo con la naturaleza de las funciones, sus responsabilidades y las calidades exigidas para su desempeño crearles la prestación aludida.”*⁶⁴ Igualmente se precisó que la *“facultad de regulación por parte del Ejecutivo como ya lo ha reiterado la Sala,⁶⁵ el marco de regulación normativo tiene que contener “un amplio espectro de manera tal que le permita al ejecutivo expedir una verdadera norma regulatoria y no se limite simplemente a repetir lo que el Legislativo le ordenó.”*⁶⁶

iv) El derecho a la igualdad y el carácter salarial de la prima de servicios para la rama judicial

La Constitución Política prevé en el artículo 13 el derecho a la igualdad, al disponer que *“todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación”*; por otra parte, en materia laboral, el artículo 53 *ídem* dispone como principio mínimo fundamental la *“igualdad de oportunidades para los trabajadores”*.

Sobre el derecho a la igualdad, frente a la creación de primas sin carácter salarial, en la sentencia C-279 de 1996, al estudiar la prima técnica prevista en el numeral 3 del artículo 2 de la Ley 60 de 1990 y la prima especial de los artículos 14 y 15 de la Ley 4 de 1992, consideró la Corte que:

“La Corte Constitucional ha desarrollado ya una jurisprudencia rica en contenido y en matices, acerca del derecho a la igualdad, y no parece

⁶² Expedido por el Presidente de la República para desarrollar la Ley 4 de 1992.

⁶³ 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

⁶⁴ 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)

⁶⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 19 de mayo de 2005, REF: EXPEDIENTE No. 11001032500020020211 01, No. INTERNO: 4396 – 2002, ACTOR: Luís Eduardo Cruz Porras, Consejero Ponente: Dr. Jesús María Lemos Bustamante.

⁶⁶ 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)

necesario emular en este fallo con algunos de los muchos que contemplan este tema⁶⁷. Basta en síntesis, recordar que el derecho a la igualdad se predica entre iguales⁶⁸, la Corte Constitucional afirma que no se exige igualdad cuando hay razones objetivas, no arbitrarias, para establecer regímenes diferentes entre los sujetos de las normas que imperan en la República. Ciertamente, las calidades que se exigen a las personas en cuyo favor se crearon las primas a las que se refieren las demandas, y sus responsabilidades, son factores que justifican, de suyo, la creación de tales primas para estos funcionarios; y las mismas razones por las cuales se justifica la creación de primas que no son comunes a toda la administración pública, justifican también que no produzcan los mismos efectos económicos que otras remuneraciones que se conceden a un número mayor de servidores públicos.”⁶⁹

Posteriormente, la Corte Constitucional, en la sentencia C-681 de 2003⁷⁰, con fundamento en el derecho a la igualdad, declaró la inexecutable de la expresión “*sin carácter salarial*”⁷¹ del artículo 15 de la Ley 4 de 1992 relativo a la prima especial de servicios, que indicaba:

“Artículo 15. Los Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, de la Corte Suprema de Justicia, de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado, el Procurador General de la Nación, El Contralor General de la República, El Fiscal General de la Nación, El Defensor del Pueblo y el Registrador Nacional del Estado Civil tendrán una prima especial de servicios, sin carácter salarial que sumada a los demás ingresos laborales, iguale a los percibidos en su totalidad, por los miembros del Congreso, sin que en ningún caso los supere. El Gobierno podrá fijar la misma prima para los Ministros del Despacho, los Generales y Almirantes de la Fuerza Pública.”

Como fundamento de la declaratoria de inexecutable la Corte señaló que en principio se mantuvo un equilibrio en la regulación de la prima especial de servicios prevista en los artículos 14⁷² y 15 de la Ley 4 de 1992, pues en ambos

⁶⁷ Corte Constitucional, ponente Antonio Barrera Carbonell, “Sentencia SU-342 de agosto 2 de 1995” Doctrina Vigente: Tutela, (Septiembre, 1995), No. 20 p. 27

⁶⁸ Corte Constitucional, Ponente Carlos Gaviria Díaz, Sentencia C-022 de enero 23 de 1996, Jurisprudencia y Doctrina, (marzo 1996), No. 291, p. 345.

⁶⁹ Corte Constitucional M.P. Hugo Palacios Mejía

⁷⁰ Conjuez Ponente Ligia Galvis Ortiz

⁷¹ Declaró la Corte que “La prima especial de servicios constituirá factor de salario solo para la cotización y liquidación de la pensión de jubilación de acuerdo con las normas nacionales vigentes que regulan el régimen prestacional de los funcionarios señalados.”

⁷² “**ARTÍCULO 14.** El Gobierno Nacional establecerá una prima no inferior al 30% ni superior al 60% del salario básico, sin carácter salarial para los Magistrados de todo orden de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y Contencioso Administrativo, Agentes del Ministerio Público delegados ante la Rama Judicial y para los Jueces de la República, incluidos los Magistrados y Fiscales del Tribunal Superior Militar, Auditores de Guerra y Jueces de Instrucción Penal Militar, excepto los que opten por la escala de salarios de la Fiscalía General de la Nación, con efectos a partir del primero (1o.) de enero de 1993.

casos no tenía carácter salarial, sin embargo, con la expedición de la Ley 332 de 1996⁷³ que eliminó el carácter no salarial de la prima para los funcionarios descritos en el artículo 14⁷⁴, *“el legislador rompió ese equilibrio garantizado por el tratamiento entre iguales y la - proporcionalidad en la fijación de la retribución para cada uno de los rangos de funcionarios”*, así consideró la Corte que *“Al otorgar el carácter salarial a la prima especial de servicios, los funcionarios del artículo 14 pueden cotizar sobre la prima para obtener la pensión de jubilación con el 75% del salario real. No sucede lo mismo con la conservación de la expresión sin carácter salarial en el artículo 15 por cuanto si solo se toman en cuenta los factores salariales contemplados en los sucesivos decretos que anualmente dicta el gobierno para establecer los salarios de los empleados públicos, ellos solo cotizan sobre los factores salariales de asignación básica y gastos de representación y se jubilan con el 75% de ese monto. Con el cómputo de estos factores, los magistrados de las Altas Cortes, el Procurador, el Contralor, el Defensor del Pueblo, y el Registrador General de la Nación, estos funcionarios se jubilan con el 38% de los ingresos que realmente percibieron”*⁷⁵.

Indicó la Corte que la Ley 332 de 1996 propició un desequilibrio en la regulación de las condiciones laborales, que conllevó a la violación del principio de igualdad ante la ley, previsto en el artículo 13 de la Carta Política. En este orden, la Corte procedió a declarar la inconstitucionalidad de la expresión *“sin carácter salarial”* contenida en el artículo 15 de la Ley 4 de 1992, frente al carácter salarial otorgado a la prima especial de servicios concedido por la Ley 332 de 1996 que modificó el artículo 14 de la Ley 4 de 1992, a partir del cual estableció la Corte que *“es claro que el derecho otorgado a los funcionarios del artículo 14 establece una desigualdad con los funcionarios mencionados en el artículo 15 que viola el artículo 13 de la Carta Constitucional.”*

La Corte en la sentencia C-244 de 2013⁷⁶ sobre el derecho a la igualdad en el derecho laboral consideró que:

Igualmente tendrán derecho a la prima de que trata el presente artículo, los delegados departamentales del Registrador Nacional del Estado Civil, los Registradores del Distrito Capital y los niveles Directivo y Asesor de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

PARÁGRAFO. Dentro del mismo término revisará el sistema de remuneración de funcionarios y empleados de la Rama Judicial sobre la base de la nivelación o reclasificación atendiendo criterios de equidad.”

⁷³ Aclarada por la Ley 476 de 1998, así: “Artículo 1º. Aclárase el artículo 1º de la Ley 332 de 1996, en el sentido de que la excepción allí consagrada que hace alusión a la Ley 4ª de 1992, no se refiere a los Fiscales de la Fiscalía General de la Nación que se acogieron a la escala salarial establecida en el Decreto 53 de 1993, ni a quienes se vincularon con posterioridad a dicho decreto. En consecuencia, para estos servidores, la prima especial de servicios a que se refiere el artículo 6º del Decreto 53 de 1993 y los decretos posteriores que lo subrogan o lo adiciona, tendrá carácter salarial para efectos de la determinación del salario base de liquidación de la pensión de jubilación.”

⁷⁴ Ley 332 de 1996. Artículo 1.

⁷⁵ Corte Constitucional, C-681 de 2003, Conjuez Ponente: Ligia Galvis Ortiz.

⁷⁶ Conjuez Ponente Diego López Medina

“(...)

Así las cosas, la concepción de la igualdad en el derecho social del trabajo propuesta por la demanda es extrema y abiertamente equivocada: toma a las funcionarios de las escalas superiores de la política salarial y prestacional y pide una igualación formal, peso a peso, y centavo a centavo, de las prestaciones sociales que buscan estructurar el piso mínimo de seguridad social aplicable a las vicisitudes de la vida. Afirma que esta protección es constitucionalmente necesaria, pero olvida que el Legislador colombiano, en diversos momentos, ha suprimido el carácter prestacional a ingresos básicos permanentes de los trabajadores, esto es, verdaderos salarios, en razón a la implementación de diferentes políticas públicas: ejemplos de ello son las políticas de "salario integral" y las relacionadas con el fomento del "primer empleo". Si esto ha sido así para trabajadores en rangos salariales menores, no se ve cómo la igualdad de trato sea más exigente para funcionarios en los rangos máximos de la escala laboral-administrativa colombiana.

Esta Corte quiere dejar en claro que la Ley y las políticas públicas salariales han aspirado a nivelaciones y equivalencias salariales en el orden de las magnitudes y que sus esfuerzos no tienen que traducirse en liquidaciones idénticas, peso a peso, o centavo a centavo. La Ley ha tenido propósitos de justicia distributiva genérica y no se viola por diferencias menores en los resultados de la liquidación de las prestaciones sociales. Tal igualdad extrema no es ordenada por la Constitución y mucho menos en escalas salariales altas como son los que reciben los servidores públicos contemplados en los artículos 14 y 15 de la Ley 4a de 1992. Las prestaciones sociales son pagos adicionales o complementarios al salario básico que tienen como propósito ayudar a cubrir o solventar las "vicisitudes de la vida"⁷⁷, cuando ella le hace al trabajador exigencias que no resultaban cubiertas con los salarios básicos que la sociedad ofrecía a sus trabajadores. Ello llevó a que el derecho social del trabajo ofreciera, junto con los salarios, esquemas solidarios de cotización y pago de "prestaciones sociales" que, unidos a los salarios, produjeran niveles mínimos de seguridad social de los trabajadores frente al desempleo (cesantías), a la enfermedad y la muerte (pensiones), a la necesidad de descanso (vacaciones) y a pagos extraordinarios que ayudaran a solventar el consumo en épocas socialmente significativas como las vacaciones escolares de mitad de año y las navidades (primas de servicio) o a costear los costos crecientes del transporte en economías urbanas (subsidio de transporte).

Así, a la luz de una recta interpretación del derecho constitucional del trabajo, la obligación de reconocer, proteger y garantizar estas prestaciones sociales (entendida como piso social básico) es mucho más intensa frente a salarios bajos: estos trabajadores son los que están más expuestos a las vicisitudes de la vida si no se cubren estas prestaciones sociales. Las prestaciones sociales, pues, son parte de un esquema muy básico de seguridad social basado en pagos de nómina que persiste en el derecho laboral colombiano de hoy en día y que ha sido significativamente transcendido por esquemas de "salarios integrales", especialmente cuando las cuantías de dichos salarios permiten afirmar

⁷⁷ En una conocida expresión de la Constitución de Weimar de 1919 a la que se le reputa, junto con la mexicana de Querétaro, el comienzo en firme del modelo del derecho social del trabajo que la Constitución colombiana ha mantenido en sus artículos 25 y 53

que sean realmente "integrales" frente a las vicisitudes de la vida. Por esta razón, el legislador en Colombia ha tenido la competencia de hacer que algunos pagos de nómina no sean parte del factor salarial o que, incluso, para cierto rango de ingresos, el salario no genere prestaciones sociales.

(...)

Ello no quiere decir, por supuesto, que los funcionarios de ingresos altos no sean trabajadores con cierto nivel de protección proveniente del derecho del trabajo; pero esta circunstancia no puede ser utilizada como motivo de prebenda o privilegio, ni en materia salarial, ni en materia pensional, ni en materia prestacional, donde la "igualdad" de la Constitución apunta en realidad hacia la redistribución de ingresos, y no hacia su acumulación regresiva. **El derecho del trabajo tiene una concepción de igualdad redistributiva hacia los menores ingresos y hacia las personas económicamente más vulnerables. No se trata, pues, de una igualdad formal y abstracta entre salarios altos. En el sentir de la presente sala de conjueces, esta es la genuina orientación político-constitucional del artículo 53.**" (Resaltado fuera de texto).

v) Los derechos adquiridos en materia salarial y prestacional

La Constitución Política en el artículo 53 dispone que "la ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores", por otra parte, el artículo 58 indica que se garantizan "los derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores".

Este Sala se pronunció en sentencia del 1 de agosto de 2013 al respecto, al indicar que "se destaca que los derechos adquiridos, según la jurisprudencia constitucional son derechos subjetivos intangibles que han ingresado definitivamente al patrimonio de la persona⁷⁸ y según el artículo 58 de la Constitución Política, no pueden ser desconocidos por leyes posteriores."⁷⁹

Igualmente en fallo del 27 de agosto de 2015, se consideró que "la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha desarrollado el concepto de derechos adquiridos establecido en el artículo 58 de la Constitución Nacional y la noción de la condición más beneficiosa que se desprende del artículo 53 *ibidem*, para precisar que son los derechos adquiridos y no las meras expectativas, los que no pueden ser modificados por el legislador (Sentencia C-453 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Gálvis)."⁸⁰

⁷⁸ Corte Constitucional, sentencias C-584/97, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y C-453/02, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

⁷⁹ 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).

⁸⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, sentencia

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

La Corte Constitucional en la sentencia C-081 de 1996⁸¹ al declarar la exequibilidad del artículo 17⁸² 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”⁸³.”*

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 más acorde con la ley.”⁸⁴*, 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”⁸⁵.*

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”⁸⁶* 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.”⁸⁷*

del 27 de agosto de 2015, proceso con radicado No. 05001-23-31-000-2008-00806-01 (0093-2012).

⁸¹ M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁸² “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.”

⁸³ Corte Constitucional. Sentencia C-527/94. M.P.: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

⁸⁴ C-081 de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁸⁵ Ídem.

⁸⁶ Ídem

⁸⁷ Ídem

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”⁸⁸, 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*^{89,90}.

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 1996⁹¹.

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”⁹² (el subrayado es de esta Corte)⁹³.

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*”⁹⁴.

⁸⁸ Ídem

⁸⁹ Ver, entre otras, sentencias C-071/93 y T-102/95.

⁹⁰ Ídem

⁹¹ M.P. Hugo Palacios Mejía.

⁹² 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.

⁹³ C-279-06 M.P. Hugo Palacios Mejía

⁹⁴ C-279-06 M.P. Hugo Palacios Mejía

Finalmente esta Sala desea resaltar las siguientes consideraciones de la sentencia C-244 de 2013⁹⁵ 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.”

Del caso en concreto

En el asunto bajo análisis, considera la Sala que de conformidad con el concepto de violación de la demanda, se formulan cuatro cargos:

1) Violación del derecho a la igualdad frente a la prima de servicios de la rama judicial que sí tiene carácter salarial.

⁹⁵ Conjuez Ponente Diego E. López Medina

- 2) Desconocimiento de los derechos adquiridos.
- 3) El carácter remunerativo de los elementos salariales previstos en los artículos demandados.
- 4) Desviación de poder.

Primer cargo.- Violación del derecho a la igualdad frente a la prima de servicios de la rama judicial que sí tiene carácter salarial.

La parte demandante concreta este cargo en que la prima de servicios creada por la Ley 4 de 1992 “*tiene igual contenido jurídico-laboral*” que la prima de dirección, el incentivo por desempeño grupal y el incentivo al desempeño en fiscalización y cobranzas. Adicional a este argumento, afirma que la prima de dirección y los incentivos, al igual que la prima de servicios buscan otorgar una mayor remuneración, proporcional a la calidad y cantidad del trabajo.

Agrega que el Consejo de Estado ha declarado la nulidad de los decretos proferidos en desarrollo de la Ley 4 de 1992, que no otorgan carácter salarial a la prima especial de servicios. Al respecto cita entre otras, la sentencia del 2 de abril de 2009⁹⁶.

Señala que en la sentencia C-681 de 2003, la Corte Constitucional declaró la inexecutable de la expresión “*sin carácter laboral*” del artículo 15 de la Ley 4 de 1992.

Expone que las expresiones demandadas discriminan a los empleados públicos de la DIAN frente a aquéllos de otras entidades para los que la prima especial de servicios sí tiene carácter salarial. Indica, en el mismo sentido, que como la Ley 4 de 1992 rige para todos, no es aceptable constitucionalmente que un beneficio laboral tenga carácter salarial solo para algunos.

Frente a los anteriores razonamientos advierte la Sala que principalmente, el reproche de la parte actora contra las expresiones acusadas, por las cuales no tienen carácter salarial, la prima de dirección, el incentivo por desempeño grupal y el incentivo al desempeño en fiscalización y cobranzas, se centra en una comparación entre aquéllos y la prima especial de servicios creada por los artículos 14 y 15 de la Ley 4 de 1992, que sí tiene carácter salarial.

En este sentido, argumenta la parte actora una violación al derecho a la igualdad por parte del Gobierno Nacional, bajo el entendido que el decreto demandado, como desarrolla la Ley 4 de 1992, debía otorgar carácter salarial a las primas e

⁹⁶ M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren

incentivos regulados en el régimen salarial y prestacional de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Entiende así la parte actora, que si la Ley 4 de 1992 prevé una prima especial de servicios con carácter salarial para los empleados públicos descritos en los artículos 14 y 15, el Gobierno Nacional, en virtud del derecho a la igualdad, al ejercer la función que le otorga la Carta Política (art. 150 num. 19 lit. e), siguiendo los parámetros generales que le fija la ley marco, en este caso la citada Ley 4 de 1992, cuando regula otros regímenes salariales y prestacionales, como el de la DIAN, está obligado a otorgar carácter salarial a la prima de dirección y a los incentivos previstos en el Decreto 1268 de 1999.

Del análisis del cargo

En el caso bajo estudio, observa la Sala que aunque se señala en la demanda que la prima especial de servicios de los artículos 14 y 15 de la Ley 4 de 1992 tiene el mismo “*contenido jurídico laboral*” que la prima de dirección, el incentivo por desempeño grupal y el incentivo al desempeño en fiscalización y cobranzas regulados en el decreto demandado, sin embargo, no se despliega un ejercicio argumentativo que demuestre de conformidad con el origen y contenido de aquéllos, el por qué presuntamente son equivalentes frente a la prima de servicios de los artículos 14 y 15 de la Ley 4 de 1992, siendo ésta una carga del accionante, quien pretende demostrar una violación del derecho a la igualdad, pues el juez de legalidad del acto debe contar con los extremos que le permitan efectuar un análisis a partir del cual se concluya si las preceptos acusados desconocen el mandato constitucional.

A pesar de la deficiencia técnica del cargo, anota la Sala que el derecho a la igualdad, en la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, no debe entenderse como un mandato para el Gobierno Nacional de expedir la misma regulación para todos como se manifiesta en la demanda, al indicar que la prima especial de servicios de los artículos 14 y 15 de la Ley 4 de 1992, tiene el mismo contenido de la prima de dirección y de los incentivos regulados en los artículos 4, 5 y 6 del Decreto 1268 de 1999.

Dicha presunta obligación de un trato igualitario, se desvirtúa desde la misma lectura del artículo 2 de la Ley 4 de 1992, el cual prevé entre los criterios que debe tener en cuenta el Gobierno Nacional para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos “j) *El nivel de los cargos, esto es, la naturaleza de las funciones, sus responsabilidades y las calidades exigidas para su desempeño*”.

Adicionalmente, las primas de los artículos 14 y 15 de la Ley 4 de 1992 buscan una nivelación salarial como en efecto lo explica la Corte en la sentencia C-244 de

2013⁹⁷. La prima de dirección es un reconocimiento al servidor que ejerce una jefatura en la DIAN (art. 4 Decreto 1268 de 1999) y los incentivos son igualmente un reconocimiento económico por el logro de las metas (arts 5 y 6 Decreto 1268 de 1999).

También se considera en la demanda que la prima de dirección y los incentivos, al igual que la prima de servicios especial, buscan una mayor remuneración; sin embargo, precisa la Sala, que por este solo hecho no están viciadas de nulidad las normas del decreto acusado que no le otorgan carácter salarial a la prima de dirección y a los incentivos bajo estudio, aspecto que se abordará ampliamente en el tercer cargo.

Ahora bien, frente al otro argumento de la demanda, relativo a que tanto la prima especial de servicios como las primas de dirección y el incentivo por desempeño grupal y el incentivo al desempeño en fiscalización y cobranzas, tienen origen en la Ley 4 de 1992, a partir de lo cual considera la parte actora que si la prima especial de servicios tiene carácter salarial, por consiguiente las primas de dirección y el incentivo por desempeño grupal y el incentivo al desempeño en fiscalización y cobranza, también deberían ser factores salariales.

Sobre este aspecto, señala la Sala que existe una competencia compartida entre el Gobierno Nacional y el legislador, así el Gobierno al desarrollar la ley marco, concreta unos lineamientos generales y tiene un margen de apreciación más amplio que cuando ejerce la típica facultad reglamentaria, siendo esta una función de origen constitucional, de modo que la ley marco no debe indicarle exactamente todos los detalles del régimen objeto de regulación, sino que le indica unos criterios, que están previstos en el artículo 2 de la Ley 4 de 1992.

Así, dicha ley es el marco salarial y prestacional para los empleados públicos, entre los cuales hay regímenes diferentes, con funciones y niveles de responsabilidad diversos, de modo que el Gobierno Nacional no está obligado a establecer en desarrollo de la ley marco, el mismo régimen en materia de primas para todos los empleados públicos, como se pretende en la demanda, por ende es claro que quienes son regulados por los artículos 14 y 15 de Ley 4 de 1992, están en una situación de hecho diferente de los destinatarios de los artículos 4, 5 y 6 del Decreto 1268 de 1999, pues aunque se comparta la condición de empleado público, los artículos 14 y 15 de la Ley 4 de 1992 regulan altos cargos del Estado,

⁹⁷ Conjuez Ponente Diego López Medina, “Esta sentencia versa, una vez más, sobre el artículo 15 de la Ley 4^a de 1992. Este texto legal y sus posibles implicaciones constitucionales, sin embargo, no deben leerse de forma aislada. Este artículo es tan sólo uno de los pilares de una política pública estatal que en el último cuarto de siglo ha buscado mejorar los ingresos de la rama judicial frente a la extendida percepción, a finales de los años ochenta, que éstos no eran suficientemente altos y que no estaban equitativamente nivelados con los percibidos por otros funcionarios del Estado.”

que tienen un régimen salarial y prestacional diferente de los servidores públicos de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, destinatarios del Decreto 1268 de 1999, cuya legalidad se estudia en este proceso.

En consonancia con lo anterior, el carácter salarial de la prima especial de servicios prevista en los artículos 14 y 15 de la Ley de 1992, como se explicó en el acápite titulado *iii) El derecho a la igualdad y el carácter salarial de la prima especial de servicios*, fue otorgado de un lado, por el legislador (Ley 332 de 1996) en el caso de los empleados previstos en el artículo 14, y para quienes están descritos en el numeral 15, fue la Corte, quien en la sentencia C-681 de 2003⁹⁸, al establecer una violación del derecho a la igualdad, con ocasión de la expedición de la Ley 332 de 1996, concedió el carácter salarial a la prima regulada en el numeral 15 de la Ley 4 de 1992.

En este punto se resalta, que la *ratio decidendi* de la sentencia C-681 de 2003 no se puede extender al presente juicio de legalidad, como quiera que se trata de supuestos de hecho diferentes, toda vez que en esa ocasión la Corte declaró la inexecutable de la expresión “*sin carácter salarial*” del artículo 15 de la Ley 4 de 1992, al evidenciar que el legislador al dar carácter salarial mediante la Ley 332 de 1996 a la prima de servicios regulada en el artículo 14 de la Ley 4 de 1992, rompió el equilibrio que existía anteriormente entre las dos normas.

Antes de la expedición de la Ley 332 de 1996, la Corte en la sentencia C-279 de 1996⁹⁹, había declarado la exequibilidad entre otros¹⁰⁰, de los artículos 14 y 15 de la Ley 4 de 1992, al estimar que no se viola el derecho a la igualdad cuando hay razones objetivas “*para establecer regímenes diferentes entre los sujetos de las normas que imperan en la República*”¹⁰¹; agregó la Corte que en la creación de las primas, las calidades exigidas a sus beneficiarios justifican que dichas primas no sean comunes a toda la administración y así como que tampoco produzcan los mismos efectos económicos “*que otras remuneraciones que se conceden a un número mayor de servidores públicos*”¹⁰².

Finalmente en lo que se refiere a las sentencias que en la demanda se citan, del Consejo de Estado, concretamente, el fallo del 2 de abril de 2009, Magistrado Ponente, Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, la Sala observa que en dicha providencia se declaró la nulidad del artículo 7 del Decreto 618 de 2007 “*Por el cual se dictan normas sobre el régimen salarial y prestacional para los servidores públicos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar y se dictan otras*

⁹⁸ Consejera Ponente Ligia Galvis Ortiz

⁹⁹ Corte Constitucional M.P. Hugo Palacios Mejía

¹⁰⁰ Esta sentencia además se declaró la exequibilidad de la expresión “y sin que constituya factor salarial” del numeral 3 del artículo segundo de la ley 60 de 1990.

¹⁰¹ Ídem

¹⁰² Ídem

disposiciones”, expedido por el Gobierno Nacional; dicho artículo señalaba que el 30% de la remuneración mensual de los servidores relacionados en ella¹⁰³, se consideraba como prima especial sin carácter salarial.

Como fundamento de la decisión consideró esta Sección, que la prima prevista en los artículos 14 y 15 de la Ley 4 de 1992 representa un incremento en la remuneración, de conformidad con el principio del salario vital y móvil proporcional a la cantidad y calidad del trabajo, previsto en el inciso 2º del artículo 53 de la Carta Política, en consecuencia el 30% de la prima prevista en el decreto demandado no se resta de la remuneración del funcionario. Dijo esta Sección:

“(…)es carga de la Judicatura entender los alcances del ordenamiento jurídico de forma consistente a la protección de los derechos de las personas - inciso 2º del artículo 53 de la Constitución Política - , todo ello dentro del contexto de un cometido que proporciona y justifica la existencia del Estado, de manera que, atendiendo esta mínima y básica realidad, no será posible asignar al concepto de prima usado por el Legislador en los artículos 14 y 15 de la Ley 4ª de 1992, una consecuencia diferente a la de representar un incremento remuneratorio. Este razonamiento, además, es consecuente con el principio de progresividad, constitucionalmente plasmado en el artículo 53 de la Carta Política, ya citado, pues deriva la noción de salario vital y móvil proporcional a la cantidad y calidad del trabajo; justamente, hay que reconocer que la funcionalidad de las “primas” en la remuneración de empleados y

¹⁰³ ARTÍCULO 7. El treinta por ciento (30%) de la remuneración mensual de los siguientes servidores públicos se considera como prima especial, sin carácter salarial:

1. Del Consejo Superior de la Judicatura, de la Corte Constitucional, de la Corte

Suprema de Justicia y del Consejo de Estado:

Secretario Judicial del Consejo Superior de la Judicatura

Secretario General

Jefe de Control Interno

Director Administrativo

Director de Planeación

Director de Registro Nacional de Abogados

Director de Unidad

Secretario de Sala o Sección

Relator

Secretario de Presidencia del Consejo de Estado

2. De la Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial:

Director Administrativo

Director Seccional.

3. De los Tribunales Judiciales: Abogado Asesor

trabajadores, desarrolla y expresa esta característica conceptual con el alcance jurídico que precisamos dentro el sistema salarial vigente.

Como resulta un contrasentido lógico, extraño al derecho, aceptar que las primas por mas exentas que estén de su carácter salarial representen una merma al valor de la remuneración mensual de los servidores públicos, es consecuencia evidente de lo considerado, concluir que el artículo 7° del Decreto No. 618 de 2007, al tomar un 30% de la remuneración del funcionario para restarle su valor a título de prima especial sin carácter salarial, materialmente condensa una situación de violación a los contenidos y valores establecidos en la Ley 4ª de 1992 y por lo tanto habrá necesidad de excluirlo del ordenamiento jurídico.

El carácter negativo al valor del salario que justifica la anulación, se visualiza en el nexo que existe entre los conceptos salariales admitidos por el ordenamiento para esquematizar el elenco de factores que lo integran y los montos prestacionales que de manera ordinaria representan consistencia y coordinación con lo estrictamente salarial. Así pues, la exclusión del artículo en examen, demuestra además, porqué la norma demandada materializa una situación jurídica insostenible a la luz de los principios constitucionales y de la ley marco sobre el sistema y criterio de la estructura salarial de la función pública, y desde luego, a toda una tradición jurídica que consistentemente ha regulado el sistema salarial y prestacional para en su conjunto permitirle a la Sala precisar, que el alcance de las primas indicadas dentro de la Ley 4a de 1992 no puede ser otro que el aquí aludido¹⁰⁴.

En consonancia con lo anteriormente expuesto, advierte la Sala que la situación estudiada en la sentencia del 2 de abril de 2009, no corresponde a los mismos supuestos de hecho que se analizan en el presente proceso. Primero porque se está ante la regulación de dos regímenes diferentes, así en este expediente se analiza la normativa salarial y prestacional de la DIAN, mientras que el decreto parcialmente anulado en la referida sentencia, desarrollaba el régimen de la rama judicial y de la justicia penal militar.

En segundo lugar, en este proceso, las actoras discuten que el Gobierno Nacional no haya asignado carácter salarial a la prima de dirección, el incentivo por desempeño grupal y el incentivo al desempeño en fiscalización y cobranzas, caso contrario a los argumentos estudiados en la sentencia del 2 de abril de 2009, pues allí la censura consistió en el que el porcentaje del 30% de la prima sin carácter salarial, se deducía de la asignación básica.

Así las cosas, el fallo de esta Sección del 2 de abril de 2009, como no estudia la misma situación sometida a estudio de esta Sala en el presente proceso, no constituye un precedente que conlleve a la declaratoria de nulidad de las expresiones demandadas de los artículos 4, 5 y 6 del Decreto 1268 de 1999.

Visto lo anterior, este cargo no tiene vocación de prosperidad.

¹⁰⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sentencia del 2 de abril de 2009, proceso con radicado No. 11001-03-25-000-2007-00098-00 (1831-07)

Segundo cargo.- Desconocimiento de los derechos adquiridos

Afirma la parte accionante que el Gobierno Nacional al regular el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, no puede menoscabar los derechos laborales y ni desconocer derechos adquiridos, esto en consonancia con los artículos 53 de la Constitución Política y el literal a) artículo 2 de la Ley 4 de 1992.

Del análisis del cargo

Señala la Sala al respecto que de conformidad con la jurisprudencia constitucional, los derechos adquiridos son aquellos que han ingresado definitivamente al patrimonio de la persona¹⁰⁵, sin embargo en el presente caso, la prima de dirección el incentivo por desempeño grupal y el incentivo al desempeño en fiscalización y cobranzas, desde su creación en el Decreto Ley 1647 de 1991, no tenían carácter salarial, de modo que nunca ingresaron con dicho carácter al patrimonio de los empleados públicos de la DIAN.

Por otra parte, se resalta que según la sentencia del 2 de agosto de 1996 *“los derechos adquiridos en materia laboral solamente pueden invocarse respecto de aquellos derechos que el funcionario ha consolidado durante su relación laboral, no sobre expectativas que dependen del mantenimiento de una legislación de derecho público, a cuya intangibilidad no se tiene derecho”*¹⁰⁶. En este punto, cita la sentencia C-279 de 1996 que precisó: *“en varias ocasiones, la jurisprudencia constitucional del país, expresada por la Corte Suprema de Justicia antes de 1991, y luego por la Corte Constitucional, ha manifestado que no existe derecho adquirido a la estabilidad de un régimen legal. Las normas acusadas bien podían entonces disponer que no se consideran parte del salario, para efecto de liquidar prestaciones sociales, ciertas remuneraciones que, a la luz de criterios tradicionales, deberían haberse tenido como parte de aquel”*¹⁰⁷.

En este orden de ideas concluye la Sala que el Gobierno Nacional, en las normas demandadas, al establecer que la prima de dirección, el incentivo al desempeño grupal y el incentivo al desempeño en fiscalización y cobranzas, no son factores salariales, no desconoció los derechos adquiridos de los servidores públicos de la Unidad Administrativa Especial de Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, ni desmejoró sus condiciones laborales; pues no se trata de derechos que se

¹⁰⁵ Corte Constitucional, sentencias C-584/97 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y C-453/02 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

¹⁰⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, M.P. Dolly Pedraza de Arenas, sentencia del 2 de agosto de 1996, proceso con radicado No. 10995.

¹⁰⁷ Corte Constitucional, C-279 de 1996, M.P. Hugo Palacios Mejía.

hayan consolidado en cabeza de los citados empleados públicos, dado que desde su creación en el Decreto Ley 1647 de 1991, no eran factores salariales.

Así, el Decreto Ley 1647 de 1991, en el artículo 65 regulaba la prima de productividad, que se asimila a los incentivos previstos en los artículos 5 y 6 del Decreto 1268 de 1999, como en efecto se observa de la lectura de estas normas:

-Decreto Ley 1647 de 1991

“ARTICULO 65. PRIMA DE PRODUCTIVIDAD. <Las normas relacionadas con los aspectos salariales, prestacionales y de beneficios e incentivos, contenidos en el presente decreto, son modificadas por el artículo [10](#) del Decreto 1268 de 1999 Modificado por Decreto 1268 de 1999>

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

ARTICULO 66. FACTORES DE LA PRIMA DE PRODUCTIVIDAD. <Las normas relacionadas con los aspectos salariales, prestacionales y de beneficios e incentivos, contenidos en el presente decreto, son modificadas por el artículo [10](#) del Decreto 1268 de 1999 Modificado por Decreto 1268 de 1999>

La prima de productividad se determina por cuatro factores:

a) INDIVIDUAL. Referido al desempeño personal, que se causará en razón de haber alcanzado una evaluación satisfactoria en el cumplimiento de sus funciones durante el respectivo período y se otorga mensualmente a todos los funcionarios de la carrera tributaria de la Dirección de Impuestos Nacionales.

Este factor no podrá superar el monto del 50% del salario básico mensual más la prima de dirección, en el nivel de calificación más alto.

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

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

d) NACIONAL. Referido al cumplimiento semestral y anual de las metas de la entidad y se reconocerá a todos los funcionarios de la carrera

tributaria, se causará semestralmente y no podrá ser superior al 200% del salario mensual más la prima de dirección.

Igualmente se podrán conceder bajo este concepto reconocimientos especiales a la productividad, aprobados por el Comité del Fondo de Gestión Tributaria.

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

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

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

- A su vez el Decreto 1268 de 1999 señala:

“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.

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

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

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.

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

En el caso de la prima de dirección el Decreto Ley 1647 de 1991, en el artículo 67 establecía:

“ARTÍCULO 67. PRIMA DE DIRECCIÓN. Es la retribución económica que se reconoce a los funcionarios de carrera tributaria por el ejercicio de las funciones inherentes a las jefaturas, cuando han sido designados o delegados para tal efecto. La prima de dirección se fijará dentro de las normas de nomenclatura y salarios y no constituye factor salarial.

Cuando la prima técnica reconozca el ejercicio de funciones de Director, el funcionario de carrera designado como Director de la Unidad Administrativa Dirección de Impuestos Nacionales, tendrá como prima de dirección, la prima técnica en caso de que ésta fuere mayor.” (Subrayado por la Sala).

Igualmente sin carácter salarial se reguló la prima de dirección, en el decreto demandado, artículo 4:

“Artículo 4. Prima de Dirección. Es la retribución económica que se reconoce a los servidores de la contribución por el ejercicio de las funciones inherentes a las jefaturas, cuando han sido designados para tal efecto.

Cuando la prima técnica reconozca el ejercicio de las funciones de los cargos directivos que de acuerdo con la ley tengan derecho a ella, el servidor público tendrá como prima de dirección la prima técnica en caso que ésta fuere mayor.

La prima de dirección no constituye factor salarial y será equivalente:

a) Para el servidor de la contribución del sistema específico de carrera designado en la jefatura de la Dirección General, será equivalente al quince por ciento (15%) de la asignación básica mensual del grado 40;

b) Para el servidor de la contribución del sistema específico de carrera designado en la jefatura de las Direcciones de Impuestos, de Aduanas Secretaríos de Desarrollo Institucional y General, será equivalente al quince por ciento (15%) de la asignación básica mensual del grado 38;

c) Para el servidor de la contribución del sistema específico de carrera designado en la jefatura de las Oficinas, Subdirecciones, Subsecretarías, Direcciones Regionales y Administraciones Especiales será equivalente al quince por ciento (15%) de la asignación básica mensual del grado 35;

d) Para el servidor de la contribución del sistema específico de carrera designado en la jefatura de Administraciones Locales y Administraciones Delegadas, será equivalente al quince por ciento (15%) de la asignación básica mensual del grado 30;

e) Para el servidor de la contribución del sistema específico de carrera designado en la jefatura de las divisiones del nivel central, de las Direcciones Regionales, de las Administraciones Especiales y de las Administraciones Locales sede de la Regional, será equivalente al quince por ciento (15%) de la asignación básica mensual del grado 28;

f) Para el servidor de la contribución del sistema específico de carrera designado en la jefatura de las divisiones en las demás Administraciones, será equivalente al quince por ciento (15%) de la asignación básica mensual del grado 20;

g) Para el servidor de la contribución del sistema específico de carrera designado en la jefatura de grupo interno de trabajo, será equivalente al quince por ciento (15%) de la asignación básica mensual del grado 16.”

Concluye entonces la Sala que las expresiones demandadas de los artículos 4, 5 y 6 del Decreto 1268 de 1999, no desconocen derecho adquirido alguno, ni menoscaban derechos laborales de los servidores regulados por el decreto en cita.

Tercer cargo.- El carácter remunerativo de los elementos salariales previstos en los artículos demandados.

En la demanda, en síntesis se considera que la prima de dirección y los incentivos regulados en los artículos demandados, se causan como resultado de la gestión y

de la cantidad de trabajo realizado, en consecuencia al ser remunerativos, tienen carácter salarial.

Análisis del cargo

Destaca la Sala que este cargo se funda, en la expresión “*remunerativos*” que la parte actora atribuye a los elementos salariales regulados en los artículos 4, 5 y 6 del Decreto 1268 de 1999; 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.

En este orden, precisa la Sala que según la RAE, el concepto de remunerativo conduce la palabra remunerar¹⁰⁸, la cual significa:

1. tr. *Recompensar, premiar, galardonar.*
2. tr. **retribuir** (ll *recompensar o pagar*).
3. tr. *Dicho de una actividad: Producir ganancia.*¹⁰⁹

A su vez el vocablo retribuir significa “*recompensar o pagar un servicio, favor*”¹¹⁰. 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.

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:

¹⁰⁸ <http://dle.rae.es/?w=remunerativo&m=form&o=h>

¹⁰⁹ <http://dle.rae.es/?w=remunerar&m=form&o=h>

¹¹⁰ <http://dle.rae.es/?id=WKMS0Si#DrNAgBQ&o=h>

“ARTICULO 127. ELEMENTOS INTEGRANTES. <Artículo modificado por el artículo 14 del 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*”, esta Sala ha acudido a esta definición de salario como criterio interpretativo, y de manera concreta se hace referencia en la sentencia del 6 de julio de 2015¹¹¹ 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.

Por su parte, la Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto del 18 de julio de 2002¹¹², 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

¹¹¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, M.P. Luis Rafael Vergara Quintero, proceso con radicado 11001-03-25-000-2011-00067-00 y número interno 0192-2011

¹¹² Concepto N°. 1393, M.P. Flavio Augusto Rodríguez Arce.

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, en sentencia del 7 de diciembre de 2006¹¹³ manifestó que “por salario debe entenderse no sólo la remuneración básica mensual sino todo lo que el empleado 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 1 de agosto de 2013¹¹⁴, esta Sección estableció que para efectos pensionales, la prima de riesgo que perciben los servidores del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, tiene carácter salarial, en los siguientes términos:

“Lo anterior, en primer lugar, porque la jurisprudencia de esta Corporación¹¹⁵, ha entendido por salario la remuneración que percibe el trabajador por la prestación de un servicio a favor del empleador, de forma personal, directa y subordinada, el cual, no sólo está integrado por una remuneración básica u ordinaria sino también, por todo lo que bajo cualquier otra denominación o concepto, en dinero o en especies, ingrese al patrimonio del trabajador en razón a la prestación de sus servicios.

Bajo estos supuestos, ha de decirse que todas las sumas que de manera habitual y periódica perciba el trabajador, son factores que integran el salario que éste percibe lo que incide de manera directa en la forma cómo se establecen los ingresos base de cotización y liquidación de una prestación pensional.”

¹¹³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, M.P. Jesús María Lemos Bustamante, proceso con radicado 25000-23-25-000-2000-3609-01 y número interno 3343-04

¹¹⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, proceso con radicado 44001-23-31-000-2008-00150-01 y número interno 0070-2011

¹¹⁵ Sentencia de 8 abril de 2010. Rad. 1026-2008. M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

En jurisprudencia más reciente se reiteró este criterio sobre la noción de salario, así, en la sentencia del 6 de julio de 2015¹¹⁶:

“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 de esta Sección, 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 la prima de dirección prevista en el artículo 4¹¹⁷ del Decreto 1268 de 1999, no constituye factor salarial; sin embargo, la Sala resalta, que esta prima es una retribución económica que se reconoce a los servidores de la contribución, por el ejercicio de las funciones inherentes a las jefaturas¹¹⁸.

Se trata de un pago como retribución de la prestación del servicio, esto es, que remunera de forma periódica el ejercicio de las funciones de los servidores que hayan sido designados en las jefaturas de la entidad. De acuerdo con el artículo 61 del Decreto 1072 de 1999, una de las situaciones administrativas en las que pueden encontrarse los servidores públicos de la contribución es la “designación de jefatura”, situación administrativa por medio de la cual, los servidores públicos de la contribución del Sistema Específico de Carrera en la DIAN, desempeñan las funciones de dirección, coordinación, supervisión y control de la Dirección de

¹¹⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, M.P. Luis Rafael Vergara Quintero, proceso con radicado 11001-03-25-000-2011-00067-00 y número interno 0192-11

¹¹⁷ ARTÍCULO 4o. PRIMA DE DIRECCIÓN. Es la retribución económica que se reconoce a los servidores de la contribución por el ejercicio de las funciones inherentes a las jefaturas, cuando han sido designados para tal efecto (...)

¹¹⁸ Decreto Ley 1072 de 1999

Impuestos y Aduanas Nacionales y de las diferentes dependencias en que se encuentra organizada dicha Entidad¹¹⁹.

Constituye una suma establecida en favor del servidor de la contribución como retribución directa por sus servicios, lo cual, la convierte en habitual y periódica.

En este orden de ideas y en atención al precedente que se expuso anteriormente, concluye la Sala que la prima de dirección es factor salarial, de modo que la expresión “*no constituye factor salarial*”, está viciada de nulidad por desconocer el concepto de salario en los términos señalados.

Ahora bien, no ocurre lo mismo con los incentivos económicos “por desempeño grupal” y por “desempeño en fiscalización y cobranzas”, previstos en los artículos 5 y 6 del Decreto 1268 de 1999, como a continuación pasa a estudiarse:

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 2015¹²⁰ 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 inexequibilidad 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

¹¹⁹ Así lo disponía el artículo 62 del Decreto 1072 de 1999, vigente para la fecha de expedición de la disposición acusada.

¹²⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, M.P. Luis Rafael Vergara Quintero, proceso con radicado 11001-03-25-000-2011-00067-00 y número interno 0192-201. Con aclaración de voto de la Consejera Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

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.

Adicionalmente, resalta la Sala que según la Corte Constitucional en la sentencia C-725 de 2000¹²¹ 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 los incentivos regulados en los artículos 5 y 6 del Decreto 1268 de 1999 no son permanentes, pues están condicionados al cumplimiento de unas metas, que para el caso son fijadas por la respectiva área, se establece que no tienen carácter salarial.

En consecuencia, esta Sala considera que el incentivo por desempeño grupal y el incentivo al desempeño en fiscalización y cobranzas, establecidos en los artículos 5 y 6 del Decreto 1268 de 1999 no constituyen factor salarial, razón por la cual se

¹²¹ M.P. Alfredo Beltrán Sierra

mantendrán incólumes las disposiciones demandadas en los apartes estudiados¹²².

Cuarto cargo.- Desviación de poder.

Se expone en la demanda que el fin del decreto demandado, al no establecer como factores salariales la prima de dirección, al incentivo por desempeño grupal y el incentivo al desempeño en fiscalización y cobranzas, fue desconocer los beneficios de la Ley 4 de 1992, actuación que desconoce la Carta Política, principalmente el artículo 53. Agrega la parte actora, que el Gobierno *despojó* los efectos salariales que *por naturaleza* tiene la remuneración laboral, independientemente del nombre que se le otorgue, esto con el fin de disminuir las prestaciones sociales y el gasto público.

Análisis del cargo

Sobre la desviación de poder, esta Corporación ha considerado que *“este vicio se establece a partir de la desviación de propósitos legales¹²³ y de la consecuente de la demostración de que “la administración actuó con fines torcidos o distintos a los del buen servicio”¹²⁴. Así se ha reiterado que no basta con la sola afirmación de que la administración utilizó arbitrariamente su poder a través del acto administrativo para obtener un fin diferente al previsto en la norma, sino que se requiere del cumplimiento de la carga probatoria que impone aportar los elementos de convicción mediante los cuales se desvirtúe la presunción de legalidad del acto administrativo”¹²⁵.*

¹²² La Sección Segunda, Subsección A, en sentencia de 19 de febrero de 2015 MP. Alfonso Vargas Rincón, declaró la nulidad de los artículos 3º, 8º y 12 de la Resolución 005062 de 2011, expedida por el Director General de la Unidad Administrativa Especial, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales bajo el argumento de que “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”.

¹²³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 31 de mayo de 2012, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, expediente con radicación 250002325000200408632 01 y número interno 2364-2010.

¹²⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, M.P. Alfonso Vargas Rincón, sentencia del 12 de febrero de 2009, expediente con radicación 41001-23-31-000-2000-03530-01 y número interno 1072-08.

¹²⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, sentencia del 11 de diciembre de 2012, proceso con radicado No. 11001-03-25-000-2005-00012-00.

Sobre el vicio de desviación de poder, la Sala precisa que se configura cuando la autoridad no actúa para satisfacer el interés general sino que de forma arbitraria busca satisfacer un fin contrario al ordenamiento jurídico¹²⁶.

En el presente asunto se considera en la demanda que el Presidente buscó reducir el gasto público, sin embargo como viene de anotarse, la desviación de poder como vicio del acto administrativo, conlleva una actuación arbitraria, contraria a derecho, que el presente caso no está acreditada, pues el Presidente de la República al expedir el decreto demandado, invoca la Ley 4 de 1992, que entre otros objetivos fija la obligación del Gobierno de sujetarse al marco general de la política macroeconómica y fiscal.

En conclusión este cargo tampoco tienen vocación de prosperidad.

Por lo anterior, a partir del estudio de los cargos, la Sala declarará la nulidad de la expresión “*no constituye factor salarial*” del artículo 4 del Decreto 1268 de 1999, y negará la nulidad de las expresiones “*no constituirá factor salarial para ningún efecto legal*” de los artículos 5 y 6 *ibídem*.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO.- DECLARAR INFUNDADA la excepción de cosa juzgada propuesta por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNGO.- DECLARAR la nulidad de la expresión “no constituye factor salarial” del artículo 4 del Decreto 1268 de 1999 que establece la prima de dirección en favor de los servidores de la contribución por el ejercicio de las funciones inherentes a las jefaturas, cuando han sido designados para tal efecto, por los motivos expuestos en la parte resolutive de esta providencia.

TERCERO.- NEGAR la nulidad de las expresiones “no constituirá factor salarial para ningún efecto legal” de los artículos 5 y 6 del Decreto 1268 de 1999, que

¹²⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 11 de diciembre de 2012, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, proceso con radicado No. 11001-03-25-000-2005-00012-00

establecen el incentivo por desempeño grupal, y los incentivos al desempeño en fiscalización y cobranzas, respectivamente, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: RECONOCER a la Dra. Maia Valeria Borja Guerrero, identificada con la C.C 45.532.977 y portadora de la T.P. 131.286, como apoderada del Departamento Administrativo de la Función Pública.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

CARMELO PERDOMO CUÉTER

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ