

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA

Consejero Ponente: Dr. ALFONSO VARGAS RINCÓN

**Bogotá D.C., diecinueve (19) de febrero de dos mil quince
(2015).**

No. de Referencia: 11001032500020120013600

Número interno: 0554-2012

**Demandante: Sindicato de Unificación Nacional de
Empleados de la Dian – SIUNEDIAN-**

**Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas
Nacionales –DIAN.**

Autoridades Nacionales

Llegado el momento de decidir y no observando causal de nulidad que invalide la actuación, procede la Sala a dictar sentencia, previos los siguientes:

ANTECEDENTES

El Sindicato de Unificación Nacional de Empleados de la DIAN, por intermedio de apoderado presenta acción pública consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, y solicita de esta Corporación

declarar la nulidad parcial de los artículos 3º, 8º y 12 de la Resolución No. 005062 del 6 de mayo de 2011 proferida por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, "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".

Los hechos en los cuales la demandante sustenta sus pretensiones se resumen así:

Por previsión del Decreto 1071 de 1999, artículo 1º, la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, tiene el régimen de Unidad Administrativa Especial del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y presupuestal y con patrimonio propio, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

La naturaleza del trabajo de los servidores públicos de la contribución o del servicio fiscal está enmarcada en la misión de coadyuvar la seguridad fiscal del Estado y la protección del orden público económico.

La seguridad fiscal tiene como objeto el recaudo y la fiscalización de los impuestos internos y externos, aduaneros y cambiarios.

El Presidente de la República a través del Decreto 1268 de 1999 creó el incentivo por desempeño grupal en beneficio de la DIAN (Art. 5), el incentivo al desempeño en fiscalización y cobranzas (Art. 6º) y el incentivo por desempeño nacional (Art. 7º).

En la Resolución 005062 del 6 de mayo de 2011, artículo 16, se establece que esta rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las normas que le sean contrarias, acto administrativo que fue publicado en el diario oficial No. 48.065 del 10 de mayo del mismo año.

La Resolución 005062 del 6 de mayo de 2011, se encuentra debidamente expedida, promulgada y ha regido a partir de dicha fecha.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Argumenta el actor que los artículos 3º, 8º y 12 de la Resolución No. 005062 de 2011, violan los artículos 6, 25, 53, 56, 150 numeral 19 ordinal e) y artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política; Ley 4ª de 1992; Decreto 1268 de 1999 artículo 5, 6 y 7; y el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo (Decreto-ley 01 de 1984).

Contra el acto acusado presenta los siguientes cargos:

Primero: El Director de la DIAN no tiene potestad reglamentaria sobre los incentivos al desempeño laboral. Las normas demandadas violan normas superiores que le reservan al Congreso y al Presidente de la República esta facultad.

Los incentivos por desempeño grupal, por desempeño en fiscalización y cobranzas y por desempeño nacional, constituyen una remuneración al trabajo prestado por funcionarios de la DIAN, son permanentes y su pago es periódico, es decir, constituyen incrementos remuneratorios que hacen parte de la asignación mensual.

La naturaleza de los incentivos fue confirmada por el Decreto 1035 de 2011, artículo 7, que fija la escala salarial de los servidores de la DIAN, y por el Decreto 4050 de 2008, los cuales le reconocen un carácter remunerativo. Por esta razón, el porcentaje que corresponde a cada incentivo se encuentra siempre encuadrado en el decreto anual que determina la escala salarial.

La fijación de los principios a los cuales debe subordinarse el Gobierno para expedir el régimen de salarios y prestaciones sociales de los servidores de la administración pública corresponde a una potestad que la Carta le reserva al Congreso de acuerdo con el artículo 150, numeral 19, ordinal e).

La Ley 4ª de 1992 permitió al Presidente de la República la creación de los incentivos por desempeño en la DIAN y estableció que los derechos adquiridos de los servidores públicos no pueden desmejorarse además de que su asignación debe adecuarse a la naturaleza de sus funciones, a las calidades propias del empleo y a la eficiencia en el servicio.

Así las cosas, es el Congreso la única autoridad que por definición constitucional puede crear, modificar y reformar el sistema salarial de los empleados públicos y en esta esfera el ejecutivo tiene facultades limitadas de acuerdo a lo establecido en la Ley 4ª de 1992.

En consecuencia, el Director de la DIAN no puede modificar o extinguir derechos vinculados al sistema salarial, para condicionar su pago a la disponibilidad presupuestal, ni establecer rangos de recaudo para señalar el monto objeto del pago del incentivo.

Segundo: Las normas acusadas causan desmejora en la remuneración de los servidores públicos de la DIAN y violan los principios constitucionales que protegen el salario.

Los incentivos por desempeño laboral que se reconocen, liquidan y pagan a los servidores de la DIAN son propios de la carrera especial que les ha reconocido la Ley.

Los incentivos al desempeño laboral hacen parte del patrimonio de cada titular de derecho; constituyen una situación jurídica de carácter patrimonial y particular adquirida en virtud de la ley. Es decir, son derechos particulares consolidados cuya existencia y modo de calcularlos es inalterable e imprescriptible, en consecuencia el Director de la DIAN no puede regular los incentivos laborales a su libre albedrío, menoscabando el salario de los funcionarios produciendo una disminución en su ingreso mensual.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, mediante apoderado, presentó escrito de contestación en el cual solicita declarar probadas las excepciones propuestas, o en su defecto negar las súplicas de la demanda y declarar la legalidad de las expresiones demandadas.

Luego de referirse a cada uno de los hechos, se opone a los argumentos de la demanda indicando que de acuerdo con la normatividad y con la jurisprudencia de esta Corporación, la DIAN cuenta con un sistema especial de administración de personal, de nomenclatura, y clasificación de planta, un sistema específico de carrera

administrativa y un régimen disciplinario especial aplicable a los servidores públicos.

Indica que el Decreto 1072 de 1999, creó el programa de promoción de incentivos, como una cuenta de manejo especial administrada por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Expresa que la administración del Programa de Promoción de Incentivos al Desempeño es ejercida por el Director General de la Dirección de Impuestos y Aduanas a través de las delegaciones que él establezca, de conformidad con las determinaciones legales y del Comité del Programa.

De acuerdo con el Decreto 4048 de 2008, el Director General de la DIAN está facultado para impartir instrucciones de carácter general sobre aspectos referentes a la planeación, dirección, organización, supervisión, control, información y comunicación institucional dentro del modelo general de desarrollo que le señala la Ley 1450 de 2011.

Adicionalmente, de acuerdo con la Resolución 005062 de 2011, artículo 1º, el incentivo grupal es para los funcionarios de planta y existen unos períodos de evaluación. El incentivo de desempeño en fiscalización y cobranzas, consagrado en el artículo 6º, se paga a los funcionarios de esas áreas que cumplan las metas y también existen períodos de evaluación, y el desempeño

nacional, está relacionado con el cumplimiento en las metas nacionales.

De otra parte, agrega que las metas de recaudo nacional son fijadas por el Consejo Superior de Política Fiscal (CONFIS) en el mes de diciembre de cada año, en coordinación con la Dirección de Política Macroeconómica del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, dependencia que está encargada de verificar su cumplimiento.

Concluye que el Director de la DIAN no ha asumido funciones que corresponden al Congreso de la República en su competencia para expedir leyes, o al Gobierno Nacional en su competencia reglamentaria, sino que está precisamente dando cumplimiento a esa orden superior al administrar una función como director de la entidad.

No es cierto que se presente desmejora en la remuneración de los servidores públicos de la contribución, como lo afirma la parte actora, pues estima que en estos incentivos debe existir un interés común entre el cumplimiento de las metas para la entidad y para el trabajador.

Propone la excepción de cosa juzgada, argumentando que lo que pretende el demandante es que el factor del desempeño sea considerado como factor salarial. Para el efecto, cita el artículo 5º del Decreto 1268 de 1999 indicando que el Consejo de Estado ya había analizado la

expresión "no constituirá factor salarial para ningún efecto legal", contenida en el citado decreto, considerando que dicha expresión es legal¹, por lo tanto como el Decreto 4050 de 2008, deroga el Decreto 1268 de 1999, luego de la restructuración de la entidad, considera que es pertinente aplicar el criterio contenido en la sentencia del Consejo de Estado, teniendo en cuenta que en ambos casos se discute la legalidad de la expresión "no constituirá factor salarial para ningún efecto legal".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Segundo Delegado ante esta Corporación solicitó decretar la nulidad de las normas enjuiciadas de la resolución demandada. Para la Agencia del Ministerio Público el problema jurídico a resolver se contrae a determinar si el Director General de la entidad demandada contaba con la potestad reglamentaria de establecer parámetros para el reconocimiento y pago del incentivo por desempeño grupal, incentivo al desempeño en fiscalización y cobranzas y el incentivo por desempeño nacional en dicha entidad, a través de la resolución acusada.

Para resolver la controversia cita las normas que regulan el reconocimiento y pago del incentivo por desempeño grupal

¹ Consejo de Estado. Magistrada Ponente: Ana Margarita Olaya Forero. Expediente 11001-03-25-000-2000-0167 de fecha 14 de febrero de 2002.

en la DIAN. Posteriormente, menciona que la Corte Constitucional a través de la sentencia C-725 de 1999, declaró inexecutable el artículo 90 del Decreto 1072 de 1999, indicando que el desempeño de las funciones propias del cargo se remunera por el Estado con el salario fijado conforme a la ley a quien lo desempeña, por lo que tales "estímulos económicos" resultan extraños al ordenamiento constitucional y abiertamente contrarios al artículo 209 de la Constitución Política.

Finalmente sostiene que el acto acusado vulnera las normas invocadas por el actor, se acreditó que el Director General de la DIAN carece de la potestad legal para establecer estímulos de carácter económico o pecuniario a sus funcionarios, atribución que corresponde de manera exclusiva al Presidente de la República a través de los respectivos decretos de salario.

Concluye que el Director General de la DIAN solo se encuentra habilitado legalmente, para establecer los incentivos con fines de capacitación y bienestar de los funcionarios de la contribución, pero no para otorgar incentivos económicos.

CONSIDERACIONES

Antes de examinar el fondo del asunto, debe esta colegiatura pronunciarse en relación con la excepción de

cosa juzgada propuesta por la parte demandada al contestar la demanda.

De la excepción de cosa juzgada

En relación con dicha excepción, debe tenerse en cuenta que el artículo 303 del Código General del Proceso establece que para que opere el fenómeno de la cosa juzgada se deben cumplir los siguientes requisitos: a) que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto; b) que se funde en la misma causa anterior y c) que en los procesos haya identidad jurídica de parte, sin embargo, este último requisito no se aplica en las acciones de nulidad simple, pues de acuerdo con el artículo 175 del C.C.A, estas sentencias producen efectos erga omnes.

Revisado el escrito de demanda, se observa que no se cumplen los requisitos para que prospere dicha figura, toda vez en el presente proceso se solicita la declaratoria de nulidad de los artículos 3º, 8º y 12 de la Resolución No. 05062 de 2011, mientras que en la sentencia proferida por esta Corporación el 14 de febrero de 2002, con ponencia de la Consejera Ana Margarita Olaya Forero (citada como fundamento de la excepción), se analizó la expresión "*no constituirá factor salarial para ningún efecto legal*", contenida en el artículo 5º del Decreto 1268 del 13 de julio de 1999. En consecuencia, no existe identidad en cuanto al objeto. Sin que haya lugar a

mayores elucubraciones, se estima que la excepción planteada no está llamada a prosperar.

Las normas acusadas

Se demanda la nulidad parcial de la Resolución No. 005062 del 6 de mayo de 2011 (artículos 3º, 8º y 12), "Por la cual se establecen los parámetros para el reconocimiento y pago del incentivo por desempeño grupal, de los incentivos al desempeño en fiscalización y cobranzas y del incentivo por desempeño nacional en la Unidad Administrativa Especial, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales", proferida por el Director General de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-, publicada en el Diario Oficial número 48.065 de 10 de mayo de 2011.

A continuación se reproduce el contenido normativo de los preceptos demandados pertenecientes a la Resolución 0562 de 2011 y se resaltan así:

"RESOLUCIÓN 05062 DE 2011 (Mayo 6)

*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

CAPÍTULO I

Incentivo por desempeño grupal

Artículo 1º. Concepto. 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.

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.

Artículo 2º. Período de evaluación. El período de evaluación para el reconocimiento del incentivo por desempeño grupal es el siguiente:

PERIODO	MES DE EVALUACIÓN	PERIODO A EVALUAR	PAGO
<i>Primer Período</i>	<i>Enero</i>	<i>Julio-Diciembre</i>	<i>Febrero-Julio</i>

Segundo Período	Julio	Enero- Junio	Agosto- Enero
--------------------	-------	-----------------	------------------

Artículo 3°. Competencia y factores de gestión. El porcentaje a otorgar lo definirá el Comité del Programa de Promoción e Incentivos al Desempeño y será asignado en cumplimiento de las metas de gestión, cuya medición se hará en función del recaudo nacional correspondiente al período a evaluar y la disponibilidad presupuestal.

Artículo 4°. Conceptos base de cálculo. Para determinar el valor a cancelar a los empleados públicos de la planta de personal de la Institución se tendrá en cuenta la asignación básica mensual más la prima de dirección y la diferencia remuneratoria por designación de jefatura que se devengue.

Artículo 5°. Régimen excepcional. Para los empleados públicos de la planta de personal de la DIAN que no optaron por el régimen salarial previsto en el Decreto 618 de 2006 y en el Decreto 4050 de 2008, el porcentaje máximo a reconocer por concepto del incentivo por desempeño grupal no podrá exceder del 50% de la asignación básica mensual más la prima de dirección y la diferencia remuneratoria por designación de jefatura que se devengue.

CAPÍTULO II

Incentivos al desempeño en fiscalización y cobranzas

Artículo 6°. Concepto. Los empleados públicos que ocupen cargos de la planta de personal de la entidad, que se desempeñen en puestos que impliquen el ejercicio directo de labores ejecutoras en fiscalización y cobranzas, que

como resultado de la gestión de control y cobro hayan logrado las metas establecidas de acuerdo con los planes y objetivos trazados para dichas áreas, tendrán derecho al pago mensual de un incentivo, adicional al contemplado en el artículo 1° de esta Resolución, que no podrá exceder el cincuenta por ciento (50%) de la asignación básica mensual más la prima de dirección y la diferencia remuneratoria por designación de jefatura que se devengue.

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

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

Artículo 7°. Período de evaluación. El periodo de evaluación para el reconocimiento de los incentivos al desempeño en fiscalización y cobranzas es el siguiente:

PERIODO	MES DE EVALUACIÓN	PERIODO A EVALUAR	PAGO
Primer Período	Enero	Julio-Diciembre	Febrero-Julio
Segundo Período	Julio	Enero-Junio	Agosto-Enero

Parágrafo 1°. El empleado público de la planta de personal de la Entidad que haya ejecutado labores directas de fiscalización y cobranzas y contribuido al cumplimiento de las metas de control y cobro, tendrá derecho a percibir el incentivo al desempeño en fiscalización y cobranzas durante el período de pago que corresponda al período evaluado,

independientemente de que con posterioridad al mismo permanezca o no en el área en la que se causó el respectivo incentivo.

Parágrafo 2°. El empleado público de la planta de personal de la Entidad que sea ubicado en áreas en las que ejecute en forma directa labores de control y cobro durante el período de pago de este incentivo tendrá derecho a devengarlo en el porcentaje que se fije, una vez se evalúe el período correspondiente.

Artículo 8°. Competencia y factores de gestión. El porcentaje a otorgar lo definirá el Comité del Programa de Promoción e Incentivos al Desempeño y será asignado en función del cumplimiento de las metas de recaudo nacionales y la disponibilidad presupuestal.

Artículo 9°. Conceptos base de cálculo. Para determinar el valor a cancelar a cada empleado público de la planta de personal de la Institución se tendrá en cuenta la asignación básica mensual más la prima de dirección y la diferencia remuneratoria por designación de jefatura que se devengue.

CAPÍTULO III

Incentivo por desempeño nacional

Artículo 10. Concepto. Es la retribución económica que se reconoce a los empleados públicos de la DIAN, que ocupen cargos de la planta de personal de la Entidad, referida al desempeño colectivo de los empleados públicos y relacionada con el cumplimiento de las metas de recaudo nacionales. Este incentivo se causará por períodos semestrales y dará derecho al reconocimiento de un pago correspondiente a dicho periodo, el cual podrá

ser hasta del doscientos por ciento (200%) del salario mensual que se devengue, previa verificación del cumplimiento de dichas metas por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Este incentivo no constituirá factor salarial para ningún efecto legal.

Artículo 11. Período de evaluación. El periodo de evaluación para el reconocimiento del incentivo por desempeño nacional es el siguiente:

PERIODO	MES DE EVALUACIÓN	PERIODO A EVALUAR	PAGO
Primer Período	Julio	Enero-Junio	Julio
Segundo Período	Enero	Julio-Diciembre	Enero

Artículo 12. Competencia y factores de gestión. El porcentaje a otorgar lo definirá el Comité del Programa de Promoción e Incentivos al Desempeño y será asignado en función del cumplimiento de las metas de recaudo nacionales y la disponibilidad presupuestal, conforme a los siguientes criterios:

RANGOS DE CUMPLIMIENTO DE RECAUDO		PORCENTAJE A OTORGAR
Mayor o igual al 100%		200% del salario mensual devengado
Mayor o igual al 99%	Menor a 100%	184% del salario mensual

Expediente No. 0554-12
Actor: Sindicato de Unificación Nacional
de Empleados dela DIAN “SIUNEDIAN”

		devengado
Mayor o igual al 98%	Menor a 99%	168% del salario mensual devengado
Mayor o igual al 97%	Menor a 98%	152% del salario mensual devengado
Mayor o igual al 96%	Menor a 97%	136% del salario mensual devengado
Mayor o igual al 95%	Menor a 96%	120% del salario mensual devengado
Mayor o igual al 90%	Menor a 95%	100% del salario mensual devengado
Mayor o igual al 80%	Menor a 90%	50% del salario mensual devengado
Menos del 80%		0%

Artículo 13. Conceptos base de cálculo. Conforme al artículo 17 del Decreto 1045 de 1978 para reconocer el incentivo por desempeño nacional, se tendrá en cuenta la asignación básica mensual, el incremento de salario por antigüedad, el subsidio de alimentación, el auxilio de transporte, la prima técnica cuando constituya factor salarial y la diferencia remuneratoria por designación de jefatura que se devengue.

Parágrafo. Con fundamento en los principios generales del derecho de causación y de situación jurídica consolidada, el salario a tener en cuenta para efectos de liquidar el

Expediente No. 0554-12
Actor: Sindicato de Unificación Nacional
de Empleados de la DIAN "SIUNEDIAN"

incentivo por desempeño nacional será el que se devengue a 30 de junio y a 30 de diciembre de cada año."

El problema jurídico

En el asunto objeto de estudio el problema jurídico se contrae a determinar la legalidad de los artículos 3º, 8º y 12 de la Resolución No. 005062 del 6 de mayo de 2011, esto es, si el Director General de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN tiene competencia para establecer los parámetros para el reconocimiento y pago del incentivo por desempeño grupal, al desempeño en fiscalización y cobranzas y por desempeño nacional en la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales creados en el Decreto 1268 de 1999, atribuyendo en las normas acusadas al Comité del Programa de Promoción e Incentivos al Desempeño de la entidad, lo concerniente al porcentaje de asignación de dichos incentivos en función del cumplimiento de las metas de recaudo nacionales y la disponibilidad presupuestal, conforme a los criterios allí establecidos.

Para resolver el interrogante planteado se hace necesario abordar previamente los siguientes aspectos: a) Competencia del legislador para crear prestaciones sociales; b) Competencia del Presidente de la República

para crear incentivos económicos en la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN; c) Competencia del Director de la DIAN para reglamentar los incentivos económicos.

a) Competencia del legislador para regular prestaciones sociales

El literal e) del numeral 19 del artículo 150 de la Carta Política prescribe:

Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

(...)

19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos:

(...)

e) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y la Fuerza Pública;

Así las cosas, el Congreso de la República está facultado para expedir la ley "marco" o "cuadro" en la que señale los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos.

Con base en la norma superior se promulgó la Ley 4ª de 1992, que contiene las facultades de que dispone el Gobierno Nacional para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos. Esta ley en su artículo 1º establece:

ARTÍCULO 1o. El Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta Ley, fijará el régimen salarial y prestacional de:

- a) **Los empleados públicos de la Rama Ejecutiva Nacional, cualquiera que sea su sector, denominación o régimen jurídico;***
 - b) Los empleados del Congreso Nacional, la Rama Judicial, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la Organización Electoral y la Contraloría General de la República;*
 - c) Los miembros del Congreso Nacional, y*
 - d) Los miembros de la Fuerza Pública.*
- (Resaltado fuera del texto)*

En esas condiciones compete al Gobierno Nacional fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos de la Rama Ejecutiva Nacional, cualquiera que sea su sector, denominación o régimen jurídico aplicable.

Bajo el principio de colaboración armónica que sustenta la estructura y el funcionamiento del Estado², en virtud de lo previsto en el artículo 189 numeral 11º superior, corresponde al Presidente de la República, como Jefe de

² Inciso 2 del artículo 113 C.P

Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa, ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los Decretos, Resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes.

Facultad que no es absoluta, pues encuentra su límite en la Constitución y en la ley, es por ello que no puede alterar o modificar su contenido, ni el espíritu de la ley, tampoco puede dirigirse a reglamentar leyes que no ejecuta la Administración, así como tampoco puede reglamentar materias cuyo contenido está reservado al legislador.

b). Competencia del Presidente de la Republica para crear incentivos económicos en la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN.

La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) se constituyó como Unidad Administrativa Especial, mediante Decreto 2117 de 1992, cuando se fusionó la Dirección de Impuestos Nacionales³ (DIN) con la Dirección de Aduanas Nacionales⁴ (DAN). Posteriormente la entidad es reestructurada a través de los Decretos 1071 de 1999, 4048 y 1321 de 2008.

³ Creada por el Decreto Ley 1643 de 1991 en desarrollo de la Ley 49 de 1990.

⁴ Creada por la Ley 6ª de 1992.

La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) está organizada como una Unidad Administrativa Especial del orden nacional de carácter eminentemente técnico y especializado, con personería jurídica, autonomía administrativa y presupuestal y con patrimonio propio, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Como lo manifestó la Sala en pronunciamiento anterior⁵, esta entidad cuenta con un sistema especial de administración de personal, de nomenclatura, clasificación de planta, un sistema específico de carrera administrativa y un régimen disciplinario especial aplicable a sus servidores públicos.

En relación con 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 Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, es necesario hacer las siguientes precisiones:

El Congreso de la República expidió la Ley 488 de 24 de diciembre de 1998, por la cual se dictaron normas en materia Tributaria y se dictan otras disposiciones fiscales de las Entidades Territoriales, esta norma en el artículo 79 estableció:

⁵ Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda-Subsección "A", Radicación número: 08001-23-31-000-2003-01429-01 (1393 -07), veintitrés (23) de octubre de dos mil ocho (2008).

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

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. (Numeral declarado inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C-725 de 2000).*
- 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. (Numeral declarado inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C-725 de 2000).*
- 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*

Expediente No. 0554-12
Actor: Sindicato de Unificación Nacional
 de Empleados de la DIAN "SIUNEDIAN"

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.
 (Resaltado fuera del texto)*

El Presidente de la República, en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 79 de la Ley 488 de 1998, antes transcrito, promulgó el Decreto 1072 de 1999⁶ 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, DIAN⁷, esta norma estableció en su artículo 90:

Estímulos especiales. 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 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.** (Resaltado fuera del texto)

⁶ Decreto 1072 de 1999, Artículo 8°. Derechos de los servidores de la contribución. Los derechos de los servidores públicos de la contribución son los siguientes: (...)5. Gozar de los estímulos e incentivos morales y pecuniarios previstos en la ley y en los reglamentos.

⁷ En el título VI, se crea el Programa de Promoción e Incentivos al Desempeño de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), como una cuenta de manejo especial administrada por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. Se estableció que la administración del Programa será ejercida por el Director General de 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. Tiene como objetivo estimular la productividad de sus servidores, primordialmente a través de la capacitación y del bienestar de los funcionarios de la contribución. Indica que los recursos provendrán de: los bienes que reciba a cualquier título, previa autorización del Comité del Programa de Promoción e Incentivos al desempeño de los funcionarios de la entidad y las asignaciones presupuestales que establezca la Ley, finalmente establece las reglas para la distribución de esos recursos.

Posteriormente, el Presidente de la República expidió el Decreto 1268 del 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. Mediante este Decreto se crean los siguientes incentivos:

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 legal⁸ y se determinará con base en la evaluación de la gestión que se realice cada seis meses. Parágrafo. Para la vigencia de 1999 continuará rigiendo lo estipulado en el artículo 4 del Decreto 046 de 1999 en el sentido que el porcentaje allí establecido se entenderá que se refiere al incentivo por desempeño grupal de que trata el presente artículo y las demás normas que lo adicionen o modifiquen.

Artículo 6. Incentivos al desempeño en fiscalización y cobranzas. *Los servidores de la contribución que ocupen cargos de la planta de personal de la entidad, que se desempeñen en puestos que impliquen el ejercicio directo de labores ejecutoras en fiscalización y cobranzas, que como resultado de la gestión de control y*

⁸ El Consejo de Estado en sentencia del 14 de febrero de 2002, expediente: 2824-00. Actor: Jorge Ignacio Salcedo Galán. Ponente: Ana Margarita Olaya Forero.

cobro hayan logrado las metas establecidas de acuerdo con los planes y objetivos trazados para dichas áreas, tendrán derecho al pago mensual de un incentivo, adicional al contemplado en el artículo anterior, que no podrá exceder el cincuenta por ciento (50%) de la asignación básica mensual más la prima de dirección y la diferencia remuneratoria por designación de jefatura que se devengue. Este incentivo no constituirá factor salarial para ningún efecto legal y se determinará con base en la evaluación de la gestión que se realice cada seis meses.

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

Artículo 7. Incentivo por desempeño Nacional. *Modificado por el Decreto 4050 de 2008, artículo 9º. Es la retribución económica que se reconoce a los empleados públicos de la DIAN, que ocupen cargos de la planta de personal de la Entidad, referida al desempeño colectivo de los empleados públicos y relacionada con el cumplimiento de las metas de recaudo nacionales. Este incentivo se causará por períodos semestrales y dará derecho al reconocimiento de un pago correspondiente a dicho periodo, el cual podrá ser hasta del doscientos por ciento (200%) del salario mensual que se devengue, previa verificación del cumplimiento de dichas metas por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Este incentivo no constituirá factor salarial para ningún efecto legal.*

Sin embargo, la Sala Plena de la Corte Constitucional, mediante sentencia C-725 de 2000 declaró inexecutable los numerales 2º y 3º, del artículo 79 de la ley 488 de 1998⁹ y el artículo 90 del Decreto 1072 de 1999. Esta sentencia indicó que las facultades extraordinarias para establecer

⁹ Al respecto indicó

el régimen salarial y prestacional de los funcionarios de la DIAN, es inconstitucional, toda vez que es competencia del Congreso dictar la ley marco en relación con el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, facultad que no puede delegar en el Presidente de la República, en los siguientes términos:

No queda entonces duda alguna en el sentido de que, conforme a la Constitución de 1991, lo atinente al régimen salarial y prestacional corresponde regularlo, en dos momentos distintos, al Congreso y al Presidente de la República, en cuanto el primero dicta la ley marco respectiva y el segundo, a través de decretos la desarrolla, todo en armonía con lo preceptuado por el artículo 150, numeral 19 literal e) y por el artículo 189, numeral 14 de la Carta, a diferencia de lo que sucedía en la Constitución anterior pues, en ella, por expreso mandato del artículo 76 numeral 9 correspondía al Congreso determinar la estructura de la administración nacional, fijar las distintas categorías de empleos y el régimen de sus prestaciones sociales, asunto este que fue objeto directo de una de las reformas adoptadas por el Constituyente de 1991, como se dejó demostrado en los párrafos precedentes.

3.1.5. Así las cosas, ha de concluirse que las facultades extraordinarias concedidas al Presidente de la República por el artículo 79, numeral 2 de la [Ley 488 de 1998](#), en relación con los funcionarios de la DIAN, para "establecer su régimen salarial y prestacional", 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 artículo 209 de la Carta en el cual se dispone que la función administrativa se encuentra al servicio de los intereses generales y ha de cumplirse, entre otros, con sujeción a los principios de igualdad, moralidad y eficacia, por lo que no resulta acompasado con la Constitución que a quien ajusta su conducta a tales prescripciones, se le haga beneficiario de sumas de dinero que ingresan de manera extraordinaria a su patrimonio, simplemente por adecuar su conducta a lo que de él se espera como funcionario público.

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

Finalmente los artículos 5º y 7º del Decreto 1268 de 1999, fueron modificados por el Decreto 4050 de 2008 y ante la existencia de normas dispersas que fijaban parámetros y procedimientos para reconocer y pagar los incentivos creados por el Decreto 1268 de 1999, modificado por el artículo 9º del Decreto 4050 de 2008, el Director de Impuestos y Aduanas Nacionales, en aras de compilar en un solo cuerpo normativo tal regulación, expidió la Resolución No. 05062 de 2011.

De acuerdo con el anterior recuento normativo, encuentra la Sala que el Presidente de la República, de acuerdo con las facultades extraordinarias conferidas en la Ley 488 de 24 de 1998 estaba facultado para crear y reglamentar el Fondo de Promoción e Incentivos al desempeño de sus funcionarios. Sin embargo, no estaba facultado para crear

Expediente No. 0554-12
Actor: Sindicato de Unificación Nacional
de Empleados de la DIAN "SIUNEDIAN"

incentivos de carácter económico a favor de dichos funcionarios, toda vez que se declaró inexecutable el artículo 90 del Decreto 1072 de 1999.

c). Competencia del Director de la DIAN para reglamentar los incentivos económicos.

En relación con la competencia del Director de la Unidad Administrativa Especial, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales para reglamentar los incentivos creados mediante Decreto 1268 de 1999, encuentra la Sala:

En la Resolución 005062 de 2011, proferida por el Director de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, se indica que dicha norma se expide en uso de las facultades legales y en especial las que le confiere el numeral 22 del artículo 6º del Decreto 4048 de 2008, y los artículos 85 y 88¹⁰ del Decreto Ley 1072 de 1999. Normas transcritas a continuación:

¹⁰ Fe de Erratas. D.O. 48.089, junio 3 de 2011. En el Diario Oficial 48.065 del martes 10 de mayo de 2011, (pág. 49), se publicó la Resolución 005062 del 6 de mayo de 2011 de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, 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 de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. Por un error del procesador de textos, en los dos últimos renglones de su encabezamiento reza: numeral 22 del artículo 6º 3 del Decreto 4048 de 2008 y los artículos 854 y 885 del Decreto ley 1072 de 1999, y cuando lo correcto es: numeral 22 del artículo 6º del Decreto 4048 de 2008 y los artículos 85 y 88 del Decreto ley 1072 de 1999, y

Decreto 4048 de 2008.

Artículo 6°. Funciones de la Dirección General. Son funciones de la Dirección General las siguientes:

22- Impartir instrucciones de carácter general sobre aspectos referentes a la planeación, dirección, organización, supervisión, control, información y comunicación institucional;

Decreto Ley 1072 de 1999.

Artículo 85. Administración del programa de promoción e incentivos al desempeño. La administración del Programa de Promoción de Incentivos al desempeño será ejercida por el Director General de 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.

Artículo 88. Distribución de los recursos. Los recursos del Programa de Promoción e Incentivos al Desempeño de los Servidores de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales serán 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 cumplida la destinación señalada en el inciso anterior, los recursos del Programa podrán destinarse de acuerdo con el siguiente orden de prioridades:

1°. Al pago de los estímulos y beneficios por desempeño laboral excepcional, previstos en el artículo 90 del presente decreto, conforme a la reglamentación que sobre el particular se expida.

Expediente No. 0554-12
Actor: Sindicato de Unificación Nacional
de Empleados de la DIAN "SIUNEDIAN"

- 2°. Al funcionamiento de los programas de capacitación de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, y*
- 3°. Al funcionamiento de los programas de bienestar organizacional de los servidores públicos de la Entidad y sus familias.*
- 4°. Al pago de los demás gastos de funcionamiento que considere necesarios el Comité de Programa de Promoción e Incentivos al Desempeño. (Resaltado fuera del texto)*

Al revisar la norma acusada, se observa que el Director de la DIAN, a través de los artículos 3º, 8º y 12 de la Resolución No. 05062 de 2011, estableció que el porcentaje a otorgar por incentivos por desempeño grupal, en fiscalización y cobranzas y nacional, sería definido por el Comité del Programa de Promoción e Incentivos al Desempeño y asignado en función del cumplimiento de las metas de recaudo nacionales y la disponibilidad presupuestal.

Al respecto es importante precisar que el Director General de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales en calidad de Administrador del programa de promoción e incentivos al desempeño no puede utilizar los recursos del programa para el pago de estímulos económicos por desempeño laboral, previstos en el artículo 90 Decreto Ley 1072 de 1999, toda vez que como se ha manifestado anteriormente, este artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional.

Expediente No. 0554-12
Actor: Sindicato de Unificación Nacional
de Empleados de la DIAN "SIUNEDIAN"

En consecuencia no estaba facultado para reglamentar aspectos relacionados con el porcentaje y pago de tales incentivos, pues como se ha mencionado en reiteradas oportunidades, los estímulos económicos resultan contrarios a la Constitución Política.

Del asunto objeto de estudio.

El Sindicato de Unificación Nacional de Empleados de la DIAN, por intermedio de apoderado solicita de esta corporación se declare la nulidad de los artículos 3º, 8º y 12 de la Resolución No. 005062 de 2011 "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".

De acuerdo con las consideraciones previas de este proveído, se hace necesario analizar la naturaleza de los incentivos creados por el Decreto 1268 del 13 de julio de 1999, y posteriormente reglamentados en la Resolución acusada:

- El incentivo por desempeño grupal: es un reconocimiento que se paga mensualmente a los

servidores de la contribución que ocupen cargos de la planta de personal, cuando como resultado de su gestión hayan logrado las metas tributarias, aduaneras y cambiarias establecidas. Este incentivo no puede exceder del 50% de la asignación básica mensual más la prima de dirección y la diferencia remuneratoria por designación de jefatura que se devengue. No constituye factor salarial y se determinara con base en la gestión que se realice cada seis meses.

- Incentivo al desempeño en fiscalización y cobranzas: es reconocido mensualmente a los servidores que ocupen determinados cargos y que como resultado de la gestión de control y cobro hayan logrado determinadas metas. Es un incentivo adicional al de desempeño grupal y no podrá exceder el cincuenta por ciento (50%) de la asignación básica mensual más la prima de dirección y la diferencia remuneratoria por designación de jefatura que se devengue. Este incentivo no constituye factor salarial.

- Incentivo por desempeño Nacional: es una retribución económica que se reconoce a los empleados públicos de la DIAN que ocupen determinados cargos y cuando se cumplen unas metas determinadas. Se causa semestralmente y

puede ser hasta del el doscientos por ciento (200%) del salario mensual que se devengue el empleado. Este incentivo no constituye factor salarial.

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

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

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

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

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

En consecuencia y sin necesidad de mayores elucubraciones jurídicas, concluye la Sala que los artículos 3º, 8º y 12 de la Resolución No. 005062 de 2011, quebrantan la Constitución Política de Colombia y en consecuencia la Sala decretará la nulidad de las normas acusadas.

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

F A L L A

DECLARASE la nulidad de los artículos 3º, 8º y 12 de la Resolución 5062 de 2011, expedida por el Director General de la Unidad Administrativa Especial, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE. Ejecutoriada, **ARCHÍVESE** el expediente.

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

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

GERARDO ARENAS MONSALVE GUSTAVO E. GÓMEZ ARANGUREN

Expediente No. 0554-12
Actor: Sindicato de Unificación Nacional
de Empleados dela DIAN “SIUNEDIAN”

ALFONSO VARGAS RINCÓN LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO