



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).-

Expediente No.110010325000201100067-00

Nos. Internos: 0192-11

ACCION DE NULIDAD -

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

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.,

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.



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.

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:

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



“(...) 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 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

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



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.

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

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.

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. (...)"

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.

⁵ *Ídem*



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 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 proporcionalidad”*.⁷

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

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.



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 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

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.



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 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 posibilitó 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 2° 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

EXPEDIENTE No.110010325000201100067-00 (0192-11) ACTOR:
SINDICATO NACIONAL DE EMPLEADOS DIRECCION DE IMPUESTOS Y
ADUANAS NACIONALES "SINEDIAN"

