

ANTECEDENTES DE LA PRIMA DE GESTIÓN TRIBUTARIA, ADUANERA Y CAMBIARIA / LIBERTAD DE CONFIGURACIÓN PARA QUE LA AUTORIDAD COMPETENTE DEFINA QUÉ ELEMENTOS CONSTITUYEN FACTOR SALARIAL Y CUÁLES NO / ACEPTACIÓN AMPLIA DEL VOCABLO SALARIO

[N]o se desconoció el deber impuesto por el artículo 10 del CPACA en la expedición del aparte acusado, de tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial emitidas por el Consejo de Estado, puesto que la providencia del 6 de julio de 2015 no corresponde a una de ellas. Tampoco se vulneró el deber de aplicación uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos, pues como se vio la prestación que fue objeto de estudio en esa oportunidad tiene características distintas a las del emolumento que aquí se analiza. [...] Con todo, conviene señalar que otro criterio interpretativo frente al carácter no salarial de los incentivos por desempeño grupal y al desempeño en fiscalización y cobranzas de que tratan los artículos 5 y 6 del Decreto 1268 de 1999, se encuentra contenido en la sentencia del 19 de febrero de 2018, proferida dentro un proceso de nulidad simple instaurado en contra de los artículos 4, 5 y 6 del Decreto 1268 de 1999 , que puso de presente que existen razones de orden constitucional expuestas en la sentencia C-725 de 2000 para apartarse del anterior. Al respecto, esta última providencia resaltó, en primer lugar, que la Corte Constitucional, en varios pronunciamientos, ha admitido que existe libertad de configuración para que la autoridad competente defina qué elementos constituyen factor salarial y cuáles no. [...] Así pues, queda en evidencia que bajo el criterio señalado existen argumentos de orden constitucional adicionales al expuesto por la providencia del 6 de julio de 2015, que admiten la existencia de prestaciones económicas sujetas a la condición del logro de metas, que bien pueden ser concebidas por el Gobierno Nacional sin carácter salarial. [...] [N]o resulta admisible que, como lo sugiere el demandante, todas las sumas que reciba el servidor deban ser consideradas como factor salarial, habida cuenta de que la definición incluida en la sentencia SU-995 de 1999 incluye igualmente las cesantías, vacaciones y primas, las cuales en sentido estricto la ley define como prestaciones sociales [...]

FUENTE FORMAL: CPACA – ARTÍCULO 10 / DECRETO 1268 DE 1999 – ARTÍCULO 4 / DECRETO 1268 DE 1999 – ARTÍCULO 5 / DECRETO 1268 DE 1999 – ARTÍCULO 6

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN “A”

Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de mayo de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 11001-03-25-000-2017-00860-00(4661-17)

Actor: SINDICATO DE UNIFICACIÓN NACIONAL DE EMPLEADOS DE LA DIAN Y FINANZAS PÚBLICAS, SIUNEDIAN – FINANZAS PÚBLICAS

**Demandado: MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO,
DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA**

Referencia: DEMANDA DE NULIDAD PARCIAL DEL DECRETO 1746 DEL 25 DE OCTUBRE DE 2017 «POR EL CUAL SE DICTAN NORMAS EN MATERIA SALARIAL PARA LOS SERVIDORES DE LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN». LEY 1437 DE 2011.

ASUNTO

La Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado profiere sentencia dentro del medio de control de nulidad simple de que trata el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, promovido por el Sindicato de Unificación Nacional de Empleados de la DIAN y Finanzas Públicas Siunedian – Finanzas Públicas, contra la Nación, Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Departamento Administrativo de la Función Pública.

DEMANDA¹

Pretensión

Que se declare la nulidad parcial del inciso tercero del artículo 1 del Decreto 1746 del 25 de octubre de 2017 «Por el cual se dictan normas en materia salarial para los servidores de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN», proferido por el Ministro de Hacienda y Crédito Público y el director del Departamento Administrativo de la Función Pública. El siguiente es el tenor literal del contenido normativo acusado:

«**ARTÍCULO 1.** Modifícase el artículo 7º del Decreto 1268 de 1999, modificado por el artículo 9º del Decreto 4050 de 2008, el cual queda así:

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

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

¹ Ff. 10 a 22.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

En la demanda se invocaron como normas violadas los artículos 230 y 243 de la Constitución Política; 10, 102 y 279 de la Ley 1437 de 2011 y las sentencias C-539, C-816 y C-634 todas de 2011 de la Corte Constitucional.

La parte demandante solicitó que se declare la nulidad del aparte acusado, pues fue expedido sin tener en cuenta el precedente contenido en la sentencia proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado del 6 de julio de 2015, en la cual se declaró la nulidad de una expresión similar contenida en el artículo 9 del Decreto 4050 de 2008, referida al incentivo por desempeño grupal, por considerar que dicho emolumento en realidad tiene naturaleza retributiva del servicio.

Al respecto, sostuvo que el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011 consagra el deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia, en concordancia con lo previsto por los artículos 230 y 243 de la Carta Política y lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-539 de 2011, en relación con la jurisprudencia dentro del sistema de fuentes del derecho, y que tales normas fueron desconocidas al reproducir una disposición similar a la que ya había sido declarada nula por el Consejo de Estado.

Igualmente, sostuvo que vulneró los principios del artículo 53 de la Constitución Política al desconocer el precedente contenido en la sentencia SU-995 de 1999.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El **Ministerio de Hacienda y Crédito Público**² contestó la demanda. En su escrito, puso de presente que, si bien interviene en la preparación del proyecto de presupuesto, para su aprobación por el Congreso de la República, también lo es que cada entidad lo administra de forma autónoma, según las apropiaciones asignadas.

De otra parte, en defensa de la legalidad de la disposición acusada, indicó que el Gobierno Nacional tiene la facultad para reglamentar la prima de productividad de los funcionarios de carrera tributaria, con sujeción a la política macroeconómica y fiscal, la racionalización de los recursos públicos y su disponibilidad, de conformidad con los artículos 150-19 y 189-14 de la Constitución Política, 2 de la Ley 4 de 1992 tal y como lo reconoció el Consejo de Estado en la sentencia del 14 de febrero de 2002, radicación: 2824-00 que negó la declaratoria de nulidad de las expresiones «que no podrá exceder» y «no constituirá factor salarial para ningún efecto legal» del artículo 5 del Decreto 1268 de 1999.

En el mismo sentido, hizo énfasis en que la Sección Segunda del Consejo de Estado, en la providencia del 19 de febrero de 2018³, admitió que dado que el Ejecutivo tiene libertad de configuración para regular la materia salarial de los

² Ff. 40 a 48.

³ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 19 de febrero de 2018, radicación: 1100103025000201100167 00 (0580-2011)

servidores públicos, está habilitado para determinar cuáles elementos constituyen factor salarial.

Seguidamente, expuso que la sustentación de la pretensión no es adecuada y no cumple con los requisitos formales previstos por el artículo 162 del CPACA, lo cual se constituye en deficiencia insalvable, que hace que no tenga la aptitud de lograr la declaración de nulidad del acto administrativo parcialmente demandado y anotó que el concepto de vulneración no puede basarse en apreciaciones subjetivas.

El **Departamento Administrativo de la Función Pública**⁴ también consideró que los argumentos de la parte demandante no tienen vocación de prosperidad, pues por un lado, la sentencia del 6 de julio de 2015 que invoca como desconocida con el acto acusado no es de unificación y, por otro lado, la sentencia del 19 de febrero de 2018 encontró ajustado a la legalidad las expresiones «no constituirá factor salarial para ningún efecto legal» contenida en los artículos 5 y 6 del Decreto 1268 de 1999, relativas a los incentivos por desempeño grupal y al desempeño por fiscalización y cobranzas.

Así las cosas, continuó explicando que el acto parcialmente demandado regula el incentivo de desempeño nacional, hoy prima de gestión tributaria, aduanera y cambiaria, al tiempo que la sentencia del 6 de julio de 2015 se ocupó del incentivo de desempeño grupal, lo cual excluye la posibilidad de equipar aquellas consideraciones al presente caso, para efectos de invocar los artículos 10, 102 y 170 del CPACA.

Igualmente, puso de presente la libertad de configuración del Ejecutivo para expedir el régimen salarial de los empleados públicos, entendido como «el conjunto de los derechos salariales, no salariales y prestacionales»⁵, con la posibilidad de crear ciertas bonificaciones sin carácter legal, para lo cual no está obligado a expedir la misma regulación para todos los servidores pues es viable la existencia de regímenes especiales, situación que de manera alguna vulnera el derecho a la igualdad.

Adicionalmente, se remitió a las consideraciones expuestas en el auto que resolvió sobre el decreto de la medida de suspensión provisional, para demostrar que no se presenta identidad fáctica entre el caso abordado en la sentencia del 6 de julio de 2015 y el presente asunto.

Por último, estimó importante advertir que el Decreto 1746 de 2017 modificó la denominación del incentivo por desempeño nacional a la de prima de gestión tributaria, aduanera y cambiaria, sin afectar los derechos laborales de los empleados de la DIAN, en atención a lo resuelto por el Consejo de Estado, en la sentencia del 19 de febrero de 2015, radicado 0554-2012, que declaró la nulidad de la Resolución 005062 de 2011.

⁴ Ff. 52 a 57.

⁵ Citó la sentencia C-279 de 1996 de la Corte Constitucional.

Con base en lo anterior, pidió que se emita una decisión inhibitoria o en su defecto que se denieguen las pretensiones.

MEDIDA CAUTELAR

En escrito separado se solicitó la suspensión provisional de la expresión «La prima no constituye factor para liquidar elementos salariales o prestacionales» contenido en el inciso tercero del artículo 1 del Decreto 1746 del 25 de octubre de 2017, la cual se denegó en la providencia del 21 de agosto de 2018, que se notificó en estado del 21 de septiembre del mismo año, según se verifica en el folio 46 vuelto del cuaderno de medida cautelar.

DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL

En el marco de la parte oral del proceso, bajo la Ley 1437 de 2011, la principal función de la audiencia inicial es la de determinar el objeto del proceso y de la prueba⁶.

En esta etapa se revelan los extremos de la demanda o de su reforma, de la contestación o de la reconvencción. Además, se conciertan las principales decisiones que guiarán el juicio.

Con fundamento en lo anterior, se realiza el siguiente resumen de la audiencia inicial en el presente caso, a modo de antecedentes:

Excepciones previas (art. 180-6 CPACA)

Bien podría decirse que esta figura, en la audiencia inicial, es también una faceta de saneamiento del proceso, en la medida que busca, con la colaboración de la parte demandada, la verificación de los hechos constitutivos de excepciones previas, o advertidos por el juez, al momento de la admisión, se resuelvan en las etapas iniciales del proceso, con miras a la correcta y legal tramitación del proceso, a fin de aplazarlo, suspenderlo, mejorarlo o corregirlo⁷.

En el presente caso, se indicó lo siguiente en la etapa de excepciones previas⁸:

«Ni el Ministerio de Hacienda y Crédito Público ni el Departamento Administrativo de la Función Pública propusieron ninguna excepción previa ni mixta. Por su parte, el despacho no encontró probada ninguna otra de las enlistadas en el artículo 100 del CGP ni de las enunciadas en el numeral 6 del artículo 180 del CPACA.»

Fijación del litigio (art. 180-7 CPACA)

⁶ Hernández Gómez William, Consejero de Estado, Sección Segunda. Módulo *Audiencia inicial y audiencia de pruebas* (2015). EJRLB.

⁷ Ramírez Ramírez Jorge Octavio, Consejero de Estado, Sección Cuarta. Módulo *El juicio por audiencias en la jurisdicción de lo contencioso administrativo*. EJRLB.

⁸ F. 67

La fijación del litigio es la piedra basal del juicio por audiencias; la relación entre ella y la sentencia es la de «tuerca y tornillo», porque es guía y ajuste de esta última⁹.

En el *sub lite*, en la audiencia inicial se fijó el litigio respecto a las pretensiones de la demanda¹⁰, así:

«1. ¿La expresión «La prima no constituye factor para liquidar elementos salariales o prestacionales» en relación con la prima de gestión tributaria, aduanera y cambiaria, contenida en el artículo 1.º, inciso 3.º, del Decreto 1746 del 25 de octubre de 2017, vulnera los artículos 230 y 243 de la Constitución Política y el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, por haber sido expedido con desconocimiento de la sentencia del 6 de julio de 2015, proferida dentro del proceso 0192-2011 de la Sección Segunda del Consejo de Estado, que anuló una expresión similar contenida en el artículo 9 del Decreto 4050 de 2008?

2. ¿La expresión «La prima no constituye factor para liquidar elementos salariales o prestacionales» en relación con la prima de gestión tributaria, aduanera y cambiaria, contenida en el artículo 1.º, inciso 3.º, del Decreto 1746 del 25 de octubre de 2017, desconoció los principios mínimos fundamentales consagrados en el artículo 53 de la Constitución Política por inaplicar la sentencia SU-995 de 1999, la cual se afirma reconoció el carácter salarial de la prima de gestión tributaria, aduanera y cambiaria de los servidores de la DIAN?

El despacho interroga a las partes y el Ministerio Público frente a los problemas jurídicos planteados.

El apoderado de la parte actora le solicita al despacho modificar el segundo problema jurídico frente a los criterios jurídicos expuestos en la SU-995 son aplicables a la prima, como factor salarial.

Los apoderados de las entidades demandadas y el Ministerio Público están conformes con la fijación del litigio.

El apoderado de la parte actora amplía su intervención frente a la modificación del problema jurídico. Sus consideraciones se encuentran consignadas en el CD de audio y video.

El despacho expone las razones por las cuales se formularon esos 2 problemas jurídicos, pero en razón a la duda que se encuentra frente al segundo problema jurídico planteado, se dispone eliminar ese y dejar solo el primer problema jurídico para resolver, dado que el artículo 180 del CPACA solo obliga a fijar el litigio con base en los hechos y las pretensiones, y no con problemas jurídicos.

Esta decisión se notificó en estados.»

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante¹¹ presentó escrito en el que insistió en la pretensión de nulidad del aparte acusado. Para el efecto, expuso que la prima de gestión tributaria,

⁹ Hernández Gómez William, Consejero de Estado, Sección Segunda. Módulo *Audiencia inicial y audiencia de pruebas* (2015). EJRLB.

¹⁰ Tomado del acta de la audiencia inicial que obra en los folios 66 a 72.

aduanera y cambiaria es constitucional, puesto que los incentivos de la DIAN tienen origen en la Ley 49 de 1990, reglamentada por el Decreto 1647 de 1991, modificado a su vez por el Decreto 1268 de 1999 y luego por el Decreto 1746 de 2017, el cual se enmarca dentro de los parámetros que la Corte Constitucional indicó en la sentencia C-725 de 2000, providencia respecto de la cual destacó los siguientes puntos:

- Dicha Corporación consideró que las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 488 de 1998 al presidente de la República para establecer el régimen salarial y prestacional de los servidores de la DIAN era inconstitucionales, en razón a que, bajo el esquema señalado por la Carta Política en el artículo 150-19, literal e), le corresponde al Congreso dictar la ley marco que contenga las reglas y principios a los que debe sujetarse el Ejecutivo para regular de manera amplia la materia, sin que el primero pueda delegar en el segundo su potestad.
- Igualmente, en relación con el artículo 90 del Decreto 1072 de 1999 sobre el reconocimiento de estímulos, sostuvo, por un lado, que desconoce el artículo 347 Superior que ordena que todos los gastos del Estado deben estar contemplados en la ley de apropiaciones, por lo que no pueden existir partidas destinadas a otorgar a ciertos funcionarios *estímulos económicos* por el cumplimiento de sus deberes oficiales, lo cual se encuentra prohibido por el artículo 355 *ibidem*.

Seguidamente, la entidad se refirió a la evolución normativa de la prima de gestión tributaria, aduanera y cambiaria para aclarar que se trata de un emolumento que ha sido regulado así:

Decreto Ley 1647 de 1991	Decreto 1268 de 1999	Decreto 4050 de 2008	Decreto 1746 de 2017
Prima de productividad	Incentivo por desempeño nacional	Prima de gestión tributaria, aduanera y cambiaria	Prima de gestión tributaria, aduanera y cambiaria

Más adelante, abordó el concepto de salario a partir de la sentencia SU-995 de 1999, para señalar que aquel incluye toda remuneración o contraprestación por el servicio prestado, en consecuencia, como la prima en cuestión se genera por el trabajo que desarrolla el trabajador, es forzoso concluir que constituye salario.

Visto lo anterior, recalcó que no es aplicable el criterio contenido en la sentencia del 19 de febrero de 2018, en atención al origen de la prestación, pero sí lo es la posición asumida por el Consejo de Estado en la sentencia del 6 de julio de 2015, especialmente en cuanto considera que cualquier emolumento que tenga carácter retributivo de la labor del trabajador, independientemente de la denominación que reciba, tiene naturaleza salarial.

¹¹ Ff. 78 a 100.

La apoderada del **Departamento Administrativo de la Función Pública**¹² también presentó escrito de alegatos de conclusión, en el que insistió en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda. También, indicó que las normas que invocó el demandante se refieren al carácter vinculante de las sentencias de unificación jurisprudencial, naturaleza distinta a la que tiene la providencia del 6 de julio de 2015 cuyo alcance pretende que se extienda al presente asunto.

A lo anterior, agregó que la posición expuesta en esa oportunidad fue rectificada por la sentencia del 19 de febrero de 2018, de la cual destacó los siguientes puntos:

-Resalta el origen legal de los incentivos por desempeño grupal y al desempeño en fiscalización y cobranzas y el incentivo por desempeño nacional, hoy prima de gestión tributaria, aduanera y cambiaria, que encuentran su antecedente en los artículos 65 a 67 del Decreto Ley 1647 de 1991, momento desde el cual han carecido del carácter salarial.

-Explica que la modificación introducida por el Decreto 1268 de 1999 al Decreto Ley 1647 de 1991 es viable en razón del cambio de competencias previstas por la Constitución Política, de acuerdo con las cuales el Gobierno Nacional está autorizado para adoptar las decisiones que sean necesarias, al revisar los incentivos de desempeño que son reconocidos a los servidores de la DIAN, como herramientas para el logro de resultados óptimos de la gestión institucional.

Adicionalmente, puso de presente que el incentivo de desempeño nacional, sin carácter salarial, hoy prima de gestión tributaria, aduanera y cambiaria, sin carácter salarial, previsto por el artículo 7 del Decreto 1268 de 1999, fue objeto de pronunciamiento por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en la sentencia del 15 de mayo de 2014, radicación 0676-12, en la que se mantuvo su presunción de legalidad.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público presentó escrito de alegatos de conclusión de manera extemporánea, tal y como lo observó el informe secretarial que obra en el folio 121 del expediente¹³.

MINISTERIO PÚBLICO¹⁴

La Procuraduría Tercera Delegada ante esta corporación rindió concepto en el que solicitó denegar las pretensiones de la demanda. Para el efecto, hizo un recuento de la evolución normativa y jurisprudencial del emolumento en discusión, para lo

¹² Ff. 102 a 107

¹³ En la audiencia inicial celebrada el 25 de octubre de 2019 se concedieron 10 días para la presentación de escrito de alegatos de conclusión, los cuales se cumplieron el 12 de noviembre del mismo año, sin embargo el Ministerio de Hacienda y Crédito Público radicó su escrito el 13 de los mismo mes y año, (f. 120 vuelto.)

¹⁴ Ff. 108 a 116.

cual se remitió a los Decretos 1268 de 1999, 4050 de 2008, 1746 de 2017 y, con base en ello, relató que la prima de gestión tributaria, aduanera y cambiaria inició su existencia bajo la denominación de incentivo por desempeño nacional, con una periodicidad semestral, compuesta por dos rubros, uno fijo y otro variable, lo que implica que su reconocimiento no es automático, pues está ligado a la gestión colectiva en el cumplimiento de unas metas fijadas.

Asimismo, señaló que el aparte acusado fue expedido en ejercicio de la facultad reglamentaria constitucional propia del presidente de la República, consagrada en el numeral 11 del artículo 189 Superior, y agregó que, de acuerdo con el pronunciamiento contenido en la sentencia del 19 de febrero de 2018, como la prima de gestión tributaria, aduanera y cambiaria es un incentivo económico atado al cumplimiento de unas metas, cuya finalidad es la de promover la eficiencia y eficacia de los empleados públicos de la DIAN, no tiene un carácter de habitualidad y permanencia y está sujeto a una condición, por lo tanto no es un pago que constituye salario sino que es una prestación laboral, sin que ello implique el desconocimiento de lo considerado en la SU-195 de 1999.

Por lo demás, se remitió a las conclusiones del auto que resolvió la solicitud de suspensión provisional para solicitar que sean tenidas en cuenta en la sentencia.

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

La Sala considera conveniente hacer un ajuste en la formulación del problema jurídico que provisionalmente se enunció en la fijación del litigio en la audiencia inicial de este proceso, en consideración a que ello resulta necesario para delimitar correctamente la guía metodológica que permitirá estudiar la totalidad de los puntos propuestos por la demanda, los cuales se sintetizan en la causal de nulidad de vulneración de normas superiores. Por lo tanto, el interrogante que corresponde resolver es el siguiente:

La expresión «La prima no constituye factor para liquidar elementos salariales o prestacionales» en relación con la prima de gestión tributaria, aduanera y cambiaria, contenida en el artículo 1.º, inciso 3.º, del Decreto 1746 del 25 de octubre de 2017, debe ser declarado nulo porque fue expedido con vulneración de normas superiores por lo siguiente:

- Porque presuntamente vulnera los artículos 230 y 243 de la Constitución Política y el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, por haber sido expedido con desconocimiento de la sentencia del 6 de julio de 2015, proferida dentro del proceso 0192-2011 de la Sección Segunda del Consejo de Estado, que anuló una expresión similar contenida en el artículo 9 del Decreto 4050 de 2008.

- Porque posiblemente desconoció los principios del artículo 53 de la Constitución Política al desatender el precedente contenido en la sentencia SU-995 de 1999.

Para resolver el cuestionamiento planteado, se harán algunas precisiones en relación con la prima de gestión tributaria, aduanera y cambiaria, y posteriormente se analizará si el aparte acusado incurrió en la vulneración de las disposiciones invocadas en la demanda.

Antecedentes de la prima de gestión tributaria, aduanera y cambiaria

La Ley 49 del 28 de diciembre de 1990¹⁵, en el artículo 32 otorgó facultades al presidente de la República, para que, entre otros, adoptara medidas tendientes a modificar y tecnificar la administración aduanera, entre ellas, definir el carácter de los funcionarios de la Dirección General de Aduanas y establecer su régimen salarial y prestacional.

Fue así como se expidió el Decreto Ley 1647 del 27 de junio de 1991¹⁶, que en el artículo 65 creó la prima de productividad como un emolumento, sin carácter salarial, al que tendrían derecho los funcionarios de carrera tributaria como reconocimiento a su rendimiento satisfactorio en el desempeño de las funciones y del logro de las metas de gestión, liquidado por niveles de calificación, de acuerdo con diferentes factores, estos eran, individual, plural, por gestión y nacional, sobre este último, el artículo 66 reguló:

«[...] 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. [...]»

Más adelante, la Ley 488 del 24 de diciembre de 1998¹⁷, en el artículo 79, confirió facultades extraordinarias al presidente de la República para establecer el régimen salarial y prestacional de los funcionarios de la DIAN, en cumplimiento de lo cual el Gobierno Nacional expidió, entre otros, el Decreto 1072 de 1999¹⁸ en el que previó la posibilidad de que este grupo de trabajadores tuvieran *estímulos especiales de carácter económico y/o de otra índole*, como parte del reconocimiento de los méritos que obtuvieran en el desarrollo de sus funciones (art. 90).

¹⁵ «Por la cual se reglamenta la repatriación de capitales, se estimula el mercado accionario, se expiden normas en materia tributaria, aduanera y se dictan otras disposiciones.»

¹⁶ «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 Gestión Tributaria y se dictan otras disposiciones.»

¹⁷ «Por la cual se expiden normas en materia tributaria y se dictan otras disposiciones fiscales de las Entidades Territoriales».

¹⁸ «por el cual se establece el Sistema Específico de Carrera de los servidores públicos de la contribución y se crea el Programa de Promoción e Incentivos al Desempeño de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN»

En ese mismo año, en desarrollo de la Ley 4 de 1992, se emitió el Decreto 1268 del 13 de julio de 1999¹⁹, el cual incluyó el incentivo por desempeño nacional en los siguientes términos:

«Artículo 7. Incentivo por desempeño nacional. Es la retribución económica que se reconoce a los servidores de la contribución, que ocupen cargos de la planta de personal de la entidad, referida al desempeño colectivo de los servidores de la contribución y relacionada con el cumplimiento de las metas de recaudo nacionales. Este incentivo se causará por períodos semestrales y dará derecho al reconocimiento de un pago correspondiente a dicho período, el cual podrá ser hasta del ciento cincuenta por ciento (150%) del salario mensual que se devengue.

Este incentivo no constituirá factor salarial para ningún efecto legal.»

Es de anotar que la Corte Constitucional, en sentencia C-725 de 2000, declaró la inexequibilidad del numeral 2 del artículo 79 de la Ley 488 de 1998, que le confirió facultades extraordinarias al presidente para establecer el régimen salarial y prestacional del personal en mención, por considerar que desconocía el artículo 150, numeral 10 de la Carta, que contiene la prohibición para que el Legislativo atribuya competencias para dictar normas relativas a materias que deban ser reguladas de manera privativa a través de ley marco, tal y como sucede con el tema en cuestión según los señalado por el artículo 150-19 literal e). Igual suerte corrió el artículo 90 del Decreto 1072 de 1999 relacionado con el reconocimiento de estímulos especiales, los cuales, en criterio de la Corte vulneraban los artículos 209, 347 y 355 de la Constitución Política²⁰, situación que más adelante incidió en el posterior cambio de la denominación del emolumento bajo estudio.

Dicha prestación económica fue regulada nuevamente por el artículo 9 del Decreto 4050 del 22 de octubre de 2008²¹ que indicó:

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

¹⁹ «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»

²⁰ Sobre el punto dijo la Corte: «[...] 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[...].»

²¹ «Por el cual se dictan disposiciones en materia salarial para la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.»

"Es la retribución económica que se reconoce a los empleados públicos de la DIAN, que ocupen cargos de la planta de personal de la Entidad, referida al desempeño colectivo de los empleados públicos y relacionada con el cumplimiento de las metas de recaudo nacionales. Este incentivo se causará por períodos semestrales y dará derecho al reconocimiento de un pago correspondiente a dicho periodo, el cual podrá ser hasta del doscientos por ciento (200%) del salario mensual que se devengue, previa verificación del cumplimiento de dichas metas por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Este incentivo no constituirá factor salarial para ningún efecto legal».

Luego, el Ejecutivo varió la denominación del incentivo por desempeño nacional por el de prima de gestión tributaria, aduanera y cambiaria, a través del Decreto 1746 del 25 de octubre de 2017, prestación que se concede de acuerdo con las siguientes reglas:

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

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

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

- Para el reconocimiento y pago de la Prima de Gestión del primer semestre del año, en su componente variable, se tendrá en cuenta el cumplimiento del recaudo acumulado neto de dicho semestre y para el segundo semestre, el cumplimiento del recaudo acumulado neto del año.²²

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

Los empleados de la planta de personal de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN a que se refiere el presente artículo, en caso de no haber laborado el semestre completo,

²² Modificado por el art 1 del Decreto 1785 de 2017

tendrán derecho al pago proporcional de esta Prima, por el tiempo laborado durante el semestre respectivo.

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

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

El caso concreto

De la presunta vulneración de los artículos 230 y 243 de la Constitución Política y el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011 por el alegado desconocimiento de la sentencia del 6 de julio de 2015²³

La parte demandante afirma que se desconocieron los artículos 203 y 243 de la Constitución Política, así como el 10 de la Ley 1437 de 2011 por cuanto no se atendió el carácter de precedente de la sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado del 6 de julio de 2015, por medio de la cual se declaró la nulidad de una expresión semejante en relación con el incentivo por desempeño grupal de los servidores de la DIAN, por el hecho de haber reproducido un contenido normativo similar.

Para estudiar el planteamiento de la demanda, es importante tener presente que el artículo 230 de la Constitución señala «Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial»; al tiempo que el 243 *ejusdem* prevé los siguiente: «Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución.»

Por su parte, el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011 dispone: «**Artículo 10. Deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia.** Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.».

Ahora bien, para analizar el presunto desconocimiento de la sentencia del 6 de julio de 2015²⁴, resulta necesario precisar que en dicha providencia la Sección

²³ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 6 de julio de 2015, radicación: 11001-03-25-000-2011-00067-00(0192-11), demandante: Siunedian.

²⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 6 de julio de 2015, radicación: 11001-03-25-000-2011-00067-00(0192-11), demandante: Siunedian.

Segunda del Consejo de Estado conoció de la pretensión de nulidad de algunas expresiones contenidas en el artículo 8 del Decreto 4050 del 22 de octubre de 2008, cuyo tenor literal es el siguiente:

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

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

En cuanto a la primera expresión, analizó que no se desconoce el derecho a la igualdad de los supernumerarios que no tienen la posibilidad de tal emolumento.

Por otra parte, en relación con la segunda expresión «no constituirá factor salarial para ningún efecto legal», sostuvo en esencia que el incentivo por desempeño grupal tenía carácter salarial, teniendo en cuenta los siguientes aspectos:

- El concepto de prima debe ser entendido como cualquier incentivo que reciba el trabajador de manera habitual y como contraprestación de su labor.
- El incentivo bajo estudio tiene la connotación de salarial por cuanto lo recibe de manera habitual, periódica y como contraprestación directa de su trabajo.
- Por lo tanto, el Ejecutivo se extralimitó en el ejercicio de sus funciones pues bajo la apariencia de un «incentivo» desmejoró el salario de los empleados pertenecientes a la DIAN, toda vez que disminuye el monto de sus prestaciones sociales.

Es de anotar, que la sentencia del 6 de julio de 2015 no es una sentencia de unificación jurisprudencial en los términos del artículo 270²⁵ del CPACA, sino que se trata de un pronunciamiento que resolvió una demanda de nulidad²⁶, cuyos efectos se exponen en el artículo 189 *ibidem*, estos son, *erga omnes*, para la que declara la nulidad de un acto y la que lo deniegue pero solo en relación con la *causa petendi*, lo que quiere decir que la anulación decretada tiene efectos generales y no solamente para quienes intervinieron en el proceso contencioso administrativo. De lo anterior, se desprende que el aparte anulado dejó de causar

²⁵ «**Artículo 270. Sentencias de unificación jurisprudencial.** Para los efectos de este Código se tendrán como sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009.»

²⁶ Es de anotar que el proceso se tramitó bajo las reglas del Código Contencioso Administrativo, promovido en ejercicio de la acción de nulidad prevista en el artículo 84 *ejusdem*.

efectos jurídicos, además de que nace la prohibición de reproducción de aquel, al tenor de lo dispuesto por el artículo 9-6 del CPACA.

De esta manera, es importante señalar que no se desconoció el deber impuesto por el artículo 10 del CPACA en la expedición del aparte acusado, de tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial emitidas por el Consejo de Estado, puesto que la providencia del 6 de julio de 2015 no corresponde a una de ellas. Tampoco se vulneró el deber de aplicación uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos, pues como se vio la prestación que fue objeto de estudio en esa oportunidad tiene características distintas a las del emolumento que aquí se analiza.

Ahora, no desconoce la Subsección que lo que sugiere el demandante es que la prima de gestión tributaria, aduanera y cambiaria, que anteriormente se denominaba incentivo por desempeño nacional, debía ser objeto de la misma consideración que recibió el incentivo por desempeño grupal en la providencia bajo análisis, lo cual no se considera viable, dado que una y otra prestación tienen características diversas por lo que no guardan identidad. Para demostrar lo anterior, basta con mirar la habitualidad con la que cada una se recibe, que fue precisamente uno de los aspectos contemplados en la sentencia del 6 de julio de 2015 para darle una acepción salarial al incentivo en cita. En efecto, mientras que el mencionado incentivo era mensual, la prima en cuestión es semestral. En el siguiente cuadro se resaltan algunas de las características de una y otra prestación, lo que permite constatar sus diferencias:

Prestación	Incentivo por desempeño grupal	Prima de Gestión Tributaria, Aduanera y Cambiaria
¿Quiénes lo devengan?	Los empleados públicos de la DIAN que ocupen cargos de la planta de personal de la entidad.	Los empleados de la planta de personal de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN.
¿Qué remunera?	El resultado de la gestión si se logran 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.	La gestión colectiva en el ejercicio de las funciones. 1. Componente fijo: No depende del logro de metas 2. Componente variable: Se paga si el recudo neto es igual o superior al 97% de la meta fijada por el CONFIS
¿Cómo calcula su valor?	No puede exceder del 26% de la asignación básica mensual más la prima de dirección y la diferencia remuneratoria por designación de jefatura que se devengue.	Equivale máximo a 4 veces el salario mensual devengado compuesto por la asignación básica y los siguientes factores siempre y cuando el funcionario los perciba: el incremento por antigüedad, la remuneración por designación de jefatura, la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada, el incentivo por desempeño grupal, el auxilio de transporte y el subsidio de alimentación. Tiene dos componentes: 1. Fijo: equivale al 1.83 veces del salario mensual devengado compuesto por los elementos

		señalados 2. Variable: equivalente al 0.17% del salario mensual devengado compuesto por los elementos señalados y se paga siempre que el recaudo acumulado neto del periodo que corresponda, sea igual o superior al noventa y siete por ciento (97%) de la meta fijada por el Consejo Superior de Política Fiscal - CONFIS, ajustada conforme con los supuestos macroeconómicos observados, previa verificación y certificación de la Dirección General de Política Macroeconómica del Ministerio de Hacienda y Crédito Público
¿Cuál es la periodicidad de su pago?	Mensual	Semestral, de la siguiente forma: 1. Componente fijo: se reconoce en las nóminas de los meses de junio y diciembre 2. Variable: se cancela en los meses de julio y enero siguientes al pago del componente fijo

Lo expuesto es suficiente para concluir que no se desconoció la sentencia del 6 de julio de 2015 citada, por lo que tampoco se configura la vulneración de las normas superiores invocadas. Con todo, conviene señalar que otro criterio interpretativo frente al carácter no salarial de los incentivos por desempeño grupal y al desempeño en fiscalización y cobranzas de que tratan los artículos 5 y 6 del Decreto 1268 de 1999, se encuentra contenido en la sentencia del 19 de febrero de 2018²⁷, proferida dentro un proceso de nulidad simple²⁸ instaurado en contra de los artículos 4, 5 y 6 del Decreto 1268 de 1999²⁹, que puso de presente que existen razones de orden constitucional expuestas en la sentencia C-725 de 2000 para apartarse del anterior.

Al respecto, esta última providencia resaltó, en primer lugar, que la Corte Constitucional, en varios pronunciamientos³⁰, ha admitido que existe libertad de configuración para que la autoridad competente defina qué elementos constituyen factor salarial y cuáles no.

Asimismo, sostuvo que la sentencia del 6 de julio de 2015 asimiló el concepto de *incentivo* al de *prima* y entendió que su habitualidad y periodicidad implican que es contraprestación de la labor, sin embargo, en la sentencia del 19 de febrero de 2018 se indicó que los incentivos en mención tienen la finalidad de promover la eficiencia y eficacia de los empleados públicos de la DIAN, de ahí que los condicionan a unas metas, es decir que no son permanentes, a pesar de que su reconocimiento sea mensual, y solo si esta condición se cumple el servidor se

²⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 19 de febrero de 2018, radicación: 11001-03-25-000-2011-00167-00 (0580-2011).
²⁸ Este proceso se tramitó en los términos del Código Contencioso Administrativo, por demanda presentada en ejercicio de la acción de nulidad de que trata el artículo 84 *ejusdem*.
²⁹ «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»
³⁰ Citó las sentencias C-081 de 1996, C-279 de 1996, C-244 de 2013 y C-279 de 2006 de la Corte Constitucional.

hace acreedor al emolumento, por lo cual, es claro que existe una condición previa para su reconocimiento y por ello es distinto al mero desempeño funcional, de manera que este pago no constituye salario para el trabajador, en los términos del artículo 128³¹ del Código Sustantivo del Trabajo, que concibe que existen otros pagos que no tienen carácter laboral.

Seguidamente, la sentencia en cita se remitió a las consideraciones expuestas por la Corte Constitucional en la sentencia C-725 de 2000 ya mencionada, en relación con la inconstitucionalidad del reconocimiento de incentivos, con fundamento en ello concluyó:

«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 mantendrán incólumes las disposiciones demandadas en los apartes estudiados³².»

Así pues, queda en evidencia que bajo el criterio señalado existen argumentos de orden constitucional adicionales al expuesto por la providencia del 6 de julio de 2015, que admiten la existencia de prestaciones económicas sujetas a la condición del logro de metas, que bien pueden ser concebidas por el Gobierno Nacional sin carácter salarial.

En ese orden, la causal de nulidad de vulneración de los artículos 230 y 243 de la Constitución Política y 10 de la Ley 1437 de 2011 por el desconocimiento de la sentencia del 6 de julio de 2015, no tiene vocación de prosperidad.

³¹ «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.»

³²En la sentencia se citó: «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”.»

De la presunta vulneración del artículo 53 de la Constitución Política por el desconocimiento de la sentencia SU-995 de 1999

El demandante sostiene que para expedir la expresión acusada no se atendió la sentencia SU-995 de 1999, en la que la Corte Constitucional se refirió al concepto de salario para indicar que está integrado por todas las sumas que se generen con ocasión de la labor que desarrolla el trabajador, *sin importar las modalidades o denominaciones que puedan asignarles la ley o las partes contratantes* y por ello se presenta la infracción de los principios laborales contenidos en el artículo 53 Superior. Al respecto, conviene precisar que en esta sentencia la Corte abordó casos relacionados con el pago oportuno de salarios, concepto en relación con el cual tal providencia expuso:

«[...] para efectos del significado que en nuestro ordenamiento ha de tener la voz *salario* y, sobre todo, para la protección judicial del derecho a su pago cumplido, deben integrarse todas las sumas que sean generadas en virtud de la labor desarrollada por el trabajador, sin importar las modalidades o denominaciones que puedan asignarles la ley o las partes contratantes. Así, no sólo se hace referencia a la cifra quincenal o mensual percibida por el empleado -sentido restringido y común del vocablo-, sino a todas las cantidades que por concepto de primas, vacaciones, cesantías, horas extras -entre otras denominaciones-, tienen origen en la relación laboral y constituyen remuneración o contraprestación por la labor realizada o el servicio prestado.»

Nótese que el aparte transcrito de manera alguna se refiere a la posibilidad de señalar emolumentos sin carácter salarial para la liquidación de otras prestaciones sociales, sino a la acepción amplia del vocablo *salario*, para exponer que todas las sumas que se generen en favor del trabajador como consecuencia de la relación laboral deben pagarse cumplidamente, sin importar su denominación, contexto que es diferente al que en esta oportunidad se debate. De esta manera, no resulta admisible que, como lo sugiere el demandante, todas las sumas que reciba el servidor deban ser consideradas como factor salarial, habida cuenta de que la definición incluida en la sentencia SU-995 de 1999 incluye igualmente las cesantías, vacaciones y primas, las cuales en sentido estricto la ley define como prestaciones sociales.

En esas condiciones, no le asiste razón a la parte demandante por este aspecto, pues al no haberse probado el desconocimiento de la sentencia SU-995 de 1999 tampoco se configuró la vulneración del artículo 53 de la Carta Política, por lo que se considera que se deben despachar desfavorablemente las pretensiones de la demanda.

En conclusión, La expresión «La prima no constituye factor para liquidar elementos salariales o prestacionales» en relación con la prima de gestión tributaria, aduanera y cambiaria, contenida en el artículo 1.º, inciso 3.º, del Decreto 1746 del 25 de octubre de 2017, no incurrió en la vulneración de normas superiores alegada por la demanda, en atención a lo siguiente:

- No se desconocieron los artículos 230 y 243 Superiores ni el deber

impuesto por el artículo 10 del CPACA en la expedición del aparte acusado, puesto que la providencia del 6 de julio de 2015, proferida dentro del proceso 0192-2011, no es una sentencia de unificación, y porque tampoco vulneró el deber de aplicación uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos, pues la prestación que fue objeto de estudio en esa oportunidad, el incentivo de desempeño grupal, tiene características distintas a la que en esta oportunidad se analiza frente a la prima de gestión tributaria, aduanera y cambiaria.

- Porque no desconoció la definición de *salario* contenida en la sentencia SU-995 de 1999, teniendo en cuenta que se abordó en un contexto distinto al que se presenta en esta oportunidad, en consecuencia, no vulneró el artículo 53 de la Constitución Política.

Decisión de segunda instancia

Por lo anterior, la Subsección A denegará la pretensión nulidad presentada por el Sindicato de Unificación Nacional de Empleados de la DIAN y Finanzas Públicas, Siunedian y Finanzas Públicas.

Reconocimiento de personería

Se reconocerá personería a la abogada Adriana Marcela Ortega Moreno, identificada con C.C. 1.013.607.950 de Bogotá y T.P. 273.576 del C.S. de la J. como apoderada de la Nación, Departamento Administrativo de la Función Pública, en los términos y para los efectos de la sustitución efectuada en el folio 101 del expediente.

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

FALLA

Primero: Denegar la pretensión de nulidad de la expresión «La prima no constituye factor para liquidar elementos salariales o prestacionales» contenida en el artículo 1 del Decreto 1746 del 25 de octubre de 2017, expedido por el Gobierno Nacional.

Segundo: Reconocer personería a la abogada Adriana Marcela Ortega Moreno, identificada con C.C. 1.013.607.950 de Bogotá y T.P. 273.576 del C.S. de la J. como apoderada de la Nación, Departamento Administrativo de la Función Pública, en los términos y para los efectos de la sustitución efectuada en el folio 101 del expediente.

Tercero: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente y háganse las anotaciones pertinentes.

Notifíquese y cúmplase

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

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Firmado electrónicamente

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Firmado electrónicamente

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Firmado electrónicamente

CONSTANCIA: La presente providencia fue firmada electrónicamente por la Sala en la plataforma del Consejo de Estado denominada SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del CPACA.