



JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DE FLORENCIA, CAQUETÁ

Florencia, 24 de junio de 2020

MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	FABIO GUSTAVO ESPINOSA TRIANA
DEMANDADO	PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y LA DIRECCIÓN DE IMPUESTO Y ADUANAS NACIONALES - DIAN
RADICADO	18001-33-40-004-2016-00855-00
SENTENCIA No.	24-06-202-2020

I. OBJETO DE DECISIÓN.

Agotadas las etapas procesales correspondientes a la instancia y no observando causal de nulidad que invalide lo actuado, decide el Juzgado Cuarto Administrativo de Florencia Caquetá sobre el fondo del asunto.

II. LA DEMANDA. (F. 37-60 C.I).

El señor FABIO GUSTAVO ESPINOSA TRIANA, a través de apoderado, en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del derecho invoca la presente demanda solicitando la nulidad de los siguientes actos administrativos:

1. S.G. No. 002431 calendado Bogotá julio 06 de 2015, mediante el cual, la Procuraduría General de la Nación, negó el reconocimiento del derecho tributario de exención señalado en el artículo 206 numeral 7 del Estatuto Tributario, a partir de marzo 25 de 2003, y el correspondiente ajuste de su nómina hacía el futuro.
2. Oficio DIAN 100202208-0747, calendado Bogotá, julio 26 de 2016, suscrito por la directora de Gestión Jurídica, doctora Liliana Andrea Forero Gómez.

Que como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho se restablezca a partir de la fecha, el derecho del Accionante y se le aplique el beneficio de exención tributaria consagrado en el artículo 206, numeral 7 del Estatuto Tributario, en idéntica forma como se aplica a los Magistrados de Tribunales, es decir, le sea considerado *como gastos de representación exentos un porcentaje equivalente al cincuenta por ciento (50%) de su salario*; inaplicando entonces, el Decreto 610 de 1998 y la Ley 4 de 1992, normas que contempla la creación de la Bonificación por Gestión Judicial y/o Bonificación por compensación y la Prima Especial de Servicios Salarial, asignaciones que la Procuraduría General de la Nación no considera para tener en cuenta el 50% como gastos de representación, como lo establece el artículo 206, numeral 7 del Estatuto tributario. Así como también se restablezca reintegrándole el mayor valor retenido desde marzo 25 de 2003 y hasta la fecha que ostentó la dignidad de Procurador Judicial Grado II, debidamente indexada.

- HECHOS:

Los hechos narrados en el libelo de la demanda, se sintetizan de la siguiente manera:

Que el actor prestó sus servicios en la Procuraduría General de la Nación, como Procurador Judicial II, así:

FABIO GUSTAVO ESPINOSA TRIANA	C.C. 93.116.102.
Fecha de Ingreso:	25 de marzo de 2003.
Fecha de Egreso:	30 de marzo de 2011.
Cargo:	Procurador Judicial II de Florencia – Caquetá.

Que radicó ante la Procuraduría General de la Nación, derecho fundamental de petición, recibido por la misma el 21 de junio de 2016 bajo el radicado número 224697-2016, en el que se solicitó, reconocer el derecho tributario de exención señalado en el artículo 206 numeral 7 del Estatuto Tributario, a partir de marzo 25 de 2003 y hasta el 30 de marzo de

2011, ajustando su nómina hacia el futuro, acorde a lo ordenado por la Corte Constitucional, reintegrándose en todo caso lo adeudado, debidamente indexado, el cual fue resuelto mediante oficio S.G. 002431 de fecha 06 de julio 2016, suscrita por la señora Secretaria General de la Procuraduría General de la Nación, negando lo solicitado

De igual manera el día 20 de junio de 2016, bajo el radicado 000E2016020204, se solicitó a la DIAN, se sirviera: “Ordenar y/o autorizar a la Procuraduría General de la Nación o a quien corresponda, el reconocimiento y cancelación a mi prohijado, con la debida retroactividad a partir del 10 de octubre de 2014 y hasta la fecha ostente la dignidad de Procurador Judicial Grado II, el derecho constitucional y legal de exención tributaria, consagrado en el artículo 206, numeral 7 del Estatuto Tributario, de conformidad con lo señalado por la honorable Corte Constitucional en la sentencia precitada; dicha suma deberá ser indexada de conformidad con la normatividad vigente, o en su defecto que la entidad que usted regenta, proceda al reconocimiento y cancelación de lo solicitado.”, contestado mediante Acto Administrativo Oficio DIAN 100202208-0747, calendado, 26 de julio de 2016, la DIAN, de manera negativa a la petición referida en el numeral anterior.

Que, con lo anterior, se agotó la vía gubernativa; manifestando de igual manera que según directrices trazadas por la oficina jurídica de la Procuraduría General de la Nación, de conformidad con lo establecido en el parágrafo 1 del Artículo 2 del Decreto Reglamentario 1716 de mayo 14 de 2009, en el presente caso, no se debe agotar la conciliación como requisito de procedibilidad, para poder acudir a la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

- NORMAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Como normas vulneradas, del libelo de la demanda se extraen las siguientes:

- Artículo 13, 95, 280 y 363 de la Constitución Política.
- Decreto 624 de 1989 (Estatuto Tributario), artículo 206, numeral 7.
- Artículo 137 del CPACA.

Como causales de nulidad del acto administrativo demandado, plantea:

- *Cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse:*

En el presente caso, la Procuraduría General de la Nación, viola la Constitución y la Ley.

Señala que trasgrede el artículo 280 de la Constitución, en cuanto que, es un hecho objetivo y debidamente acreditado que los Procuradores Judiciales II delegados ante Tribunales y Consejos Seccionales de la Judicatura, tienen las mismas prerrogativas, regímenes salariales y prestacionales, de los magistrados de tribunales ante quien ejercen el cargo, desconociendo tal calidad, cuando en materia de exenciones tributarias da un tratamiento desigual y perjudicial al actor, vulnerando de esta manera principios de igualdad y de equidad tributaria, señalados en los artículos 95 y 363 superiores.

De igual manera vulnera el artículo 206, numeral 7 del Estatuto Tributario, cuando este claramente determina que, se consideran como gastos de representación exentos un porcentaje equivalente al 50% de su salario. Arguye que el acto administrativo, cuya nulidad se demanda, claramente determina que lo cancelado por concepto de Bonificación por Gestión Judicial y Prima Especial de Servicios Salarial no son considerados para tener en cuenta el 50% como gastos de representación, vulnerando abiertamente lo prescrito en tal ordenamiento. Al no considerar o incluir dichos conceptos, la Procuraduría General de la Nación está causando un grave perjuicio al demandante, pues dichos factores constituyen aproximadamente un porcentaje superior al 50% del valor total del salario o asignación mensual total percibido por el demandante, circunstancia esta, que ciertamente no ocurre con los magistrados de Tribunal.

Concluye así que, con la exclusión de dichos conceptos, la Procuraduría General de la Nación, queda incurso en la causal de nulidad invocada, porque infringe las normas superiores y del estatuto tributario tantas veces citadas conforme las causales de nulidad del art. 137 del CPACA.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

- PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN (folio 73-94)

Se opone a la prosperidad de las pretensiones, como quiera que carecen de fundamentos jurídicos, por cuanto la Entidad a la que representa ya adoptó una decisión concreta, clara y concisa con respecto a lo pretendido por el actor, lo cual fue puesto en consideración en la contestación del oficio, el cual lo plasma en su integridad, por lo que concluye que lo requerido o solicitado no resulta ser procedente.

Trae como excepciones la de:

- **inexistencia de la obligación:** aduce que el demandante no presentó oportunamente la reclamación, la cual debió ser desde el momento que tuvo conocimiento o creyó tenerlo de que las retenciones tributarias realizadas por el agente retenedor, al no encontrarlas ajustadas a las normas tributarias, lo cual queda sin soporte fáctico y jurídico, por dos razones a saber:
 1. El transcurso del tiempo.
 2. Los descuentos tributarios se ajustan a la ley, teniendo en consideración de que siempre se han tenido en cuenta los gastos de representación devengados por los Procuradores Judiciales II, como renta exenta; estima que si la retención practica corresponde a un mayor valor descontado en cada uno de los años reclamados por el Demandante, estos valores debieron ser descontados del impuesto de renta en las declaraciones de renta de los correspondientes años, tal como los señala el artículo 6 del Decreto 1189 de 1988.
- **Prescripción:**

Manifiesta que el Decreto reglamentario 1189 de 1988, ha señalado que “...cuando el reintegro se solicite en el año fiscal siguiente a aquel en el cual se efectúe la retención, el solicitante deberá, además manifestar expresamente en su petición que la retención no ha sido ni será imputada en la declaración de renta correspondiente...”, es decir, que le impone la obligación a los contribuyentes a la presentación año a año, de su correspondiente declaración de renta y complementarios, por lo que cada año con el ejercicio fiscal de la declaración, el contribuyente debe ajustar sus rentas y otros, existiendo los procedimientos y recursos legales ante la DIAN, para reclamar en la oportunidad correspondiente en caso de irregularidad e inconsistencia en el trámite Tributario; por lo que en el caso de marras el accionante hizo caso omiso a todos estos procedimientos, pues tan solo después de pasados 8 años, es que eleva su inconformismo en la materia, por lo que la reclamación esta prescrita.

- DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN. (FOLIO 110-119).

Frente a las pretensiones, manifiesta que no se podría declarar que el accionante, cumple con los requisitos para acceder a la exención tributaria que solicita, como quiera que este tiene un procedimiento especial, establecido en la Ley, el cual no se agotó, como tampoco es posible restablecerle el derecho que solicita, por cuanto no se puede probar la vulneración de un acto tributario, el cual es inexistente, como quiera que no se trabó una discusión tributaria que concluyera con una liquidación oficial o una resolución sanción independiente, de manera que se opone a las pretensiones.

Como sustento de lo anterior, expone las siguientes razones de defensa:

Aduce que de acuerdo a la normatividad legal y jurisprudencial que señalan como quebrantadas, no corresponden a la parte fáctica del asunto, por cuanto en ningún momento se realizó un debate tributario sobre alguna declaración de renta del señor ESPINOSA TRIANA, limitándose a través de un derecho de petición a realizar unas peticiones, las cuales están fuera de toda competencia de la DIAN, como quiera que dentro de sus funciones, no se encuentran la de dar órdenes a la Procuraduría General de la Nación, ni la de autorizar a los contribuyentes para que dentro de sus declaraciones de renta, se apliquen

exenciones tributarias, la autorización la da directamente la Ley, cuando se cumplan los requisitos exigidos en la misma norma.

Estima que, en cuanto a las retenciones realizadas por la PGN, no se pronunciará al respecto, por no ser de su competencia, dado que quien las practicó fue la Procuraduría como agente retenedor, aunado a que como se ha indicado no existe proceso alguno que haya revisado el saldo a favor que pueda tener el Actor, producto de esas retenciones practicadas, lo que conlleva a determinar que procedimentalmente la DIAN no hace parte dentro del pretérito.

De igual manera, señala que el apoderado del actor deja vacíos enormes sobre la infracción realizada por parte de la DIAN, respecto a la expedición del acto que se demanda, por cuanto en ningún momento elevó argumentos expuestos en derecho frente a la procedencia de la solicitud a dicha entidad; es decir, que se omitió invocar las normas posiblemente vulneradas, aunado a que ni siquiera se refirió a las normas que realmente puedan encuadrar en el caso objeto de controversia, limitándose a citar jurisprudencia que se refiere al tema de las exenciones.

Concluye que el acto administrativo que se expidió se realizó de manera legal, cumpliendo con las normas en que debería fundarse, expidiéndose por la autoridad competente, debidamente motivado, expedición regular, con respeto y conocimiento del derecho de audiencia y de defensa, así como también, direccionamiento objetivo de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió, demostrándose de esta manera que el acto administrativo demandado – oficio DIAN1002022080747, del 26 de julio de 2016, no está inmerso en las causales de nulidad que determina la ley, por cuanto se expidió conforme lo dicta la Constitución, la ley, el reglamento, máxime cuando la misma parte no enrostra ninguna causal de nulidad.

Propone la excepción de falta de LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA; como quiera que carecen de capacidad para hacer parte del presente proceso, aclarando que el punto central del mismo, es entre la Procuraduría General de la Nación como empleador y el actor, como quiera que no se demostró que la DIAN, haya realizado procedimiento tributario alguno referente a la procedencia o no de la exención tributaria a la que alude el demandante tener derecho.

Estima que los contribuyentes son los que le dicen al Estado, cuanto deben pagar por impuesto, en su declaración privada; en donde el concepto de liquidación privada se refiere a la liquidación que hace el propio contribuyente de manera voluntaria, es decir, que es el contribuyente quien decide qué ingresos incluir, lo mismo que decide qué costos y deducciones imputar a su declaración tributaria, haciéndose claridad que el Estado lo que hace es conservar la facultad de revisar lo que el contribuyente está declarando, en donde al no ser correcto lo que está declarando, procede el requerimiento al contribuyente para que modifique la declaración presentada inicialmente.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

Dentro del término otorgado así lo hizo la parte demandante y demandada, guardando silencio el agente del Ministerio Público, tal como aparece en la constancia secretarial del 21 de marzo de 2019. (fl. 245).

- ALEGATOS DE LA PARTE DEMANDANTE (fl. 215-222).

La parte actora itera las causales de nulidad planteadas en la demanda, exponiendo los hechos probados, así como también hace alusión a que se debe entender por concepto de salario, para señalar que la bonificación de gestión judicial (hoy por compensación), constituye salario para los procuradores, por lo que le es aplicable la exención de que trata el artículo 206 numeral 7 del ET.

Allega unas posiciones de unos Juzgados y Tribunales Administrativos de Colombia, que avalan las pretensiones acá solicitadas.

Concluyendo:

“Es claro que, a la fecha, la bonificación por Gestión Judicial (hoy por compensación) y la prima especial de servicios salarial que percibe mi porhijado, constituye salario a la luz de las normas y la jurisprudencia imperante, y representan el 62,51% de sus ingresos laborales como **Procurador Judicial II Florencia – Caquetá**, lo que en cifras conduce a señalar que, actualmente el doctor **FABIO AUGUSTO ESPINOSA TRIANA**, identificado con cédula de ciudadanía N° **93.116.102**, no se le están teniendo en cuenta más de SETENTA Y NUEVE MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS DOS PESOS M/CTE (\$79.449.402) mensuales para la aplicación de la exención tributaria, señalada en el artículo 206, numeral 7 del Estatuto Tributario.

Por lo que el no tener en cuenta la bonificación por Gestión Judicial ni la mentada prima Especial de Servicios Salarial, al momento de aplicar la exención señalada en el artículo 206, numeral 7 del Estatuto Tributario, por parte de las demandadas, se vulnera en contra de mi mandante los principios Constitucionales de igualdad, equidad tributaria, pues como se ha demostrado dentro del plenario, a sus pares Magistrados de Tribunales si se les aplica en debida forma dicha disposición, en virtud del art. 280 de la Carta Magna, los cargos de Procuradores Judiciales II han sido homologados a los cargos de Magistrados de Tribunal.

(...)

La retenedora y empleadora Procuraduría General de la Nación, efectuó una errónea interpretación y aplicación de la Exención Tributaria, consecuencialmente expidió año tras año, los certificados de retención para que el actor FABIO GUSTAVO ESPINOZA TRIANA los imputará en sus declaraciones de renta, y al hacerlo de manera equivocada lo indujo en error, corolario de ello, se condenará a la Procuraduría General de la Nación al reintegro de los mayores valores retenidos, liquidándolos mes a mes, con el interés moratorio comercial que corresponde durante el período laboral que se le reconoce al actor ESPINOZA TRIANA...”

- PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. (FL. 223-240).

Reitera los argumentos de defensa, establecidos en la contestación de la demanda.

- DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN- (FL. 241-244)

Reitera de igual manera los argumentos expuestos en la contestación de la demanda; agregando que si es del caso y si procediera la solicitud reclamada por el Actor, el procedimiento adecuado, es que éste debió acudir en primer lugar, ante el agente retenedor con el fin de formular la solicitud de devolución, establecido en el artículo 6 del Decreto 1189 de 1988, teniendo el mismo término para denunciar ante la DIAN, es decir, la firmeza de cada una de las declaraciones de retención presentadas por la Procuraduría; solamente ante la negativa del agente retenedor, podría el sujeto pasivo afectado con la retención, corregir la declaración de renta inicialmente presentada de conformidad con el artículo 589 del ET y en caso de generar saldo a favor, seguir el procedimiento previsto para la solicitud de devolución regulado en el Título X de la codificación indicada y los decretos reglamentarios.

Señala que, una vez realizada la revisión a los sistemas informativos de la DIAN, exactamente la de los años 2006, 2007, 2008 y 2009, que forman parte de la inconformidad, se evidencia que el Demandante hizo uso de las retenciones practicadas por la Procuraduría, para generar su impuesto a cargo, por lo que no procede reclamación alguna sobre los anticipos del impuesto de renta.

V. CONSIDERACIONES.

5.1. Competencia.

Este Despacho es competente para dirimir en derecho el presente litigio, en razón a la naturaleza de los hechos, el último lugar de la prestación del servicio, y la cuantía del asunto, de conformidad con los artículos 155, 156 y 157 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA-. (Ley 1347 de 2011).

5.2. Problema jurídico.

En este asunto, al Despacho le corresponde establecer si:

¿Se le debe ordenar a las entidades demandadas aplicar al actor la exención de que trata el numeral 7 del artículo 206 del Estatuto Tributario, a los Procuradores Judiciales II?

¿Se presenta una vulneración al derecho a la igualdad, por no aplicación a la exención tributario y/o en la forma en que se ha venido aplicando la misma, frente a los magistrados de los Tribunales?

¿Carece de legitimidad en la causa por pasiva la DIAN, por cuanto su función no es la de aplicar las exenciones que señala la ley?

5.3. De las excepciones.

Como se ha venido indicando, la Apoderada de la DIAN, propone como excepción la falta de legitimación en la causa por pasiva, como quiera que el objeto de lo solicitado es netamente entre la Procuraduría General de la Nación y el Actor, en tanto que la Entidad a la que representa, nada tiene que ver con la aplicabilidad de exenciones, siendo un asunto netamente de la esfera privada por así decirlo del Actor, a la hora de presentar las respectivas declaraciones anuales.

Así mismo, como lo expuso en sus alegatos de conclusión, que analizados los años 2006, 2007, 2008 y 2009, el actor hizo uso de las retenciones practicadas por la Procuraduría, para generar su impuesto a cargo.

Pues bien, se tiene que la exención es una técnica impositiva que sin alterar los elementos de la relación jurídica tributaria (sujeto, objeto, cuota, tasa o tarifa). Aminorar o libera la obligación de pago nacida, por razones de equidad o política económica, a determinadas personas o respecto de ciertos hechos, para ajustar el tributo a la realidad económica o social actual, al tener de una valoración particularizada de los principios de justicia tributaria¹.

El artículo 154 de la Constitución Política le otorga al legislador la facultad para crear, modificar o suprimir exclusiones o exenciones tributarias, por razones de política económica o para realizar la igualdad real y efectiva a partir de la iniciativa del Gobierno nacional.

Las exenciones tributarias creadas por el legislador, al hacer parte de las manifestaciones de la política fiscal, también están cobijadas por los principios de legalidad y certeza. De tal forma que, los elementos principales de cualquier exención deben estar definidos previamente por el legislador, las asambleas o los concejos, en los términos de los artículos 150, numerales 10 y 12, y 338 de la Constitución. Así lo precisó la Corte Constitucional en la sentencia C-748 de 2009:

“Esta Corporación, en reiteradas oportunidades, ha establecido que, así como el legislador goza de amplia potestad de configuración normativa para establecer tributos y definir sus elementos esenciales, es natural que, de la misma forma, goce del poder suficiente para consagrar beneficios tributarios, por razones de política económica o para realizar la igualdad real y efectiva en materia fiscal.”

De lo anterior, se puede definir que las exenciones son beneficios taxativos que se encuentran en la Ley para los contribuyentes, quienes son los encargados de determinar si las exenciones le son o no aplicables.

Ahora bien, ha de entenderse por declaración tributaria anual, como aquella que presenta las personas que se encuentran obligadas a realizar la respectiva declaración, ante la DIAN; el artículo 746 del Estatuto Tributario establece que “Se consideran ciertos los hechos consignados en las declaraciones tributarias, en las correcciones a las mismas o en las respuestas a requerimientos administrativos, siempre y cuando que sobre tales hechos, no se haya solicitado una comprobación especial, ni la ley la exija”. La presunción de veracidad admite prueba en contrario y la autoridad fiscal, para asegurar el “efectivo cumplimiento de las normas sustanciales”, puede desvirtuarla mediante el ejercicio de las facultades de fiscalización e investigación previstas en el artículo 684 del Estatuto Tributario. Así pues, la carga probatoria de desvirtuar la veracidad de las declaraciones tributarias y de las respuestas a los requerimientos corresponde en principio

¹ Régimen Tributario DIAN (2017)

a la autoridad tributaria, y se traslada al contribuyente frente a una comprobación especial o una exigencia legal.

Es así, que, de lo anterior, se puede concluir que la DIAN tiene facultades de fiscalización y de investigación, en el ejercicio de esta facultad; puede controvertir o desvirtuar la realidad de los soportes que el contribuyente aporte como prueba de las operaciones de venta que darían lugar a la exención tributaria, así como también examinar si le es aplicable o no la exención a la cual se acoja.

Ahora bien, como quiera que la demanda se trata de establecer si es procedente o no la exención de que trata el artículo 206 numeral 7 del ET, a los procuradores judiciales II, en razón a ello y conforme lo indicado anteriormente, le asiste razón a la Entidad demandada – DIAN – al proponer la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, en cuanto el objeto de la litis, en nada tiene que ver con las funciones propias de la Entidad, razón por la cual, se declarará probada la excepción acá analizada.

5.4. Del derecho a la Igualdad.

En el presente asunto, como quiera que se alega un trato desigual entre los procuradores Judiciales II y los Magistrados de Tribunales, al no dar plena aplicabilidad al artículo 206 No 7 del Estatuto Tributario, es necesario hacer un análisis del artículo 13 de la Constitución Política, el cual regula dos dimensiones de éste derecho: (i) La formal o ante la ley, que se fundamenta en que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, y por ende deben recibir la misma protección y trato de las autoridades, y gozar de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna clase de discriminación; y la (ii) material o de trato, según la cual el Estado debe adoptar medidas positivas para superar las desigualdades de grupos que históricamente han sido discriminados, y de aquellas personas que se encuentran en una situación de debilidad manifiesta².

Con el objetivo de determinar cuándo existe una vulneración del derecho a la igualdad, bien sea en su modalidad formal o material, es necesario precisar si ante situaciones iguales se está otorgando un trato diferente, sin justificación alguna, o por el contrario, si a personas o circunstancias distintas se les brinda un trato igual.

Para el efecto, la jurisprudencia constitucional³ ha diseñado el test integrado de igualdad, compuesto por tres etapas de análisis a saber: (i) determinación de los criterios de comparación, esto es, establecer si se trata de sujetos de la misma naturaleza, (ii) definir si existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales y (iii) concluir si la diferencia de trato está justificada constitucionalmente.

Igualmente, la Corte Constitucional ha precisado que el derecho a la igualdad es un mandato complejo: “(...) De acuerdo con el artículo 13 Superior, comporta un conjunto de mandatos independientes y no siempre armónicos, entre los que se destacan (i) la igualdad formal o igualdad ante la ley, relacionada con el carácter general y abstracto de las disposiciones normativas dictadas por el Congreso de la República y su aplicación uniforme a todas las personas; (ii) la prohibición de discriminación, que excluye la legitimidad constitucional de cualquier acto (no solo las leyes) que involucre una distinción basada en motivos definidos como prohibidos por la Constitución Política, el derecho internacional de los derechos humanos, o bien, la prohibición de distinciones irrazonables; y (iii) el principio de igualdad material, que ordena la adopción de medidas afirmativas para asegurar la vigencia del principio de igualdad ante circunstancias fácticas desiguales. (...)”⁴

Conforme a lo anterior, bajos estos supuestos se analizará lo atinente al presunto trato desigual que alega el Actor frente a las actuaciones administrativas adelantadas por lo Procuraduría General de la Nación.

² Corte Constitucional. Sentencia T-629 de 2010.

³ ibidem.

⁴ Sentencia C-178/14.

5.5. De lo probado en el proceso.

- Petición elevada ante la Procuraduría General de la Nación, del 21 de junio de 2016, por medio del cual solicita se le reconozca el derecho constitucional y legal tributario de exención del artículo 206 numeral 6 del ET, al señor FABIO GUSTAVO ESPINOSA TRIANA, en su condición de Procurador Judicial II, dentro del periodo 25 de marzo de 2003 al 30 de marzo de 2011. (folio 2-4).

- Oficio SG No 002431 del 06 de julio de 2016, suscrito por la Secretaría General de la Procuraduría General de la Nación, que sobre lo peticionado por el actor concluyó:

“Citado pues el contexto fáctico y jurídico descrito, resulta imperativo concluir que las pretensiones contenidas en la reclamación formulada por el doctor FABIO GUSTAVO ESPINOSA TRIANA, a través de apoderado no resultan procedentes” (folio 6-11).

- Petición elevada ante a la DIAN, del 20 de junio de 2016, por medio del cual solicita se reconozca el derecho constitucional y legal tributario de exención del artículo 206 numeral 6 del ET, al señor FABIO GUSTAVO ESPINOSA TRIANA, en su condición de Procurador Judicial II, dentro del periodo 25 de marzo de 2003 al 30 de marzo de 2011. (folio 12-14).
- Oficio con radicado No 000S2016019773 del 27 de julio de 2016, por medio del cual la Directora de Gestión Jurídica de la DIAN, da respuesta a la petición elevada por el Accionante. (folio 16-17)
- Oficio DESAJ-0216 del 16 de febrero de 2011, mediante el cual se da una respuesta a una petición del 4 de febrero de 2011, suscrita por el Director Ejecutivo Seccional de Armenia – Quindío y la pagadora, en donde se señaló:

“...me permito informarles que el procedimiento aplicado para el cálculo de retención de los Magistrados del Distrito Judicial del Quindío corresponde al procedimiento dos (2) relacionado con el porcentaje fijo de retención de acuerdo con el artículo 386 del Estatuto Tributario, al cual debe de realizarse de manera semestral y tomando como base la remuneración mensual equivalente a \$15.703.225 (...) para el año 2010.

Para el cálculo de dicho porcentaje se toman todos los devengados de los últimos 12 meses, en el caso concreto de los Magistrados se toman como gastos de representación exentos el 50% de sus salarios; luego se le suma las primas, bonificaciones, que reciban durante el periodo sobre el cual se va a realizar dicho cálculo; a este valor se deduce los ingresos no gravables y rentas exentas; a este subtotal se le resta el 25% exento y se divide en 13, este valor es el salario mensual promedio gravable de los 12 meses anteriores. El salario promedio se convierte a UVT y se halla el porcentaje de acuerdo a la tabla la cual se anexa a este oficio...” (Folio 27).

- Certificado de la División de Gestión Humana, de la Procuraduría General de la Nación, por medio del cual, certificó la retención en la fuente, realizada al actor entre el 25 de marzo de 2003 al 30 de junio de 2011, fecha de retiro de la Entidad, información obtenida del Sistema Integrado Administrativo Financiero SIAF. (folio 190-191)

De igual manera, se hace la siguiente apreciación:

“Respecto de las liquidaciones de retención en la fuente del periodo comprendido entre agosto de 2010 a junio de 2011, no se generó porcentaje de retención en la fuente. Tomando en cuenta que el funcionario presentó incapacidad por enfermedad laboral o accidente de trabajo de forma continua desde el 13 de noviembre de 2009 hasta el 04 de junio de 2011, mes que se retira por invalidez absoluta. Se liquidó bajo la normatividad de la fecha de retención para la prima de navidad de 2010 y para los valores pagados por indemnización en el mes de julio de 2011”.

- Certificado del 2 de octubre de 2018, en el que el jefe de la División de Gestión Humana de la Procuraduría General de la Nación, señala que el señor FABIO GUSTAVO ESPINOSA TRIANA, ingresó a la Entidad en calidad de servidor público el 25 de noviembre de 1992 hasta el 2 de junio de 2000 y del 10 de diciembre de 2001 hasta el 30 de junio de 2011, siendo importante para la presente Litis, los siguientes nombramientos:



“(…)

Cargo	Procurador Judicial II Administrativo Código 3PJ Grado EC.
Dependencia	Procuraduría 25 Judicial II Administrativo de Florencia
Período	Desde el 10 de diciembre de 2001 hasta el 30 de junio de 2011 • Durante este periodo estuvo en encargo: - Del 18 de marzo de 2005 hasta el 6 de octubre de 2005 - Del 11 de enero de 2006 hasta el 2 de abril de 2006 - Desde el 25 de octubre de 2006 y mientras duraba la incapacidad por enfermedad del titular. - Desde el 24 de junio de 2009 hasta el 16 de julio de 2009.
Funciones	• Resolución 450 del 12 de diciembre de 2000 “intervenir ante la jurisdicción de lo contencioso Administrativo, tribunales y juzgados administrativos, en defensa del orden jurídico, del patrimonio público y de los derechos de garantías fundamentales. 2. Intervenir ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativo, tribunales y juzgados administrativos, en caso de conciliaciones prejudiciales y Tribunales de arbitramento, cámaras de comercio y asociaciones profesionales gremiales”
Tipo de vinculación	Libre nombramiento y remoción
Acto Administrativo	• Decreto 1552 del 4 de diciembre de 2001.

(Folio 192-195).

- Certificación de los salarios percibidos por el actor dentro de la Entidad, devengando para los años solicitados los siguientes factores; sueldo, gastos de representación, prima especial de servicio y bonificación judicial.

Se hace la siguiente observación “durante el 01 de agosto y el 30 de noviembre de 2010, y del 01 de enero al 31 de marzo de 2011, no se aplicó retención en la fuente, pro encontrarse incapacitado. (Folio 199-207).

5.6. Caso en concreto.

De las pruebas allegadas, se encuentra acreditado que el señor FABIO GUSTAVO, 25 de marzo de 2003 al 30 de marzo de 2011, fue servidor público de la Procuraduría General de la Nación, fungiendo como Procurador Judicial II.

Solicita se dé aplicabilidad a un trato igual entre los Magistrados de Tribunales y los Procuradores Judiciales II, en aplicación del artículo 280 de la Constitución Nacional, según el cual, *los agentes del Ministerio Público tendrán las mismas calidades, categoría, remuneración, derechos y prestaciones de los magistrados y jueces de mayor jerarquía ante quienes ejerzan el cargo.* (En negrilla del Despacho)

Que, en razón a lo anterior, se le debe aplicar la exención de que trata el artículo 206 No 7 del Estatuto Tributario, el cual, otorga el siguiente derecho:

ARTICULO 206. RENTAS DE TRABAJO EXENTAS. Están gravados con el impuesto sobre la renta y complementarios la totalidad de los pagos o abonos en cuenta provenientes de la relación laboral o legal y reglamentarla, con excepción de los siguientes:

(…)

7- (…)

En el caso de los Magistrados de los Tribunales y de sus Fiscales, se considerará como gastos de representación exentos un porcentaje equivalente al cincuenta por ciento (50%) de su salario. Para los Jueces de la República el porcentaje exento será del veinticinco por ciento (25%) sobre su salario.

Como quiera que para el momento de los hechos no le era aplicable esta exención a los Procuradores Judiciales II; como quiera que la norma esa clara al señalar que era única y exclusivamente a los magistrados de los Tribunales y sus fiscales.

Pero a que se refiere la expresión “y sus fiscales”, al respecto hay que señalar que cuando se profirió la norma en comento, fue en 1989, antes de la expedición de la Constitución de 1991, por lo que dicha expresión debe entenderse referida a los funcionarios que a dicha fecha

ostentaba tal calidad, situación ésta que fue analizada por la Corte Constitucional en la sentencia C-647 de 2010 con ponencia del Dr., Luis Ernesto Vargas Silva, que al respectó, manifestó:

“Como lo pone de presente el Procurador General y uno de los intervinientes, los fiscales a los que refiere el precepto demandado no son otros que los procuradores delgados y agentes del Ministerio Público que concurren en los trámites judiciales, previstos en su momento por la Ley 25 de 1974. Dentro del contexto normativo en que se inscribe esa expresión, por ende, no puede colegirse necesariamente que estos fiscales sean equivalentes a los funcionarios judiciales que ejercen la investigación en el proceso penal, puesto que (i) la Fiscalía General era una institución inexistente al momento de promulgarse la norma que prevé la exención tributaria, por lo que carecería de sentido que el legislador fijara como beneficiario de la misma a una categoría de servidores públicos que no estaba prevista en el ordenamiento; y (ii) para el momento en que se expidió la expresión acusada, las tareas de acusación y juzgamiento era ejercida por los jueces de instrucción criminal, propios del sistema penal inquisitivo vigente en esa época, regulados por el Decreto 409 de 1971 y, luego, por el Decreto 50 de 1987, última norma procesal penal del periodo preconstitucional”. (Lo subrayado del Despacho).

Como se observa se hacía referencia en su momento a los procuradores judiciales, tan es así que, en un aparte de la intervención realizada por el Procurador General de la Nación, señaló que en el momento en que se expidió la norma en comento, la exención tributaria era aplicable a los en ese entonces se denominaron, fiscales, hoy procuradores judiciales II.

En ese orden de ideas, la exención de que trata el numeral 7 del artículo 206 del ET, es aplicable al Actor, situación está que fue reconocida en el mismo acto administrativo que se demanda, por cuanto le indicó; *“los procuradores judiciales II, como en el caso del doctor ESPINOSA TRIANA, son quienes por disposición interna actúan como agentes del Ministerio Público, entre otras autoridades, ante los Magistrados de Tribunal Superior. De allí que en ese contexto, les resulta aplicables las preceptivas reseñadas...”* (En negrilla del Despacho)

Lo anterior, lo corrobora que la mentada exención al día de hoy le es aplicable a los Procuradores Judiciales II, pues así lo señala el numeral 7; numeral adicionado por el artículo 32 de la Ley 2010 de 2019. *En el caso de los Magistrados de los Tribunales, sus Fiscales y Procuradores Judiciales, se considerará como gastos de representación exentos un porcentaje equivalente al cincuenta por ciento (50%) de su salario.* (En negrilla del Despacho).

Desatado lo anterior, resta por preguntarse si al actor, para el momento en que fungió como Procurador Judicial II, devengo dentro de sus emolumentos salariales – gastos de representación -, teniendo por acreditado que para los días en que se demanda, percibió, los siguientes:

- Sueldo.
- gasto de representación
- prima especial de servicio
- bonificación judicial.

De acuerdo a lo anterior, el Despacho no hará alusión a los emolumentos denominados como bonificación por gestión judicial y la prima especial, por dos razones; a saber, la primera de ellas porque el Actor no las percibió y la segunda, por cuanto como ha sido avalado por el Consejo de Estado⁵, estos factores sólo constituyen factor salarial para efectos pensionales, en donde la competencia para fijar los salarios y prestaciones sociales de los servidores del Estado corresponde al Gobierno Nacional y la prima especial de servicios no es factor salarial, por tanto, no se tienen en cuenta para la liquidación de las exenciones tributarias, a las cuales se refiere el artículo 206, numeral 7º, del Estatuto Tributario.

En reciente sentencia de unificación, sobre el particular se manifestó:

“La prima especial de servicios es un incremento del salario básico y/o asignación básica de los servidores públicos beneficiarios de esta. En consecuencia, los beneficiarios tienen derecho, en los términos de esta sentencia, al reconocimiento y pago de las diferencias que por concepto de la prima resulten a su favor. La prima especial sólo constituye factor salarial para efectos de pensión de jubilación.”

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda Consejera ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, dentro del proceso con radicación número: 11001-03-15-000-2017-01138-00(AC).

Todos los beneficiarios de la prima especial de servicios a que se refiere el artículo 14 de la Ley 4 de 1992 como funcionarios de la Rama Judicial, Fiscalía, Procuraduría entre otros tienen derecho a la prima especial de servicios como un incremento del salario básico y/o asignación básica, sin que en ningún caso supere el porcentaje máximo fijado por el Gobierno Nacional, atendiendo el cargo correspondiente⁶.

Se encuentra acreditado entonces, que el señor FABIO GUSTAVO, si percibió los gastos de representación, motivo por el cual, tendría derecho a que se le aplicase la exención tributaria; sin embargo, frente a ello, la Procuraduría General de la Nación, en sede administrativa, le señaló lo siguiente al actor:

“4.8. revisado los valores establecidos por el Gobierno nacional, según los decretos salariales anuales, para el caso de la asignación básica y los gastos de representación de los Procuradores Judiciales II, se puede constatar que esos emolumentos han sido fijados en proporciones iguales, lo que equivale a decir en un cincuenta por ciento (50%) para cada uno, solamente contando, entre los haberes que componen la remuneración mensual de estos funcionarios, aquellos que tienen el carácter de salario para efectos de la exención prevista en el inciso tercero del numeral 7° del artículo 206 del Estatuto Tributario. Es decir que, en estricto rigor jurídico, se cumple con esta disposición tributaria por parte de la Procuraduría General de la Nación, pues, como lo advierte el Coordinador del Grupo de Nómina, esta entidad siempre ha tenido en cuenta los gastos de representación devengados por los Procuradores Judiciales II como renta exenta”.

Frente a este argumento, el apoderado del Actor, en ningún momento con los argumentos de la demanda, desvirtuó lo allí señalado, siendo éste su deber, pues se recuerda que es una carga procesal de alegación por parte de quien pretenda desvirtuar la presunción, demarcando de esa forma tanto el terreno de defensa para el demandado como el ámbito de análisis para el juez y el alcance de su decisión, al respecto el Consejo de Estado, ha manifestado:

“tiene la carga de la prueba, es decir, de demostrar la falsedad o inexactitud en los motivos que explícita o implícitamente sustentan el acto administrativo respectivo, habida cuenta de la presunción de legalidad de que se hallan revestidos los actos administrativos”⁷

En virtud de lo anterior, el despacho no vislumbró la causal de nulidad alegada por la parte actora, por dos razones; i) no fue sujeto de retención de la fuente desde el primero (01) de agosto al treinta (30) de noviembre de 2010 y del primero (01) de enero al treinta y uno (31) de marzo de 2011 y ii) frente a los demás tiempos laborados, se evidencia que no se incurrió en el cargo de - *infracción de las normas en debería fundarse* -, como quiera que se encuentra que el acto enjuiciado le ha garantizado en debida forma el derecho a la igualdad, atendiendo que la Entidad le manifiesta que si se le fue aplicada la norma en comento y por tanto las excepciones solicitadas; y contrario a ello no se allegaron pruebas tendientes a acreditar que se presentó un trato desigual frente a las exenciones efectuadas los magistrados del Tribunal, que permita dar aplicabilidad al test de igualdad, como quiera que únicamente se allegó en ese sentido una respuesta genérica sobre el promedio de descuento de la retención que se efectúa por parte de la Rama Judicial – Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Armenia, Quindío para el año 2010, que no un valor exacto, lo que evidentemente deja entrever que todos los casos no son iguales aun en tratándose de magistrados de Tribunal y por ende el de los Procuradores Judiciales II, como en el caso del actor.

Así las cosas, conforme las anteriores consideraciones, es de concluir que el señor FABIO GUSTAVO ESPINOSA TRIANA, no logró desvirtuar la legalidad del acto administrativo demandado, y por tanto al despacho no le queda otro camino que denegar las pretensiones del presente medio de control.

VI. COSTAS DEL PROCESO.

⁶ Consejo De Estado, Sección Segunda, Sala Plena De Conjueces. Consejero ponente: DRA. CARMEN ANAYA DE CASTELLANOS (Conjuez)
Radicación número: 41001-23-33-000-2016-00041-02(2204-18)CE-SUJ-016-S2-19.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 28 de octubre de 1999, expediente: 3.443, magistrado ponente: Juan Alberto Polo Figueroa. En el mismo sentido Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 2 de febrero de 1996, expediente: 3.361, magistrado ponente: Manuel Urueta Ayola.

Finalmente, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365⁸ numeral 5 del CGP, aplicable por remisión expresa en virtud del artículo 188 del CPACA, el Despacho condenará en costas en esta instancia, en el 4% de lo pedido en el libelo de la demanda a la parte Actora vencida en esta sentencia, de conformidad a lo señalado en el N° 1 del artículo 5 del Acuerdo N° PSAA16-10554 del 05 de agosto de 2016 del C.S., de la Judicatura⁹, en lo concerniente a la primera instancia.

VII. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarto Administrativo de Florencia, Caquetá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR probada las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, solicitada por la DIAN, conforme a los argumentos acá expuestos.

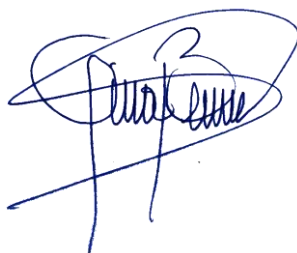
SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.

TERCERO: CONDENAR en costas y agencias en derecho en esta instancia, en el 4% de las pretensiones reconocidas en la sentencia a la parte Actora, vencida en esta sentencia. Para efectos de la tasación de agencias en derecho, conforme lo establecido en el Acuerdo N° PSAA16-10554 del 05 de agosto de 2016, del C.S. de la Judicatura.

CUARTO: Notificar la presente decisión en la forma prevista en el artículo 203 del CPACA.

QUINTO: Una vez en firme la presente decisión y previa liquidación, **ARCHIVAR** el expediente, previas las anotaciones secretariales de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



GINA PAMELA BERMEO SIERRA
Juez

⁸ **“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:

(...)5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión. (...)”

⁹ 1. PROCESOS DECLARATIVOS EN GENERAL. En única instancia. a. Cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuniario, entre el 5% y el 15% de lo pedido. b. En aquellos asuntos que carezcan de cuantía o de pretensiones pecuniarias, entre 1 y 8 S.M.M.L.V. En primera instancia. a. Por la cuantía. Cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuniario: (i) De menor cuantía, entre el 4% y el 10% de lo pedido. (ii) De mayor cuantía, entre el 3% y el 7.5% de lo pedido. b. Por la naturaleza del asunto. En aquellos asuntos que carezcan de cuantía o de pretensiones pecuniarias, entre 1 y 10 S.M.M.L.V. En segunda instancia. Entre 1 y 6 S.M.M.L.V.