



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

Ibagué, seis (6) de mayo de dos mil dieciséis (2016).

Radicación: No. 2014 - 00614
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: ISAIAS CAICEDO GONZALEZ
Demandado: UAE DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN

Encontrándonos en la oportunidad prevista en el numeral 2º del artículo 182 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹, se dispone a proferir sentencia de primera instancia, previo las siguientes:

ANTECEDENTES:

Hechos.-

Como fundamento fáctico de las pretensiones, aduce que el señor Isaias Caicedo González se vinculó a la entidad el 27 de agosto de 1991, y presta sus servicios en la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, en el cargo Gestor III Código 303 grado 03, Grupo interno de Trabajo de Cobranzas de la División de Gestión de Recaudo y Cobranzas.

Que el señor Caicedo González ha recibido desde julio de 1999, el incentivo por desempeño grupal por haber cumplido metas de gestión y en los siguientes períodos:

1. Liquidador tributario, en el periodo del 3 de febrero al 11 de septiembre de 1997, en la división de liquidación.
2. Profesional en Ingresos Públicos III Nivel 32 Grado 23, desde el 12 hasta el 21 de septiembre de 1997.
3. Liquidador tributario, en el periodo del 22 de septiembre al 31 de octubre de 2001 (división de liquidación); desde el 1 de noviembre de 2001 al 31 de enero de 2002 (División de Fiscalización Tributaria), y desde el 1 de febrero de 2002 a 7 de octubre de 2003 (División de Liquidación).
4. Analista verificador de obligaciones tributarias, en el periodo del 8 de octubre de 2003 hasta el 18 de abril de 2004, G.I.T. de normalización de PYMES.
5. Jefe de Grupo, en el periodo del 19 de abril de 2004 a 31 de mayo de 2005, división de cobranzas.
6. Gestor de cobro, en el periodo de 1 de junio de 2005 a 3 de noviembre de 2008, G.I.T. de persuasiva de la División de cobranzas.
7. Ejecutivo en Recaudación y cobranzas en el periodo del 1 de septiembre de 2009 al 31 de enero de 2010, G.I.T. de persuasiva de la División de cobranzas.

¹ C.P.A. y de lo C.A.



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

8. Agente de cobro, noviembre 3 de 2008 a marzo 22 de 2010, División de Gestión de Recaudo y Cobranzas
9. Sustanciador de devoluciones administrador – Ejecutor de cobro, en el periodo del 5 de mayo de 2010 a 4 de noviembre de 2010, División de Gestión de Recaudo y Cobranzas
10. Agente de Devoluciones y Compensaciones, en el periodo del 23 de marzo de 2010 al 12 de julio de 2012 (división de Gestión de Recaudo y Cobranzas), y del 12 de julio de 2012 al 12 de enero de 2013 (Coordinación de devoluciones y compensaciones)
11. Administrador de Cartera, del 13 al 27 de enero de 2013, (G.I.T. de devoluciones), y del 28 de enero de 2013 a la fecha (G.I.T. de Gestión cobranzas)

Manifiesta, que mediante Decreto 1268 del 13 de julio de 1999, se reconoció un incentivo mensual por desempeño grupal para los servidores de la contribución que ocuparan cargos de la planta de personal de la entidad; el cual no podía exceder del 50% de la asignación básica mensual; igualmente, refiere que a través de decreto 4050 de 22 de octubre de 2008, se disminuyó el porcentaje de dicho incentivo al 26%.

Asegura que dicho incentivo fue creado como una contraprestación por el servicio prestado, y se ha venido pagando mensualmente desde el año 1999, en forma continua e ininterrumpida.

Indicó, que a través de Decreto 2635 del 17 de diciembre de 2012, expedido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se ordena la incorporación del incentivo por desempeño grupal del 26% al salario de cada uno de los funcionarios que se acogían a esta escala.

Precisó que el demandante se acogió a dicho régimen salarial, por lo tanto el incentivo grupal del 26%, le fue reconocido como salario desde el 17 de diciembre de 2012.

Refiere que la entidad demandada a través de oficio No. 100000202-01376 del 23 de agosto de 2013, y que fuera confirmado a través de resolución No. 009878 del 19 de noviembre de 2013, negó el derecho reclamado.

Con base en los anteriores hechos pretenden:

Se declare la nulidad parcial del oficio No. 100000202-01376 del 23 de agosto de 2013, por el cual se negó la petición de reconocimiento y pago del retroactivo por desempeño grupal 26%, y Resolución No. 009878 del 19 de noviembre de 2013, por medio del cual se resolvió recurso de reposición y confirmo el oficio anterior.

Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho solicita:

"SEGUNDA: ... se reconozca y pague a ISAIAS CAICEDO GONZALEZ, el incentivo por desempeño grupal correspondiente al 26% mensual con carácter salarial para todos los efectos legales y prestacionales, desde enero de 1999 o por prescripción trienal tres años antes de la presentación de la petición."



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

"TERCERA: Que al declararse este incentivo con factor salarial, se reliquide y pague, la diferencia en las prestaciones sociales y legales, como son: Prima de navidad, prima de servicios, vacaciones, prima vacaciones, bonificación por servicios prestados, los demás incentivos por desempeño que tratan los artículos 6, y 7 del decreto 1268 de 1999, subsidio de alimentación, auxilio de transporte, horas extras, dominicales y festivos laborados, compensatorios, prima de antigüedad, cesantías y demás emolumentos prestacionales que se liquiden de conformidad con el salario devengado teniendo en cuenta el 26% como factor salarial, desde enero de 1999 o por prescripción trienal tres años antes de la presentación de la petición."

"CUARTA: Que como consecuencia de la anterior declaración, se reliquide y pague, los aportes a las entidades de seguridad social y al Fondo de Cesantías, en la debida proporción."

"QUINTA: Indexar los valores que resulten determinados en el punto anterior, a favor de mi poderdante, hasta el día en que se verifique su pago y se reconozcan los intereses que establece el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011."

"SEXTA: Que la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales de aplicación a lo dispuesto en el (sic) artículos 192 de la Ley 1437 de 2011, para el cumplimiento de la sentencia"

Realizada la notificación la entidad demandada dentro del término contestó la demanda, en los siguientes términos²:

Se opone a la prosperidad de las pretensiones, indicando que el incentivo por desempeño grupal que establece el artículo 8 del Decreto 4050 del 22 de octubre de 2008, no constituye factor salarial.

Considera, que la legislación colombiana específicamente el artículo 150 de la Constitución Política, es clara al establecer que el gobierno nacional es quien define el régimen salarial de los empleados públicos de acuerdo con los criterios y objetivos generales fijados por el gobierno nacional. De ahí, que estime que el incentivo no puede formar parte del salario para efecto de liquidar prestaciones sociales.

Como argumento base de su planteamiento trae a colación apartes de lo dicho por el Honorable Consejo de Estado en sentencia del 16 de febrero de 2012, para concluir que no es procedente darle el carácter de factor salarial al incentivo por desempeño grupal reclamado por el actor, por lo que solicita desestimar las súplicas de la demanda.

Alegatos de conclusión:

² Ver Folio 139 a 147



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

Tanto la parte demandante como demandada hicieron uso de este derecho dentro la oportunidad procesal prevista en el artículo 181 del CPACA, según escrito visible a folios 220 a 241 y 242 a 259 del expediente, respectivamente.

El Ministerio público no conceptuó.

CONSIDERACIONES:

Verificados los anteriores presupuestos, y como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, es menester adentrarnos en el fondo del asunto, por lo que se procede a decidir en los siguientes términos:

Pretende la demandante, se declare la nulidad parcial de los actos administrativos No. 100000202-001376 del 23 de agosto de 2013, y de la Resolución No. 0009878 del 19 de noviembre de 2013 a través de los cuales la UAE DIAN negó el reconocimiento y pago del retroactivo del incentivo por desempeño grupal del 26% como factor salarial, y como consecuencia de ello, se reconozca y pague a ISAIAS CAICEDO el incentivo por desempeño grupal correspondiente al 26% mensual con carácter salarial para todos los efectos legales y prestacionales desde enero de 1999 o por prescripción trienal tres años antes de la presentación de la petición.

De acuerdo a lo anterior, es viable plantear el problema Jurídico: "Si el actor como empleado de la U.A.E. DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES, tiene derecho o no que se le tenga en cuenta el veintiséis por ciento del incentivo por factor grupal consagrado en el artículo 8 del Decreto 4050 de 2008, como factor salarial".

Conclusión:

EL demandante no tiene derecho a que el incentivo por desempeño grupal se le tenga en cuenta como factor salarial.

MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

De la Naturaleza Jurídica de la DIAN.-

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 38, 67 y 82 de la Ley 489 de 1998³, las Unidades Administrativas son organismos creados por la Ley, con autonomía administrativa y financiera, las cuales cumplen funciones administrativas para desarrollar o ejecutar programas propios de un ministerio o Departamento Administrativo.

³ Ley 489 de 1998 "Por el cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se aplican disposiciones, principios y reglas para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones".



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN⁴, de acuerdo con lo contemplado en el artículo 1 del Decreto 1071 de 1999⁵, se encuentra 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, lo que hace que su objeto deba cumplirse conforme a los lineamientos de política fiscal que indique el Ministro del ramo. 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 sus servidores públicos.

Ahora bien, resulta entonces que a partir de la Constitución de 1991, específicamente el artículo 150, le otorgó al Congreso de la República varias prerrogativas, dentro de las cuales le dio la posibilidad de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de ahí que en el numeral 19 del citado artículo se dispuso:

(...)

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

e)

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

"f) Regular el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales."

(...)

En desarrollo de este postulado, el legislador expidió la Ley 4ª de 1992⁶, y en su artículo 1º, señaló que el gobierno nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta Ley, fijará el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos de la Rama Ejecutiva Nacional, cualquiera que sea su sector, denominación o régimen jurídico, en igual sentido, en el artículo 10 estableció que todo régimen salarial o prestaciones que se establezca contraviniendo las disposiciones contenidas en esta ley o en los decretos que dicte el Gobierno Nacional en desarrollo de la misma, carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos.

Bajo el anterior entendido, es posible concluir que le corresponde al congreso de la República y al Gobierno Nacional fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Resulta del caso señalar que dentro del régimen especial de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, se previó el reconocimiento y pago de reconocimientos e incentivos al personal de la

⁴ por el cual se organiza la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales como una entidad con personería jurídica, autonomía administrativa y presupuestal y se dictan otras disposiciones.

⁵ Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales, y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política."



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

contribución, de ahí que deba señalarse que al expedirse la ley 488 de 1998⁶, el congreso facultó al presidente de la República en el artículo 79 Idem, para que adoptara medidas en aras de fortalecer la administración tributaria y Aduanera, para lo cual entre otros asuntos, debía crear y reglamentar el Fondo de promoción e incentivos al desempeño de sus funcionarios.

En efecto, en ejercicio de tal facultad se expide el Decreto 1072 de 1999⁷, donde se creó el programa de Promoción e Incentivos al desempeño como una cuenta de manejo especial administrada por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, y determinó como derecho de los empleados de la contribución, entre otros el de participar en los programas de bienestar social que para el efectos establezca la entidad para sus funcionarios y familiares, así como recibir capacitación para mejorar el desempeño del cargo, además de gozar de los estímulos e incentivos morales y pecuniarios previstos en la ley y en los reglamentos, y cuyo objeto es el de estimular la productividad de sus servidores.

Así pues, y teniendo en cuenta el objeto de la controversia resulta del caso referirnos al incentivo por desempeño grupal.

DEL INCENTIVO POR DESEMPEÑO GRUPAL

El Decreto No. 1268 de 1999, en su artículo 5^o, determinó que el Incentivo por Desempeño Grupal, es reconocido mensualmente a los servidores de la contribución que ocupen cargos de la planta de personal, en los siguientes términos:

"Artículo 5°. 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 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 gestión que se realice cada seis meses. (Negritas del despacho)

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".

Posteriormente, se expide el Decreto 618 del 28 de febrero de 2006⁸, en donde claramente se indicó:

ARTÍCULO 2o. Los empleados vinculados actualmente a la Unidad Administrativa Especial Dirección de

⁶ por la cual se expiden normas en materia Tributaria y se dictan otras disposiciones fiscales de las Entidades Territoriales.

⁷ Por el cual se establece el Sistema Específico de Carrera de los servidores públicos de la contribución y se crea el Programa de Promoción e Incentivos al Desempeño de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN.

⁸ Asente declarado.

⁹ Por el cual se dictan normas sobre el régimen salarial para los empleados de la unidad administrativa especial dirección de impuestos y aduanas nacionales y se dictan otras disposiciones en materia salarial.



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

Impuestos y Aduanas Nacionales podrán optar por una sola vez antes del 15 de marzo de 2008 por el régimen salarial que se establezca en el presente decreto. Los empleados que no opten por el régimen aquí establecido, continuarán rigiéndose por lo dispuesto en las normas legales vigentes sobre la materia.

Artículo 5. El incentivo por desempeño grupal, de quienes opten por este nuevo régimen, a que se refiere el artículo 5^o del Decreto 1266 de 1999, no podrá exceder del veintiséis (26%) por ciento de la asignación básica mensual más la prima de dirección y la diferencia remuneratoria por designación de jefatura que se devengue.

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

Luego, a través del decreto 4050 de 2008, vigente a partir del 22 de octubre de 2008, se consagró:

ARTÍCULO 1o. CAMPO DE APLICACIÓN. El régimen salarial establecido en el presente decreto, se aplicará a los empleados públicos de la DIAN que optaron por el régimen salarial establecido en el Decreto 618 de 2008, para quienes se vincularon a la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales en fecha posterior a la vigencia de dicho Decreto y para los empleados públicos que se vinculen a la Entidad con posterioridad a la vigencia del presente decreto. Subrayas fuera de texto

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.

Bajo esta misma lógica, advierte el despacho que el actor en su escrito de alegatos de conclusión hace alusión a la sentencia de fecha 6 de julio de 2015, número interno 0192-11, radicación No. 11001-03-25-000-2011-00067-00 (0192-11), actor "SINEDIAN", M.P. Luis Rafael Vergara Quintero, declaró la nulidad de la expresión "no constituirá factor salarial para ningún efecto legal".

Dicha expresión fue retirada del Decreto 4050 de 2008, al considerarse entre otras razones las siguientes:

"... Lo anteriormente transcrito permite concluir que dentro del régimen jurídico anterior a la carta política como en el transcurso de esta, el concepto de prima, entendido como tal cualquier incentivo que se le dé 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 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 mencionado desbordó su poder, por cuanto bajo la apariencia de un "incentivo", que como su nombre



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

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 contarse 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 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 el factor salarial, lo que hace forzoso concluir que restaría 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 que necesariamente ha de formar parte de la asignación mensual que devengan los empleados de la planta de la DIAN, so pena de estar desmejorándolos en sus condiciones laborales.

No sobre recomiar que la Ley 4ª de 1952, 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.

No obstante lo anterior, es pertinente señalar que el régimen salarial de los empleados de la Unidad Administrativa Especial – Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales en el devenir de los años ha sufrido variaciones, por lo que en virtud de lo anterior y ante la existencia de normativa dispersa que fije parámetros y procedimientos para pagar los incentivos de que tratan los artículos 5º, 6º y 7º del Decreto 1268 de 1999, este último artículo modificado por el 9 del Decreto 4050 de 2008, y el artículo 8 del Decreto 4050 de 2008, resultó conveniente compilar en un solo cuerpo normativo tal regulación, expidiéndose el decreto 5062 de 2011, donde se dispuso:

"ARTÍCULO 10; CONCEPTO. 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."



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

Finalmente, habrá que indicarse que a través del decreto 2635 de 2012¹⁰, se fijó la escala salarial para los empleados de la contribución, y se indicó:

Artículo 1º. Fijase la siguiente escala de asignación básica mensual para los empleos de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN, la cual regirá para el personal que se vincule a la entidad con posterioridad a entrada en vigencia del presente decreto:

PARÁGRAFO 2º. Los empleados públicos de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN, a quienes se les aplique la escala salarial establecida en el presente artículo, tendrán derecho a percibir los beneficios salariales y prestacionales que hoy perciben los servidores regidos por el Decreto 4050 de 2008, con excepción del incentivo por desempeño grupal de que trata el artículo 8º del citado Decreto.

ARTÍCULO 2º. OPORTUNIDAD DE OPTAR. Los empleados públicos vinculados actualmente a la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN, incluidos los servidores vinculados a las plantas temporales, con excepción de los señalados en el artículo 3º del presente decreto, podrán optar por una sola vez y dentro de los cinco (5) días siguientes a la entrada en vigencia del presente decreto por el régimen salarial establecido en el Artículo 1º del mismo.

A los empleados públicos que no optaron por el régimen previsto en el Decreto 4050 de 2008 y se acogan al régimen que se establece en el artículo 1º del presente decreto, se les aplicará el Sistema de nomenclatura y clasificación establecido en el Decreto 4045 de 2008 para el cargo equivalente del cual es titular.

En este orden de ideas, es factible concluir que el incentivo por desempeño grupal fue establecido a partir del Decreto 1268 de 1999, con el fin de estimular a los empleados de la DIAN por el cumplimiento de metas en el recaudo de los ingresos administrados por dicha entidad, y por tanto para su reconocimiento es requisito sine qua non pertenecer a la planta de personal de la entidad, y cumplir con las metas tributarias, aduaneras y cambiarias que se establezcan.

Igualmente, y a pesar de la evolución normativa que sobre el tema se ha producido siempre se indicó que dicho incentivo no constituía para ningún efecto factor salarial, situación que perduró en el tiempo hasta el 6 de julio de 2015, fecha en la que el Honorable Consejo de Estado retiró del ordenamiento jurídico dicha expresión del Decreto 4050 de 2008.

Efectuadas las anteriores presiones se procede a analizar el caso en concreto:

De las Pruebas aportadas:

Se encuentra incorporados en el proceso con medio de prueba los siguientes documentos:

¹⁰ "Por el cual se dictan disposiciones en materia salarial para la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN" vigente a partir del 17 de diciembre de 2012



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

- Copia de la petición –26% como factor salarial presentada por la apoderada del señor ISAIAS CAICEDO GONZALEZ radicada ante la UAE DIAN NIVEL CENTRAL bajo el No. 2013ER 54523 de fecha 2 de agosto de 2013. Ver folio 10-13 c1, y del escrito mediante el cual interponen recurso de reposición contra de la decisión contenida en el oficio No. 100000202-001376 del 23 de agosto de 2013 (fls. 14 a 17 c1)
- Certificación laboral expedida por la Subdirección de Gestión Pensional de la UAE DIAN, donde consta la fecha de ingreso del actor a la entidad, los cargos desempeñados, y funciones realizadas. (fls. 42 a 27 frente y vuelto)
- Certificado de salarios devengados por el señor ISAIAS CAICEDO GONZALEZ desde el 30 de enero de 2009 y hasta 30 de diciembre de 2013 (fls. 28-38 c1)
- Certificación porcentajes aprobados por concepto de incentivo por desempeño grupal, (fls. 39,40)
- Copia del acto administrativo contenido en el oficio No. 100000202-01376 del 23 de agosto de 2013, por medio del cual se niega el reconocimiento, liquidación y pago como salario del incentivo por desempeño grupal del 26% al señor Caicedo González. (f. 108 a 111 c1)
- Resolución No. 0009878 de fecha 19 de noviembre de 2013 a través del cual se resuelve un recurso de reposición, y confirma en su integridad lo decidido en el oficio No. 01376 del 23 de agosto de 2013 (fls. 10 a 14 c1)
- Copia del Expediente administrativo de la Historia Laboral de ISAIAS CAICEDO GONZALEZ, aportado por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, obrante a folios 1 a 818 del cuaderno 2

De lo anterior, claramente podemos decir que se encuentra probado que el señor ISAIAS CAICEDO GONZALEZ, fue nombrado e incorporado a la planta de personal de la Unidad Administrativa Especial – DIAN, a través de Resolución No. 03358 del 22 de agosto de 1991¹¹, en el cargo de profesional tributario Nivel 40 grado 34, en la División de estudios fiscales.

Que con ocasión de su vinculación el señor Caicedo González ha desempeñado varios cargos en la UAE DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES, de tal forma que se le ha reconocido el Incentivo por desempeño grupal en forma mensual, según se desprende de la certificación laboral obrante a folios 29 a 38.

Igualmente, se encuentra acreditado que el periodo de reconocimiento fue a partir de enero de 1999, de la siguiente forma:

Periodo de reconocimiento	Porcentaje	No. de acto administrativo
ENERO - 1999	30%	
FEBRERO - JULIO 1999	23%	
AGOSTO 1999- ENERO 2000	50%	
FEBRERO- JULIO 2000	26%	
AGOSTO 2000- ENERO 2001	29%	
FEBRERO-JULIO DE 2001	41%	
AGOSTO 2001- ENERO 2002	41%	ACTA 003 DE JULIO 25 DE 2001
FEBRERO-JULIO 2002	41%	ACTA 001 DE EN 30/02

¹¹ Folio 1-3 Cdno 2 Expediente Administrativo.



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

AGOSTO 2002 - ENERO 2003	41%	ACTA 003 DE JULIO 30 DE 2002
FEBRERO - JULIO DE 2003	41%	ACTA 005 DE ENERO DE 2003
AGOSTO 2003 - ENERO 2004	41%	ACTA 007 DE JULIO 31 DE 2003
FEBRERO - JULIO 2004	39%	ACTA 008 DE ENERO 30 DE 2004
AGOSTO 2004 - ENERO DE 2005	43%	ACTA 011 DE JULIO 30 DE 2004
FEBRERO 2005	41%	ACTA 012 DE ENERO 29 DE 2005
MARZO - JUNIO DE 2005	41%	ACTA 014 DE FEBRERO 29 DE 2005
AGOSTO 2005 - OCTUBRE DE 2005	42%	ACTA 018 DE JULIO 29 DE 2005
NOVIEMBRE - DICIEMBRE Y ENERO 2006	50%	ACTA 017 DE NOVIEMBRE 2005 Y ACT 19 DE ENERO 30 DE 2006
FEBRERO 28 A ABRIL DE 2006	26% PARA QUIENES SE ACOGIERON AL DECRETO 618 DE 2006 50% PARA QUIENES NO SE ACOGIERON AL DECRETO 618 DE 2006	ACTO 020 DE MARZO DE 2006
MAYO - JULIO 2006	26% PARA QUIENES SE ACOGIERON AL DECRETO 618 DE 2006 50% PARA QUIENES NO SE ACOGIERON AL DECRETO 618 DE 2006	ACTA 021 DE MAYO 31 DE 2006
AGOSTO 2006 - ENERO 2007	26% PARA QUIENES SE ACOGIERON AL DECRETO 618 DE 2006 50% PARA QUIENES NO SE ACOGIERON AL DECRETO 618 DE 2006	ACTA 022 DE JULIO 31 DE 2006
FEBRERO - JULIO 2007	26% PARA QUIENES SE ACOGIERON AL DECRETO 618 DE 2006 50% PARA QUIENES NO SE ACOGIERON AL DECRETO 618 DE 2006	ACTA 024 DE ENERO DE 2007
AGOSTO 2007 - ENERO 2008	26% PARA QUIENES SE ACOGIERON AL DECRETO 618 DE 2006 50% PARA QUIENES NO SE ACOGIERON AL DECRETO 618 DE 2006	ACTA 026 DE JULIO 31 DE 2007
FEBRERO - JULIO 2008	26% PARA QUIENES SE ACOGIERON AL DECRETO 618 DE 2006 50% PARA QUIENES NO SE ACOGIERON AL DECRETO 618 DE 2006	ACTA 026 DE ENERO 31 DE 2008
AGOSTO 2008 - ENERO 2009	26% PARA QUIENES SE ACOGIERON AL DECRETO 618 DE 2006 50% PARA QUIENES NO SE ACOGIERON AL DECRETO 618 DE 2006	ACTA 030 DE JULIO 30 DE 2008
FEBRERO - JULIO DE 2009	26% PARA QUIENES SE ACOGIERON AL DECRETO 618 DE 2006 50% PARA QUIENES NO SE ACOGIERON AL DECRETO 618 DE 2006	ACTA 001 DE ENERO 23 DE 2009



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

AGOSTO 2009 – ENERO 2010	25% PARA QUIENES SE ACOGIERON AL DECRETO 618 DE 2008	ACTA 004 DE JULIO 27 DE 2009
	50% PARA QUIENES NO SE ACOGIERON AL DECRETO 618 DE 2008	
FEBRERO 2010 – JULIO 2010	25% PARA QUIENES SE ACOGIERON AL DECRETO 618 DE 2008	ACTA 008 DE ENERO DE 2010
	50% PARA QUIENES NO SE ACOGIERON AL DECRETO 618 DE 2008	
AGOSTO 2010 – ENERO 2011	25% PARA QUIENES SE ACOGIERON AL DECRETO 618 DE 2008	ACTA 008 DE JULIO 29 DE 2010
	50% PARA QUIENES NO SE ACOGIERON AL DECRETO 618 DE 2008	
FEBRERO – JULIO DE 2011	25% PARA QUIENES SE ACOGIERON AL DECRETO 618 DE 2008, 50% PARA QUIENES NO SE ACOGIERON AL DECRETO 618 DE 2008	
AGOSTO DE 2011-ENERO DE 2012	25% PARA QUIENES SE ACOGIERON AL DECRETO 618 DE 2008, 50% PARA QUIENES NO SE ACOGIERON AL DECRETO 618 DE 2008	ACTA 010 DE JULIO 13 DE 2011
FEBRERO – JULIO DE 2012	25% PARA QUIENES SE ACOGIERON AL DECRETO 618 DE 2008, 50% PARA QUIENES NO SE ACOGIERON AL DECRETO 618 DE 2008	ACTA 012 DE ENERO 12 DE 2012
AGOSTO DE 2012 – ENERO DE 2013	25% PARA QUIENES SE ACOGIERON AL DECRETO 618 DE 2008, 50% PARA QUIENES NO SE ACOGIERON AL DECRETO 618 DE 2008	ACTA 14 DE JULIO 06 DE 2012
FEBRERO – JULIO DE 2013	25% PARA QUIENES NO SE ACOGIERON AL DECRETO 2635 DE 2012	ACTA 015 DE ENERO DE 2013
AGOSTO DE 2013 A ENERO DE 2014	25% PARA QUIENES NO SE ACOGIERON AL DECRETO 2635 DE 2012, AL NO HABER OPTADO DE MANERA VOLUNTARIA POR ESTE REGIMEN SALARIAL	ACTA N.º 16 DE JULIO DE 2013

De lo anterior resulta claro, que el señor Caicedo-González ha estado vinculado como funcionario de planta en la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales desde el 27 de agosto de 1991.



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

Igualmente, y del material probatorio obrante en el expediente se puede determinar que durante su vínculo laboral ha percibido salario, prestaciones sociales, y a partir del año 1999 por cumplimiento de metas en el resultado de su gestión se la ha reconocido entre otros el incentivo por desempeño grupal, y dicho emolumento no ha sido considerado como factor salarial para efecto de liquidar prestaciones sociales.

Que de acuerdo con el cuadro presentado, se concluye que para efecto del reconocimiento y pago del incentivo por desempeño grupal en la U.A.E DIRECCION DE IMPUESTOS NACIONALES se presentaban dos regímenes salariales diferentes, aquel que consagró el artículo 5º del Decreto 1268 de 1999, y el que trajo consigo el decreto 618 del 26 de febrero de 2006, el cual se aplicaba a aquellos empleados que expresamente se acogieron a este antes del 15 de marzo de 2006; en este sentido, y luego de revisar los documentos obrantes en plenario se establece que el régimen del actor para efectos de liquidación y pago del incentivo por desempeño grupal fue el previsto en el Decreto 1268 de 1999. Además de lo anterior, a folio 756 del expediente administrativo se advierte que el actor se acogió al régimen salarial previsto en el Decreto 2635 de 2012.

Resulta claro, que el régimen salarial del actor tiene su fundamento en el Decreto 1268 de 1999, el cual estableció en forma clara y precisa que dicho incentivo previsto en el artículo 5º "no constituiría factor salarial para ningún efecto legal". De ahí, que podamos señalar, que nos encontramos frente a una disposición que permanece vigente en el ordenamiento jurídico, que no ha sido anulada ni derogada, por el contrario el Honorable Consejo de Estado, en sentencia de febrero 14 de 2002, expediente 2824, Consejera Ponente Dra. Ana Margarita Olaya Forero, sección Segunda, en donde se indicó:

En cuanto a la censura que le endilga al demandante a la norma acusada, consistente en que el Gobierno al señalar que el incentivo no constituye factor salarial, infringe también los objetivos y criterios señalados en la ley 4ª de 1992 y el principio de solidaridad en que descansa la Ley 100 de 1993, dirá la Sala que tampoco tiene vocación de prosperidad. De una parte, tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional, como la de la Corte Suprema de Justicia y la de esta Corporación, ha señalado que no existe ningún motivo fundado en los preceptos constitucionales o en la recta razón que impide disponer que determinada prestación social se liquide sin consideración el monto total del salario; por ello, bien puede disponer la expresión acusada que el incentivo no se considera parte del salario, para efecto de liquidar prestaciones sociales.

Para el Despacho quedaría en discusión los alcances de la sentencia proferida por el honorable Consejo de Estado el pasado 6 de julio de 2015, en donde resolvió declarar la nulidad de la expresión "no constituirá factor salarial para ningún efecto legal".

En tal sentido, aparece que los apartes "de la planta de personal" y "no constituirá factor salarial para ningún efecto legal" del artículo 8 del Decreto 4050 de 2008 fueron demandados en acción de nulidad ante el Honorable Consejo de Estado por considerar que dichos apartes eran contrarios a los artículos 13, 25, 53, 150 y 189 de la Constitución Política y la Ley 4ª de 1992.



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

Es claro, que se estudió la legalidad de dicha expresión frente al Decreto 4050 de 2008, el cual como se indicó en precedencia modificó el artículo 7 del Decreto 1268 de 1999, derogó el Decreto 650 de 2008, y estableció el régimen de los empleados públicos de la DIAN que optaron por el régimen salarial establecido en el Decreto 618 de 2006; empero no modificó, alteró o varió la situación salarial prevista en el artículo 5º del Decreto 1268 de 1999, por lo tanto al pertenecer el actor a dicho régimen es claro, que se deben acatar las disposiciones allí contenidas.

Ahora bien, en gracia de discusión habrá que indicarse que el actor pretende se declare la nulidad de los actos administrativos contenidos en el oficio No. 100000202-01376 del 23 de agosto de 2013, por el cual se negó la petición de reconocimiento y pago del retroactivo por desempeño grupal 26%, y de la Resolución No. 009878 del 19 de noviembre de 2013, por medio del cual se resolvió recurso de reposición y confirmó el oficio anterior. En tal sentido, considera el despacho que para efecto estudiar la legalidad y validez de dichos actos es menester analizar las condiciones que rodearon la expedición del acto administrativo, y los motivos que tuvo la administración para negar dicho reconocimiento.

En efecto, el actor le solicitó a la UAE DIAN el reconocimiento del incentivo por desempeño grupal como factor salarial, aduciendo la primacía de la realidad sobre las formalidades, e indicando que cuando un pago se hace de manera constante, continua y repetida se vuelve salario – ver folios 10-13; resulta entonces que la entidad en sede administrativa a través de oficio No. 100000202-01376 del 23 de agosto de 2013, analiza los argumentos expuestos por el actor y desata la situación planteada en forma negativa acudiendo a la normatividad vigente y a la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado.

Resulta entonces, que al ser sometido a control judicial el debate debe centrarse en las mismas razones y motivos que fueron conocidos por la entidad en sede administrativa; pues a juicio del despacho no es posible sorprender a la entidad demandada con argumentos nuevos y diferentes a los estudiados en sede administrativa, esto sería tanto como ir en contravía de los principios de la confianza y de la seguridad jurídica. Además, tampoco puede perderse de vista que según las voces del artículo 162 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, entendiéndose de actos administrativos deben "indicar las normas violadas y explicarse el concepto de violación", esto con el fin de que el actor invoque las normas que considera vulneradas y desvirtúe la presunción de legalidad del acto acusado.

Se reitera entonces que el actor presentó la demanda mucho antes del pronunciamiento del Honorable Consejo de Estado, y como se indicó en precedencia no cobija al demandante por pertenecer a un régimen diferente al que se alude en dicha sentencia; además de lo anterior, en sede administrativa y judicial esbozó razones diferentes a las planteadas en los alegatos de conclusión, por tanto al estar vigente el acto que le reconoció el incentivo por desempeño grupal no es posible hacerle extensivos los efectos de la nulidad decretada.

De acuerdo a lo anterior, y como quiera que no se logró desvirtuar la presunción de legalidad que acompaña los actos administrativos demandados, se negarán las pretensiones de la demanda.



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

CONDENA EN COSTAS

De conformidad con el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo se condenará en costas a la parte demandante, y a favor de la UAE DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES, para tal efecto fijese como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente. Lo anterior, atendiendo las pautas previstas por la Sala Administrativa del Honorable Consejo Superior de la Judicatura en el numeral 3.1.2., del acuerdo 1887 de 2003. Por secretaría liquídense Costas.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto.

SEGUNDO: CONDENAR en costas al demandante y a favor de la UAE DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES, para tal efecto fijese como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente. Por secretaría liquídense Costas.

TERCERO: En firme esta providencia archívese el expediente previas las anotaciones a que hubiere lugar y la devolución de remanentes de gastos procesales si los hubiere al actor, su apoderado o a quien esté debidamente autorizado.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


CESAR AUGUSTO DELGADO RAMOS
JUEZ