

**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL**



**JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ D.C.  
SECCIÓN SEGUNDA**

*Bogotá D.C., nueve (09) de marzo de dos mil veintiuno (2021)*

**Radicado:** 1001-33-35-009-2018-00506-00  
**Naturaleza:** Nulidad y restablecimiento del derecho  
**Demandante:** MARLENE AMANDA RODRIGUEZ ORTEGA  
**Demandado:** UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL- DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES (UAE – DIAN)

---

*Están las diligencias al Despacho para proferir la sentencia que en derecho corresponde, en los términos de los artículos 13 del Decreto 806 de 2020 y 42 de la Ley 2080 de 2021 que adicionó el artículo 182 A a la Ley 1437 de 2011, dentro del proceso iniciado por la señora Marlene Amanda Rodríguez Ortega contra la Unidad Administrativa Especial- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN).*

**Asunto**

*El asunto se resume en establecer si a la señora Marlene Amanda Rodríguez Ortega, que presta sus servicios en la Unidad Administrativa Especial - Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, le asiste el derecho a que los incentivos por desempeño en fiscalización y cobranzas y por desempeño nacional, sean reconocidos como factor de salario, para efectos de reliquidar las demás prestaciones sociales, desde el 22 de octubre de 2008.*

**Antecedentes**

**1. La demanda y su contestación**

**1.1. Pretensiones**

*Según el libelo inicial, la parte actora en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (art. 138 del CPACA), pretende:*

**PRIMERA:** De manera respetuosa solicito al despacho inaplicar por inconstitucional las siguientes normas que determinan que los incentivos por desempeño nacional y por fiscalización y cobranzas no son factor salarial: los Artículos Nos. 6 y 7 del Decreto 1268 de 1999; el artículo 9 del Decreto 4050 de 2008 y el artículo 1 del Decreto 1746 de 2017.

**SEGUNDA:** Que se declare la NULIDAD de los siguientes actos administrativos, por el cual la DIAN negó la petición de reconocimiento y pago como salario de los incentivos por fiscalización y cobranzas y del Incentivo Nacional, hoy llamado Prima de Gestión,



Tributaria, Aduanera y Cambiaria, más el reconocimiento y pago del respectivo retroactivo de las prestaciones sociales:

- 1) Oficio No. 100000202 - 00254 del 26 de marzo de 2018, mediante el cual se negó la petición inicial.
- 2) Resolución No. 004185 del 25 de mayo de 2018, por la cual se resuelve el recurso de reposición.

TERCERA: Que, como consecuencia de la anterior decisión, se reconozcan y paguen a mi poderdante los incentivos por Desempeño en fiscalización y cobranzas y por desempeño Nacional hoy llamado Prima de Gestión, Tributaria, Aduanera y Cambiaria, con carácter salarial para todos los efectos legales y prestacionales, desde el 22 de octubre de 2008.

CUARTA: Que se re-liquide y pague, la diferencia en las prestaciones sociales y legales, como son: 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, cesantías y demás emolumentos prestacionales que se liquiden de conformidad con el salario devengado teniendo en cuenta los incentivos devengados, desde el 22 de octubre de 2008.

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.”

## **1.2. Fundamentos fácticos**

*Como fundamentos fácticos de las pretensiones, la parte actora narró:*

“1. Mi poderdante se vinculó a la DIRECCION GENERAL DE IMPUESTOS NACIONALES DEL MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PÚBLICO, el 07 de diciembre de 1981.

2. A la fecha de presentación de esta demanda, es titular del empleo de carrera Gestor III Código 303 Grado 03.

3. Ubicada en la División de Gestión de Liquidación - Dirección Seccional de Impuestos de Grandes Contribuyentes.

4. Fue incorporada a la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y nombrada en planta de personal 01 de junio de 1993.

5. Mediante el Decreto 1268 del 13 de julio de 1999, se establecieron los incentivos por desempeño nacional y por desempeño en fiscalización y cobranzas para los servidores de la contribución que ocuparan cargos de la planta de personal de la entidad.

6. De acuerdo con la norma anterior el incentivo por desempeño nacional se reconocía por semestres y equivalía al 150% del salario mensual devengado

7. El incentivo por desempeño en fiscalización y cobranzas, era reconocido mensualmente y equivalía hasta el 50% de la asignación básica mensual.

8. Posteriormente el Decreto 4050 del 22 de octubre de 2008, cambio el porcentaje del incentivo nacional que se reconocían al 200%

9. Mediante Decreto No. 1746 del 25 de octubre de 2017, el Departamento Administrativo de la Función Pública modificó el artículo 7 del Decreto 1268 de 1999,



modificado por el artículo 9 del Decreto 4050 de 2008, cambiándole de denominación al incentivo nacional por el de Prima de Gestión Tributaria, Aduanera y Cambiaria.

10. Para el reconocimiento y pago de la prima de Gestión, Tributaria, Aduanera y Cambiaria, tiene dos componentes: uno fijo que equivale a 1,83 veces el salario mensual devengado más los elementos señalados en el 1º primero del Decreto 1746; y un componente variable equivalente a 0,17 veces el salario mensual.

11. El Decreto No. 1746 del 25 de octubre de 2017, establece que: "para el reconocimiento y pago de la prima de Gestión del primer semestre del año, en su componente variable, se tendrá en cuenta el cumplimiento del recaudo acumulado neto de dicho semestre y para el segundo semestre, el cumplimiento del recaudo acumulado neto del año".

12. Los incentivos por desempeño nacional y por desempeño en fiscalización cobranzas, lo ha recibido desde julio de 1999, por haberse desempeñado así:

| <b>CARGO</b>  | <b>PERIODO</b>                |
|---|-------------------------------|
| Profesional en Ingresos Públicos III Nivel 32<br>Grado 24 | De jun. 01/93 a ago. 01/99    |
| Profesional en Ingresos Públicos III Nivel 32<br>Grado 25 | De ago 02/99 a nov<br>03/2008 |
| Gestor III código 303 grado 03                            | De nov 04/08 a Jul. 01/10     |
| Inspector II código 306 grado 06(encargo)                 | De jul. 02/10 a nov.04/10     |
| Gestor III código 303 grado 03                            | De nov 05/10 a jul. 12/12     |
| Inspector II código 306 grado 06(encargo)                 | De jul. 13/12 a ene 12/13     |
| Gestor III código 303 grado 03                            | De ene 13/13 a may 31/16      |
| Gestor IV código 304 grado 04                             | De jun 01/16 a sep.14/17      |
| Gestor III código 303 grado 03                            | De sep. 15/17 a la fecha      |

13. Las sumas pagadas por el incentivo por desempeño nacional y por el incentivo por fiscalización y cobranzas, no son ocasionales ni por mera liberalidad, pues el pago lo recibió periódicamente, el incentivo nacional semestralmente y el incentivo por fiscalización cobranzas mensualmente.

14. El pago que recibió por estos incentivos, no fue para desempeñar alguna función de la entidad; por el contrario, es para beneficio de cada uno de los funcionarios.

15. Mediante radicado No. 000E2018004376 del 14 de febrero de 2018, se solicitó a la DIAN, se le reconociera y pagara el incentivo nacional y por desempeño en fiscalización y cobranzas como factor salarial y el respectivo retroactivo de las prestaciones sociales.

16. Mediante oficio No. 100000202-00254 del 26 de marzo de 2018, la entidad negó el derecho reclamado.

17. Contra el anterior oficio se presentó recurso de reposición el 26 de abril de 2018

18. Mediante resolución No. 004185 del 25 de mayo de 2018, la DIAN resuelve el recurso de reposición, confirmando en su integridad el oficio recurrido

19. La anterior resolución fue notificada por aviso, el cual fue recibido el 07 de junio de 2018.

20. El 26 de septiembre de 2018, se solicita ante la Procuraduría General de la Nación, conciliación prejudicial, citando a la DIAN, con el fin de que la entidad revocara los actos que negaron el derecho a que el incentivo nacional sea factor salarial y el respectivo retroactivo de las prestaciones sociales.

21. La Procuraduría 187 Judicial I para Asuntos Administrativos, realizó la respectiva audiencia el 16 de noviembre de 2018, declarándola fallida."



### **1.3. Fundamentos de derecho**

*La demandante invocó como normas trasgredidas con la actuación de la administración, los principios fundamentales en materia laboral establecidos en la Constitución Política; artículo 42 de la Ley 1042 de 1978; así como los artículos 127 y 128 del C.S.T.*

*De manera amplia y suficiente citó diversa jurisprudencia de las altas cortes en torno a la asignación básica, los factores salariales y la incidencia de estos en el salario propiamente dicho.*

*Indicó como argumento central de sus pretensiones que la entidad demandada en su respuesta a la petición inicial, en la que determino que los incentivos de que trata el Decreto 1268 de 1999 no constituyen factor salarial, no tuvo en cuenta que la jurisprudencia, tomando como base la Ley, ha establecido que los pagos que se realicen como contraprestación del servicio, de manera reiterativa y constante, son salario, indistintamente el nombre que se les dé.*

*Con respecto a los artículos 6 y 7 del Decreto 1268 de 1999, artículo 9 del Decreto 4050 de 2008 y el artículo 1 del Decreto 1746 de 2017, que determinan que los incentivos reclamados no constituyen factor salarial, considera que contradicen los postulados y principios constitucionales previstos en los artículos 25 y 53 Superior.*

*Señaló que la Constitución Nacional establece como regla general la prevalencia de la realidad sobre las formalidades, y en el presente caso el reconocimiento ha sido constante y continuo como retribución del servicio, lo que conlleva a declarar como salario el incentivo nacional y el incentivo por desempeño en fiscalización y cobranzas, es por esta razón que hay una contradicción entre el mandato superior y los Decretos que niegan el carácter salarial de dichos emolumentos.*

### **1.4 Contestación a la demanda<sup>1</sup>**

*El apoderado de la entidad demandada presentó escrito de contestación en el que se opuso a todas las pretensiones, argumentando que la actuación oficial no desconoció los preceptos contenidos en las normas que la demandante considera violadas.*

---

<sup>1</sup> Folios 103/107 del expediente



*Señaló que mientras las normas que regulan la liquidación y beneficios prestacionales y salariales de los servidores este vigentes y no sean derogadas por leyes posteriores, son de obligatorio cumplimiento, en virtud del principio de legalidad que deben gobernar las actuaciones de la administración.*

*Formuló las excepciones denominadas cosa juzgada, legalidad de los actos, prescripción trienal y excepción genérica.*

## **2. Trámite procesal**

*Con Auto del 11 de febrero de 2019 se admitió la demanda; luego, el 18 diciembre de 2019 se fijó fecha y hora para llevar a cabo la audiencia inicial prevista en el artículo 180 del CPACA; sin embargo, en virtud de la suspensión de términos que se dio entre los meses de marzo y junio de 2020, así como de las previsiones del Decreto 806 de 2020, con proveído de 24 de agosto de 2020 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, con el fin de dictar sentencia anticipada.*

### **2.1 Alegatos de la parte actora<sup>2</sup>**

*La apoderada de la parte actora en su escrito de alegaciones se reafirma en las pretensiones y cargos formulados en la demanda, insiste en que el reconocimiento recibido por su poderdante fue constante, continuo, repetitivo, como contraprestación al servicio, semestralmente se le hizo el pago por incentivo nacional y mensualmente el incentivo por fiscalización; pagos que recibió por más de 10 años.*

*Afirma que, no obstante, los decretos que regulan los incentivos determinan que no son factor salarial, con el paso del tiempo se han cumplido los requisitos plasmados en la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1042 de 1978, para configurarse como salario. Además, la jurisprudencia tomando como base la ley, ha establecido que los pagos que se realicen como contraprestación del servicio, de manera reiterativa y constante, son salario, independientemente de la denominación que se le dé.*

*Agrega a su escrito de alegaciones el análisis que hizo el Consejo de Estado en Sentencia proferida el 18 de febrero de 2018, radicado 11001-03-25-000-2011-00167-*

---

<sup>2</sup> 06 - Expediente electrónico



00, Consejo Ponente: Dr. César Palomino Cortés, en el que concluyó que los incentivos por fiscalización no pueden ser salarios porque no son permanentes, pues se basan en la obtención de metas; ya que a partir de la expedición del Decreto 1746 del 25 de octubre de 2017, el reconocimiento de la prima de gestión tributaria y cambiaria se da en dos componentes, uno variable, sujeto al cumplimiento de metas y uno fijo, que no está sujeto al cumplimiento de ninguna meta, por lo tanto es permanente y habitual, cumpliendo con ello los requisitos para que sea salario.

Por lo expuesto, solicita inaplicar las normas que determinan que el incentivo por desempeño nacional y el incentivo por fiscalización no son factor salarial y acceder a las pretensiones de la demanda.

## **2.2. Alegatos de la parte demandada<sup>3</sup>**

El apoderado de la DIAN circunscribe su escrito de alegaciones conclusivas a la oposición de las pretensiones, las cuales solicita que sean despachadas desfavorablemente.

Asegura que del marco normativo y jurisprudencial se desprende que el incentivo por desempeño nacional no ostenta la naturaleza de factor salarial, y por lo tanto no debe tenerse en cuenta a la hora de determinar el salario base de liquidación, para el reconocimiento de las prestaciones sociales y demás beneficios salariales a que tenga derecho el servidor público.

Para fundar su consideraciones hace un recuento normativo y jurisprudencial sobre el origen, naturaleza y reconocimiento del incentivo por desempeño nacional, precisando que mientras las normas que regulan la liquidación de beneficios prestacionales y salariales de los servidores se encuentren vigentes y no sean derogadas, son de obligatorio cumplimiento, en virtud al principio de legalidad que debe gobernar las actuaciones administrativas, por lo que no le es dable al operador judicial desconocerlos.

Concluye que no es posible tener como factor salarial el incentivo por desempeño nacional, pues así lo ha previsto la normatividad existente y así también lo ha entendido el órgano de cierre jurisdiccional, por lo que itera se deben negar las pretensiones.

---

<sup>3</sup> 04 - Expediente electrónico



## CONSIDERACIONES

### 2.1. Problema jurídico

*El presente asunto se contrae a examinar la legalidad de los actos acusados, en orden a establecer si a la señora Marlene Amanda Rodríguez Ortega, empleada de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, le asiste el derecho a que los incentivos por desempeño en fiscalización y cobranzas y por desempeño nacional, le sean reconocidos como factor de salario, para efectos de reliquidar las demás prestaciones sociales, desde el 22 de octubre de 2008.*

### 2.2. De lo acreditado en el proceso

*De las pruebas obrantes en el proceso se destacan las siguientes:*

- 2.2.1** *Fotocopia de la cédula de ciudadanía de la demandante.*
- 2.2.2** *Copia de la petición presentada por la actora ante la DIAN, el 14 de febrero de 2018.*
- 2.2.3** *Oficio No 100000202-00254 del 26 de marzo de 2018, por el cual se niega la anterior solicitud de reconocimiento y pago de los incentivos nacional y por desempeño en fiscalización y cobranzas como factor salarial.*
- 2.2.4** *Notificación por aviso del oficio anterior, fechado el 16 de abril de 2018.*
- 2.2.5** *Hoja de Vida de la actora en 6 legajos con 1055 folios.*
- 2.2.6** *Comunicación 100214309-166-2020 del 14 de febrero de 2020, signado por el jefe Coordinador de Nomina de la Subdirección de Gestión Personal UAE DIAN, en el que informa que la Prima TAC y el incentivo por desempeño en fiscalización y cobranzas no han sido liquidados como factor salarial para el pago de las demás prestaciones sociales por no ser considerados como tal, por las normas que regulan su reconocimiento y pago.*
- 2.2.7** *Comunicación 100216-318- 223 del 17 de febrero de 2020, signado por el jefe Coordinador de Tesorería – Subdirección de Gestión de Recursos Financieros UAE DIAN, en el que allega certificación de los pagos totales*



realizados a la actora desde octubre de 2008 y hasta la fecha de expedición de la certificación, en los que se evidencia el pago por incentivo desempeño grupal y factor nacional.

### **2.3. Desarrollo normativo de los incentivos al desempeño en fiscalización y cobranzas e Incentivo por desempeño nacional reconocidos por la DIAN.**

En primer lugar, el presidente de la República, en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4ª de 1992, expidió el **Decreto 1268 de 1999** “por el cual se establece el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos de la contribución de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales”, en cuyos artículos 5, 6 y 7 reguló los incentivos: grupal, al desempeño en fiscalización y cobranzas y por desempeño nacional, en los siguientes términos:

**“Artículo 5º. Incentivo por Desempeño Grupal.** Los servidores de la contribución que ocupen cargos de la planta de personal de la entidad, que como resultado de su gestión hayan logrado las metas tributarias, aduaneras y cambiarias que se establezcan de acuerdo con los planes y objetivos trazados para la respectiva área nacional, regional, local y delegada, tendrán derecho al reconocimiento mensual de un incentivo que no podrá exceder del cincuenta por ciento (50%) de la asignación básica mensual más la prima de dirección y la diferencia remuneratoria por designación de jefatura que se devengue.”

**“Artículo 6º. Incentivos al desempeño en fiscalización y cobranzas.** Los servidores de la contribución que ocupen cargos de la planta de personal de la entidad, que se desempeñen en puestos que impliquen el ejercicio directo de labores ejecutoras en fiscalización y cobranzas, **que como resultado de la gestión de control y cobro hayan logrado las metas establecidas de acuerdo con los planes y objetivos trazados para dichas áreas,** tendrán derecho al pago mensual de un incentivo, adicional al contemplado en el artículo anterior, que no podrá exceder el cincuenta por ciento (50%) de la asignación básica mensual más la prima de dirección y la diferencia remuneratoria por designación de jefatura que se devengue.

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

**Parágrafo.** Para efectos de lo dispuesto en el presente artículo, las labores ejecutoras de fiscalización comprenden, igualmente, las labores ejecutoras de liquidación.” (Resaltado del Despacho)

**“Artículo 7º. Incentivo por desempeño nacional.** Es la retribución económica que se reconoce a los servidores de la contribución, que ocupen cargos de la planta de personal de la entidad, referida al desempeño colectivo de los servidores de la contribución y relacionada con el cumplimiento de las metas de recaudo nacionales. Este incentivo se causará por períodos semestrales y dará derecho al reconocimiento de un pago correspondiente a dicho período, el cual podrá ser hasta del ciento cincuenta por ciento (150%) del salario mensual que se devengue.

**Este incentivo no constituirá factor salarial para ningún efecto legal. (...)**” (Negrilla del Despacho)



Luego, el Gobierno Nacional expidió el **Decreto 4050 de 2008**, por el cual dictó normas en materia salarial para los empleados de la DIAN regidos por el régimen establecido en el Decreto 618 de 2006 y modificó el incentivo por desempeño nacional previsto el artículo 7 del Decreto 1268 de 1999, así:

**“Artículo 9º. Incentivo por desempeño nacional.** Modificase el artículo 7º del Decreto 1268 de 1999 el cual queda así:

"Es la retribución económica que se reconoce a los empleados públicos de la DIAN, que ocupen cargos de la planta de personal de la Entidad, referida al desempeño colectivo de los empleados públicos y relacionada con el cumplimiento de las metas de recaudo nacionales. Este incentivo se causará por períodos semestrales y dará derecho al reconocimiento de un pago correspondiente a dicho periodo, el cual podrá ser hasta del doscientos por ciento (200%) del salario mensual que se devengue, previa verificación del cumplimiento de dichas metas por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Este incentivo no constituirá factor salarial para ningún efecto legal".

Posteriormente, en el **Decreto 1746 del 25 de octubre de 2017**, el Departamento Administrativo de la Función Pública modificó el artículo 7 del Decreto 1268 de 1999, modificado por el artículo 9 del Decreto 4050 de 2008, cambiándole de denominación al incentivo nacional por el de Prima de Gestión Tributaria, Aduanera y Cambiaria, como pasa a verse:

**“Artículo 1.** Modificase el artículo 7º del Decreto 1268 de 1999, modificado por el artículo 9º del Decreto 4050 de 2008, el cual queda así:

“El Incentivo por Desempeño Nacional, a partir de la vigencia del presente decreto, se denomina Prima de Gestión Tributaria, Aduanera y Cambiaria, que constituye un reconocimiento a la gestión colectiva en el ejercicio de las funciones de los empleados de la planta de personal de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN.

La Prima de Gestión Tributaria, Aduanera y Cambiaria equivale máximo a cuatro (4) veces el salario mensual devengado compuesto por la asignación básica y los siguientes factores siempre y cuando el funcionario los perciba: el incremento por antigüedad, la remuneración por designación de jefatura, la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada, el incentivo por desempeño grupal, el auxilio de transporte y el subsidio de alimentación. **La prima no constituye factor para liquidar elementos salariales o prestacionales.** Se pagará en dos contados, en los periodos y condiciones señalados en el presente decreto.

(...)

La Prima de Gestión Tributaria, Aduanera y Cambiaria sustituye para todos los efectos legales el Incentivo por Desempeño Nacional.”. (Negrilla del Despacho)



*Ahora bien, en el Concepto 107661 de 2019, el Departamento Administrativo de la Función Pública, se refirió al requisito de cumplimiento de metas del incentivo por desempeño en fiscalización y cobranzas, así:*

“En los términos de la normativa transcrita, el porcentaje a otorgar por concepto de los incentivos al desempeño en fiscalización y cobranzas y del incentivo por desempeño nacional, denominado a partir de la vigencia del Decreto 1746 de 2017 Prima de Gestión Tributaria, Aduanera y Cambiaria, se asigna en cumplimiento de las metas de gestión colectiva en el ejercicio de las funciones del empleo por parte de los empleados de la planta de personal de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, teniendo en cuenta el tiempo laborado, cuya medición se hará en función del recaudo nacional correspondiente al período a evaluar.”

#### **2.4. Desarrollo jurisprudencial del reconocimiento y pago de incentivos en la DIAN**

*Sobre el particular, se tendrá en cuenta la evaluación de legalidad que el Consejo de Estado ha venido efectuando sobre la expresión “no constituirá factor salarial para ningún efecto legal” contenida en los artículos 5, 6 y 7 del Decreto 1268 de 1999.*

*Al respecto, en Sentencia de 14 de febrero de 2002<sup>4</sup>, la máxima Corporación consideró que “(...) no existe ningún motivo fundado en los preceptos constitucionales o en la recta razón que impida disponer que determinada prestación social se liquide sin consideración al monto total del salario”, y que, por ello, bien puede el Ejecutivo estatuir que el pluricitado incentivo “no se considera parte del salario, para efecto de liquidar prestaciones sociales”.*

*De igual manera consideró, que la expresión “no constituirá factor salarial para ningún efecto legal”, obedece a una “responsable política salarial estatal” que le fue encomendada por la Constitución al presidente de la República.*

*La posición reseñada, fue reiterada y reproducida por el Consejo de Estado en pronunciamiento del 19 de febrero de 2015<sup>5</sup>, en el cual, declaró la nulidad de los artículos 3, 8 y 12 de la Resolución 5062 de 2011, emanada de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, con fundamento en la inconstitucionalidad de la creación de incentivos económicos a favor de los funcionarios públicos por el desempeño de sus funciones.*

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de 14 de febrero de 2002, Expediente No. 11001-03-25-000-2000-0167-01(2824-00), M.P. Dra. Ana margarita Olaya Forero.

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de 19 de febrero de 2015, Expediente No. 11001-03-25-000-2012-00136-00(0554-12), M.P. Dr. Alfonso Vargas Rincón.



*En esa oportunidad, el órgano de cierre de lo Contencioso Administrativo señaló que de acuerdo con el artículo 355 de la Constitución Política, “ninguna de las ramas u órganos del poder público puede decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado”, y que en consecuencia “resulta contrario a la Constitución fijar incentivos económicos a favor de los funcionarios públicos por el desempeño de sus funciones, pues se espera de ellos el desempeño de las labores encomendadas con diligencia, eficiencia, rectitud y ética en aras de cumplir con los principios que regulan el ejercicio de la función pública”.*

*Posteriormente, en Sentencia del 6 de julio de 2015<sup>6</sup> el Tribunal de cierre de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa declaró la nulidad de la expresión “no constituirá factor salarial” prevista en el artículo 5 del Decreto 1268 de 1999 que regulaba el incentivo por desempeño grupal, previsto de igual manera en el artículo 8 del Decreto 4050 de 2008. Como fundamento de la decisión, consideró:*

*“(…) dentro del régimen jurídico anterior a la Carta Política como en el transcurrir de esta, el concepto de prima, entendido como tal cualquier “incentivo” que se le dé a un trabajador de manera habitual y como contraprestación de su labor, como ocurre en este caso, debe significar ineludiblemente un fenómeno retributivo de carácter adicional a la actividad laboral cumplida por el servidor público, que no puede desconocerse ni desnaturalizarse cercenándole el carácter de factor salarial.*

*Teniendo en cuenta entonces que la naturaleza del “incentivo” en estudio es netamente salarial y que la misma la recibe el empleado público de la planta de personal de la DIAN de manera habitual, periódica y como contraprestación directa de su despliegue laboral, para la Sala resulta claro que el Ejecutivo al expedir el decreto demandado desbordó su poder, por cuanto bajo la apariencia de un “incentivo”, que como su nombre lo dice pretende estimular al empleado con una retribución económica “adicional”, desmejoró el salario de los empleados pertenecientes a la entidad aludida.*

*(…)*

*Por ello, el “incentivo” en mención, es ni más ni menos que una parte de salario que se da por retribución del servicio y no una prestación social a título de complemento para satisfacer las necesidades del empleado o su familia, por lo que necesariamente ha de formar parte de la asignación mensual que devengan los empleados de planta de la DIAN, so pena de estar desmejorándolos en sus condiciones laborales.*

*(…)”*

*Sin embargo, continuando con el análisis de la naturaleza salarial de los incentivos previstos en el plurimencionado Decreto, el Consejo de Estado, mediante sentencia del 19 de febrero de 2018<sup>7</sup>, aclaró:*

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, M.P. Luis Rafael Vergara Quintero, proceso con radicado 11001-03-25-000-2011-00067-00 y número interno 0192-2011.

<sup>7</sup> C.E. Sentencia del 19 de febrero de 2018 - Radicación número: 11001 03 25 000 2011 00167 00 (0580-11) C.P. César Palomino Cortés.



“En el caso bajo análisis, el Gobierno Nacional dispuso que la prima de dirección prevista en el artículo 4<sup>8</sup> 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 jefaturas<sup>9</sup>.

Se trata de un pago como retribución de la prestación del servicio, esto es, que remunera de forma periódica el ejercicio de las funciones de los servidores que hayan sido designados en las jefaturas de la entidad. De acuerdo con el artículo 61 del Decreto 1072 de 1999, una de las situaciones administrativas en las que pueden encontrarse los servidores públicos de la contribución es la “designación de jefatura”, situación administrativa por medio de la cual, los servidores públicos de la contribución del Sistema Específico de Carrera en la DIAN, desempeñan las funciones de dirección, coordinación, supervisión y control de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y de las diferentes dependencias en que se encuentra organizada dicha Entidad<sup>10</sup>.

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.

**Ahora bien, no ocurre lo mismo con los incentivos económicos “por desempeño grupal” y por “desempeño en fiscalización y cobranzas”, previstos en los artículos 5 y 6 del Decreto 1268 de 1999, como a continuación pasa a estudiarse:**

En primera medida debe señalarse que, si bien en principio, se evidencia que existe cosa juzgada material frente a la expresión demandada del artículo 5 del Decreto 1268 de 1999 que regula el incentivo por desempeño grupal, toda vez que esta Sección en sentencia del 6 de julio de 2015 al declarar la nulidad parcial del artículo 8 del Decreto 4050 de 2008 cuyo contenido era el mismo, estableció que el incentivo por desempeño grupal es salario porque constituye una retribución del servicio, en el presente caso, la Sala se apartará de dicho pronunciamiento al observar razones de índole constitucional expresadas en sentencia C-725 de 2000 mediante la cual se declaró la inexecutable del artículo 90 del Decreto 1072 de 1999.

En la sentencia del 6 de julio de 2015 se asimiló el concepto de incentivo con el de prima, y se estableció que el incentivo por desempeño grupal es habitual, periódico y, constituye una contraprestación de la labor, por ende, no puede desnaturalizarse quitándole el carácter salarial.

Al respecto, debe señalar la Sala que los incentivos económicos, bajo estudio, cuya finalidad es promover la eficiencia y eficacia de los empleados públicos de la DIAN, están condicionados al cumplimiento de unas metas, por ende, no son permanentes. En efecto, aun cuando la norma los establezca como un “reconocimiento mensual”, están condicionados a que el servidor cumpla metas tributarias, aduaneras y cambiarias, según el caso, o de fiscalización y cobranza. Es decir, bajo el entendido de la norma, cumplida dicha condición el empleado

<sup>8</sup> 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 (...) (Cita inter texto original)

<sup>9</sup> Decreto Ley 1072 de 1999 (Cita inter texto original)

<sup>10</sup> Así lo disponía el artículo 62 del Decreto 1072 de 1999, vigente para la fecha de expedición de la disposición acusada.



es acreedor del incentivo, lo que significa que respecto de ese reconocimiento condicionado no se predica la habitualidad o permanencia, por tanto, al fijarse el supuesto de una condición previa para el reconocimiento, distinta al simple desempeño funcional, se convierte para el trabajador en un pago que no constituyen salario a voces del artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo.” (Negrilla del Despacho)

*Aunado a lo ya visto, en reciente pronunciamiento, el Consejo de Estado, profirió Sentencia sobre el alcance de los incentivos reconocidos a los empleados de la DIAN<sup>11</sup>, en la que negó la pretensión de nulidad de la expresión “La prima no constituye factor para liquidar elementos salariales o prestacionales” contenida en el artículo 1 del Decreto 1746 del 25 de octubre de 2017, expedido por el Gobierno Nacional y precisó:*

“(…) la sentencia del 6 de julio de 2015 no es una sentencia de unificación jurisprudencial en los términos del artículo 270 del CPACA, sino que se trata de un pronunciamiento que resolvió una demanda de nulidad, cuyos efectos se exponen en el artículo 189 ibidem, estos son, erga omnes, para la que declara la nulidad de un acto y la que lo deniegue pero solo en relación con la causa petendi, lo que quiere decir que la anulación decretada tiene efectos generales y no solamente para quienes intervinieron en el proceso contencioso administrativo. De lo anterior, se desprende que el aparte anulado dejó de causar efectos jurídicos, además de que nace la prohibición de reproducción de aquel, al tenor de lo dispuesto por el artículo 9-6 del CPACA.  
(…)

Ahora, no desconoce la Subsección que **lo que sugiere el demandante es que la prima de gestión tributaria, aduanera y cambiaria, que anteriormente se denominaba incentivo por desempeño nacional, debía ser objeto de la misma consideración que recibió el incentivo por desempeño grupal en la providencia bajo análisis, lo cual no se considera viable, dado que una y otra prestación tienen características diversas por lo que no guardan identidad**. Para demostrar lo anterior, basta con mirar la habitualidad con la que cada una se recibe, que fue precisamente uno de los aspectos contemplados en la sentencia del 6 de julio de 2015 para darle una acepción salarial al incentivo en cita. En efecto, mientras que el mencionado incentivo era mensual, la prima en cuestión es semestral.

(…) Con todo, conviene señalar que otro criterio interpretativo frente al carácter no salarial de los incentivos por desempeño grupal y al desempeño en fiscalización y cobranzas de que tratan los artículos 5 y 6 del Decreto 1268 de 1999, se encuentra contenido en la sentencia del 19 de febrero de 2018<sup>12</sup>, proferida dentro un proceso de nulidad simple<sup>13</sup> instaurado en contra de los artículos 4, 5 y 6 del Decreto 1268 de 1999<sup>14</sup>, que puso de presente que existen razones de orden constitucional expuestas en la sentencia C-725 de 2000 para apartarse del anterior.

11 Consejo de Estado - Sección Segunda Subsección “A” C.P: Dr. William Hernández Gómez - 21 de mayo de 2020 Radicación número: 11001-03-25-000-2017-00860-00(4661-17)

12 Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 19 de febrero de 2018, radicación: 11001-03-25-000-2011-00167-00 (0580-2011). (Cita íntertexto original)

13 Este proceso se tramitó en los términos del Código Contencioso Administrativo, por demanda presentada en ejercicio de la acción de nulidad de que trata el artículo 84 ejusdem. (Cita íntertexto original)

14 «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» (Cita íntertexto original)



(...) De esta manera, no resulta admisible que, como lo sugiere el demandante, todas las sumas que reciba el servidor deban ser consideradas como factor salarial, habida cuenta de que la definición incluida en la sentencia SU-995 de 1999 incluye igualmente las cesantías, vacaciones y primas, las cuales en sentido estricto la ley define como prestaciones sociales.  
(...)” (Resaltado fuera del texto original)

### **3. Del caso en concreto**

*En el caso sub examine, de las pruebas aportadas y recaudadas en el presente asunto, se pudo comprobar que la accionante se vinculó a la DIAN desde el 7 de diciembre de 1981, que al momento de presentación de la demanda era titular del empleo de carrera Gestor III Código 303 Grado 03; y que desde el año 1999 ha percibido los incentivos por desempeño nacional y por desempeño en fiscalización y cobranzas.*

*Ahora bien, respecto de los incentivos por desempeño en fiscalización y cobranzas y por desempeño nacional, se puede concluir lo siguiente: i) Los destinatarios directos son los funcionarios que ocupan un cargo de la planta de personal de la entidad; ii) Su reconocimiento depende del cumplimiento de las metas fijadas por la Administración; iii) Para el incentivo al desempeño en fiscalización y cobranzas, se requiere ejercer una función relacionada con cualquiera de las dos áreas, y que su gestión de control y cobro **contribuya al cumplimiento de las metas de la Entidad**; iv) El incentivo por desempeño nacional **va ligado al cumplimiento de las metas de recaudo en el país**; y v) El legislador no les otorgó la naturaleza de factor salarial.*

#### **3.1 Efectos jurídicos de los artículos 6 y 7 del Decreto 1268 de 1999; artículo 9 del Decreto 4050 de 2008 y artículo 1 del Decreto 1746 de 2017**

*La jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido amplia, reiterativa y pacífica al señalar que expedida una ley o un reglamento, su vigencia se mantendrá hasta el día que la misma norma lo establezca o hasta que sea derogada expresa o tácitamente por otra disposición posterior de igual o superior categoría; o hasta que la autoridad judicial la haya anulado a través de una decisión con efectos erga omnes.*

*Es así como la vigencia de las normas y, en particular, de los actos administrativos generales, se ubica en un ámbito distinto al de su inaplicabilidad por oposición a la Constitución Política o a la Ley (excepciones de inconstitucionalidad e ilegalidad, respectivamente). A diferencia de las figuras anulatorias, la inaplicación de un acto administrativo de carácter general debido a su oposición a las normas superiores que*



*condicionan su validez sólo tiene efectos para el caso concreto y, por tanto, no afecta su vigencia, la cual se mantiene hasta tanto no sea declarada su nulidad o suspensión por la jurisdicción contenciosa administrativa, a quien corresponderá definir con efectos generales y erga omnes, sobre la validez o no de la respectiva ley o acto.*

*De manera que, mientras las normas que regulan la liquidación y beneficios prestacionales y salariales de los servidores estén vigentes y no sean derogadas por leyes posteriores, son de obligatorio cumplimiento, en virtud del principio de legalidad que deben gobernar las actuaciones de la administración.*

### **3.2 De la excepción de inconstitucionalidad**

*La accionante solicita inaplicar por inconstitucional las normas que determinan que los incentivos por desempeño nacional y por fiscalización y cobranzas **no son factor salarial**, es decir, los artículos 6 y 7 del Decreto 1268 de 1999; el artículo 9 del Decreto 4050 de 2008 y el artículo 1 del Decreto 1746 de 2017.*

*Para entrar a estudiar si es procedente o no aplicar esta figura al caso en estudio, habrá que decirse que la excepción de inconstitucionalidad o el control de constitucionalidad por vía de excepción tiene su fundamento en el artículo 4° de la Constitución Política, según el cual “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales (...)” y consiste en la posibilidad que tiene cualquier autoridad de inaplicar la ley u otra norma jurídica por ser contraria a la Constitución.*

*Dicha facultad puede ser ejercida de manera oficiosa<sup>15</sup> o a solicitud de parte cuando se presentan algunas de las siguientes circunstancias<sup>16</sup>:*

*(i) La norma es contraria a los cánones superiores y no se ha producido un pronunciamiento sobre su constitucionalidad<sup>17</sup>; (ii) La regla formalmente válida y vigente reproduce en su contenido otra que haya sido objeto de una declaratoria de inexequibilidad por parte de la Corte Constitucional o de nulidad por parte del Consejo de Estado, en respuesta a una acción pública de inconstitucionalidad o nulidad por inconstitucionalidad según sea el caso<sup>18</sup>; o (iii) En virtud, de la especificidad de las*

<sup>15</sup> Sentencia T-808 de 2007. Magistrada Ponente (E): Dra. Catalina Botero Marino

<sup>16</sup> Sentencia T-681 de 2016. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Iván Palacio Palacio

<sup>17</sup> Sentencia T-103 de 2010. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Iván Palacio Palacio

<sup>18</sup> En sentencia T-669 de 1996, Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero, se desarrolló esta hipótesis, fijando que “en tales eventos, el funcionario judicial está obligado a aplicar la excepción de inconstitucionalidad, pues la Constitución



*condiciones del caso particular, la aplicación de la norma acarrea consecuencias que no estarían acordes a la luz del ordenamiento iusfundamental<sup>19</sup>. En otras palabras, que la norma en abstracto resulte conforme a la Constitución, pero no pueda ser utilizada en un caso concreto sin vulnerar disposiciones constitucionales<sup>20</sup>.*

*En la precitada sentencia se indicó que en el evento en que no exista un pronunciamiento erga omnes, sea por la Corte Constitucional o por el Consejo de Estado, el juez puede encontrar fundada la inaplicación de una norma jurídica con base a la figura de la excepción de inconstitucionalidad “con efectos exclusivos en ese caso y sin que su sentencia sustituya las providencias que hayan de proferir aquellos tribunales en ejercicio de sus respectivas competencias”.*

*Descendiendo al caso en concreto, esta instancia no evidencia que las normas objeto de cuestionamiento desconozcan manifiestamente precepto constitucional alguno y por el contrario como se expuso con anterioridad, han sido objeto de estudio por el órgano de cierre jurisdiccional al resolver sobre la legalidad de los preceptos hoy objeto de demanda.*

*Tampoco se vislumbra que con la aplicación de las normas objeto de litigio se ponga en riesgo derecho fundamental alguno, máxime cuando no se expusieron argumentos que justifiquen sin asomo de duda la necesidad de apartarse de las normas que regulan los incentivos que percibe la demandante.*

*Por consiguiente, el Despacho no aplicará la excepción de inconstitucionalidad pretendida y consecuencialmente negará las pretensiones de la demanda.*

### **3.3. Condena en costas**

*Finalmente, el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021 que adiciono el artículo 188 y el artículo 365 del CGP, establecen la posibilidad de condenar en costas, si hubiere lugar a ello; sin embargo, en el caso concreto, no se observa que la demandante haya actuado de mala fe, o abusando del ejercicio de sus derechos procesales, o con*

---

*es norma de normas (CP art. 4º) o, en caso de que no lo considere pertinente, debe mostrar de manera suficiente que la disposición que, dada la situación del caso concreto, pretende aplicar tiene en realidad un contenido normativo en parte diferente a la norma declarada inexecutable, por lo cual puede seguirse considerando constitucional. Si el funcionario aplica la norma y no justifica su distanciamiento frente al pronunciamiento previo de la Corte Constitucional sobre el mismo tema, estaríamos en presencia de una vía de hecho, pues el funcionario judicial decide aplicar caprichosamente de preferencia las disposiciones legales a las normas constitucionales, en contravía de expresos pronunciamientos sobre el punto del tribunal constitucional, máximo intérprete y guardián de la Carta (CP arts. 4º, 241 y 243).”*

<sup>19</sup> Sentencia T-103 de 2010.

<sup>20</sup> Sentencia T-331 de 2014. Magistrada Ponente: Dra. María Victoria Calle Correa. En este mismo sentido, ver sentencia C-803 de 2006. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño.



*temeridad; por lo tanto y conforme con lo expuesto no se condenará en costas en esta instancia procesal.*

*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,*

### **FALLA**

**PRIMERO: NEGAR** la excepción de inconstitucionalidad propuesta por la parte demandante, según lo expuesto en la parte motiva.

**SEGUNDO: NEGAR** las pretensiones de la demanda, por las consideraciones expuestas.

**TERCERO:** Sin condena en costas, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

**CUARTO: REMÍTASE** copia de esta providencia, en los términos del artículo 205 del CPACA, modificado por el artículo 52 de la Ley 2080 de 2021, a los correos electrónicos [estudio@litigius.com.co](mailto:estudio@litigius.com.co); [rrlexfirma@gmail.com](mailto:rrlexfirma@gmail.com); [judiciales@casur.gov.co](mailto:judiciales@casur.gov.co) y [Christian.trujillo390@casur.gov.co](mailto:Christian.trujillo390@casur.gov.co).

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

**QUINTO:** Esta providencia **DEBE** incorporarse al expediente digitalizado, organizado en one drive, ordenando alimentar simultáneamente el sistema de información Justicia XXI y el de la Rama Judicial Web.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**DIANA MARCELA ROMERO BAQUERO**

**JUEZA**

YAMA

Firmado Por:

DIANA MARCELA ROMERO BAQUERO



Rad. No. 11001333100920180050600  
Accionante: Marlene Amanda Rodríguez  
Accionado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales

JUEZ

JUEZ - JUZGADO 009 ADMINISTRATIVO DE LA CIUDAD DE BOGOTA, D.C.-SANTAFE DE BOGOTA D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**ce6bb071206f7fd2da84a42784e0acc222dbe9355ac5d0c5beb67e2dd139f08e**

Documento generado en 09/03/2021 01:36:29 PM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**  
**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**