

INCENTIVO POR DESEMPEÑO GRUPAL EN LA DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – No reconocimiento a supernumerarios. No vulnera el derecho a la igualdad

Los supernumerarios puede ser utilizada por ciertas entidades como la DIAN para cubrir las vacaciones y licencias de los empleados públicos, y para el cumplimiento de labores de **carácter transitorio**, razón por la cual vinculación, en términos de vigencia, no puede exceder de (3) meses, a menos que se trate de labores transitorias. Adicionalmente su escala de remuneración no se asemeja a otro funcionario de planta sino que la misma se otorga teniendo en cuenta la escala establecida en la autorización gubernamental. Las diferencias entre un servidor de planta y un supernumerario para poder avizorar la legalidad del artículo demandado en cuanto a que el mismo estableció un trato diferente entre dos servidores del Estado, que si bien lo pueden hacer bajo la apariencia de una misma labor, lo cierto es que desde su creación, naturaleza y especificidades distan mucho uno del otro. Es más, los incentivos de que trata el artículo cuestionado se trazan bajo el cumplimiento de unas metas que por evidentes razones muchas veces no pueden ser ni cumplidas ni exigidas a los supernumerarios, en razón a la temporalidad mínima de su vinculación a la DIAN.

FUENTE FORMAL: LEY 223 DE 1995 / DECRETO 1072 DE 1999 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 13 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 23 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 53

INCENTIVO POR DESEMPEÑO GRUPAL EN LA DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – No otorgar carácter salarial desmejora el salario de los empleados

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.

NORMA DEMANDADA: DECRETO 4050 DE 2008 (22 DE OCTUBRE) – ARTICULO 8, GOBIERNO NACIONAL (NULO PARCIAL)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Bogotá D.C., seis (6) de julio de dos mil quince (2015).-

Radicación número: 11001-03-25-000-2011-00067-00(0192-11)

Actor: SINDICATO NACIONAL DE EMPLEADOS DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES "SINEDIAN"

Demandado: GOBIERNO NACIONAL

Conoce la Sala en única instancia del proceso de nulidad instaurado por el Sindicato Nacional de Empleados Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales SINEDIAN con el fin de obtener la nulidad de las frases "*no constituirá factor salarial para ningún efecto*" y "*de la planta de personal*" contenidas en el artículo 8 del Decreto 4050 de 22 de octubre de 2008 por el cual se dictan disposiciones en materia salarial para la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

DEMANDA

El sindicato antes mencionado en ejercicio de la acción de nulidad, solicita a esta Corporación se declare la nulidad de los apartes destacados de la norma acusada que a continuación se transcribe:

"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 subrayan textos acusados)

HECHOS

La parte actora afirma que la Ley 4ª de 1992 se expidió para señalar las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, entre ellos los de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, en adelante DIAN.

Dice que el Congreso de la República tan solo ordenó al Gobierno Nacional y en forma taxativa para los empleados de la Rama Judicial, en los artículos 14 y 15 de la Ley marco antes citada, la creación de una prima especial no inferior al 30% ni superior al 60% del salario básico sin carácter salarial para los cargos que esa misma disposición contenía. Agrega que ninguno de los demás artículos de la mentada Ley 4ª le otorgó tal potestad al ejecutivo para crear primas y/o emolumentos sin carácter salarial.

Menciona que en cumplimiento de lo ordenado por la Ley 4ª de 1992 el Gobierno Nacional ha expedido los decretos salariales de cada vigencia fiscal y para el caso en concreto expidió, para el año 2008, el Decreto demandado que en los apartes que se destacan establecen que el incentivo por desempeño grupal será para los empleados de la planta de personal de la DIAN y que el mismo no constituye factor salarial, pese a que es devengado de manera mensual.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACION

Las normas que cita como violadas son los artículos 13, 25, 53, 150 y 189 de la Constitución Política y la Ley 4ª de 1992.

Al momento de desarrollar el concepto de violación de las normas acusadas, indica que al proferirlas el Gobierno actuó sin competencia como quiera que la potestad para crear cualquier prima sin carácter salarial, independientemente del nombre que ella pueda tener, solo podía ser ejercida respecto de los cargos que se encuentran enlistados de manera taxativa y concreta en la Ley 4ª de 1992, por lo que le es vedado imponer una prima sin carácter salarial para otros servidores públicos distintos a los allí contemplados.

Asegura que al hacer un ejercicio numérico se tiene que para efectos pensionales a los funcionarios destinatarios de la norma acusada no se les puede tomar como base para la cuantificación de su pensión de jubilación el 100% de la remuneración salarial mensual y sobre este calcular el 75% como lo estatuye la Ley, ya que de acuerdo con la norma demandada el salario base de liquidación no es del 100% sino que se ve disminuido en el valor correspondiente al incentivo por desempeño grupal.

De igual manera señala que la norma acusada viola normas de rango superior como son los artículos 13, 25 y 53 por cuanto al disponer que la prima consagrada en el artículo 8º. solo la devengarán los empleados públicos de la DIAN que ocupen cargos en la planta de personal de la entidad, discrimina y excluye a otros servidores de dicha entidad como son los supernumerarios, desconociendo con ello lo establecido en la letra j) del artículo 2º. y el 3º. de la Ley 4ª de 1992.

Para sustentar lo anterior transcribe apartes de sendas sentencias proferidas por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, sin que de sus referencias se pueda establecer su existencia.

Así mismo insiste en que una prima por desempeño grupal que no sea un factor para tener en cuenta en el salario básico, resulta contrario a todo principio de derecho laboral.

Por otra parte, asegura que los apartes demandados incurren en desviación de poder porque el ejecutivo se apartó de los fines que según la Ley 4ª de 1992 debe perseguir al expedir los decretos salariales y creó un incentivo por desempeño grupal, en detrimento de los efectos salariales que dicho incentivo debe contener.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

1. La apoderada de la DIAN, al momento de ejercer su derecho a la defensa, propuso como excepciones la de cosa juzgada, poder insuficiente e inepta demanda, haciéndolas consistir, en su orden, en que el Consejo de Estado en el proceso 2824-00 negó las pretensiones respecto a la nulidad del artículo 5º del decreto 1258 de 1999, el cual consagraba el incentivo por desempeño grupal, que contenía la regla de que no constituiría factor salarial para ningún efecto legal; en que el poder de representación judicial solo está dado para que al decreto acusado se le anule lo relacionado con la negativa de que la prima de desempeño grupal constituya factor salarial, no para que la misma cobije a distintos empleados de la DIAN; y en que no hizo una exposición ni sustentó en debida forma el sentido de violación, pues se limitó a citar normas de rango constitucional sin el sustento que permitiera al juez de la causa determinar si es válida la argumentación dada por el demandante.

En lo demás consideró que la prima establecida en el decreto acusado está lejos de constituir un desmejoramiento de derechos laborales de los servidores públicos de la DIAN, pues es un reconocimiento a la labor desempeñada durante un periodo específico, de la cual se hace merecedor quien cumpla con las metas impuestas.

Explicó la forma de creación de la entidad demandada advirtiendo que consagra un régimen de carrera administrativa que establece la diferencia entre la vinculación y el régimen legal de los funcionarios de carrera o de planta, los de libre nombramiento y remoción y los supernumerarios.

2. Por su parte, el Departamento Administrativo de la Función Pública alegó que las pretensiones de la parte actora son propias de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho que no de simple nulidad, en atención a la solicitud de cumplimiento de la sentencia favorable en los términos del artículo 176 del C.C.A.

Seguidamente advirtió que la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores públicos de la DIAN, es una competencia privativa del Gobierno Nacional.

Luego efectuó un análisis normativo y jurisprudencial donde se establece la diferencia entre los empleados de la planta de personal y los supernumerarios, para concluir diciendo que estos últimos no pueden ser merecedores del incentivo por desempeño grupal.

Por último dijo que según la jurisprudencia colombiana, no existe ninguna razón constitucional o legal que impida que determinada prestación social se liquide sin tener en cuenta el monto total del salario.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte actora hace alusión a las excepciones propuestas por la apoderada de la DIAN manifestando que la relacionada con la insuficiencia de poder la estructura sobre un estudio “poco serio” toda vez que la aceptación o admisión de la demanda demuestra que el Magistrado sustanciador del proceso estudió la concordancia del poder con la demanda misma. Respecto de la inepta demanda consideró que la misma cumple con los requisitos y exigencias establecidos por el CCA y que a lo largo de la demanda se evidencian con claridad los motivos que sustentan la violación de las normas invocadas como violadas.

Así mismo indicó que no es del caso dar curso a la excepción de cosa juzgada por cuanto la misma hace relación a un Decreto de 1999 y la presente demanda versa sobre el Decreto expedido en 2008, bajo una reestructuración distinta de la DIAN.

Por su parte, el apoderado del Departamento Administrativo de la Función Pública reiteró los argumentos esbozados en la contestación de la demanda.

Y la DIAN, a través de apoderado, bajo un escrito similar al presentado al momento de contestar la demanda, terminó por alegar lo mismo que en aquella etapa procesal.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Tercera Delegada ante el Consejo de Estado emitió concepto de fondo solicitando se denieguen las pretensiones de la demanda.

Se refirió en primera medida a la excepción de “cosa juzgada” propuesta por la DIAN, advirtiendo que coincidía con la demandada respecto al fundamento de dicha excepción, pues el artículo 5º del Decreto 1268 de 1999, en esencia guarda estrecha e íntima relación con el artículo 8º del Decreto 4050 de 2008, máxime si se encuentran en el objeto de las pretensiones los dos supuestos que acá se ventilan, pues se demandó la expresión. “no constituirá factor salarial para ningún efecto legal”, que es el meollo del asunto, por tanto “*mutatis mutandi*” los fundamentos de aquél asunto son válidos en este y, en términos concretos, la razón es la misma, y, por ende, entendió que en lo que respecta a la expresión citada, ya el contencioso administrativo se pronunció a través de la sentencia citada por la defensa, proferida por el Consejo de Estado el 14 de febrero de 2000, M.P. Dra. Ana Margarita Olaya Forero, que en el aparte referente al incentivo por desempeño grupal concluyó:

(...) “Se tiene entonces que al demandante tampoco le asiste el derecho al reconocimiento y pago de dicho incentivo, habida cuenta que no ocupó cargo alguno en la planta de personal de la U.A.E. DIAN.

Atendiendo a lo dicho en párrafos anteriores, encuentra la Sala que le asiste razón al a quo para negar al demandante el reconocimiento de la Prima Técnica y de los Incentivos por desempeño Grupal y Nacional, en consideración a que tales beneficios, como se advirtió, son susceptibles de reconocimiento para el personal de planta de la Entidad, según lo dispuesto por la normativa especial que regula la materia en estudio.” (...)

Sobre la excepción de poder insuficiente, consideró que para incoar una acción de nulidad ni siquiera podría requerirse de poder especial, pues cualquier ciudadano puede impetrarla, ya que no se restringe tal derecho a un grupo específico de personas sino que está legitimado cualquier ciudadano para ello.

Por lo anterior estimó que lo demandado relativo a la expresión: “de la planta de personal”, puede entenderse que es de la autoría del profesional demandante, por su cuenta y riesgo; de ahí que se estime que no procedería la prosperidad de dicha excepción.

En lo que respecta a la excepción de inepta demanda, consideró que no le asistía razón al proponente, pues la demanda es clara y los motivos de violación fueron lo suficientemente concretos y explicativos, ya que la parte demandada se refirió a estos en forma precisa; de ahí que esta excepción no cuenta con soporte fáctico ni jurídico para su prosperidad.

En relación con el fondo del asunto manifestó que el legislador dio competencia al Gobierno Nacional para fijar los regímenes salariales y prestacionales de los empleados públicos del orden nacional, es decir, al orden que pertenece la UAE-DIAN.

Expresó que es cierto que los supernumerarios se vinculan a cargos con previa nomenclatura y rubro salarial cubierto con el mismo que se utiliza para cubrir los cargos ocupados por el personal de carrera y de planta, pero las escalas salariales tienen reglamentación diferente por lo que no pueden ponerse en la misma condición a quienes hacen parte integrante, activa y permanente de la Institución con aquellos que se vinculan para suplir necesidades del servicio o atender campañas de control a la evasión o a la corrupción, ya que la posibilidad que da el ordenamiento jurídico para los supernumerarios no es la de la permanencia sino la de la ocasionalidad o transitoriedad o temporalidad; de ahí que se les vincule según se pueda económicamente y para efectos claros y determinados en el tiempo, por lo que no es viable entonces el reconocimiento del incentivo objeto de estudio.

Dijo la Vista Fiscal que no se evidencia vulneración de los derechos fundamentales alegados como violados, pues se trata de una modalidad de empleo prevista para la DIAN, por la naturaleza de sus funciones, y que hizo necesario para el legislador y para la administración crear y mantener la institución de los supernumerarios para cubrir eventualidades laborales, lo cual no es reprochable. Por ello, culmina con el argumento de que los servidores clasificados como supernumerarios tienen un tratamiento diferente a los de la planta de personal con que cuenta la entidad y ello no revela ni significa infracción de los derechos fundamentales.

En cuanto a la desviación de poder consideró que la misma no se da en el caso de autos porque el Gobierno Nacional puede determinar si establece un beneficio

prestacional extraordinario como factor salarial o si lo excluye de tal condición, pues contando con la competencia para fijar los regímenes, puede tomar la decisión de calificar en uno u otro sentido, porque de lo contrario no sería la autoridad en la materia.

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si el Gobierno Nacional excedió la potestad reglamentaria que le otorga la Constitución Política al establecer que el incentivo de desempeño grupal no constituye factor salarial y si al estar dirigido solo a los empleados de la planta de personal de la DIAN el ejecutivo vulneró los derechos fundamentales invocados como violados en la demanda.

Previo a dirimir lo anterior, es necesario que la Sala decida la solicitud de coadyuvancia elevada por el señor Harold Hernán Moreno Cardona, así como sobre las excepciones propuestas:

De la solicitud de coadyuvancia

Se observa que a folios 127-134 del expediente el señor Harold Hernán Moreno Cardona solicita participar dentro del proceso como coadyuvante, y en virtud de tal presenta diversos memoriales.

Al respecto se precisará que de conformidad con el art. 146 del C.C.A., modificado por el art. 48 de la ley 446 de 1998, norma aplicable al caso que se estudia por cuanto el proceso se tramitó en vigencia de esta normatividad, en los procesos de simple nulidad cualquier persona podrá pedir que se le tenga como coadyuvante, hasta el vencimiento de traslado para alegar en primera o en única instancia.

Como puede observarse en el expediente, el señor Moreno Cardona formuló su solicitud de coadyuvancia luego de vencido el término de traslado para alegar, el

cual transcurrió en agosto de 2012, mientras que su escrito se presentó en mayo de 2013, luego resulta evidente que fue extemporáneo.

Por lo anterior, se negará la solicitud de intervención como coadyuvante del señor Moreno Cardona.

De la excepción de inepta demanda

Como fundamento de esta excepción se expone que la demanda no hizo una sustentación en debida forma del concepto de violación, pues se limitó a citar normas de rango constitucional sin el sustento que permitiera al juez de la causa determinar si es válida la argumentación dada en el libelo introductorio.

Frente a lo anterior se dirá que a juicio de la Sala, la exigencia procesal contemplada en el numeral 4º del artículo 137 del C.C.A. se satisface cuando en el libelo demandatorio se consigna la invocación normativa y la sustentación de los cargos.

Obviamente la parte actora, por la significación sustantiva que puede tener un concepto de violación en el que se evidencie de forma manifiesta la ilegalidad del acto acusado, requiere empeñarse en su elaboración, sin que los resultados del proceso dependan de un modelo estricto de técnica jurídica. Solamente en ausencia total de este requisito o cuando adolezca de la enunciación normativa sin la correspondiente sustentación se entenderá defectuosa la demanda por carencia de uno de sus presupuestos y necesaria la subsanación en el lapso contemplado en el artículo 143 del C.C.A., aserto que ratifica el carácter formal de la exigencia plasmada en el artículo 137 numeral 4º ibídem.

En el caso concreto se observa que el demandante cumplió con la carga procesal que le asistía de indicar las razones por las cuáles debía accederse a la pretensión invocada; tan clara fue su exposición, que la contraparte se pronunció

sobre cada cargo planteado y ejerció en debida forma su derecho de contradicción.

Así las cosas, la excepción propuesta no prospera.

De la insuficiencia de poder

Esta excepción se estructura sobre la idea de que el poder otorgado al apoderado de la parte actora sólo se concedió para efectos de obtener la nulidad de la expresión *“no constituirá factor salarial para ningún efecto legal y”*, no para propender por la nulidad relacionada con el aparte *“de la planta de personal”*.

Referente a esta situación se dirá que dentro del proceso contencioso administrativo se deben cumplir una serie de presupuestos que condicionan no solo su nacimiento válido sino su desarrollo libre de cualquier vicio que altere la validez del proceso para poder culminar con un fallo con carácter de sentencia.

Dentro de los presupuestos procesales que se exigen de la demanda se tiene que la misma se debe formular ante el funcionario competente de la jurisdicción contencioso administrativa; que la persona demandada tenga capacidad jurídica y procesal para comparecer en juicio en calidad de tal; y que la demanda reúna los requisitos exigidos por la ley.

Ahora bien, en el caso de autos se acudió a través de apoderado judicial, **sin que sea exigencia dentro de la acción impetrada**. De acuerdo con el artículo 65 del Código de Procedimiento Civil, los poderes pueden ser generales o especiales; en el segundo caso, los asuntos se determinarán claramente, de modo tal que no puedan confundirse con otros.

En el caso bajo estudio, el sindicato actor interpuso demanda en ejercicio de la acción de nulidad, con el fin de que se declare la nulidad de los apartes

destacados al inicio de esta providencia consignados en el artículo 8º del Decreto 4050 de 2008.

Ahora, se observa a folio 1 del cuaderno principal que la parte actora otorgó poder especial, amplio y suficiente al doctor Carlos Pinzón Barreto, dirigido al Consejo de Estado *“para que instaure y lleve hasta su término una DEMANDA CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA ACCIÓN PÚBLICA DE NULIDAD CONTRA LA expresión “NO CONSTITUIRÁ FACTOR SALARIAL PARA NINGÚN EFECTO LEGAL” contenida en EL ARTÍCULO 8º DEL DECRETO 4050 del 22 de Octubre de 2008, expedido por el Presidente de la República, mediante el cual se estableció el régimen salarial para los empleados de la DIAN en el citado año.”*

En principio, y haciendo de lo anterior una lectura desprevenida, se podría decir que el citado poder determina el asunto objeto del mismo, de modo que no existiría confusión en torno al aparte del acto administrativo que se enuncia en el poder conferido y los que en realidad se demandan en el caso presente.

Sin embargo, tal deficiencia no es de tal envergadura para que prospere la excepción propuesta por la parte demandada, toda vez que tal y como lo ha dicho esta Corporación, son situaciones saneables y superables dentro del litigio que se ventila a través de este tipo de acciones, que como se dijo, no son de las que se obligue a acudir a través de apoderado judicial.

En efecto, en auto del 27 de mayo de 2009, proferido por la Sección Tercera del Consejo de Estado, se dijo lo siguiente:

“El poder otorgado en debida forma, esto es, conferido de acuerdo con lo que la ley dispone, hace parte del conjunto de presupuestos necesarios para que el proceso se desarrolle normalmente, es decir, de conformidad con las etapas e instancias previstas por el ordenamiento y, por supuesto, en observancia del debido proceso, en ausencia, por ende, de cualquier evento o circunstancia que implique la invalidez o vicio del mismo.

En este sentido, la ley procesal contempla varias etapas para advertir y, como consecuencia, proceder a sanear el proceso del cualquier vicio o irregularidad que lo afecte. Uno de esos momentos, lo configura el instante

en el cual el Juez realiza el análisis de admisibilidad de la demanda, a partir del cual la ley lo faculta para ejercer una de tres actuaciones: la admisión, la inadmisión o el rechazo de la demanda.

En cuanto a la inadmisión -la cual es la que para el presente caso resulta relevante- cabe decir que aunque de las normas del C.C.A., que regulan esta figura no está consagrado expresamente que la ausencia de poder constituya causal de inadmisión¹, ello no quiere decir que el Juez Administrativo esté imposibilitado para inadmitir la demanda cuando el poder no hubiere sido conferido debidamente.

Como se expuso líneas atrás, en ejercicio del derecho de postulación las personas que pretendan ser parte dentro de un proceso judicial deberán acudir ante la Administración Judicial mediante abogado, requisito que se extiende a las actuaciones surtidas ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, para lo cual resulta necesario que cuando dicho procurador pretenda intervenir en determinado asunto, en especial, cuando presente una demanda, deberá tener poder para ello, el cual deberá anexar con el libelo demandatorio.

En este sentido el Juez, como director del proceso, tiene el deber de disponer de todas las medidas pertinentes para el saneamiento del mismo, entre las cuales se encuentra, por supuesto, la de advertir acerca de las falencias que encuentre en el otorgamiento del poder, con el fin de que se corrijan.

Se agrega, además, que en atención a que en el C.C.A., no existe regulación expresa en relación con los requisitos necesarios para la elaboración y presentación de los poderes, amén de que ese Estatuto guarda silencio respecto de las consecuencias jurídico-procesales que se desprenden de la omisión en la elaboración del poder según las previsiones legales, resulta necesario, ante tal ausencia de regulación, acudir a las normas que sobre este tema se encuentran contenidas en el Estatuto Procesal Civil, según los dictados del artículo 267 del C.C.A.

En este orden de ideas, el numeral 5° del artículo 85 del C. de P. C., establece como causal de inadmisión de la demanda “cuando el poder no sea suficiente”, evento que encuentra directa relación con la falta de determinación e individualización del proceso(s) en el objeto de un poder especial.” (Subraya ahora la Sala).

Así las cosas, no resulta procedente proferir un fallo inhibitorio, como lo pretende la parte demandada, como quiera que un defecto de esta naturaleza no se traduce en la falta de uno de los presupuestos legales de la acción, como tampoco en una causal de nulidad del proceso.

¹ En efecto el artículo 143 del C.C.A., establece como causal de inadmisión que la demanda carezca de los requisitos y formalidades previstos en los artículos que le preceden, disposiciones que en ningún momento hacen referencia a la necesidad de aportar como anexo a la demanda el poder correspondiente.

Así se consideró en el referido auto del 27 de mayo de 2009, expediente 36.432, cuando explicó:

“Finalmente, si se surte el trámite del proceso sin que se hubieren advertido tales deficiencias, tal irregularidad puede ser constitutiva de una causal de nulidad, la cual se configurará sólo en el evento en el cual se presente una carencia total de poder (numeral 7° del artículo 140 del C. de P. C.).”
(Subrayado por fuera del texto original).

Como en el caso concreto no se configuró un vicio constitutivo de carencia total de poder y, conforme a lo expuesto ni siquiera se presentó una falta de claridad respecto de la materia objeto del mismo, no cabe considerar viciado el proceso, porque tal circunstancia no está contemplada como causal de nulidad procesal.

Cabe recordar que en el presente caso, el Sindicato actor otorgó poder a su abogado de confianza para que llevara a cabo el objeto del mandato conferido con los requisitos formales que este debe llevar, tales como : *i)* La designación del Tribunal ante el cual ha de presentarse la futura demanda, *ii)* La indicación del sujeto demandado y *iii)* La naturaleza de la actuación encomendada.

Así las cosas, esta excepción no tiene vocación de prosperidad y así se declarará en la parte resolutive de esta providencia.

De la excepción de cosa juzgada

Considera que el caso sometido a estudio ya fue decidido por esta Corporación en sentencia del 14 de febrero de 2002, dentro del proceso radicado 2824-00, con ponencia de la Consejera de Estado Dra. Ana Margarita Olaya Forero; sin embargo, tal argumento no puede ser de recibo, toda vez que en aquella oportunidad se invocó la acción objetiva de nulidad orientando su reproche frente a normas de rango legal que estaban dirigidas más al control del legalidad sin analizar la Constitucionalidad del desmejoramiento de la situación de los funcionarios de la planta de personal de la DIAN, que sí se hace esta vez con base en los derechos fundamentales alegados como violados.

En efecto, la sentencia a la que hace alusión la DIAN, estructuró su decisión conforme a las normas invocadas como violadas en aquella ocasión, así:

“Agrega, de otra parte, que no concederle carácter salarial al incentivo viola los artículos 2 y 18 de la Ley 100 de 1993. Expresa que el mínimo grado de consecuencia con la solidaridad en un sistema integral de seguridad social inmerso en un Estado Social de Derecho es que los miembros del mismo aporten de conformidad con sus ingresos reales. Dice que si los trabajadores privados o los públicos aportasen al régimen de seguridad social sobre niveles inferiores a sus reales ingresos, se estaría propiciando una grave inequidad y un desconocimiento al principio de solidaridad.

Finalmente, señala que la Ley 4ª de 1992 en el artículo 3 establece los elementos que integran el sistema salarial de los servidores públicos, sin que prescriba expresamente cuáles conceptos no constituye salario, como si lo hace el Código Sustantivo del Trabajo, por lo 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; que además, resulta manifiestamente ilegal, entregarle a las directivas de la Dirección de Impuestos y Aduanas la posibilidad de fijar un derecho por debajo de la escala definida por el Gobierno en cumplimiento a los lineamientos dados por el Congreso de la República.”

Así las cosas, el estudio que se abordará en este escenario será de cara a la Constitución Política, en atención a los argumentos esbozados por la parte actora en la demanda.

En razón a ello, la excepción propuesta no puede prosperar y en consecuencia se estudiará de fondo el asunto, en relación con las acepciones “de la planta de personal” y “no constituirá factor salarial para ningún efecto legal” contenidas en el Decreto demandado.

Caso concreto:

Dice la parte demandante que la expresión demandada viola los artículos 13, 25, 53, 150 y 189 de la Constitución Política y la Ley 4ª de 1992.

Como se vio con anterioridad, los artículos 13, 23 y 53, hacen alusión al argumento planteado por el apoderado del actor referente a la desigualdad y/o discriminación que existe al consagrar el mentado incentivo para los funcionarios de la planta de personal de la DIAN y no para los supernumerarios.

Frente a ello se dirá que esta Sección ha sido constante y sólida en relación con la definición y naturaleza de los supernumerarios y los derechos que por su misma condición pueden o no recibir.

En efecto, el Decreto 1042 de 7 de junio de 1978, *“Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones”*, en relación con los supernumerarios en el artículo 83 dispuso lo siguiente:

“Para suplir las vacancias temporales de los empleados públicos en caso de licencias o vacaciones, podrá vincularse personal supernumerario.

También podrá vincularse supernumerarios para desarrollar actividades de carácter netamente transitorio.

~~*En ningún caso la vinculación de un supernumerario excederá el término de tres meses, salvo autorización especial del Gobierno cuando se trate de actividades que por su naturaleza requieran personal transitorio por períodos superiores.²*~~

(...)

La vinculación se hará mediante resolución administrativa en la cual deberá constar expresamente el término durante el cual se prestaran los servicios y la asignación mensual que vaya a pagarse.”

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-401 de 1998, dijo lo siguiente:

“(...) La vinculación de servidores supernumerarios llamados a prestar servicios temporales en la Administración Pública, no desconoce los derechos de quienes se hallan inscritos en la carrera administrativa. En efecto, en cuanto la vinculación de personal supernumerario se lleva a cabo sólo cuando se presentan vacancias temporales por licencia o vacaciones y cuando existe necesidad de desarrollar actividades de carácter meramente transitorio, resulta evidente que no conlleva el desplazamiento ni la desvinculación del cargo de otros funcionarios de carrera. Las labores que se adelantan por dichos funcionarios supernumerarios son, justamente, aquellas

² Aparte tachado declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-401-1998.

que transitoriamente no pueden ser atendidas por el titular ausente, o aquellas que nadie cumple dentro de la organización por no formar parte del rol ordinario de actividades, por tratarse también de actividades temporales. Resulta claro que la vinculación de empleados supernumerarios para llevar a cabo actividades meramente temporales, constituye un modo excepcional de vinculación laboral con la Administración Pública. (...)

La Corte encuentra entonces, que las facultades que el inciso tercero otorga al Gobierno para autorizar la vinculación de personal transitorio por cualquier período de tiempo, y sin ninguna restricción, contradicen la normatividad constitucional, que exige una previa delimitación de esta planta de personal, el señalamiento de las actividades a que se dedicará que siempre deben corresponder a necesidades extraordinarias, el tiempo de la vinculación transitoria, y la previa apropiación y disponibilidad presupuestal de sus salarios y prestaciones sociales. (...)"

De lo anterior se puede inferir que la figura de los supernumerarios puede ser utilizada por ciertas entidades como la DIAN para cubrir las vacaciones y licencias de los empleados públicos, y para el cumplimiento de labores de **carácter transitorio**, razón por la cual vinculación, en términos de vigencia, no puede exceder de (3) meses, a menos que se trate de labores transitorias. Adicionalmente su escala de remuneración no se asemeja a otro funcionario de planta sino que la misma se otorga teniendo en cuenta la escala establecida en la autorización gubernamental.

En lo tocante al nombramiento de Supernumerarios en la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN se dirá que se han expedido multiplicidad de normas, entre las que se encuentra la Ley 223 de 1995, “Por la cual se expiden normas sobre racionalización tributaria y se dictan otras disposiciones”, que previó la posibilidad de vincular Supernumerarios en el Plan de Choque contra la Evasión Fiscal, de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 154. FINANCIACIÓN DEL PLAN. El Gobierno propondrá al Congreso de la República en el proyecto de ley de presupuesto, una apropiación específica denominada "Financiación Plan Anual Antievasión" por una cuantía equivalente a no menos del 10% del monto del recaudo esperado por dicho plan. Estos recursos adicionales de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, serán clasificados como inversión.

Con estos recursos, la administración tributaria podrá contratar supernumerarios, ampliar la planta y reclasificar internamente sus

funcionarios. Igualmente se podrán destinar los recursos adicionales a la capacitación, compra de equipo, sistematización, programas de cómputo y en general todos los gastos necesarios para poder cumplir cabalmente con lo estatuido en el presente capítulo.

Para 1996 el gobierno propondrá la modificación presupuestal, según fuera del caso, para dar cumplimiento a lo establecido en la presente ley.”

³

Posteriormente el artículo 22, del Decreto 1072 de 26 de junio de 1999, en relación con la vinculación de personal supernumerario, dispuso lo siguiente:

“El personal supernumerario es aquel que se vincula con el fin de suplir o atender necesidades del servicio, para apoyar la lucha contra la evasión y el contrabando, para el ejercicio de actividades transitorias, y para vincular personas a procesos de selección dentro de los concursos abiertos cuando estos se realicen bajo la modalidad de concurso-curso.

La resolución por medio de la cual se produzca esta modalidad de vinculación deberá establecer el término de duración. La asignación mensual se fijará de acuerdo a lo establecido en la nomenclatura y escala salarial vigente para la Entidad. Durante este tiempo, la persona así nombrada tendrá derecho a percibir las prestaciones sociales existentes para los servidores de la contribución.

También se podrán vincular a la Entidad como personal supernumerario por un término no superior a seis (6) meses, estudiantes que, en virtud de convenios celebrados con instituciones de educación superior, debidamente reconocidos por el ICFES, o con el Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA-, deban ser vinculados para que realicen prácticas o pasantías que complementen su formación académica o adiestramiento, según sea el caso, o que hayan culminado estudios profesionales de Abogado o Contador y que requieran el desarrollo de actividades relacionadas con el ejercicio de su profesión, como requisitos para obtener al título correspondiente.

La prestación del servicio por parte del personal supernumerario a que se refiere el inciso anterior, podrá realizarse a título gratuito y su jornada de trabajo podrá ser inferior a la ordinaria. Cuando la vinculación implique remuneración, podrá pactarse el pago de la asignación básica mensual que corresponda al menor grado del nivel auxiliar de la escala salarial de la entidad.

³ Declarado exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C- 540 de 16 de octubre de 1996, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

No obstante la existencia del término de vinculación, el nominador por necesidades del servicio, podrá desvincular en cualquier momento el personal supernumerario a que se refiere el presente artículo.”⁴

La Corte Constitucional en sentencia C-725 de 21 de junio de 2000, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra, declaró condicionalmente exequible la norma en comento, teniendo en cuenta la siguiente argumentación:

“(…) 3.13.2. Se observa por la Corte que la existencia de una carrera administrativa especial en la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, per se no es contraria a la Carta Política, dado que el artículo 125 de la misma no ordena al legislador el establecimiento de una carrera administrativa única, sino simplemente dispone que los empleos en los órganos y entidades del Estado se sometan a ese régimen, que se nombren por concurso público que el ingreso a los cargos y ascenso en los mismos se realicen previo el cumplimiento de los requisitos y las condiciones que fije la ley para determinar los méritos y las calidades de los aspirantes, reglas estas que no resultan quebrantadas por las disposiciones acusadas, sino, al contrario, desarrolladas por el legislador extraordinario para hacerlas efectivas en las circunstancias particulares y concretas propias de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, razón por la cual se declararán conformes a la Constitución. (…)

3.14.2. Se observa por la Corte que la limitación impuesta a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales para que "sólo" puedan ser nombrados como director regional, administrador especial, administrador local y administrador delegado miembros del "personal activo" de la Policía Nacional y las Fuerzas Militares comisionados para el efecto, es violatorio de la Constitución, pues, si bien es verdad que ocasionalmente ellos pueden ser designados para el desempeño de funciones públicas, no puede el legislador excluir a los ciudadanos no militares ni miembros de la Policía del derecho de acceder a tales cargos públicos en una entidad oficial determinada, como ocurre en este caso respecto de los mencionados en el parágrafo del artículo 17 del Decreto 1072 de 1999, pues de esa manera se quebranta el artículo 40, numeral 7 de la Carta que garantiza como uno de los derechos políticos el de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, "salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción que tengan doble nacionalidad" excepción esta que habrá de reglamentarse por la ley. (…)"

⁴ Artículo declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-725 de 21 de junio de 2000, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

La Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de 23 de octubre de 2008, expediente 1393-07, M.P. Dr. Gustavo Gómez Aranguren, al respecto dijo lo siguiente:

“(...) Según este precepto, como se anticipó en el acápite anterior, la vinculación del personal Supernumerario se puede efectuar para apoyar la lucha contra la evasión y el contrabando, para el ejercicio de actividades transitorias y para vincular personal a concursos abiertos bajo la modalidad de concurso-curso. Dicho personal puede percibir prestaciones sociales por el tiempo de vinculación y puede ser desvinculado en cualquier momento por el nominador.

Pues bien, del conjunto normativo relacionado, que regula el personal Supernumerario, se colige, que dicha figura es de carácter excepcional y a ella puede acudir la Administración Pública a fin de vincular personal en forma temporal, con el objeto de cumplir labores de naturaleza transitoria; bien sea, para suplir la vacancia, en caso de licencia o vacaciones de los funcionarios titulares o bien para desarrollar labores que se requieran para cubrir las necesidades del servicio, evidentemente que no sean de carácter permanente, pero sí en calidad de apoyo. Sus labores son justamente aquellas que transitoriamente no pueden ser atendidas por el titular ausente o aquellas que nadie cumple dentro de la organización por no formar parte de las actividades ordinarias y por ser temporales.

De manera pues, que esta forma de vinculación, permite hacer prácticos los principios de eficacia y celeridad administrativa, impidiendo la paralización del servicio, como se indicó, en caso de vacancia temporal o cuando la misma realización de las actividades transitorias perjudique el ritmo y rol del trabajo ordinario ejecutado por los empleados públicos.

Específicamente, en lo que a la U.A.E DIAN hace referencia, se advierte la posibilidad que tiene la Entidad para vincular personal Supernumerario, para suplir o atender las necesidades del servicio; dentro del Plan de Choque contra la Evasión Fiscal, a fin de prestar apoyo en la lucha contra la evasión y el contrabando, en el ejercicio de actividades transitorias; y para vincular personas a procesos de selección dentro de los concursos abiertos que se realicen bajo la modalidad del concurso-curso.”

De conformidad con la normatividad y la jurisprudencia que se han citado se puede inferir que los cargos de la planta de personal de la DIAN tendrán carácter de empleos del sistema específico de Carrera, no obstante, pueden existir empleos de libre nombramiento y remoción y podrá efectuarse la vinculación de Supernumerarios para apoyar la lucha contra la evasión y el contrabando.

El ejercicio de las actividades de este tipo de funcionarios debe ser transitorio y pueden ser desvinculados en cualquier momento.

Ahora bien, como el argumento sustancial de la demanda en el tema que se estudia, es el referente a que el incentivo de que trata el artículo demandado solo lo devengarán los empleados públicos de la DIAN que ocupen cargos en la planta de personal de la entidad, lo cual a su juicio discrimina y excluye a otros servidores de dicha entidad, como son los supernumerarios, se dirá que la Constitución Política en el artículo 53 establece el principio de la remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, a su vez éste principio está estrechamente ligado con el derecho a la igualdad, previsto en el artículo 13 *ídem* según el cual el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva.

Como en el caso de autos el cargo que pretende la nulidad del artículo demandado se edifica en el supuesto consagrado en los artículos constitucionales citados en precedencia, es dable decir que en materia laboral se ha predicado que a trabajo igual corresponde la misma remuneración, en este orden, se resalta que el derecho a la igualdad se predica **entre iguales y que contrario sensu ante diferentes supuestos de hecho no es posible otorgar el mismo trato.**

Sobre el derecho a la igualdad y los regímenes especiales la Corte precisó que un grupo de personas puede encontrarse respecto de cierto factor “*en un mismo plano de igualdad, pero que desde otra óptica fáctica o jurídica, **sean en realidad desiguales.***”⁵

En este sentido se puede otorgar un tratamiento diferente a sujetos y hechos cobijados por una misma hipótesis, bajo la condición de que exista una justificación objetiva, suficiente y clara.

De manera que, a juicio de la Corte, el legislador puede dar un trato igual a situaciones aparentemente distintas “*pero que respecto de cierto factor, se*

⁵ *Ídem*

encuentren en un mismo plano de igualdad.”⁶ Así, concluye la Corte, “Para que se verifique un trato discriminatorio es necesario que esa diferenciación plasmada por el legislador sea odiosa y no responda a principios de razonabilidad y proporcionalidad⁷.”

De otro lado, esta Corporación en sentencia del 25 de noviembre de 2004 indicó en el mismo sentido expuesto anteriormente que el principio a la igualdad en materia salarial *“no impide que la ley establezca tratos diferentes sino que exige que éstos tengan fundamento objetivo y razonable, acorde con los fines perseguidos por la autoridad. Los criterios de diferenciación en este caso obedecen a factores razonables que el mismo legislador ha establecido dentro de la Fuerza Pública para el ingreso y ascenso a los distintos grados en la institución. No son criterios arbitrarios y caprichosos, pues tratándose de grados diferentes para los cuales se exigen calidades y requisitos acordes con las exigencias de la carrera oficial, se justifica la distinción salarial.”⁸*

Basta entonces con el análisis efectuado anteriormente, el cual expone las diferencias entre un servidor de planta y un supernumerario para poder avizorar la legalidad del artículo demandado en cuanto a que el mismo estableció un trato diferente entre dos servidores del Estado, que si bien lo pueden hacer bajo la apariencia de una misma labor, lo cierto es que desde su creación, naturaleza y especificidades distan mucho uno del otro.

Es más, los incentivos de que trata el artículo cuestionado se trazan bajo el cumplimiento de unas metas que por evidentes razones muchas veces no pueden ser ni cumplidas ni exigidas a los supernumerarios, en razón a la temporalidad mínima de su vinculación a la DIAN.

Así las cosas, para la Sala no es de recibo el argumento planteado por el demandante, cuando dice que se vulneran los artículos 13, 23 y 53 Superior, en razón a la supuesta desigualdad y/o discriminación que existe al consagrar el

⁶ Ídem

⁷ Ver, entre otras, las sentencias T-422 del 19 de junio de 1992 y C-022 del 23 de enero de 1996.

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, M.P. Alberto Arango Mantilla, sentencia del 25 de noviembre de 2004, proceso con radicado No. 11001-03-25-000-2003-0122-01 y número interno 0642-03.

mentado incentivo para los funcionarios de la planta de personal de la DIAN y no para los supernumerarios, pues como se vio, no se está ante supuestos iguales que exijan el mismo trato entre unos y otros.

Resuelto lo anterior, se abordará el asunto en relación con los artículos 150 y 189 Superior, para verificar si el ejecutivo se excedió en su facultad reglamentaria al expedir una prestación como la que se discute sin que la misma constituyera factor salarial.

Para ello, la Sala tendrá en cuenta el régimen de competencias fijado históricamente por el ordenamiento jurídico en materia salarial y prestacional, no sin antes aclarar la naturaleza jurídica que ostenta la prima creada en el artículo demandado.

Esta Corporación ha tenido oportunidad de pronunciarse en torno al concepto de salario así⁹:

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

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

*Por lo anterior, el salario corresponde a una suma de varios valores que corresponden a varios **elementos salariales**, de los cuales, de conformidad con cada régimen prestacional aplicable, algunos de ellos*

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sentencia de 10 de julio de 2008, Radicación N° 15001 23 31 000 2002 02573 01 (2481-07), Actor: Ricardo Nel Ayala Becerra.

se tienen en cuenta para las prestaciones sociales, es decir, como factores salariales.

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

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

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

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

“Lo primero que hay que registrar es que conforme al Acto Legislativo surgido del Plebiscito de 1957 (artículo 5º), la función pública quedó vinculada a la carrera administrativa como sistema de acceso y permanencia en el servicio público, es por eso que fue expedida la Ley 19 de 1958, para facilitar un modelo técnico en la clasificación de los empleados públicos que serviría de guía principal para establecer entre otros aspectos, la remuneración de los servidores públicos conforme a los deberes del empleo, la responsabilidad y los requisitos mínimos para la designación; sin embargo, fue solo hasta la conocida reforma constitucional de 1968, que permitió la expedición de la Ley 65 de 1967, base normativa para la modernización de la regulación técnica de la función pública, de ahí se derivan los Decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973, 3135 del mismo año y 3148 que lo adiciona, donde surge con regularidad un particular fenómeno jurídico en la remuneración de los empleados del Estado ordinariamente mencionado bajo el título de “primas”, para significar invariablemente, un agregado en su ingreso laboral en ocasiones

de naturaleza prestacional y en otras de carácter salarial, o como simple bonificación, pero en todo caso con la constante de representar un incremento en los ingresos derivados de la relación laboral.

En lo específico de la figura tomada en su aspecto salarial, el Decreto 1042 de 1968, contentivo de la clasificación y remuneración de los cargos para los empleos públicos, la noción de "prima" como concepto genérico, emerge a título de reconocimientos económicos adicionales para el empleado a fin de expresar cualidades o características particulares del mismo, que con todo, implican un aumento en su ingreso laboral, es así, como la prima técnica, la prima de antigüedad, la prima de clima, entre otras, representan un sistema utilizado en la función pública para reconocer un "plus" en el ingreso de los servidores públicos, sin importar que en la definición normativa de esencia, sea o no definido su carácter salarial, prestacional o simplemente bonificadorio.

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

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

Lo anterior, amerita reflexionar en torno a si asiste razón a la tesis que considera que el concepto de prima dentro de los componentes que integran la remuneración de los servidores públicos, puede válidamente tener significado contradictorio, es decir, negativo a lo analizado o por lo menos, ambiguo para representar al mismo tiempo un agregado en la remuneración y contemporáneamente una merma de efecto adverso en el valor de la misma. Prima facie, es dable afirmar que una noción que representa al tiempo contenidos contradictorios, debe disolverse por la acción de la Justicia, es decir, es carga de la Judicatura entender los alcances del ordenamiento jurídico de forma consistente a la protección de los derechos de las personas - inciso 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 trabajadores, desarrolla y expresa esta característica conceptual con el alcance jurídico que precisamos dentro el sistema salarial vigente.”

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 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.

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

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,

F A L L A

PRIMERO.- Decláranse infundadas las excepciones propuestas.

SEGUNDO.- DECLÁRASE LA NULIDAD de la expresión “**no constituirá factor salarial para ningún efecto legal y**”, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO.- DENIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda

CUARTO.- Deniégase por extemporánea la solicitud del señor Harold Hernán Moreno Cardona para que se le tenga como coadyuvante.

En firme esta providencia, archívese el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

GERARDO ARENAS MONSALVE

GUSTAVO E. GOMEZ ARANGUREN

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

INCENTIVOS LABORALES – Regulación legal / INCENTIVO DE DESEMPEÑO GRUPAL EN LA DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – Regulación legal. Carácter salarial

De acuerdo con la Resolución 005062 de 6 de mayo de 2011, por la cual el Director General de la DIAN estableció los parámetros para el reconocimiento y pago, entre otros, del incentivo por desempeño grupal, dicha meta de recaudo nacional corresponderá a la fijada por el CONFIS cada año, la cual será distribuida en períodos semestrales entre el 10 de enero y 30 de junio y del 10 de julio al 31 de diciembre. En ese orden de ideas, claramente, el incentivo por desempeño grupal, se causa por el desempeño de la función propia de la entidad y no se trata de un reconocimiento por el desarrollo de funciones en los niveles de excelencia. Lo anterior, en consideración a que lo que se espera del servidor público es el cumplimiento de las funciones que legalmente le han sido asignadas, actividad que recibe como contraprestación los emolumentos que establezca la autoridad competente, pues lo que se remunera es la labor desplegada para la consecución de los fines propios de la Entidad. Se advierte que el pago del incentivo por desempeño grupal es mensual, en los términos de la norma que los establece y se determina con base en la evaluación de gestión que se lleva a cabo cada seis meses y se prolonga por los siguientes seis meses, aspectos que denotan el carácter retributivo de los servicios y su periodicidad, situación que lleva a la conclusión de que se trata de incrementos de la remuneración mensual, y que se corrobora con el hecho de que dicho reconocimiento se incluye en los decretos por los cuales se fija la escala de asignación básica mensual para los empleos de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN y se dictan disposiciones en materia salarial.

FUENTE FORMAL: LEY 909 DE 2004 / DECRETO 1567 DE 1998 – ARTICULO 14 / DECRETO 1567 DE 1998 – ARTICULO 31 / DECRETO 1227 DE 2005 / DECRETO 1072 DE 1999 – ARTICULO 8 / DECRETO 1072 DE 1999 – ARTICULO 84 / DECRETO 1072 DE 1999 – ARTICULO 88 / DECRETO 1072 DE 1999 – ARTICULO 90 / DECRETO 1268 DE 1999 – ARTICULO 5 / DECRETO 607 DE 2007 – ARTICULO 4 / DECRETO 4050 DE 2008 – ARTICULO 8 / RESOLUCION 4301 DE 2009 / RESOLUCION 5062 DE 2011 / DECRETO 1071 DE 1999 / DECRETO 4048 DE 2008

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ (E)

Bogotá D.C., veintinueve (29) de enero de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-25-000-2011-00067-00(0192-11)

Actor: SINDICATO NACIONAL DE EMPLEADOS DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES "SINEDIAN"

Demandado: GOBIERNO NACIONAL

ACLARACIÓN DE VOTO

En relación con lo resuelto en la sentencia de 6 de julio de 2015 emitida en el expediente de la referencia, con el respeto acostumbrado por las decisiones de esta Corporación, si bien comparto el sentido de la decisión de declarar la nulidad de la expresión "**no constituirá factor salarial para ningún efecto legal**", contenida en el artículo 8º del Decreto 4050 de 22 de octubre de 2008¹⁰, considero importante aclarar el voto.

La sentencia en referencia, encontró probado el cargo de desviación de poder, y como sustento de su decisión, el ponente partió de una referencia a una sentencia con ponencia del Dr. Gustavo Gómez Aranguren¹¹ según la cual, "*constituye salario todo lo que se paga directamente por la retribución o contraprestación del trabajo realizado, en cambio las prestaciones sociales se pagan para que el trabajador pueda sortear algunos riesgos claramente identificables, como por ejemplo el de la vejez (pensión), la enfermedad (seguridad social en salud) y el de la capacidad para laborar en vacaciones (vacaciones). (...) el salario sí se constituye frente a casos particulares y concretos, atendiendo un factor objetivo, esto es, en razón a la naturaleza del cargo, y/u otro subjetivo, por la persona que desempeña el empleo.*" Con base en lo anterior, señaló que el salario depende de la capacidad, nivel académico o experiencia del empleado, y que está compuesto por varios "*elementos salariales*", de los cuales, algunos son tenidos en cuenta para efecto de liquidar prestaciones sociales, esto es, como factores salariales.

¹⁰ Por el cual se dictan disposiciones en materia salarial para la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales

¹¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", sentencia de 10 de julio de 2008, radicado No. 2481-07, Actor: Pedro Nel Ayala Becerra.

En ese orden de ideas, estableció que el incentivo por desempeño grupal tiene naturaleza salarial, puesto que se creó para retribuir directamente los servicios del trabajador, y no para cubrir una contingencia a la que pudiera verse sometido, caso en el cual se trataría de una prestación social.

Posteriormente, trajo a colación la sentencia de 2 de abril de 2009¹², para referirse al concepto de “*primas*” y concluir que es cualquier ‘*incentivo*’ que se le dé a un trabajador de manera habitual y como contraprestación de su labor, que no puede desconocerse ni cercenársele el carácter de factor salarial.

El anterior criterio parte de que toda retribución que devengue el servidor en virtud de la relación laboral, es factor salarial o prestacional, y no prevé la posibilidad de que exista algún otro emolumento que devengue que no tenga el carácter de lo uno o lo otro, sin referirse a la categoría de incentivo económico, previsto por las normas aplicables a empleados públicos, incluyendo a los cobijados por el régimen especial de la DIAN, carácter que, precisamente, se debe desvirtuar demostrando que se ha desnaturalizado por presentar las particularidades propias de un factor salarial.

De los incentivos laborales en el régimen general

De conformidad con la norma aplicable al régimen general a los empleados públicos, esto es, la Ley 909 de 23 de 2004¹³ en el parágrafo del artículo 36, establece la obligación para las entidades de implementar programas de bienestar e incentivos “*Con el propósito de elevar los niveles de eficiencia, satisfacción y desarrollo de los empleados en el desempeño de su labor y de contribuir al cumplimiento efectivo de los resultados institucionales*”.

Igualmente, el Decreto 1567 de 5 de agosto de 1998, reguló lo relativo al programa de incentivos, estableciéndolo como “*el conjunto interrelacionado y coherente de políticas, planes, entidades, disposiciones legales y programas de bienestar e incentivos que interactúan con el propósito de elevar los niveles de eficiencia, satisfacción, desarrollo y bienestar de los empleados del Estado en el*

¹² Radicado 1831-07, Actor: Luis Esmeldy Patiño

¹³ Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

desempeño de su labor y de contribuir al cumplimiento efectivo de los resultados institucionales.”¹⁴

Sus finalidades son las descritas en el artículo 14 del Decreto 1567 de 1998, de la siguiente manera:

- a. Garantizar que la gestión institucional y los procesos de administración del talento humano se manejen integralmente en función del bienestar social y del desempeño eficiente y eficaz de los empleados;*
- b. Proporcionar orientaciones y herramientas de gestión a las entidades públicas para que construyan una vida laboral que ayude al desempeño productivo y al desarrollo humano de los empleados;*
- c. Estructurar un programa flexible de incentivos para recompensar el desempeño efectivo de los empleados y de los grupos de trabajo de las entidades;*
- d. Facilitar la cooperación interinstitucional de las entidades públicas para la asignación de incentivos al desempeño excelente de los empleados.*

Los incentivos así concebidos tienen como fin, por un lado, *“Crear condiciones favorables al desarrollo del trabajo para que el desempeño laboral cumpla con los objetivos previstos”* y por otro *“Reconocer o premiar los resultados del desempeño en niveles de excelencia.”¹⁵*, estos últimos se estructuran a través de los planes de incentivos. Dichos programas, deben ser diseñados por las respectivas entidades, atendiendo las políticas generales y las necesidades particulares e institucionales¹⁶, y pueden ser pecuniarios y no pecuniarios¹⁷.

En cuanto a los planes de incentivos pecuniarios, el artículo 31 de la norma en mención, dispuso:

“[...]estarán constituidos por reconocimientos económicos que se asignarán a los mejores equipos de trabajo de cada entidad pública. Dichos reconocimientos económicos serán hasta de cuarenta (40) salarios mínimos mensuales legales vigentes, en las entidades de los órdenes nacionales y territorial de acuerdo con la disponibilidad de recursos y se distribuirán entre los equipos seleccionados.

¹⁴ Artículo 13

¹⁵ Artículo 26 del Decreto 1567 de 1998

¹⁶ Artículo 16 ibidem

¹⁷ Artículo 30 ibidem.

Es importante resaltar que dentro de los principios¹⁸ que sustentan este sistema, claramente se excluye que tengan la finalidad de presentarse como contraprestación del trabajo, lo cual conllevó a la prohibición prevista en el artículo 38 ibídem de modificar los regímenes tanto salarial como prestacional de los empleados¹⁹.

Posteriormente, el Decreto 1227 de 21 de abril de 2005²⁰, reiteró que los planes de incentivos, tienen por objeto otorgar reconocimientos por el buen desempeño, y buscan propiciar una cultura de trabajo en aras de la calidad y productividad, con la finalidad de estimular a los servidores para que tengan un mayor compromiso con las entidades²¹, plan que debe ser establecido por el jefe de cada entidad²².

Antecedentes del incentivo por desempeño grupal de la DIAN

Como antecedentes del incentivo por desempeño de la DIAN, es importante hacer mención a la prima de productividad, prevista por el Decreto 1647 de 27 de junio

¹⁸ Los principios previstos por el artículo 15 del Decreto 1567 de 1998: Artículo 15.- *Fundamentos del Sistema de Estímulos*. Son los principios axiológicos que sustentan y justifican el sistema:

- a. *Humanización del Trabajo*. Toda actividad laboral deberá brindar la oportunidad de que las personas crezcan en sus múltiples dimensiones cognitiva, efectiva, valorativa, ética, estética, social y técnica y desarrollen sus potencialidades creativas mejorando al mismo tiempo la gestión institucional y el desempeño personal.
- b. *Equidad y Justicia*. Este principio considera que sin desconocer la singularidad de cada persona, el sistema de estímulos deberá provocar actitudes de reconocimiento para todos en igualdad de oportunidades, de tal manera que la valoración de los mejores desempeños motive a los demás para que sigan mejorando.
- c. *Sinergia*. Este principio se orienta en buscar que todo estímulo que se dé al empleado beneficie a la organización en su conjunto a través de la generación de valor agregado; más que considerar la motivación de unos pocos empleados en el corto plazo, debe procurar el bienestar del conjunto de empleados en relación con la organización y dentro de la continuidad del tiempo;
- d. *Objetividad y Transparencia*. Los procesos que produzcan a la toma de decisiones para el manejo de programas de bienestar e incentivos deberán basarse en criterios y procedimientos objetivos, los cuales serán conocidos por todos los miembros de la entidad.
- e. *Coherencia*. Este principio busca que las entidades desarrollen efectivamente las responsabilidades que les corresponden dentro del sistema de estímulos. Las entidades deberán cumplir con los compromisos adquiridos a través de sus programas de bienestar e incentivos.
- f. *Articulación*. La motivación del empleado deberá procurarse integrando acciones, proyectos, programas y estrategias que contribuyan simultáneamente a la satisfacción de sus necesidades materiales y espirituales.

¹⁹ *Prohibiciones*. Los incentivos pecuniarios y no pecuniarios, concedidos a los empleados en desarrollo de programas de bienestar social e incentivos, no pueden tener por objeto modificar los regímenes salarial y prestacional de los empleados.

²⁰ por el cual se reglamenta parcialmente la Ley [909](#) de 2004 y el Decreto-ley [1567](#) de 1998.

²¹ Artículo 76. Los planes de incentivos, enmarcados dentro de los planes de bienestar social, tienen por objeto otorgar reconocimientos por el buen desempeño, propiciando así una cultura de trabajo orientada a la calidad y productividad bajo un esquema de mayor compromiso con los objetivos de las entidades.

²² Artículo 77 ibídem

de 1991²³, como un reconocimiento a la eficiencia y eficacia en el ejercicio de sus funciones, para los servidores pertenecientes a la carrera tributaria, en los siguientes términos:

“La eficiencia y la eficacia en el ejercicio de sus funciones por parte de los funcionarios de la carrera tributaria, dará derecho a percibir una prima de productividad en reconocimiento de su rendimiento satisfactorio en el desempeño de las funciones y del logro de las metas de gestión cuando fuere el caso, la cual no constituye factor salarial y se liquidará por niveles de calificación de acuerdo con los factores señalados en el artículo siguiente y los reglamentos que la desarrollen.”²⁴

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

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

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

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

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

²³ 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

²⁴ Artículo 65 del Decreto 1647 de 1991.

podrá superar el 50% del salario básico mensual más la prima de dirección, en el nivel de desempeño más alto;

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

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

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

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

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

Posteriormente, la Ley 488 de 24 de diciembre de 1998 “*por la cual se expiden normas en materia Tributaria y se dictan otras disposiciones fiscales de las Entidades Territoriales*”, confirió en el artículo 79, precisas facultades al Presidente de la República por el término de 6 meses, para organizar la DIAN, como un ente con personería jurídica, autonomía administrativa y presupuestal, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, además de definir el carácter de sus funcionarios y establecer su régimen salarial y prestacional, así como el sistema de planta, nomenclatura y clasificación, y en general, de establecer las normas que crean y regulan la carrera administrativa especial de dicha entidad, entre otros aspectos²⁵.

²⁵ **Artículo 79.** Facultades para el fortalecimiento de la administración tributaria y aduanera.

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

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

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

De conformidad con el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política, revístase al Presidente de la República de facultades extraordinarias, por el término de seis (6) meses contados a partir de la fecha de vigencia de la presente Ley, para adoptar las siguientes medidas:

1. Organizar la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales como un ente con personería jurídica, autonomía administrativa y presupuestal, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público.
2. Definir el carácter de los funcionarios del nuevo ente, establecer su régimen, salarial y prestacional, el sistema de planta, su nomenclatura y clasificación, su estructura orgánica y administrativa, así como crear la carrera administrativa especial en la cual se definan las normas que regulen la administración de personal. **(Inexequible: C-725-00)**
3. Definir un régimen disciplinario especial aplicable a los funcionarios del nuevo ente, tipificar conductas especiales como faltas administrativas, calificar las faltas, señalar los procedimientos y mecanismos de investigación y sanción, a la cual no podrá oponerse reserva alguna. Cuando se trate de investigaciones por enriquecimiento ilícito, la misma podrá extenderse a terceros, personas naturales o jurídicas, relacionadas o vinculadas con los funcionarios y los investigadores tendrán funciones y atribuciones de policía judicial. **(Inexequible: C-725-00)**
4. Crear y reglamentar el Fondo de Promoción e Incentivos al desempeño de sus funcionarios.
5. Realizar los traslados y apropiaciones presupuestales necesarios para la organización y funcionamiento del nuevo ente, y para trasladar los gastos de funcionamiento de los empleados de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales que sean ubicados en otras entidades.
6. Establecer un sistema especial de asignación presupuestal para el nuevo ente.
7. Crear el Fondo de Capacitación a los comerciantes en proceso de formalización.

estableció que podrían destinarse, de acuerdo con el siguiente orden de prioridades:

- “1o. Al pago de los estímulos y beneficios por desempeño laboral excepcional, previstos en el artículo 90²⁶ del presente decreto, conforme a la reglamentación que sobre el particular se expida.*
- 2o. Al funcionamiento de los programas de capacitación de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, y*
- 3o. Al funcionamiento de los programas de bienestar organizacional de los servidores públicos de la Entidad y sus familias.*
- 4o. Al pago de los demás gastos de funcionamiento que considere necesarios el Comité de Programa de Promoción e Incentivos al Desempeño.”*

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

Posteriormente, el Gobierno Nacional expidió el **Decreto 1268 de 13 de julio de 1999** *“Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos de la contribución de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales”*, norma que creó en el artículo 5º el incentivo por desempeño grupal, como un emolumento que no podría exceder del 50% de la asignación básica mensual más la prima de dirección y la diferencia remuneratoria por designación de jefatura que se devengue, al que tendrían derecho los servidores de la contribución de la planta de personal, que como resultado de su gestión hubieran logrado las metas tributarias, aduaneras y cambiarias que se establecieran de acuerdo con los planes y objetivos establecidos para la respectiva área. Dicho incentivo no constituiría factor salarial para ningún efecto

²⁶ Artículo 90 declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la Sentencia C-725 de 2000

²⁷ Declarado inexecutable por la sentencia C- 725 de 2000.

legal y se determinaría con base en la evaluación de la gestión que se realizara cada seis meses²⁸.

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

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

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

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

A ello ha de agregarse que el desempeño de las funciones propias del cargo se remunera por el Estado con el salario fijado conforme a la ley a quien lo desempeña, por lo que tales "estímulos económicos" resultan extraños al ordenamiento constitucional y, abiertamente contrarios al

²⁸ El tenor literal de la norma es el siguiente: **“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 4º del Decreto 046 de 1999 en el sentido que el porcentaje allí establecido se entenderá que se refiere al incentivo por desempeño grupal de que trata el presente artículo y las demás normas que lo adicionen o modifiquen.”

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 acompañado 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.”

De otra parte, el Consejo de Estado en sentencia de 14 de febrero de 2002²⁹, se pronunció sobre la legalidad de los apartes “de la planta” y “no constituirá factor salarial para ningún efecto legal” contenidos en el artículo 5º del Decreto 1268 de 1999, y en lo relevante al particular, sobre este último, consideró que no existía ningún motivo fundado en la Constitución o en la “*recta razón*” que impidiera que una prestación social se liquidara sin considerar la totalidad del salario³⁰, empero, no examinó de fondo la naturaleza de dichos reconocimientos.

Posteriormente, el Decreto 618 de 28 de febrero de 2006³¹, previó el incentivo por desempeño grupal en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 5º 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 mensual más la prima de dirección y la diferencia remuneratoria por designación de jefatura que se devengue. Este incentivo no constituirá factor salarial para ningún efecto legal y se determinará con base en la evaluación de la gestión que se realice cada seis (6) meses.”

Luego, el Decreto 607 de 2 de marzo de 2007 en el artículo 4º contempló el mismo incentivo³², así como la norma que lo derogó, el Decreto 650 de 4 de marzo de 2008.

²⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 14 de febrero de 2002, Expediente 2824-00, C.P. Dra. Ana Margarita Olaya Forero

³⁰ Al respecto la providencia señaló: “(...)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.”^{30*}

³¹ 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

Por su parte, el Decreto 4050 de 22 de octubre de 2008 dispuso:

“ARTÍCULO 8o. INCENTIVO POR DESEMPEÑO GRUPAL. Los empleados públicos de la DIAN que ocupen cargos de la planta de personal de la Entidad, que como resultado de su gestión hayan logrado las metas tributarias, aduaneras y cambiarias que se establezcan de acuerdo con los planes y objetivos trazados para la respectiva área nacional, local y delegada, tendrán derecho al reconocimiento mensual de un incentivo que no podrá exceder del veintiséis por ciento (26%) de la asignación básica mensual más la prima de dirección y la diferencia remuneratoria por designación de jefatura que se devengue. Este incentivo no constituirá factor salarial para ningún efecto legal y se determinará con base en la evaluación de gestión que se realice cada seis (6) meses.”

El Director de la DIAN, en ejercicio de su facultad de administrar el Programa de Promoción e Incentivos al Desempeño, expidió las Resoluciones 4301 de 27 de abril de 2009³³ y 5062 de 6 de mayo de 2011³⁴, normas que establecieron que dicho reconocimiento, se haría en función del recaudo de los ingresos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales³⁵ y del resultado que hayan obtenido por su gestión en el logro de las metas tributarias, aduaneras y cambiarias, que se establezcan de acuerdo con los planes y objetivos trazados para la respectiva área nacional, local y delegada³⁶, y se determina con base en la evaluación de gestión que se realiza cada 6 meses.

³² **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.

³³ Por la cual se establecen los parámetros para el reconocimiento y pago del incentivo por desempeño nacional en la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

³⁴ Por la cual se establecen los parámetros para el reconocimiento y pago del incentivo por desempeño grupal, de los incentivos al desempeño en fiscalización y cobranzas y del incentivo por desempeño nacional en la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

³⁵ Artículo 1º de la Resolución 4301 de 2009

³⁶ Sin perjuicio del porcentaje establecido en el artículo 5o del Decreto 1268 de 1999 para los empleados públicos de la planta de personal que no optaron por el régimen salarial previsto en el Decreto 618 de 2006 y en el Decreto 4050 de 2008, 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.

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

Del carácter salarial del incentivo por desempeño grupal

De conformidad con el artículo 4º del Decreto 1071 de 26 de junio de 1999³⁷, el objeto de la DIAN se contrae a *“coadyuvar a garantizar la seguridad fiscal del Estado colombiano y la protección del orden público económico nacional, mediante la administración y control al debido cumplimiento de las obligaciones tributarias, aduaneras y cambiarias y la facilitación de las operaciones de comercio exterior en condiciones de equidad, transparencia y legalidad.”* (se resalta)

Igualmente, de conformidad con el artículo 1º del Decreto 4048 de 22 de octubre de 2008³⁸, la labor de administración de los impuestos, entre otros aspectos relacionados con el cumplimiento de las obligaciones tributarias, comprende su recaudación y cobro.

Ahora bien, tratándose de los incentivos en cuestión, las metas tributarias son establecidas por el Comité del Programa de Promoción e Incentivos, tal y como lo dispone el artículo 43 del mismo Decreto 4048 de 22 de octubre de 2008, comité que está presidido por el Director General de Impuestos y Aduanas Nacionales, y conformado además por el Director de Gestión de Ingresos, el Director de Gestión de Aduanas, el Director de Gestión de Fiscalización, el Director de Gestión Jurídica, el Director de Gestión Organizacional y el Director de Gestión de Recursos y Administración Económica quien actuará como Secretario.

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.

³⁷ Por el cual se organiza la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales como una entidad con personería jurídica, autonomía administrativa y presupuestal y se dictan otras disposiciones.

³⁸ Por el cual se modifica la estructura de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Así mismo, de acuerdo con la Resolución 005062 de 6 de mayo de 2011, por la cual el Director General de la DIAN estableció los parámetros para el reconocimiento y pago, entre otros, del incentivo por desempeño grupal, dicha meta de recaudo nacional corresponderá a la fijada por el CONFIS cada año, la cual será distribuida en períodos semestrales entre el 10 de enero y 30 de junio y del 10 de julio al 31 de diciembre.

En ese orden de ideas, claramente, el incentivo por desempeño grupal, se causa por el desempeño de la función propia de la entidad y no se trata de un reconocimiento por el desarrollo de funciones en los niveles de excelencia.

Lo anterior, en consideración a que lo que se espera del servidor público es el cumplimiento de las funciones que legalmente le han sido asignadas, actividad que recibe como contraprestación los emolumentos que establezca la autoridad competente, pues lo que se remunera es la labor desplegada para la consecución de los fines propios de la Entidad.

En este mismo sentido, la Corte Constitucional en la sentencia C- 725 de 2000, anteriormente mencionada, al declarar la inexecutable, del artículo 90 del Decreto 1072 de 1999, consideró que los estímulos económicos por el desempeño de funciones propias del cargo, son contrarios al artículo 209 de la Constitución Política, norma que establece los principios que deben ser atendidos en el desarrollo de la función pública, pues no resulta concebible que a quien ajusta su conducta como funcionario público a dichos postulados, se le beneficie con sumas *“que ingresan de manera extraordinaria a su patrimonio”*.

Adicionalmente, se advierte que el pago del incentivo por desempeño grupal es mensual, en los términos de la norma que los establece y se determina con base en la evaluación de gestión que se lleva a cabo cada seis meses y se prolonga por los siguientes seis meses, aspectos que denotan el carácter retributivo de los servicios y su periodicidad, situación que lleva a la conclusión de que se trata de incrementos de la remuneración mensual, y que se corrobora con el hecho de que dicho reconocimiento se incluye en los decretos por los cuales se fija la escala de asignación básica mensual para los empleos de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN y se dictan disposiciones en

materia salarial, entre ellos, los Decretos 714 de 2009, 1380 de 2010, 1035 de 2011, 835 de 2012, 1010 de 2013, 180 de 2014 y 1064 de 2015.

En estos términos dejo consignado mi aclaración de voto.

Fecha ut supra,

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ (E)

Consejera