

REPUBLICA DE COLOMBIA**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CUARENTA Y SEIS ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá D.C., diecinueve (19) de julio de dos mil dieciocho (2018)

EXPEDIENTE N°.: 11001-33-42-046-2017-00257-00
DEMANDANTE: BLANCA EDILMA ALZATE HURTADO
**DEMANDADO: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL - DIRECCIÓN
DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN -**

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

ASUNTO

Agotado el trámite del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 del C.P.A.C.A., procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia para resolver la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia.

1 ANTECEDENTES**1.1 La demanda**

La señora Blanca Edilma Alzate Salazar, identificada con C.C. N°. 24.308.270, a través de apoderado, promovió el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) contra la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN -, con el fin de que se hagan declaraciones y condenas que se indican en el siguiente apartado.

1.1.1 Pretensiones.

De la demanda se tienen las siguientes:

“PRIMERA: Que la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES, revoque el Oficio N°. 100206214-0000216 del 03 de febrero de 2017, por el cual se negó la petición de reconocimiento y pago del retroactivo del desempeño grupal 26% como factor salarial.

SEGUNDA: Que, como consecuencia de la anterior revocatoria, se reconozca y pague a mi poderdante el incentivo por desempeño grupal correspondiente al 26% mensual con carácter salarial para todos los efectos legales y prestacionales, desde el 22 de octubre de 2008 o por prescripción trienal tres años antes de la presentación de esta petición.

TERCERA: Que se reliquide 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, los demás incentivos por desempeño que tratan los artículo 6 y 7 del Decreto 1268 de 1999, 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 el 26% como factor salarial. Desde el 22 octubre de 2008 o por prescripción tres años antes de la presentación de esta petición.

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

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

SEXTA: Que la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales de aplicación a lo dispuesto en los artículos 192 de la Ley 1437 de 2011, para el cumplimiento de la sentencia.”.

1.1.2 Fundamento fáctico

La demanda se fundamenta en los hechos que a continuación se citan:

1. La demandante prestó sus servicios en la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN -, desde el 28 de junio de 1984 al 31 de enero de 2016.
2. A la fecha de retiro la demandante se desempeñaba en el cargo de Inspector III Código 307 Grado 07, en la Subdirección de Gestión de Asistencia al Cliente de la Dirección de Gestión de Ingresos en la Ciudad de Bogotá.
3. Mediante el Decreto 1268 del 13 de julio de 1999, se estableció un incentivo por desempeño grupal para los servidores de la contribución que ocupara cargos de la planta de personal de la entidad, reconocimiento que se hizo mensualmente; incentivo que no podía exceder del 50% de la Asignación Básica Mensual.

4. Posteriormente el Decreto 4050 del 22 de octubre de 2008, disminuyó el porcentaje del incentivo por desempeño grupal al 26% reconocimiento que se hizo mensualmente.
5. El incentivo por desempeño grupal lo ha recibido desde julio de 1999, por haber cumplido metas de gestión.
6. Mediante el Decreto N°. 17 de diciembre de 2012, expedido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se ordena la incorporación del Incentivo por Desempeño Grupal del 26% al salario de cada uno de los funcionarios que se acojan a esta escala.
7. La demandante se acogió al régimen salarial establecido en el Decreto 2635 de 2012, por lo tanto, el incentivo grupal del 26% fue reconocido como salario desde el 17 de diciembre de 2012.
8. Mediante radicado N°. 000E22014055458 del 01 de septiembre de 2014, se solicitó a la DIAN, se le reconociera y se liquidara el retroactivo del reconocimiento del 26% desempeño grupal como factor salarial.
9. A través de oficio N°. 100214309-1902-2014 del 03 de octubre de 2014, la entidad demandada negó el derecho reclamado, razón por la cual se interpuso el recurso de reposición y en subsidio de apelación, el 21 de octubre de 2014.
10. Por resolución N°. 011169 del 23 de diciembre de 2014, la entidad resuelve el recurso de apelación.
11. Mediante resolución N°. 001487 del 02 de marzo de 2015, la DIAN resuelve recurso de apelación, declarando la nulidad oficiosa de lo actuado a partir del Oficio N°. 100214309-1902-2014 del 03 de octubre de 2014 y remitió la petición inicial al despacho del director.
12. El 26 de enero de 2017, con radicado N°. 000E2017003039, se requiere a la DIAN, para que den respuesta a la petición presentada el 1º de septiembre de 2014.
13. Mediante oficio N°. 1000206214 – 0000216 del 3 de febrero de 2017, la entidad demandada da respuesta a la petición, despachando desfavorablemente las pretensiones.

1.1.3. Normas violadas.

De orden constitucional: Artículos 42 de la Constitución Nacional.

De orden Legal: Ley 42 de la Ley 1042 de 1978, artículos 127 y 128 del C.S. T.

1.1.4 Concepto de violación.

El apoderado de la parte demandante considera que el acto acusado incurrió en infracción a las normas en que debía fundarse, como quiera que la entidad demandada en indica que según lo previsto en el Decreto 1268 de 1999, determinó que el incentivo por desempeño grupal; olvidándose con ello, que la jurisprudencia, con fundamento en la ley, ha determinado que los pagos que se realicen como contraprestación del servicio son salario, independientemente de la denominación que se les dé. Resalta que el Incentivo por Desempeño Grupal tiene la connotación de salarial, por cuanto, es una prestación que se percibe en forma habitual y periódica, y su finalidad no es otra que la retribuir la prestación del servicio.

1.2. TRÁMITE PROCESAL

1.2.1 Contestación de la demanda

La UAE – DIAN, en memorial visible a folios 85-92, contestó la demanda, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, en consideración a que el incentivo por desempeño grupal es una suma de dinero que se paga al funcionario de la DIAN como un estímulo a la gestión en el recaudo condicionado por el cumplimiento de unas metas. Igualmente, precisa que en atención a la libertad de configuración del legislador, aquel determinó que el Incentivo por desempeño Grupal no constituía factor salarial. Agrega que no es viable liquidar y cancelar los valores al ajuste del 26% sobre las prestaciones sociales, dentro del período de vigencia del Decreto 4050 de 2008, ya que sobre estas suma se han generado situaciones jurídicas causadas y consumadas que por la primacía del principio de seguridad jurídica, escapan a la aplicación de los efectos ex - tunc de la sentencia de nulidad parcial del citado decreto, pues aquellos no aplican para situaciones consolidadas.

1.2.2 Audiencia Inicial

En audiencia inicial el Despacho adelantó todas las etapas procesales contenidas en el artículo 180 del C.P.A.C.A., en tal sentido, decretó las pruebas que consideró necesarias para resolver la cuestión objeto de debate, y al no existir medios probatorios por practicar, decidió prescindir de la audiencia de pruebas de que trata

el artículo 181 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y en consecuencia, adelantó la audiencia de alegaciones y Juzgamiento del artículo 182 ibídem.

1.2.3 Alegatos

Se presentaron audiencia de alegaciones y juzgamiento, así:

Parte demandante: Reiteró los fundamentos de hecho y de derecho contenidos en la demanda. Solicitó de acceda a las pretensiones de la demanda.

Parte demandada: Ratificó los argumentos de defensa señalados en la contestación de la demanda. Solicitó se denieguen las pretensiones de la demanda.

Ministerio Público: Guardó silencio en esta etapa procesal.

Cumplido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad procesal, se decide mediante las siguientes,

2 CONSIDERACIONES.

2.1 Problema Jurídico

Como se determinó en la audiencia inicial al momento de fijar el litigio, el presente asunto se pretende establecer *si le asiste o no el derecho a la demandante a que se le reconozca y pague el incentivo de desempeño como factor salarial para efectos prestacionales, y como consecuencia de ello, se reajusten las prestaciones sociales y legales, en los términos solicitado en la demanda.*

2.2 Hechos probados

Se demostraron en el proceso los hechos que a continuación se indican:

1. La señora Blanca Edilma Alzate Salazar prestó sus servicios personales y profesionales a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN -, desde el 28 de junio de 1984 hasta el 31 de enero de 2016, desempeñándose como último cargo en el de Inspector III Código 307 Grado 07 (folio 21).

2. El día 1 de septiembre de 2014, la señora Blanca Edilma Alzate Salazar, mediante derecho de petición, radicado ante la DIAN, solicitó el reconocimiento y pago como factor salarial del Incentivo de Desempeño Grupal, y en consecuencia, se re liquidará todos los demás emolumentos percibidos (folios 8-9).
3. Mediante Oficio N°. 100214309-1902-2014 de 03 de octubre de 2014¹, la entidad demandada resolvió en forma desfavorable la petición presentada por la demandante.
4. Inconforme con la decisión adoptada por la DIAN, la demandante interpuso recursos de reposición y en subsidio de apelación en contra del Oficio N°. 100214309-1902-2014 de 03 de octubre de 2014 (folios 11-12).
5. La DIAN, a través de la resolución N°. 011169 de 23 de diciembre de 2014², en sede de reposición confirma la decisión adoptada por el oficio recurrido.
6. En sede de apelación, la entidad demandada, mediante la resolución N°. 001487 de 02 de marzo de 2015³, resolvió declarar la nulidad de todo lo actuado a partir del Oficio N°. 100214309-1902-2014 de 03 de octubre de 2014, por cuanto, la Coordinación de Nómina de la Subdirección de Gestión de Personal de la DIAN, no tenía la competencia funcional para decidir la petición de la demandante.
7. Ante el silencio de la entidad demandada, la demandante, mediante petición de 24 de enero de 2017, solicitó le diera respuesta a la petición radicada el 01 de septiembre de 2014 (folios 6-7).
8. Por Oficio N°. 100206214 de 03 de febrero de 2017⁴, se resolvió desfavorablemente la petición de la demandante, bajo el argumento que el Incentivo por Desempeño Grupal no constituye factor salarial.

2.3 Marco Normativo.

Atendiendo lo anterior, el despacho efectúa el correspondiente análisis normativo y jurisprudencial relacionado con el presente asunto, para luego descender al caso

¹ Folio 10.

² Folios 13-15.

³ Folios 16-19.

⁴ Folios 2-3.

concreto, y emitir el correspondiente pronunciamiento de conformidad con la fijación del litigio planteada.

Incentivo de Desempeño Grupal – Naturaleza Jurídica

Con la demanda se pretende por vía de aplicación del principio de la realidad sobre las formalidades, previsto en el artículo 53 de la Constitución Nacional, se otorgue el carácter de salarial al Incentivo de Desempeño Grupal previsto en el artículo 5º del Decreto 1268 de 13 de julio de 1999.

Así, a fin de ahondar en el planteamiento jurídico que nos atañe, es del caso señalar, en primer lugar, analizar el concepto de salario, para que a partir de ello, pueda determinarse si el incentivo de desempeño grupal constituye o no salario.

El salario, entendido como la prestación efectuada por el empleador en beneficio del trabajador, es aquella remuneración de carácter habitual y periódico que tiene por finalidad compensar la prestación del servicio derivada de una relación laboral⁵. En efecto, la prestación económica (salario) que percibe el trabajador según lo dispuesto en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo constituye un elemento esencial de las relaciones laborales, aunque no se trata pues del elemento distintivo de aquellas.

Por su parte, el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, respecto de lo que debe entenderse por salario prescribe lo siguiente:

“ARTICULO 127. ELEMENTOS INTEGRANTES. Modificado por el art. 14 de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente: Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.”

El Decreto 1042 de 1978, aplicable a los funcionarios públicos, respecto del salario determina lo siguiente:

“Artículo 42º.- De otros factores de salario. Además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen

⁵ Convenio 95 de 01 de julio de 1949, sobre la protección del salario debe entenderse “la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar.”.

salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios. ”

A su turno en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, determina que pagos no constituyen salario:

“ARTICULO 128. PAGOS QUE NO CONSTITUYEN SALARIOS. Modificado por el art. 15 de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente: No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad.”

De las normas anteriores, se advierte que el Decreto 1042 de 1978, le determina al salario una connotación de periodicidad y habitualidad, característica no contenida en el Código Sustantivo del Trabajo, pues en este último solo se requiere que la remuneración tenga como finalidad retribuir la prestación del servicio. Igualmente, el artículo 128 ibídem, determina que no constituyen salario aquellos pagos que el empleador efectúa al trabajador por mera liberalidad, desprendiéndose de ello, que dicho pago no tiene como finalidad la retribución directa del servicio.

Acerca de lo que se debe entender por salario, la H. Corte Constitucional en Sentencia C-521 de 1995, M.P. Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL, dijo al respecto:

“...La regla general es que constituye salario no sólo la remuneración ordinaria fija o variable sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o especie como contraprestación o retribución directa y onerosa del servicio, y que ingresan real y efectivamente a su patrimonio, es decir, no a título gratuito o por mera liberalidad del empleador, ni lo que recibe en dinero en especie no para su beneficio ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, ni las prestaciones sociales, ni los pagos o suministros en especie, conforme lo acuerden las partes, ni los pagos que según su naturaleza y por disposición legal no tienen carácter salarial, o lo tienen en alguna medida para ciertos efectos, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales, acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando por disposición expresa de las partes no tienen el carácter de salario, con efectos en la liquidación de prestaciones sociales”

Ahora bien, el Incentivo de Desempeño Grupal tiene su antecedente inmediato en la Prima de Productividad prevista en los artículos 65 y 66 Decreto 1647 de 1991, bajo el factor de gestión, toda vez que dicha prestación se causaba por el cumplimiento de metas de recaudación nacional⁶.

Posteriormente, mediante el Decreto 1268 de 1999, se creó en los siguientes términos el Incentivo por Desempeño Grupal:

"Artículo 5°. Incentivo por Desempeño Grupal. Los servidores de la contribución que ocupen cargos de la planta de personal de la entidad, que como resultado de su gestión hayan logrado las metas tributarias, aduaneras y cambiarias que se establezcan de acuerdo con los planes y objetivos trazados para la respectiva área nacional, regional, local y delegada, tendrán derecho al reconocimiento mensual de un incentivo que no podrá exceder del 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 la vigencia de 1999 continuará rigiendo lo estipulado en el artículo 4 del Decreto 046 de 1999 en el sentido que el porcentaje allí establecido se entenderá que se refiere al incentivo por desempeño grupal de que trata el presente artículo y las demás normas que lo adicionen o modifiquen."

El artículo precitado fue reglamentado mediante los Decretos 607 de 2007, 618 de 2006, 650 de 2008 y 4050 de 2008. Este último, previó lo siguiente:

"Artículo 8°. Incentivo por desempeño grupal. Los empleados públicos de la DIAN que ocupen cargos de la planta de personal de la Entidad, que como resultado de su gestión hayan logrado las metas tributarias, aduaneras y cambiarias que se establezcan de acuerdo con los planes y objetivos trazados para la respectiva área nacional, local y delegada, tendrán derecho al reconocimiento mensual de un incentivo que no podrá exceder del veintiséis por ciento (26%) de la asignación básica mensual más la prima de dirección y la diferencia remuneratoria por designación de jefatura que se devengue.

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

Así, se tiene que el Incentivo por Desempeño Grupal se otorga a los funcionarios que hayan logrado el cumplimiento de las metas tributarias aduaneras y cambiarias.

⁶ ARTÍCULO 66. FACTORES DE LA PRIMA DE PRODUCTIVIDAD. La prima de productividad se determina por cuatro factores:

(...)

c) POR GESTIÓN. Referido al desempeño individual de los funcionarios del cuerpo tributario de la carrera tributaria que realizan actividades ejecutoras de Fiscalización y Cobranzas, que se causará mensualmente en razón de haber alcanzado una gestión satisfactoria en el número y valor recaudado, por las actuaciones de control y cobro, de acuerdo con los programas y objetivos definidos en los planes de estas áreas adoptados como criterio de distribución para el respectivo periodo por el Comité del Fondo de Gestión Tributaria. Este factor no podrá superar el 50% del salario básico mensual más la prima de dirección, en el nivel de desempeño más alto;(...)"

Dicho emolumento será pagado mensualmente en cuantía equivalente al 26% de la asignación básica. En las referidas normas se indicó que el Incentivo por Desempeño Grupal no tendría carácter salarial; sin embargo, dicha expresión fue objeto de pronunciamiento en dos oportunidades por parte del Consejo de Estado.

En la primera de ellas, se estudió la legalidad de las expresiones *“no constituirá factor salarial para ningún efecto legal”* contenidas en el Decreto 4050 de 2008, concluyendo que el incentivo por desempeño grupal constituye salario, como quiera 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”⁷.

En la segunda, se analizó la legalidad de las expresiones *“no constituirá factor salarial para ningún efecto legal”* contenidas en el Decreto 1268 de 1999, en esta oportunidad el Consejo de Estado, en sentencia de 19 de febrero de 2018⁸, declaró la legalidad de aquellas. En la referida sentencia, el Máximo Tribunal de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en primer lugar, concluyó que existía cosa juzgada relativa, por cuanto si bien se trata de un mismo asunto, esto es, la legalidad de la naturaleza no salarial del incentivo por desempeño grupal, cierto es que están contenidos en dos normas distintas. Además, los cargos no son idénticos a los analizados en la sentencia de 06 de julio de 2015. De otra parte, precisó que el concepto de prima no puede equiparse al de incentivo, dado que a través de este último se pretende promover la eficiencia y eficacia de los empleados públicos, y por tanto, están sujetos al cumplimiento de unas metas. Luego, el reconocimiento del Incentivo por Desempeño Grupal al estar condicionado al cumplimiento de metas no puede ser habitual, ni permanente.

Así, existen dos posturas respecto de la naturaleza del factor denominado Incentivo por Desempeño Grupal; una que determina que si constituye salario (Decreto 4050 de 2008), y otra, que indica que dicho emolumento no es salario (Decreto 1268 de 1999).

Atendiendo a ello, el despacho acogerá la postura fijada por el Consejo de Estado en sentencia de 19 de febrero de 2018, por cuanto, a juicio de esté Despacho el incentivo por desempeño grupal no es percibido de manera constante y habitual,

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección Segunda, sentencia de 06 de julio de 2015, proceso con radicado 2824-00.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Rad. N°. 11001-03-25-000-2011-00167-00- (0580-11).

sino solo cuando se cumplan las metas, por tanto, no tiene el carácter salarial. En efecto, el inciso segundo del artículo 8° del Decreto 4050 de 2008 que para efectos del reconocimiento del Incentivo se deberá tener en cuenta la evaluación de gestión que se realice cada 6 meses, desprendiéndose de ello que dicho emolumento solo se reconoce cuando se cumplan las metas, y en todo caso, podrá no ser reconocido, cuando aquellas no se cumplan.

Caso Concreto

Se observa que la señora Blanca Edilma Alzate Salazar prestó sus servicios a la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – U.A.E. – DIAN -, desde el 28 de julio de 1984 hasta el 31 de enero de 2016. Igualmente, se encuentra acreditado en el expediente que la demandante percibió el factor denominado Incentivo por Desempeño Grupal desde el mes de enero de 2009 hasta el 30 de diciembre de 2012.

Así, de acuerdo al análisis normativo efectuado y al material probatorio, encuentra el despacho que no le asiste la razón a la demandante, en el sentido de que se le tenga como como salario el valor devengado por concepto de Incentivo de Desempeño Grupal, por cuanto, a la luz de lo dispuesto en el Decreto 1628 de 1999, el mencionado rubro no constituye factor salarial, bajo el entendido que aquel no es percibido en forma habitual y periódica por el demandante. Al contrario, el Incentivo por Desempeño Grupa se reconoce a los funcionarios de la DIAN cuando aquellos cumplan las metas de recaudo; infiriéndose de ello que, a pesar de percibirse de manera permanente dentro en un determinado periodo, ello no implica que sea habitual.

En efecto, al revisar las certificaciones de pagos por salarios allegadas al plenario (folios 24-33), se observa que al demandante solamente percibió el Incentivo por Desempeño Grupal durante el periodo comprendido entre el mes de enero de 2009 hasta el 30 de diciembre de 2012, lo que permite inferir, que es un pago ocasional derivado del cumplimiento de las metas.

Decisión.

Con fundamento en lo expuesto, se tiene que el Incentivo por Desempeño Grupal percibido por la demandante no constituye factor salarial, por tanto, las pretensiones

de la demanda deberán desestimarse, al no encontrarse acreditado que los actos administrativos demandados hubieren incurrido en la causal de nulidad alegada por la parte actora.

Costas

Con relación a la condena en costas y agencias en derecho, el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que *"Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil."*

El término dispondrá de acuerdo con el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es sinónimo de "decidir, mandar, proveer", es decir, que lo previsto por el legislador en la norma no es otra cosa que la facultad que tiene el juez para pronunciarse sobre la condena en costas, y decidir si hay o no lugar a ellas ante la culminación de una causa judicial.

La norma contenida en el citado artículo 188, no impone al funcionario judicial la obligación de condenar de manera consecuencial en costas, solo le da la posibilidad de "disponer", esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

Ha precisado el Honorable Consejo de Estado en diversas decisiones de distintas Secciones⁹ la improcedencia de la condena en costas si no se supera la valoración mínima o juicio de ponderación subjetiva de la conducta procesal asumida por las partes y la comprobación de su causación. Señala que con la adopción del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, el legislador abandonó de manera parcial el criterio subjetivo que venía imperando en este tipo de asuntos para dar paso, según se advierte en el artículo 188 ibídem, a la valoración objetiva frente a la imposición, liquidación y ejecución de las costas procesales.

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Subsección "B", Consejero Ponente: Cesar Palomino Cortes, Bogotá, D.C., sentencia de 28 de octubre de 2016, radicación número: 70001-23-33-000-2013-00213-01(3649-14). Actor: Manuel Wadís Rodríguez Jiménez. Demandado: UGPP.

* Subsección B., Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Bogotá D. C., providencia de 3 de noviembre de 2016, Radicación número: 25000-23-42-000-2013-01959-01(2655-14). Actor: Teresa Elena Sánchez Bermúdez. Demandado: COLPENSIONES.

* Subsección "B" Consejero Ponente: Carmelo Perdomo Cuéter, Bogotá, D. C., sentencia de 19 de enero de 2017, Radicación número: 27001-23-33-000-2014-00040-01(4693-14). Actor: Ana Orfilia palacios de Mosquera, Demandado: UGPP.

* Sección Cuarta, Consejero ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez, Bogotá D.C., veinte (20) de febrero de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 05001-23-33-000-2012-00110-01(20429). Actor: Cooperativa de Consumo. Demandado: Municipio de Medellín.

Corresponde al juez de lo contencioso-administrativo elaborar un juicio de ponderación subjetiva respecto de la conducta procesal asumida por las partes, previa imposición de la medida, que limitan el arbitrio judicial o discrecionalidad, para dar paso a una aplicación razonable de la norma. Luego de ello, si hay lugar a imposición, el juez debe verificar que las costas se causaron con el pago de gastos ordinarios y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Lo anterior en consonancia con lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso.

Ello implica que disponer en la sentencia sobre la condena en costas no presupone su causación per se contra la parte que pierda el litigio y solo, en caso de que estas sean impuestas, se acudirá a las normas generales del procedimiento para su liquidación y ejecución

Así las cosas, en el presente caso, frente al resultado adverso a los intereses de la parte vencida, se tiene que el derecho de defensa ejercido por la demandada estuvo orientado a la protección del acto acusado, el cual estaba revestido de presunción de legalidad.

De igual forma, en lo que respecta a la actividad judicial propiamente dicha, no se observa que la parte vencida haya empleado maniobras temerarias o dilatorias en la defensa de sus intereses, razón suficiente para abstenerse de imponer condena en costas.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarenta y Seis Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

FALLA

PRIMERO. DENEGAR las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO. No condenar en costas, conforme se advierte en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO. Notifíquese personalmente esta decisión a la Procuraduría Judicial Delegada ante esta Dependencia Judicial.

CUARTO. Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previa devolución del remanente de los dineros consignados para gastos del proceso en caso que lo hubiere.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ELKIN ALONSO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Juez