



REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL

JUZGADO 9º ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

D.C. SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

NATURALEZA:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICADO:	11001-33-35-009-2019-00363-00
DEMANDANTE:	ESTEBAN ÁLVAREZ NIEVES
DEMANDADO:	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN
ASUNTO:	Reliquidación prima de servicios y prima de actividad

Cumplidas las etapas del proceso y los presupuestos procesales del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho laboral sin que se adviertan causales de nulidad, el Juzgado, en primera instancia, profiere sentencia en los términos del artículo 182 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el art. 41 de la Ley 2080 de 2021, en el proceso iniciado por el señor **Esteban Álvarez Nieves** contra la **Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN**.

I. Antecedentes

1.1. La demanda y su contestación

1.1.1. Pretensiones

La parte actora en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (art. 138 del CPACA), pretende la inaplicación por inconstitucionalidad del artículo 7º del Decreto No. 4050 del 22 de octubre de 2008, en la cual se establece que la prima de dirección no es factor salarial, por consiguiente, la nulidad del Oficio No. 100000202 - 00986 del 16 de noviembre de 2018, por el cual se **negó la petición de reconocimiento y pago de la prima de dirección como factor salarial** y el respectivo retroactivo de las prestaciones sociales, así como la Resolución No. 001367 del 21 de febrero de 2019, por medio de la cual se resolvió de forma negativa recurso de reposición.



Como consecuencia de lo anterior y, a título de restablecimiento del derecho, solicita que se ordene a la entidad demandada: **i)** reconocer y pagar la prima de dirección con carácter salarial para todos los efectos legales y prestacionales, desde el 27 de agosto de 1997; **ii)** reliquidar y pagar, las prestaciones sociales y legales (aportes seguridad social, cesantías, prima de navidad, prima de servicios, vacaciones, prima de vacaciones, bonificación por servicios prestados, subsidio de alimentación, auxilio de transportes, horas extras, dominicales y festivos laborados, compensatorios, prima de antigüedad, prima de gestión tributaria y aduanera) y demás emolumentos prestacionales que se liquiden de conformidad con el salario devengado teniendo en cuenta para su liquidación la prima de dirección como salario; **iii)** indexar los valores que resulten y pagar intereses del artículo 192 del CPACA.

1.1.2. Fundamentos fácticos

El actor narró que se vinculó a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, el 29 de enero de 1981, siendo nombrado en planta de personal, el 27 de agosto de 1991.

Sostuvo que, a la fecha de presentación de esta demanda, era titular del empleo de Gestor II Código 302 Grado 02, de la Subdirección de carrera Gestión de Recursos Financieros en la ciudad de Bogotá; desde el año 1997, le designaron funciones de Jefaturas, durante los cuales percibió la prima de dirección mensualmente, en los siguientes periodos:

Cargo	Periodo
Jefe Grupo Interno de Trabajo	Del 27 de agosto de 1997 al 1 de agosto de 1999.
Jefe Grupo Interno de Trabajo	Del 20 de agosto de 1999 al 07 de octubre de 2002.
Jefe de División	Del 8 de octubre de 2002 al 22 de noviembre de 2005
Jefe de Coordinación	Del 04 de noviembre de 2008 a la fecha.

Año	Periodo	Valor mensual
2014	De Enero a Diciembre	673.920
2015	De enero a diciembre	705.325
2016	De enero a Diciembre	760.129
2017	De enero a Diciembre	811.437
2018	De enero a Diciembre	852.740

Mediante radicado No. 000E2018036381 del 04 de octubre de 2018, la parte actora solicitó a la DIAN, se le reconociera y pagara la prima de dirección como factor salarial y el respectivo retroactivo de las prestaciones sociales, lo que fue negado mediante oficio No. 100000202-00986 del 16 de noviembre de 2018.

Contra la decisión se presentó recurso de reposición el 20 de diciembre de 2018, atendido mediante resolución No. 001367 del 21 de febrero de 2019, en el que la DIAN confirma en su integridad el oficio, decisión notificada por aviso, del 12 de marzo de 2019.

1.1.3. Normas Violadas y concepto de violación

El extremo activo invocó como normas violadas las siguientes:

- ✓ Artículo 13, 53 de la Constitución Política.
- ✓ Ley 4 de 1992.
- ✓ Artículo 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo.

Entorno al concepto de violación argumentó que los actos administrativos acusados, están viciados de nulidad por las siguientes causales:

a) Violación de Norma Superior: Al respecto adujo que, al equipar la prima técnica con la prima de dirección, para que sean reconocidas por el ejercicio de funciones de los cargos directivos, se está violando el derecho a la igualdad plasmado en el artículo 13 de la Carta Política, pues al funcionario que le reconozcan la prima técnica por el ejercicio de funciones en los cargos directivos, por disposición del Decreto ley 1661 de 1991 es salario.

Destacó el actor, que a su juicio se perjudica al funcionario que no ha tenido derecho a la prima técnica, pero que recibe prima de dirección por el ejercicio de funciones en los cargos directivos, por cuanto no es beneficiario del carácter salarial de la prima de dirección, pues el artículo, no lo contempla, viéndose desmejorado su salario, por capricho de una norma que así lo dispuso.

Aunado a lo anterior manifestó que, con la expedición del artículo 7 del Decreto 4050 de 2008, se vulnero el artículo 53 de la Carta Política, pues en ella determina que no se puede menoscabar los derechos de los trabajadores; y si la ley no le ha dado esta

limitante a un reconocimiento permanente, no es de recibo que lo haga un Decreto, pues este desconoce los principios constitucionales mínimos fundamentales en materia laboral.

Manifestó que, el Consejo de Estado, mediante Sentencia del 18 de febrero de 2018, estudió la nulidad del artículo 4° del Decreto 1268 de 1999, el cual establece el reconocimiento de la prima de dirección que se le hace a empleados cuando han sido designados a cumplir funciones de jefaturas en la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales; concluyendo que es factor salarial y por ello decretó la nulidad de la expresión “*no constituye factor salarial*”.

Considera que, el artículo 7° del Decreto 4050 de 2008 al determinar que la prima de dirección no es factor salarial está refutando los postulados y principios constitucionales, plasmados en los artículos 25 y 53 Superior, toda vez que dicha norma establece como regla general la prevalencia de la realidad sobre las formalidades, y lo que realmente se demuestra es el reconocimiento constante, continuo y como retribución del servicio, que conlleva a declarar como salario la prima de dirección, frente a las formalidades, que son las normas demandadas donde se plasma que no es salario.

Advierte que la norma acusada desconoce los derechos implantados en los artículos 2° y 3° de la ley 4a de 1992, al establecer que la prima de dirección no constituye factor salarial, pues reduce los ingresos de funcionarios de la DIAN, porque al percibir esta prima de manera constante, continua y en retribución del servicio, y de una responsabilidad como jefe, se dan todas las características que la ley determine para ser salario.

b) Desviación de poder: Asegura que esta causal se configura con la expedición del Decreto 4050 de 2008, en lo que se refiere a la prima de dirección, pues la ley 4 de 1992, no facultó al Gobierno Nacional, para restringir un pago que se hace con todas las características para que sea salario, pero por decisión del Gobierno de turno lo limitaron al determinar que no es factor salarial, pues el pago que se hace mensualmente, independiente del nombre que tenga, si es reiterativo, constante y continuo, es salario, por lo tanto, esta prima corresponde a la responsabilidad de dirección de un grupo o una sección o un departamento que los hace distinguir de sus demás compañeros de trabajo.

1.1.4. Contestación de la demanda

La entidad demandada se opuso a todas y cada una de las peticiones impetradas por considerar que al demandante no asiste el derecho.

Sobre los hechos de la demanda, los aceptó todos como ciertos aclarando que la prestación siempre fue señalada por el legislador y por el gobierno nacional en vigencia de la constitución de 1991, sin ser factor salarial, tanto en el decreto 1268 de 1999, como en el actual Decreto 4050 de 2008, en el cual se mantiene por parte del gobierno nacional la prestación sin ser factor salarial.

Precisó que, la UAE-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; 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 materia salarial, y en lo que respecta al sistema general de incentivos dentro de los que hace parte la prima de dirección reclamada por el demandante, afirmó que fue creada por el legislador, en el marco de la constitución anterior y luego por el gobierno nacional en virtud de las competencias señaladas por la constitución de 1991.

Resaltó que en desarrollo de la Ley 4a de 1992, el Gobierno Nacional expidió el decreto 4050 del 22 de octubre de 2008, aplicable sólo a los empleados públicos que optaron por el régimen salarial establecido en el Decreto 618 de 2006, a quienes se vincularon a la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales en fecha posterior a la vigencia de dicho Decreto, así como a los empleados públicos que se vinculen a la Entidad después de haber entrado en vigor.

Adujo que el beneficio reclamado, entre otros, fueron concebidos por el legislador en un principio y luego por el Gobierno Nacional, pues no podía desconocer el precepto legal, como un beneficio que no constituye factor de salario para ningún efecto legal y, por lo tanto, no se debe tener en cuenta a la hora de establecer el salario base de liquidación para el reconocimiento de las prestaciones sociales y demás beneficios salariales a que tenga derecho el servidor público.

Consideró que mientras las normas que regulan la liquidación de beneficios prestacionales y salariales de los servidores públicos se encuentren vigentes y no sean derogadas expresa o tácitamente por leyes posteriores, son de obligatorio

cumplimiento y en virtud del principio de legalidad que debe gobernar las actuaciones de la administración, no le es dado al operador jurídico desconocerlas.

Con fundamento en los argumentos expuestos en precedencia, se concluye que, no es posible dar efectos salariales que no lo tienen, a todos los incentivos, bonificaciones, primas o remuneración por desempeño nacional, grupal fiscalización y cobranza, menos reconocer unos efectos retroactivos que la providencia no indica, pues así lo dispone la normatividad existente y así lo ha entendido el órgano de cierre de la jurisdicción administrativa.

Finalmente, señaló la prescripción de acuerdo con el Artículo 49 de la Ley 712 de 2001, en razón a que la oportunidad para iniciar las acciones que emanan de los derechos laborales causados prescriben en “dos (3) años” (sic). Para el trabajador este término se contará desde la fecha en que se hicieron exigibles tales obligaciones.

Para soportar los expuesto propuso las excepciones de: (i) inexistencia de la obligación, (ii) prescripción y (iii) genérica.

1.2. Trámite procesal

La demanda fue radicada el 6 de septiembre de 2019; mediante proveído del 23 de septiembre de 2019, se admitió el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra la UAE Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN.

Mediante auto del 4 de octubre de 2021 se tuvo por contestada la demanda y se atendieron las excepciones, precisando que se resolverían en la sentencia.

Finalmente, con auto del 31 de mayo de 2022, se anunció que se dictaría sentencia anticipada, razón por la cual se fijó el litigio; se tuvieron como pruebas las aportadas, y se corrió traslado para alegar de conclusión por escrito.

1.3 Los Alegatos de conclusión

En el término concedido por el Despacho, la parte demandante y demandada presentaron su escrito de alegaciones finales. Por su parte, el Agente del Ministerio Público no emitió concepto alguno.

1.3.1. Alegatos de la parte actora



El apoderado del demandante ratificó los argumentos expuestos en el líbelo demandatorio e hizo referencia a aquellos hechos sobre los cuales no existe debate.

Acto seguido, ratifico los supuestos normativos que sustentan sus pretensiones aportando copia de la sentencia de nulidad de la prima de dirección contemplada en el artículo 4° del Decreto 1268 de 1999 del Consejo de Estado del 19 de febrero de 2018, Magistrado Ponente. Dr. Cesar Palomino Cueter.

Concluyó que, según lo expuesto en la demanda y la contestación de la demanda, el actor si tiene derecho a que le reconozcan como salario la prima de dirección, desde el 27 de agosto de 1997, porque según la normatividad y la jurisprudencia, toda remuneración que recibe el trabajador de manera constante continúa y en retribución al servicio, es salario, independiente del nombre que se le dé.

En consecuencia, solicitó inaplicar la norma que determina que no es factor salarial y acceder a las pretensiones de la demanda.

1.3.2. Alegatos de conclusión de la entidad demandada

En el término concedido por el Despacho, la UAE Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN reiteró lo expuesto en la contestación de la demanda, y luego de referirse a la prima de dirección del artículo 67 del Decreto 1647 de 1991, 4 del Decreto 1268 de 1999 y la desarrollada por la Ley 4 de 1992, esto es el artículo 7 del Decreto 4050 de 2008, concluyó que tanto el legislador como el gobierno Nacional establecieron esta prima como un beneficio que no constituye factor salarial para ningún efecto legal, por lo tanto, no se puede tener en cuenta a la hora de establecer el salario base de liquidación para el reconocimiento de las prestaciones sociales y demás beneficios salariales a que tenga derecho el servidor público, interpretación acorde a la sentencia del Consejo de Estado del 14 de febrero de 2002 C. P. Ana Margarita Olaya Forero Expediente 11001-03-25-000-0167 (2824-00).

Afirmó que el Consejo de Estado en la Sentencia No. 11001-03-25-000-2011-00167-00(0580-2011) de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, consejero Ponente Cesar Palomino Cortes de fecha 19 de febrero de 2018, cambió la postura que traía de otrora y concluyó la entidad que ningún incentivo señalado para los funcionarios de la contribución contenido en los Decretos 1268 de 1999 y 4050 de 2008 constituyen factor salarial como tampoco lo constituye la prima de dirección.



En torno a los efectos de la sentencia del 19 de febrero de 2018 aclaró que tal pronunciamiento declaró la nulidad de la expresión “no constituirá factor, contenida en el artículo 4 del Decreto 1268 de 1999, tiene efectos hacia el futuro, esto es, a partir de la fecha de ejecutoria de la misma, sin afectar situaciones consolidadas.

Por último, señaló que sin significar aceptación alguna frente a las pretensiones de la demanda, solicita que se declare la prescripción, toda vez que la demandante pretende el reconocimiento y pago de obligaciones laborales surgidas en la presunta relación laboral, así como de todas aquellas reclamaciones que no se hubieran realizada durante el termino de 3 años a partir de que se hubieren hecho exigibles, lo anterior teniendo en cuenta que la oportunidad para iniciar las acciones que emanan de derechos laborales causados prescriben en tres años .

De acuerdo con lo señalado anteriormente, solicitó al despacho se absuelva a la demandada.

1.3.3. Concepto del Ministerio Público

El Agente del Ministerio Público no emitió concepto.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Problema jurídico

De conformidad con la fijación del litigio planteada en auto del 31 de mayo de 2022, el problema jurídico se contrae en determinar si procede inaplicar por inconstitucional el artículo 7° del Decreto No. 4050 del 22 de octubre de 2008, e incluir la prima de dirección devengada por el actor durante la prestación del servicio, esto es, desde el 27 de agosto de 1997 a la fecha como factor salarial, y en consecuencia reliquidar y pagar las prestaciones sociales y demás emolumentos prestacionales indexados.

2.2. De lo acreditado en el proceso

De las pruebas obrantes en el proceso se destacan:

2.2.1. Certificación expedida por la UAE DIAN, el 30 de agosto de 2018, donde se registra que el señor Esteban Álvarez Nieves, presta sus servicios en la UAE

DIAN vinculado a la Planta Permanente desde el 29 de enero de 1981, con continuidad en la prestación de servicios a la Entidad desde esa calenda; además precisa que, a la fecha de expedición de la certificación, desempeña el cargo de gestor 11 código 302 grado 2 en coordinación sentencias y devoluciones - subdirección de gestión de recursos financieros - dirección de gestión de recursos y administración económica - nivel central; también precisa que el actor devengaba sueldo, diferencia remunera designación jefatura y prima de dirección¹.

2.2.2. Certificación expedida por el Subdirector de Gestión de Personal de la UAE Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, el 4 de septiembre de 2018, donde se registra que el señor Esteban Álvarez Nieves, fue incorporado el 09 de agosto de 1988 a la Dirección General de Impuestos Nacionales del ministerio de Hacienda y Crédito Público, nombrado e incorporado en la Planta de Personal de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos Nacionales el 27 de agosto de 1991; y a partir del 01 de junio de 1993 fue incorporado en la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, actualmente designado como Jefe de la Coordinación Sentencias y Devoluciones de la Subdirección de Gestión de Recursos Financieros de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales desde el 4 de noviembre de 2008; así también aclara que, desde su vinculación ha desempeñado otras designaciones, así: Jefe de División Del 08 de octubre de 2002 al 22 de noviembre de 2005, en el cargo de Profesional en Ingresos Públicos II Nivel 31 Grado 22. Jefe de Grupo Del 20 de agosto de 1999 al 07 de octubre de 2002, en el cargo de Profesional en Ingresos Públicos II Nivel 31 Grado 22. Del 26 de diciembre de 1998 al 01 de agosto de 1999, en el cargo de Profesional en Ingresos Públicos I Nivel 30 Grado 20².

2.2.3. Certificación expedida por jefe Coordinación de Tesorería (A) Subdirección de Gestión de Recursos Financieros UAE-DIAN, del 29 de agosto de 2018, respecto de los pagos totales realizados a nombre del señor Esteban Álvarez Nieves correspondiente a los últimos cinco años de servicio, en los que se constata que devengó durante ese periodo la prima de dirección de manera mensual³

¹ Carpeta 01 - Archivo 03 pg. 17 del expediente digital.

² Carpeta 01 - Archivo 03 pg. 18 y archivo 4 pg. 1 del expediente digital.

³ Carpeta 01 - Archivo 04 pg. 6-18 y archivo 5 pg. 1-3 del expediente digital.

2.2.4. Petición radicada por el demandante ante la entidad demandada el 4 de octubre de 2018, bajo el radicado No. 000E2018036381, por medio de la cual solicitó el reconocimiento de la prima de dirección como factor salarial⁴.

2.2.5. Oficio No. 100000202-00986 del 16 de noviembre de 2018, por medio del cual el director general de la Unidad Administrativa Especial DIAN negó la petición de reconocimiento de la prima de dirección como factor salarial, el cual fue notificado por aviso el 6 de diciembre de 2018, señalando que procedía el recurso de reposición⁵.

2.2.6. Recurso de reposición presentado por el accionante en contra del oficio No. 100000202- 00986 del 16 de noviembre de 2018, radicado con No. 000E2018045041 el 20 de diciembre de 2018⁶.

2.2.7. Resolución 001367 del 21 de febrero de 2019, “por la cual se resuelve un recurso de reposición”, proferida por el director general de la Unidad Administrativa Especial DIAN, en la que se confirmó lo resuelto en el oficio recurrido, en cuanto a la negativa de reconocimiento de la prima de dirección como factor salarial; siendo notificada por aviso el 11 de marzo de 2019⁷.

2.3. De la normativa que consagra la Prima de Dirección

En vigencia de la Constitución de 1886, la fijación del régimen salarial y prestacional de los funcionarios del orden nacional le correspondía al Congreso de la República; en virtud de dicha facultad, mediante Decreto Ley 1647 de 27 de junio de 1991, “*Por el cual se establece el Régimen de Personal, la carrera tributaria, sistema de planta y el régimen prestacional de los funcionarios de la Dirección de Impuestos Nacionales, se crea el Fondo de Gestión Tributaria y se dictan otras disposiciones*”, se establecieron los incentivos al recaudo, así como la prima de dirección, sin ser factor salarial, esta última como un reconocimiento de las funciones inherentes de las jefaturas, norma que en el artículo 67 establecía:

“ARTICULO 67. PRIMA DE DIRECCION. Es la retribución económica que se reconoce a los funcionarios de carrera tributaria por el ejercicio de las funciones inherentes a las jefaturas, cuando han sido designados o delegados para tal efecto. La prima de dirección se fijará dentro de las normas de nomenclatura y salarios y no constituye

⁴ Carpeta 01 - Archivo 02 pg. 5-11 del expediente digital.

⁵ Carpeta 01 - Archivo 02 pg. 12-18 y archivo 03 pg. 1-5 del expediente digital.

⁶ Carpeta 01 - Archivo 03 pg. 6-11 del expediente digital.

⁷ Carpeta 01 - Archivo 03 pg. 12-16 del expediente digital.

factor salarial. Cuando la prima técnica reconozca el ejercicio de funciones de Director, el funcionario de carrera designado como Director de la Unidad Administrativa Dirección de Impuestos Nacionales, tendrá como prima de dirección, la prima técnica en caso de que ésta fuere mayor.”

Pues bien, el literal e) del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política de Colombia, establece:

“ARTICULO 150. 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 (...)”

El Gobierno Nacional en uso de sus facultades extraordinarias conferidas por el artículo 79 de la Ley 488 de 1998⁸, expidió el **Decreto 1072 del 26 de junio de 1999**⁹, que, en sus artículos 5.º y 84, creó el Programa de Promoción e Incentivos al Desempeño, como una cuenta de manejo especial administrada por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, el cual sustituye al Fondo de Gestión Tributaria y Aduanera, con el objetivo de estimular la productividad de los servidores de la DIAN, primordialmente a través de la capacitación y del bienestar de los funcionarios de la contribución y en su artículo 90 precisó que los servidores podrán ser objeto de estímulos especiales de carácter económico y/o de otra índole.

Posteriormente el Gobierno Nacional, en ejercicio de las facultades previstas en la Ley 4ª de 1992, proferido por el Congreso, “*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*”; expidió el **Decreto 1268 del 13 de julio de 1999**¹⁰, por medio del cual se implementó la prima técnica y la de dirección. Respecto de la prima de dirección se indicó que no constituía factor salarial. Así:

⁸ “Por la cual se expiden normas en materia Tributaria y se dictan otras disposiciones fiscales de las Entidades Territoriales”.

⁹ 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”.

¹⁰ “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”

“Artículo 4. Prima de Dirección. Es la retribución económica que se reconoce a los servidores de la contribución por el ejercicio de las funciones inherentes a las jefaturas, cuando han sido designados para tal efecto.

Cuando la prima técnica reconozca el ejercicio de las funciones de los cargos directivos que de acuerdo con la ley tengan derecho a ella, el servidor público tendrá como prima de dirección la prima técnica en caso de que ésta fuere mayor.

La prima de dirección no constituye factor salarial y será equivalente:
[...]”

El Consejo de Estado mediante la sentencia del 19 de febrero de 2018¹¹, consejero Ponente Dr. Cesar Palomino Cortés, **declaró** la nulidad de la expresión “*no constituye factor salarial*”, que establece el inciso tercero del artículo 4 del Decreto 1268 de 1999.

Con posterioridad, al mencionado Decreto, el Gobierno Nacional profirió el Decreto 4050 del 22 de octubre de 2008¹², a través del cual se precisó que la prima de dirección no constituía factor salarial y que se reconocería solo a los empleados públicos del sistema específico de carrera de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, veamos:

“ARTÍCULO 7. Prima de Dirección. Es la retribución económica que se reconoce a los empleados públicos del sistema específico de carrera de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, por el ejercicio de las funciones inherentes a las jefaturas, cuando han sido designados para el efecto.

Cuando la prima técnica reconozca el ejercicio de las funciones de los cargos directivos que de acuerdo con la ley tenga derecho a ella, el empleado público de la DIAN tendrá como prima de dirección la prima técnica en caso de que ésta fuere mayor.

La prima de dirección no constituye factor salarial y será equivalente:

1. Para el empleado público de la DIAN del sistema específico de carrera designado en la jefatura de la Dirección General, será equivalente al quince por ciento (15%) de la asignación básica mensual del grado 08 del nivel profesional.

2. Para el empleado público de la DIAN del sistema específico de carrera designado en la

¹¹ Radicado N° 11001-03-25-000-2011-00167-00

¹² “Por el cual se dictan disposiciones en materia salarial para la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales”

jefatura de las Direcciones Nivel Central, será equivalente al quince por ciento (15%) de la asignación básica mensual del grado 07 del nivel profesional.

3. Para el empleado público de la DIAN del sistema específico de carrera designado en las jefaturas de Oficina de Control Interno, de Oficina de Comunicaciones, de las Subdirecciones y de la Dirección Seccional 111, será equivalente al quince por ciento (15%) de la asignación básica mensual del grado 06 del nivel profesional.

4. Para el empleado público de la DIAN del sistema específico de carrera designado en la jefatura de la Dirección Seccional 11y de la Dirección Seccional I será equivalente al quince por ciento (15%) de la asignación básica mensual del grado 05 del nivel profesional.

5. Para el empleado público de la DIAN del sistema específico de carrera designado en la jefatura de la Dirección Seccional Delegada será equivalente al quince por ciento (15%) de la asignación básica mensual del grado 04 del nivel profesional.

6. Para el empleado público de la DIAN del sistema específico de carrera designado en la jefatura de Grupo Interno de Trabajo del Nivel Central y en la jefatura de División de la Dirección Seccional 111, será equivalente al quince por ciento (15%) de la asignación básica mensual del grado 03 del nivel profesional

7. Para el empleado público de la DIAN del sistema específico de carrera designado en la jefatura de División de la Dirección Seccional II y en la jefatura de Grupo Interno de Trabajo de la Dirección Seccional III será equivalente al quince por ciento (15%) de la asignación básica mensual del grado 02 del nivel profesional.

8. Para el empleado público de la DIAN del sistema específico de carrera designado en la jefatura de División de la Dirección Seccional I y jefatura de Grupo Interno de Trabajo de la Dirección Seccional 11será equivalente al quince por ciento (15%) de la asignación básica mensual del grado 01 del nivel profesional.

9. Para el empleado público de la DIAN del sistema específico de carrera designado en la jefatura de Grupo Interno de Trabajo de la Dirección Seccional I y Dirección Seccional Delegada, será equivalente al quince por ciento (15%) de la asignación básica mensual del grado 05 del nivel técnico.

10. Para el empleado público de la DIAN del sistema específico de carrera designado en la jefatura de Oficina de Seguridad de la Información, será equivalente al quince por ciento (15%) de la asignación básica mensual del grado 06 del nivel profesional.”¹³

¹³ Negrillas del Despacho



Entonces, bajo este panorama normativo y jurisprudencial, procede el Despacho a analizar el caso concreto.

2.4. Caso concreto

Se encuentra acreditado dentro del proceso que, el señor Esteban Álvarez Nieves se vinculó a la Planta Permanente de la UAE DIAN, desde el 29 de enero de 1981, con continuidad en la prestación de servicios a la Entidad desde esa fecha¹⁴, que durante el tiempo de prestación de servicios a la demandada Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, ha sido encargado de funciones de jefatura en las siguientes oportunidades¹⁵:

Que, desde su vinculación en la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales ha desempeñado las siguientes designaciones:

Jefe de Coordinación
Del 04 de noviembre de 2008 a la fecha, en el cargo de **Gestor II Código 302 Grado 02.**

Jefe de División
Del 08 de octubre de 2002 al 22 de noviembre de 2005, en el cargo de **Profesional en Ingresos Públicos II Nivel 31 Grado 22.**

Jefe de Grupo
Del 20 de agosto de 1999 al 07 de octubre de 2002, en el cargo de **Profesional en Ingresos Públicos II Nivel 31 Grado 22.**

Del 26 de diciembre de 1998 al 01 de agosto de 1999, en el cargo de **Profesional en Ingresos Públicos I Nivel 30 Grado 20.**

Del 27 de agosto de 1997 al 25 de diciembre de 1998, en el cargo de **Profesional en Ingresos Públicos I Nivel 30 Grado 18.**

Que, en razón a las designaciones en jefaturas de la entidad, ha percibido la prima de dirección, como consta en las certificaciones del 30 de agosto de 2018, visible en Carpeta 01 - Archivo 03 pg. 17, y del 29 de agosto de 2018, obrante en la Carpeta 01 - Archivo 04 pg. 6-18 y archivo 5 pg. 1-3 del expediente digital, en tanto desde el año 1997 viene fungiendo funciones de jefatura en los siguientes periodos:

Jefatura	Cargo	Desde	Hasta
Jefe de Grupo	Profesional en Ingresos Públicos I Nivel 30 Grado 18	27/08/1997	25/12/1998

¹⁴ Carpeta 01 - Archivo 03 pg. 17 del expediente digital.
¹⁵ Carpeta 01 - Archivo 03 pg. 18 y archivo 4 pg. 1 del expediente digital.



	Profesional en Ingresos Públicos I Nivel 30 Grado 20	26/12/1998	01/08/1999
	Profesional en Ingresos Públicos II Nivel 31 Grado 22	20/08/1999	07/10/2002
Jefe de División	Profesional en Ingresos Públicos II Nivel 31 Grado 22	08/10/2002	22/11/2005
Jefe de Coordinación	Gestor II Código 302 Grado 02	04/11/2008	A la fecha demanda

Como se observa, el señor Esteban Álvarez Nieves, viene causando la prima de dirección desde la vigencia del Decreto Ley 1647 de 27 de junio de 1991, en razón a la designación como Jefe de Grupo desde el 27 de agosto de 1997 de manera ininterrumpida hasta el 1º de agosto de 1999, ya allí bajo la vigencia del Decreto 1268 del 13 de julio de 1999, que también cobijó el periodo del 20 de agosto de 1999, consecutivamente hasta el 22 de noviembre de 2005, y finalmente bajo el imperio del Decreto No. 4050 del 2008, desde el 4 de noviembre de 2008 a la fecha de presentación de la acción.

Ahora bien, en el caso sub lite el señor Esteban Álvarez Nieves, tiene como pretensión principal la inaplicación por inconstitucional del artículo 7º del Decreto No. 4050 del 22 de octubre de 2008, por ende se le reconozca y pague la prima de dirección con carácter salarial para todos los efectos legales y prestacionales, desde el 27 de agosto de 1997, y en consecuencia, reliquidar y pagar, las prestaciones sociales y legales, incluyendo aportes a la seguridad social, y demás emolumentos prestacionales teniendo en cuenta para su liquidación la prima de dirección como salario.

Bajo los anteriores parámetros, es pertinente traer a colación la sentencia del 19 de febrero de 2018, consejero Ponente Dr. Cesar Palomino Cortés, que **declaró** la nulidad de la expresión “no constituye factor salarial” del artículo 4º del Decreto 1268 de 1999, que contemplaba la prima de dirección¹⁶, por considerar:

“(…)
En el caso bajo análisis, el Gobierno Nacional dispuso que la prima de dirección prevista en el artículo 4¹⁷ del Decreto 1268 de 1999, no constituye factor salarial; sin embargo, la Sala resalta, que esta prima es una retribución económica que se reconoce a los servidores de la contribución, por el ejercicio de las funciones inherentes a las jefaturas¹⁸.

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 19 de febrero de 2018, Consejero Ponente Dr. Cesar Palomino Cortés, Radicado N° 11001-03-25-000-2011-00167-00 (0580-11).

¹⁷ ARTÍCULO 4o. PRIMA DE DIRECCIÓN. Es la retribución económica que se reconoce a los servidores de la contribución por el ejercicio de las funciones inherentes a las jefaturas, cuando han sido designados para tal efecto (...)

¹⁸ Decreto Ley 1072 de 1999

(...)

Constituye una suma establecida en favor del servidor de la contribución como retribución directa por sus servicios, lo cual, la convierte en habitual y periódica.

En este orden de ideas y en atención al precedente que se expuso anteriormente, concluye la Sala que la prima de dirección es factor salarial, de modo que la expresión “no constituye factor salarial”, está viciada de nulidad por desconocer el concepto de salario en los términos señalados...”. (Subrayas del Despacho)

Como se observa, efectivamente el Consejo de Estado determinó la falta de validez de la disposición que negaba el carácter de salario a la prima de dirección pese a ser “una retribución económica que se reconoce a los servidores de la contribución, por el ejercicio de las funciones inherentes a las jefaturas”¹⁹.

En este punto, es relevante precisar, como quiera que fue un argumento expuesto por la parte demandada en sus intervenciones procesales, los efectos de las sentencias de nulidad en lo contencioso administrativo, la cual procede cuando se comprueba que, en su expedición, es decir, desde que nació a la vida jurídica, se presentaron algunos de los vicios legalmente establecidos, cuestionándose si la declaratoria de nulidad solamente puede tener efectos hacia el futuro, es decir «ex nunc», o si por el contrario los efectos de la decisión pueden retrotraerse hasta el momento de expedición del acto, o sea, «ex tunc».

A este respecto, el Consejo de Estado en sentencia del 27 de abril de 2017²⁰, señaló: “...Bajo esta óptica la jurisprudencia contenciosa ha afirmado, que como la declaración judicial de nulidad se funda en la existencia comprobada de vicios que afectan la validez del acto administrativo, los efectos de tal declaración deben ser «ex tunc», es decir, retroactivas, para deshacer las consecuencias derivadas de la aplicación de actos administrativos espurios...”.

Con lo cual, queda claro que los efectos de la sentencia que declaró la nulidad de la expresión “no constituye factor salarial” del artículo 4° del Decreto 1268 de 1999, se retrotraen al momento de su expedición, por lo que podemos afirmar que el marco temporal de decisión para el Despacho, no puede partir de la fecha solicitada por el demandante, 27 de agosto de 1997, sino que quedó condicionado a la entrada en

¹⁹ Decreto Ley 1072 de 1999. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Radicado N° 11001-03-25-000-2011-00167-00 (0580-11).

²⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Consejera Ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, Radicado N° 11001032500020130108700 (2512-2013).



vigencia del Decreto 1268 de 1999, es decir 19/07/1999, en tanto previo a esta fecha regía otra disposición normativa (artículo 67 Decreto Ley 1647 de 27 de junio de 1991) que gozaba de plena validez y que no se encuentra en discusión en este trámite procesal.

Ahora bien, sobre la solicitada inaplicación del artículo 7° del Decreto No. 4050 del 22 de octubre de 2008, por inconstitucionalidad, esta figura se trata de una forma de control concreta e incidental, es concreta porque sólo opera para el caso particular y es incidental porque surge como punto singular y diferente al proceso principal, al momento de aplicarla hay que motivarla y sus efectos son inter-partes²¹.

Entonces debe decirse que hay lugar a hacer uso de la figura de la excepción de inconstitucionalidad, cuando se advierta que la aplicación de dicha norma implica consecuencias que contrarían el ordenamiento constitucional.

Por lo cual, alega el accionante que la disposición acusada transgrede los siguientes preceptos constitucionales:

Artículo 13: En este sentido, argumenta la parte actora una violación al derecho a la igualdad por parte del Gobierno Nacional, bajo el entendido que el decreto demandado, como desarrolla la Ley 4 de 1992, debía otorgar carácter salarial a las primas e incentivos regulados en el régimen salarial y prestacional de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, como se hizo con la prima técnica.

En el caso bajo estudio, se observa que aunque se señala en la demanda que la prima técnica tiene el mismo “contenido jurídico laboral” que la prima de dirección, sin embargo, no se despliega un ejercicio argumentativo que demuestre de conformidad con el origen y contenido de aquéllos, el por qué presuntamente son equivalentes, siendo ésta una carga de la parte actora, quien pretende demostrar una violación del derecho a la igualdad, para darle al juez de conocimiento los extremos que le permitan analizar si los preceptos acusados desconocen el mandato constitucional.

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE, veinticuatro (24) de junio de dos mil catorce (2014) Radicación número: 11001-03-25-000-2013-01045-00(2370-13).

Y es que, según lo expuso el órgano de cierre Contencioso Administrativo²², dicha presunta obligación de un trato igualitario, se desvirtúa desde la misma lectura del artículo 2° de la Ley 4a de 1992, el cual prevé entre los criterios que debe tener en cuenta el Gobierno Nacional para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos “j) *El nivel de los cargos, esto es, la naturaleza de las funciones, sus responsabilidades y las calidades exigidas para su desempeño*”.

Artículo 25 y 53: El actor sostiene que el artículo 7° del Decreto 4050 de 2008, al determinar que la prima de dirección no es factor salarial está refutando el principio constitucional, de la prevalencia de la realidad sobre las formalidades, pues lo real es el reconocimiento de la prima de dirección de manera constante, continua y como retribución del servicio, que conlleva a declarar como salario; mientras que las formalidades de la norma acusada plasma que no es salario.

Sin bien las normas de derecho laboral en principio no se aplican en la regulación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, tal como lo precisa el artículo 3 del Código Sustantivo del Trabajo²³, se acude a esa definición de salario como criterio interpretativo, tal como se ha empleado por el Consejo de Estado, así que, los artículos 127 y 128 del CST prevén los elementos que constituyen salario y la definición del mismo, y discriminan aquellos que no son catalogados como tal, en los siguientes términos:

«ARTICULO 127. ELEMENTOS INTEGRANTES. Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como **contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte**, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.

ARTICULO 128. PAGOS QUE NO CONSTITUYEN SALARIOS. No constituyen salario las **sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador**, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de

²² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 19 de febrero de 2018, Consejero Ponente Dr. Cesar Palomino Cortés, Radicado N° 11001-03-25-000-2011-00167-00 (0580-11).

²³ “el presente Código regula las relaciones de derecho individual del Trabajo de carácter particular, y las de derecho colectivo del Trabajo, oficiales y particulares”.

transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el {empleador}, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad».

En ese entendido, y como lo ha definido el máximo Tribunal Contencioso Administrativo en varias oportunidades, «la legislación laboral define como **salario** todos los **pagos recibidos** por el trabajador **como contraprestación directa del servicio, cualquiera que sea la forma o denominación que se adopte**, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, horas extras, porcentajes de ventas y comisiones, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, entre otros. Por el contrario, los **pagos recibidos ocasionalmente** por el trabajador y por **mera liberalidad** del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, **no constituyen salario** y, en esa medida, no están llamados a integrar la base de liquidación de los aportes parafiscales que se discuten»²⁴.

Es decir que la normativa laboral exige el cumplimiento de dos condiciones simultáneas que excluyen a los pagos recibidos por el trabajador, de la estimación como salario, esto es, que sean ocasionales y que se paguen por mera liberalidad. Ello significa que, para que un pago no constituya salario, no es suficiente el ánimo liberal con que se otorgue, sino que también se requiere la condición de ocasional (no habitual).

Como se precisó previamente, el demandante señor Esteban Álvarez Nieves, en razón a las designaciones en jefaturas de la entidad, ha percibido la prima de dirección, como consta en las certificaciones del 30 de agosto de 2018, visible en Carpeta 01 - Archivo 03 pg. 17, y del 29 de agosto de 2018, obrante en la Carpeta 01 - Archivo 04 pg. 6-18 y archivo 5 pg. 1-3 del expediente digital, de manera mensual durante los periodos descritos en los que fungía como jefe de grupo, de división o de coordinación.

Por lo que, efectivamente el actor recibió el pago de la prima de dirección regularmente y en forma habitual, y como también se demuestra que dicha prima fue devengada en

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia del 21 de junio de 2018, Exp. 21833, CP. Julio Roberto Piza Rodríguez.

retribución directa del servicio en una jefatura, sin ningún otro condicionamiento o liberalidad del empleador es, por ende, factor de salario.

Y es que, en materia laboral debe primar la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, como efectivamente lo apuntó el extremo activo de la litis. Por lo tanto, así se estipule que un pago no es constitutivo de salario, si se demuestra que **su finalidad era remunerar al trabajador por las labores desarrolladas**, la realidad es que ese pago se ajusta a la naturaleza salarial, como lo vemos acreditado en torno a este preciso caso de la prima de dirección.

Así mismo, constituye salario todo lo que recibe el servidor público como retribución por sus servicios de manera habitual y periódica, sea cualquiera la denominación que se le dé, por ello, la definición de factor salarial corresponde a un concepto que se relaciona con la forma en que efectivamente se desenvuelven las relaciones laborales.

Pese a ser clara la causa y finalidad de la “prima de dirección”, el Gobierno Nacional, en uso de su facultad reglamentaria limitó su connotación de factor salarial, cuando es claro que no puede desconocer o desnaturalizar la lógica y el sentido de la ley que desarrolla o reglamenta, en ejercicio de su potestad reglamentaria, pues de hacerlo, excedería las competencias asignadas por la Constitución Política.

En esa medida, se dará aplicación a la excepción de inconstitucionalidad prevista en el artículo 4° de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 148 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y por ende, se inaplicará la frase “...no constituye factor salarial...”, contenida en el artículo 7° del Decreto 4050 de 22 de octubre de 2008, por hallarse en abierta contradicción y vulnerar los principios mínimos fundamentales establecidos en el artículo 53 de la Carta Superior al desmejorar las condiciones laborales del demandante protegidas por el ordenamiento superior y los convenios y tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Si bien se ha determinado la prosperidad de las pretensiones al encontrar que los actos demandados desconocen norma superior, es pertinente precisar sobre la causal de desviación de poder invocada por el actor en su demanda, que la misma no encuentra asidero jurídico de acuerdo al marco normativo y jurisprudencial expuesto, pues el Gobierno Nacional, al momento de expedir el artículo 7° del Decreto 4050 de 22 de octubre de 2008, lo hizo en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4ª de 1992, no sustentándose la configuración de esta causal de violación.

Así las cosas, se declarará la nulidad de los actos acusados, Oficio No. 100000202 - 00986 del 16 de noviembre de 2018, y Resolución No. 001367 del 21 de febrero de 2019, y, en consecuencia, se ordenará a título de restablecimiento del derecho a la **Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN**, a reliquidar con la inclusión de la prima de dirección, pagando las diferencias, de las Cesantías, e intereses de cesantía, Prima de Navidad, Prima de Servicios, Vacaciones, Prima de Vacaciones, Bonificación por servicios prestados y demás emolumentos prestacionales que se liquiden de conformidad con el salario devengado; así también, los aportes para pensión del señor Esteban Álvarez Nieves, con la inclusión de la prima de dirección.

2.5. Prescripción

Sobre tal propósito, el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 dispone que el término de prescripción de los derechos laborales de los servidores públicos es de tres (3) años se interrumpe mediante la solicitud escrita del reconocimiento del derecho.

Por consiguiente, y teniendo en cuenta que transcurrieron **más de 3 años** entre fecha inicial de causación de la prima de dirección en favor del demandante, y la petición del **4 de octubre de 2018**, bajo el radicado No. 000E2018036381, por medio de la cual solicitó el reconocimiento de la prima de dirección como factor salarial²⁵, que conllevó a la expedición de los actos demandados, se evidencia que operó la prescripción trienal respecto de aquellas diferencias causadas antes del **4 de octubre de 2015**, por lo que se declarara probada la excepción de prescripción.

Sin embargo, en cuanto a los aportes para pensión del señor Esteban Álvarez Nieves, con la inclusión de la prima de dirección, si no se ha hecho, esta deberá efectuarse desde el 19/07/1999, como se precisó con anterioridad, en la proporción correspondiente al empleador deduciendo del retroactivo adeudado al actor el porcentaje correspondiente al trabajador, por cuanto al tratarse de aportes parafiscales son imprescriptibles.

2.6. Indexación

²⁵ Carpeta 01 - Archivo 02 pg. 5-11 del expediente digital.



Para efectos de actualizar las sumas adeudadas al actor, la entidad demandada debe dar aplicación a lo previsto en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, así como a la siguiente fórmula, que ha admitido la jurisprudencia del Consejo de Estado:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por la beneficiaria desde el momento en que se originó la obligación, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial vigente para la fecha en que debió hacerse el pago.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, para cada mesada, comenzando por la primera que se dejó de reajustar y para las demás teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas.

2.7. Condena en costas y agencias en derecho

Finalmente, y comoquiera que, de conformidad con el artículo 188 del CPACA⁹, en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, pasa el Despacho a pronunciarse.

Para ello se advierte que, si bien, en el presente asunto la parte vencida es el extremo activo y aun cuando la parte pasiva solicitó en su escrito de contestación que se le condene en costas a el demandante, lo cierto es que, de conformidad con el inciso 2° del artículo 367 del CGP²⁶ y el numeral 8° del artículo 365²⁷ del mismo estatuto, estas deber ser tasadas y liquidadas de acuerdo con criterios **verificables** y solo habrá lugar a ellas **cuando aparezcan causadas y en la medida de su comprobación**, y en el presente asunto, la parte interesada no demostró su causación, por lo que, no se accederá a ellas.

26 <<Artículo 361. Composición Las costas están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho.
Las costas serán tasadas y liquidadas con criterios objetivos y verificables en el expediente, de conformidad con lo señalado en los artículos siguientes>>.

27 Artículo 365. Condena en costas. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

(...) 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación>>.

Así lo ha entendido el Consejo de Estado, por ejemplo, en la sentencia proferida el 17 de noviembre de 2022²⁸, en la cual no condenó en costas, por las siguientes razones:

<<No procede la condena en costas, pues conforme con el artículo 188 del CPACA, en los procesos ante esta jurisdicción, la condena en costas, que según el artículo 361 del C.G.P. incluye las agencias en derecho, se rige por las reglas previstas el artículo 365 del Código General del Proceso, y una de estas reglas es la del numeral 8, según la cual “solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”, requisito que no se cumple en este asunto>>.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A:

PRIMERO: INAPLICAR, para el caso concreto, en virtud de la excepción de inconstitucionalidad prevista en el artículo 4° de la Constitución Política la frase “...*no constituye factor salarial...*”, contenida en el artículo 7° del Decreto 4050 de 22 de octubre de 2008, por hallarse en abierta contradicción y vulnerar los principios mínimos fundamentales establecidos en el artículo 53 de la Carta Superior y, por conllevar implícita, una desmejora económica en las condiciones laborales del demandante, protegidas por el ordenamiento superior y los convenios y tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de prescripción, de acuerdo a lo expuesto en el numeral 2.5. de la parte considerativa de esta decisión, esto es, respecto de aquellas diferencias causadas antes del **4 de octubre de 2015**.

TERCERO: DECLARAR LA NULIDAD del Oficio No. 100000202 - 00986 del 16 de noviembre de 2018, y la Resolución No. 001367 del 21 de febrero de 2019, proferidas por la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, por medio de la cual se resolvió de forma negativa la petición de reconocimiento y pago de la prima de dirección como factor salarial, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

²⁸ Sentencia proferida por la Sección Cuarta, con ponencia del consejero Milton Chaves García, dentro del proceso con radicado No. 73001233300020190037301.

CUARTO: Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del Derecho, condenar a la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, a reliquidar con la inclusión de la prima de dirección, pagando las diferencias generadas, las Cesantías, e intereses de cesantía, Prima de Navidad, Prima de Servicios, Vacaciones, Prima de Vacaciones, Bonificación por servicios prestados y demás emolumentos prestacionales que se liquiden de conformidad con el salario devengado, con efectos fiscales a partir del 4 de octubre de 2015, por prescripción trienal.

Así también, los aportes para pensión del señor Esteban Álvarez Nieves, con la inclusión de la prima de dirección desde el 19/07/1999, si no se ha hecho, en la proporción correspondiente al empleador deduciendo del retroactivo adeudado al actor el porcentaje correspondiente al trabajador.

QUINTO: La Entidad demandada efectuara la actualización sobre las diferencias adeudadas, teniendo en cuenta los índices de inflación certificados por el DANE y mediante la aplicación de la siguiente fórmula matemática:

$$R = R_h \times \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

SEXTO: Dar cumplimiento al presente fallo en atención a lo previsto en el artículo 192 del CPACA.

SÉPTIMO: SIN CONDENA EN COSTAS, por lo señalado en la parte considerativa.

OCTAVO: REMITIR copia de esta providencia, en los términos del artículo 205 del C.P.A.C.A., modificado por el artículo 52 de la Ley 2080 de 2021, a los siguientes correos electrónicos:

procesos@defensajuridica.gov.co; notificacionjudicial@orlandohurtado.com;
notificacionesjudicialesdian@dian.gov.co; ddolar1@hotmail.com;

NOVENO: Ejecutoriada la presente providencia, **ARCHIVAR** el expediente, previas las constancias de rigor.



DÉCIMO: Esta providencia DEBE incorporarse al expediente digitalizado, organizado en OneDrive, ordenando alimentar simultáneamente el sistema de información de Justicia Siglo XXI y el de la Rama Judicial Web.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARIA CECILIA PIZARRO TOLEDO

Juez

NBM