



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN B

Consejero Ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Radicado: 11001-03-25-000-2018-01634-00
Número interno: 5415-2018
Demandante: Orlando Hurtado Rincón
Demandado: Unidad Administrativa Especial, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN y otros
Acción: Simple nulidad
Tema: Demanda de nulidad contra algunos apartes contenidas en el artículo 7º del Decreto N° 4050 de 22 de octubre de 2008, *“por medio del cual se dictan disposiciones en materia salarial para la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales”*.

La Sala decide la demanda que en ejercicio del medio de control previsto en el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, presentó el señor Orlando Hurtado Rincón, a través de la cual solicita la nulidad parcial del artículo 7º del Decreto N° 4050 de 22 de octubre de 2008, *“por medio del cual se dictan disposiciones en materia salarial para la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales”*, proferido por el Presidente de la República, el Ministro de Hacienda y Crédito Público y el Director del Departamento Administrativo de la Función Pública

I. ANTECEDENTES

1. La Demanda

El ciudadano Orlando Hurtado Rincón, presentó demanda de nulidad parcial, contra la expresión *“no constituye factor salarial”*, contenida en el artículo 7º del Decreto N° 4050 de 22 de octubre de 2008, *“por medio del cual se dictan*



No. Interno: 5415-2018
Demandante: Orlando Hurtado Rincón
Demandado: DIAN

disposiciones en materia salarial para la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales". En cuyo precepto se regula la prima de dirección a favor de los empleados públicos del sistema específico de carrera, por el ejercicio inherente a las jefaturas, cuando han sido designados para el efecto.

1.1. El Acto Acusado

El señor Orlando Hurtado Rincón, pretende que se declare la nulidad de la expresión "*no constituye factor salarial*", contenida en el artículo 7º del Decreto N° 4050 de 22 de octubre de 2008, "*por medio del cual se dictan disposiciones en materia salarial para la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales*"; a través de la cual se establece la prima de dirección a favor de los empleados públicos del sistema específico de carrera, por el ejercicio inherente a las jefaturas, cuando han sido designados para el efecto.

El contenido de la expresión demandada prevista en el artículo 7ª del Decreto N° 4050 de 2008, indica textualmente lo siguiente:

“MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO

DECRETO NÚMERO 4050 DE (22 OCT 2008)

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

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

En desarrollo de las normas generales en la Ley 4ª de 1992,

DECRETA

Artículo 1º.- Campo de Aplicación. El régimen salarial establecido en el presente decreto, se aplicará a los empleados públicos de la DIAN que optaron por el régimen salarial establecido en el Decreto 618 de 2006, para quienes se vincularon a la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales en fecha posterior a la vigencia de dicho Decreto y para los empleados públicos que se vinculen a la Entidad con posterioridad a la vigencia del presente decreto.

(...)



No. Interno: 5415-2018
Demandante: Orlando Hurtado Rincón
Demandado: DIAN

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

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

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

1. Para el empleado público de la DIAN del sistema específico de carrera designado en la jefatura de la Dirección General, será equivalente al quince por ciento (15%) de la asignación básica mensual del grado 08 del nivel profesional.
2. Para el empleado público de la DIAN del sistema específico de carrera designado en la jefatura de las Direcciones Nivel Central, será equivalente al quince por ciento (15%) de la asignación básica mensual del grado 07 del nivel profesional.
3. Para el empleado público de la DIAN del sistema específico de carrera designado en las jefaturas de Oficina de Control Interno, de Oficina de Comunicaciones, de las Subdirecciones y de la Dirección Seccional III, será equivalente al quince por ciento (15%) de la asignación básica mensual del grado 06 del nivel profesional.
4. Para el empleado público de la DIAN del sistema específico de carrera designado en la jefatura de la Dirección Seccional II y de la Dirección Seccional I será equivalente al quince por ciento (15%) de la asignación básica mensual del grado 05 del nivel profesional.
5. Para el empleado público de la DIAN del sistema específico de carrera designado en la jefatura de la Dirección Seccional Delegada será equivalente al quince por ciento (15%) de la asignación básica mensual del grado 04 del nivel profesional.
6. Para el empleado público de la DIAN del sistema específico de carrera designado en la jefatura de Grupo Interno de Trabajo del Nivel Central y en la jefatura de División de la Dirección Seccional III, será equivalente al quince por ciento (15%) de la asignación básica mensual del grado 03 del nivel profesional.
7. Para el empleado público de la DIAN del sistema específico de carrera designado en la jefatura de División de la Dirección Seccional II y en la jefatura de Grupo Interno de Trabajo de la Dirección Seccional III será equivalente al quince por ciento (15%) de la asignación básica mensual del grado 02 del nivel profesional.
8. Para el empleado público de la DIAN del sistema específico de carrera designado en la jefatura de División de la Dirección Seccional I y jefatura de Grupo



No. Interno: 5415-2018
Demandante: Orlando Hurtado Rincón
Demandado: DIAN

Interno de Trabajo de la Dirección Seccional II será equivalente al quince por ciento (15%) de la asignación básica mensual del grado 01 del nivel profesional.

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

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

1.2. Normas violadas y concepto de violación

La parte demandante expone como normas violadas las siguientes:

Constitución Política, preámbulo, artículos 13, 25, 53, 150 y 189 (numeral 11).

Ley 4ª de 1992 artículos 2 (literal a) y 3,

Ley 1437 de 2011, artículos 1 y 3

El accionante considera que la expresión: “*no constituye factor salarial*”, contenida en el 7º del Decreto Nª 4050 de 22 de octubre de 2008, fue expedida con i) infracción de las normas en las que debía fundarse y ii) desviación de las atribuciones propias de quien lo profirió, por las siguientes razones:

Señaló que la expresión demandada comporta una vulneración del derecho a la igualdad, porque al empleado público de la DIAN, que solo tiene derecho a la prima de dirección, no se le reconoce dicho concepto como factor de salario para la liquidación de las prestaciones sociales, mientras que, a otros servidores, la norma acusada le reconoce como prima de dirección, el valor de la prima técnica por estudios, que sí constituye factor de salario.

Afirmó que la expresión cuestionada desconoce los principios mínimos fundamentales en materia laboral, establecidos en los artículos 25 y 53 de la carta política, porque la restricción aludida desmejora irregularmente el salario de los empleados de carrera de la DIAN con funciones inherentes a las jefaturas.

Adujo que la norma acusada, al establecer que la prima de dirección no constituye factor de salario, desconoce los criterios y objetivos previstos en los artículos 2 y 3



No. Interno: 5415-2018
Demandante: Orlando Hurtado Rincón
Demandado: DIAN

de la Ley 4ª de 1992, en cuyo contenido se prohíbe desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los empleados públicos, toda vez que tal limitante implica una reducción de los ingresos de las personas vinculadas a la DIAN.

Aseveró que la norma demandada desconoce el concepto de salario, que legal y jurisprudencialmente se ha reconocido a aquellas prestaciones económicas que se perciben de manera habitual y periódica en retribución por un servicio prestado, que en el caso de la prima de dirección se otorga a los empleados de carrera de la DIAN que ejercen una responsabilidad de jefe.

Sostuvo que la norma cuestionada fue expedida con desviación de las atribuciones propias del gobierno nacional, toda vez que el legislador a través de la Ley 4ª de 1992, no facultó al ejecutivo para restringir o limitar el carácter salarial de la prima de dirección, pues independientemente del nombre que tenga, es evidente que se trata de una prestación económica que se reconoce mensualmente en contraprestación por la actividad laboral realizada por un servidor público, a quien se le asigna una responsabilidad de dirección de un grupo o una sección o un departamento que los hace distinguir de los demás compañeros de trabajo.

Expresó que la jurisprudencia del Consejo de Estado¹ al examinar la naturaleza del “*incentivo por desempeño grupal*” que se reconoce a los empleados de la DIAN, manifestó 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.*”.

Agregó que el Consejo de Estado, en sentencia de 18 de febrero de 2018², se pronunció sobre la naturaleza de la prima de dirección establecida en el artículo 4º del Decreto 1268 de 1999, y concluyó que es un factor salarial, pues se trata de

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 6 de junio de 2015, radicado N° 11001-03-25-000-2011-00067-00, C.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

² Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B, sentencia de 18 de febrero de 2018, radicado N° 11001-03-25-000-2011-00167-00 (0580-2011), C.P. César Palomino Cortés.



No. Interno: 5415-2018
Demandante: Orlando Hurtado Rincón
Demandado: DIAN

una retribución económica que se reconoce a los servidores que han sido designados con funciones de jefatura, por lo que resolvió declarar la nulidad de la expresión “*no constituye factor salarial*”, contenida en el referido artículo.

2. Trámite Procesal

Mediante Auto de 28 de agosto de 2019, se admitió la demanda, se ordenó la notificación a las partes e intervinientes y se ordenó la comunicación a la comunidad, por la página web de la Corporación, de la existencia del proceso³.

3. Intervenciones

3.1 La Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público⁴, solicitó que se nieguen las pretensiones de la demanda con fundamento en los siguientes argumentos:

Manifestó que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 150, numeral 19, el gobierno nacional tiene la potestad de definir el régimen salarial de los empleados públicos, con sujeción a los objetivos y criterios generales que fije el Congreso de la República y los principios de economía, eficacia, eficiencia y el equilibrio fiscal, lo cual le permite establecer incentivos con la connotación de no ser factor salarial.

Sostuvo que los preceptos acusados, no infringen la Ley 4ª de 1992, ni los preceptos constitucionales referidos por el demandante, pues se trata de una prescripción que se ciñe no solo a las funciones que en materia salarial le asigna la ley a gobierno, sino a la responsabilidad que en asuntos políticos y económicos le ha fijado la constitución al Presidente de la República.

Resaltó que el legislador extraordinario, en el artículo 67 del Decreto Ley 1647 de 1991, estableció la prima de dirección a favor de los empleados de la Dirección de Impuestos Nacionales, previo a que se fusionaría con la Dirección de Aduanas Nacionales y se convirtiera en la UAE-DIAN, como una retribución económica que no constituía factor salarial.

³ Folio 91

⁴ Folios 112 -136



No. Interno: 5415-2018
Demandante: Orlando Hurtado Rincón
Demandado: DIAN

Adujo que en desarrollo de la Ley 4ª de 1992 y teniendo en cuenta el antecedente del Decreto Ley 1647 de 1991; el gobierno nacional expidió el Decreto 4050 de 2008, en cuyo artículo 7º se estableció la prima de dirección como un beneficio que no constituye factor de salario para ningún efecto legal y, por lo tanto, no se debe tener en cuenta a la hora de establecer el salario base de liquidación para el reconocimiento de prestaciones sociales a que tenga derecho el servidor público, lo cual según la jurisprudencia de las altas cortes no es contrario al ordenamiento jurídico, dado que no existe precepto alguno que lo impida.

Aseveró que por regla general la nulidad del acto administrativo tiene efectos *ex tunc*; sin embargo, el Consejo de Estado – Sección Segunda, en sentencia de 6 de julio de 2015, declaró la nulidad de la expresión “*no constituirá factor salarial para ningún efecto legal*”, contenida en el artículo 8 del Decreto 4050 de 2008, que establece el incentivo grupal para los servidores de la DIAN, con efectos hacia el futuro, esto es, a partir de la fecha de ejecutoria de esta, sin que se puedan afectar situaciones jurídicas consolidadas, tal y como lo ha advertido la misma Corporación judicial.

Expuso que no es posible darle efectos salariales que no lo tiene, a todos los incentivos, bonificaciones, primas o remuneraciones por desempeño nacional, grupal de fiscalización y cobranza, que se reconocen a los empleados y funcionarios de la DIAN, menos reconocer unos efectos retroactivos a providencias judiciales, pues así lo dispone la normativa existente y así lo ha entidad el órgano de cierre la jurisdicción contencioso-administrativa.

Señaló que, a partir de una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico, se puede concluir que la expresión demandada se ajusta a la normativa superior, por ser un precepto armónico con las normas en las que debería fundarse y el principio de su efecto útil, acorde con los pronunciamientos emitidos por el Consejo de Estado. Razón por la cual no es procedente realizar una interpretación exegética o restrictiva como lo hizo el demandante.

Aunado a lo anterior, solicitó que se declare de oficio cualquier excepción que se encuentre probada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 282 del CGP, y



anunció que se adhiere a las propuestas por las demás entidades vinculadas, siempre y cuando sean coherentes con los argumentos e intereses de la cartera ministerial.

3.2 La Nación - Departamento Administrativo de la Función Pública⁵, pidió que se nieguen las pretensiones de la demanda y, en su lugar, se declare la legalidad integral del artículo 7° del Decreto 4050 de 2008, con fundamento en los siguientes argumentos:

Indicó que el carácter no salarial de la prima de dirección le fue otorgado por el legislador extraordinario en el artículo 67 del Decreto Ley 1647 de 1991 y no por el gobierno nacional a través de los Decretos 1268 de 1999 y 4050 de 2008, como se afirma en el escrito de demanda.

Agregó que la prima de dirección opera como un incentivo que retribuye el desempeño de las labores de dirección y el éxito alcanzado por el grupo de trabajo al que esté vinculado el sujeto, sin que revista el carácter de permanente que gratuitamente le atribuye el actor, pues ella solo se otorga mientras el servidor desempeña las tareas de dirección que le han sido temporalmente asignadas o delegadas.

Señaló que un beneficio económico otorgado a los empleados públicos, solo puede considerarse como factor salarial, para liquidar prestaciones sociales, cuando la norma que lo reconoce así lo indica, por razón a que la competencia para ello es exclusiva del legislador, lo cual no ocurre en el caso de la prima de dirección establecida en el artículo 67 del Decreto Ley 1647 de 1991, porque el legislador extraordinario fue quien le restó dicho carácter y no el gobierno nacional a través de los artículos 4 del Decreto 1268 de 1999 y 7° del Decreto 4050 de 2008, lo cual hace inviable la nulidad deprecada.

Sostuvo que la norma demandada constituye un claro y adecuado desarrollo de un mandato legal que permanece incólume en el sistema normativo (artículo 67 – Decreto Ley 1647 de 1991), razón por la cual, en cualquier caso, tendría que aplicarse la norma superior que niega el carácter salarial de la prima de dirección.

⁵ Folios 141 - 146



Finalmente propuso la excepción de caducidad, al considerar que la demanda se presentó por fuera del término de los 4 meses que prevé el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011.

3.3 La Unidad Administrativa Especial – Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN⁶, se opuso a las pretensiones de la demanda, con base en las siguientes razones:

Indicó que el artículo 35 de la Ley 49 de 1990, le otorgó facultades extraordinarias al Presidente de la República para proferir los decretos leyes con el propósito de modernizar y tecnificar la administración tributaria, lo cual permitió la expedición del Decreto Ley 1647 de 1991, que en su artículo 67 estableció la prima de dirección, sin darle el carácter de factor salarial.

Señaló que la norma anterior se introdujo, posteriormente, en el artículo 4º del Decreto 1268 de 1999 y el artículo 7º del Decreto 4050 de 2008, lo que da cuenta que la prestación económica cuestionada por el actor tiene un origen anterior a la Ley 4ª de 1992, por lo que los decretos ordinarios del Presidente de la República no tienen la vocación de cambiar la naturaleza salarial creada por el legislador.

Expresó que la norma acusada, no vulnera la Ley 4ª de 1992, ni los preceptos constitucionales invocados por el demandante, porque se trata de un mandato que se expidió en ejercicio de las funciones que en materia salarial le asigna la ley al gobierno nacional y que se adecua a los principios de política económica que le ha fijado la constitución al Presidente de la República.

Afirmó que las normas que regulan los beneficios prestacionales y salariales de los servidores públicos de la entidad se encuentran vigentes y no han sido derogadas expresa o tácitamente por leyes posteriores, por lo que son de obligatorio cumplimiento y en virtud del principio de legalidad que debe gobernar las actuaciones de la administración, no le es dado al operador jurídico desconocerlas.

⁶ Folios 158 - 170



Consideró que no es viable darles efectos salariales a incentivos, bonificaciones, primas u otras prestaciones económicas cuando no lo tienen expresamente, así como tampoco, es aceptable darles efectos retroactivos a beneficios salariales, reconocidos mediante providencia judicial, pues así lo dispone la normativa existente y lo ha entendido la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Por otro lado, advirtió que la entidad en ningún momento ha desconocido los derechos a la igualdad, ni al trabajo, porque reconoce la prima de dirección en las mismas condiciones a todos los empleados de la entidad.

4. Alegatos de conclusión

Mediante autos de 20 de octubre de 2020⁷ se dispuso: i) tener por saneado el proceso en cuanto a la integración de la parte pasiva⁸, ii) tener como pruebas los documentos aportados por las partes, prescindiendo de un mayor termino probatorio, y iii) se ordenó correr traslado por el término de diez (10) días a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público, para que conceptuara sobre el asunto, si lo estimaba pertinente. Adicionalmente, se iv) se declaró sin vocación de prosperidad la excepción de caducidad propuesta por el Departamento Administrativo de la Función Pública.

4.1 La parte demandante⁹, señaló que la expresión demandada es contraria a los artículos 13, 25 y 53 de la Constitución política, la Ley 4ª de 1992 y especialmente, al artículo 42 del Decreto 1042 de 1978, en el cual se establece que el salario corresponde a todas las sumas que habitual y periódicamente reciba el empleado como retribución del servicio. De esta manera, la prima de dirección es un reconocimiento mensual que se hace a servidores que desempeñan funciones de jefatura, con carácter periódico, constante y continuo, por lo que al establecerse en el artículo 7 del Decreto 4050 de 2008 que no tiene incidencia salarial, se está desmejorando los ingresos de los funcionarios que lo perciben.

⁷ Folios 175 - 181 Se aclara que en el contenido del auto de la referencia se indicó que, por tratarse de un asunto de pleno derecho sin solicitud de pruebas adicionales o excepciones, se procedería a proferir sentencia anticipada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto Legislativo 806 de 2020, por lo que no era necesario convocar a audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011.

⁸ En el auto de referencia se indicó que la parte demandada se limita a las personas jurídicas: UAE-DIAN, Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y Nación – Departamento Administrativo de la Función Pública, sin incluir a la Procuraduría General de la Nación, como se dispuso en el auto admisorio de 28 de agosto de 2019, dado que no existe razón para tenerla como entidad demandada.

⁹ Índice 37 Sistema de Gestión Judicial SAMAJ expediente de la referencia (N.I 05415-2018)



No. Interno: 5415-2018
Demandante: Orlando Hurtado Rincón
Demandado: DIAN

Sostuvo que la Ley 4ª de 1992, facultó al gobierno nacional para establecer el sistema salarial de los empleados públicos, sin permitirle imponer restricción alguna, por lo que no es de recibo, como lo afirma la parte demandada, que la connotación de “*no es factor salarial*” de la prima de dirección fue establecida por la misma ley, por ende, no es viable limitar derecho a través de un decreto.

Destacó que esta Corporación en la sentencia del 19 de febrero de 2018, radicado 11001032500020110016700, concluyó que la prima de dirección prevista en el artículo 4º del Decreto 1268 de 1999 es una prestación pagada de manera habitual y periódica y como contraprestación del servicio realizado por los empleados que desempeñan funciones de dirección, coordinación, supervisión y control; por lo tanto, se considera salario. Razón por la cual el fallo en mención declaró la nulidad de la expresión “*no constituye factor de salario*”.

Por otro lado, indicó que las sentencias de nulidad proferidas por Corporación tienen efectos *ex tunc*, es decir, retrotraen la situación a como se encontraba antes de haberse proferido el acto anulado, sin afectar las situaciones jurídicas consolidadas.

4.2 La parte demandada

4.2.1 La Departamento Administrativo de la Función Pública - DAFP¹⁰, insistió en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda relacionados con el carácter no salarial de la prima de dirección prevista en el artículo 7º del Decreto 4050 de 2008, a partir de lo dispuesto en el artículo 67 del Decreto Ley 1647 de 1991, la Ley 4ª de 1992 y constitución política.

Agregó que la libertad de configuración que le asiste al legislador ordinario y extraordinario posibilita las variaciones y modalidades en las prestaciones económicas reconocidas a los empleados públicos, lo cual ha sido avalado de manera reiterada, uniforme y pacífica por la jurisprudencia nacional, como ha ocurrido con otras prestaciones no salariales, entre estas, la prima técnica por evaluación del desempeño.

¹⁰ Índices 36 Sistema de Gestión Judicial SAMAI expediente de la referencia (N.I 05415-2018)



No. Interno: 5415-2018
Demandante: Orlando Hurtado Rincón
Demandado: DIAN

Advirtió que, este proceso, es una oportunidad para revisar y rectificar la sentencia de 19 de febrero de 2018, radicado No. 11001-03-25-000-2011-00167-00 (N.I 0580-2011), en lo que al carácter salarial que se le reconoció a la prima de dirección prevista en el artículo 4º del Decreto 1268 de 1999; en tanto que los servidores de la DIAN que de ella se benefician, no ejercen en propiedad, ni de forma permanente tales jefaturas y, por tal razón, la prima de dirección les es reconocida como un incentivo mientras ejercen la jefatura para la cual fueron designados, todo lo cual se subraya en el hecho de que la norma legal que creó dicho beneficio le restó su carácter salarial (artículo 67 Decreto Ley 1647 de 1991) y así lo han ratificado las normas posteriores que se han ocupado del tema (artículos 4 Decreto 1268 de 1999 y 7º Decreto 4050 de 2008).

Resaltó que la prima de dirección, contenida en el artículo 7º del Decreto 4050 de 2008, demandado, no tiene carácter salarial: i) por su génesis legislativa que le restó dicho carácter, prevista en el artículo 67 del Decreto Ley 1647 de 1991; y ii) por el hecho de que dicho incentivo no es permanente, en tanto se reconoce transitoriamente a las personas designadas en las jefaturas.

Por lo expuesto, consideró que no es posible endilgarle al gobierno nacional un indebido ejercicio de sus competencias administrativas o la violación de los artículos 13, 25, 53, 150 y 189 de la Carta Política, ni de los artículos 2 y 4 de la Ley 4ª de 1992, como lo expone el demandante. En consecuencia, las pretensiones de nulidad no están llamadas a prosperar, en tanto que no logró desvirtuar la presunción de legalidad que ampara el artículo 7º del Decreto 4050 de 2008.

4.2.2 La Unidad Administrativa Especial – Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN¹¹, reiteró los argumentos planteados en la contestación de la demanda relacionados con i) la legalidad de la expresión “*no constituye factor de salario*”, en atención a lo dispuesto por el legislador extraordinario y ii) la competencia del gobierno nacional para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos del orden nacional entre ellos de la UAE-DIAN.

¹¹ Índices 42 Sistema de Gestión Judicial SAMAJ expediente de la referencia (N.I 05415-2018)



5. Concepto del Ministerio Público.

El agente del Ministerio Público solicitó que se declare la nulidad de la expresión “*no constituye factor salarial*”, contenida en el artículo 7º del Decreto 4050 de 2008, con fundamento en las siguientes razones¹²:

Manifestó que la prima de dirección es una retribución económica que perciben como contraprestación por el servicio que prestan los servidores de carrera de la DIAN por el ejercicio de las funciones inherentes a las jefaturas, cuando han sido designados para el efecto, de manera habitual y permanente, por lo que tiene el carácter de factor salarial tal y como lo ha señalado la Corte Constitucional como el Consejo de Estado; razón por la cual la expresión “*no constituye factor salarial*”, contenida en el artículo 7º del Decreto 4050 de 2008, resulta ser contraria al ordenamiento jurídico, pues desconoce el derecho irrenunciable que tienen los servidores de carrera administrativa de la DIAN a percibirla como parte integrante del salario.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De acuerdo con lo dispuesto en el numeral 1o del artículo 149 de la Ley 1437 de 2011, esta subsección del Consejo de Estado es competente para conocer en única instancia de los actos administrativos expedidos por autoridades del orden nacional.

2. Problema Jurídico

La Sala, en el presente asunto, debe responder los siguientes problemas jurídicos:

¿Si la expresión “*no constituye factor salarial*”, contenida dentro del artículo 7º del Decreto 4050 de 2008, vulnera el preámbulo, los artículos 13, 25, 53, 150 y 189 (numeral 11) de la Constitución Política, los artículos 2 (literal a) y 3 de la Ley 4ª

¹² Índices 43 y 44 sistema de Gestión SAMAI ibidem



de 1992, los derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo y el respeto de los derechos adquiridos de los empleados de la DIAN, al negar el carácter salarial de la prima de dirección prevista en la norma demandada?

¿Si la expresión demandada fue expedida con desviación de las atribuciones propias del Gobierno Nacional?

Con el propósito de dar respuesta a los problemas jurídicos planteados, metodológicamente se emprenderá el análisis de los siguientes aspectos: i) La deslegalización en la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, ii) Los derechos adquiridos en materia salarial y prestacional y iii) La libertad de configuración del legislador al determinar qué elementos constituyen factor salarial; y el iv) El caso concreto.

3. Marco normativo y jurisprudencial

3.1 La deslegalización en la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos.

La regulación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos en el modelo adoptado por la Constitución Política de 1991, opera de forma compartida entre el legislativo y el ejecutivo, así el Congreso de la República, a través de una ley marco¹³, señala los objetivos y criterios generales, a los que se debe sujetar el Gobierno Nacional, quien a través de decretos administrativos¹⁴, cuyo control compete a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, fija el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos (art. 150 numeral 19 literal e. de la Constitución Política).

¹³ Sobre las leyes marco la sentencia C-723 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño indica: “Las leyes marco representan una técnica de producción normativa compartida entre el Legislativo y el Ejecutivo que desarrolla el principio de colaboración armónica previsto en el artículo 113 de la Constitución. En virtud de ella, el Congreso limita su papel a la expedición de normas marco o generales, donde fija las pautas generales o directrices que deben guiar la ordenación de una materia determinada, dejando al Gobierno Nacional la tarea de precisar y completar esta regulación a través de decretos que desarrollan la ley marco¹³.”

¹⁴ La Corte Constitucional en la sentencia C-723 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño, señaló sobre los decretos expedidos por el Presidente de la República para desarrollar las leyes marco que “gozan de una mayor generalidad que los decretos reglamentarios expedidos con base en el artículo 189, numeral 11, de la Carta Política -dada la naturaleza, mucho más general, de las leyes que pretende desarrollar-” pero “no por eso pierden su naturaleza meramente ejecutiva.” (Las sentencias citadas son las C-1111 de 2000 y C-140 de 2007).



No. Interno: 5415-2018
Demandante: Orlando Hurtado Rincón
Demandado: DIAN

Así el Congreso expidió la Ley 4 de 1992 *“Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política”*.

Con fundamento en esta ley, el Gobierno profirió el Decreto 1268 de 13 de julio 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 cuyo contenido se reguló entre otros beneficios económicos, la prima de dirección (artículo 4º) y, adicionalmente, en el artículo 12, relativo a las vigencias y derogatorias señala que modifica el Decreto 1647 de 1991, el cual a su vez establecía *“el régimen de personal, la carrera tributaria, sistema de planta y el régimen prestacional de los funcionarios de la dirección de impuestos nacionales, se crea el fondo de cuestión tributaria y se dictan otras disposiciones”*.

Este decreto ley regulaba la prima de dirección (artículo. 67), en los siguientes términos:

“(..)

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

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

Sin embargo, el Decreto 1647 de 1991 (proferido el 27 de junio) era un decreto ley, pues había sido dictado por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 35 de la Ley 49 de 1990, que señalaba:



No. Interno: 5415-2018
Demandante: Orlando Hurtado Rincón
Demandado: DIAN

“ARTÍCULO 35. Facultades para reformar el Ministerio de Hacienda. De conformidad con el numeral 12 del artículo 76 de la Constitución Política, revístese al Presidente de la República de facultades extraordinarias, desde la fecha de promulgación de la presente Ley y hasta por seis meses después, para adoptar las siguientes medidas: A. Modernizar y tecnificar la administración tributaria. En uso de tales facultades podrá:

(...)

2. Definir el carácter de los funcionarios de la administración tributaria, establecer su régimen salarial y prestacional, el sistema de planta, su nomenclatura y clasificación, su estructura administrativa, sus competencias y sus funciones, así como crear la carrera tributaria en la cual se definan las normas que regulen la administración de personal.”

Como se enunció anteriormente, el Presidente a través del decreto señalado, que fue expedido en ejercicio de una función administrativa, al desarrollar una ley marco, modificó el Decreto Ley 1647 de 1991, hecho que en principio viciaba el Decreto 1268 de 1999 por falta de competencia del Presidente, ya que éste no está facultado para modificar, a través de un decreto administrativo, una norma con fuerza de ley.

No obstante, ante un tránsito constitucional, como quiera que el Decreto Ley 1647 de 1991 fue dictado, el 27 de junio de 1991, es decir, antes de la vigencia de la Constitución de 1991, esto es, el 7 de julio de 1991, fecha en se publicó el texto oficial en la Gaceta Constitucional No. 114¹⁵; tanto el Decreto 1268 de 1999, como el artículo 7° del Decreto 4050 de 2008, se dictó bajo la nueva Carta Política, la cual establece que para la regulación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, existe una competencia compartida entre el Congreso de la República y el Presidente.

Ahora bien, en este punto, la Sala considera necesario precisar que esta situación normativa es denominada como “**deslegalización**”, pues si bien, en principio a través de un decreto expedido en ejercicio de una función administrativa, el Gobierno Nacional no podría modificar un decreto proferido con fundamento en

¹⁵ En este sentido se pronunció la Corte Constitucional en la sentencia C-553 de 1992, M.P. Jaime Sanín Greiffenstein, así: “En dicho ordenamiento se consagró en el artículo 380 “...Esta Constitución rige a partir del día de su promulgación”, condicionando de esta forma su vigencia al cumplimiento de tal hecho. Sin embargo, la publicación del texto oficial de las normas únicamente se llevó a cabo el día 7 de julio de 1991, al ser insertadas en la Gaceta Constitucional número 114 y es entonces a partir de esa fecha cuando comenzaron a tener eficacia sus normas, y por lo tanto el imperativo de obligatoriedad.”



facultades extraordinarias otorgadas al Presidente de la República, en el presente caso se está ante un tránsito constitucional, como quiera que antes de la Constitución Política de 1991, en el Acto Legislativo 01 de 1968 (que reformó la Constitución Nacional de 1886), la regulación de la materia en comento correspondía al Congreso, como lo indicaba, el numeral 9 del artículo 11 que reformó el artículo 76 de la Constitución de 1886:

“ARTÍCULO 11. El Artículo 76 de la Constitución Nacional quedará así: Corresponde al Congreso hacer las leyes. (...)

9a. Determinar la estructura de la administración nacional mediante la creación de Ministerios, Departamentos Administrativos y Establecimientos Públicos, y fijar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, así como el régimen de sus prestaciones sociales;” (Subrayado por la Sala).

A su vez el Congreso, mediante la Ley 49 de 1990 (artículo 35) otorgó facultades extraordinarias al Presidente de la República para establecer el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos pertenecientes a la administración tributaria, delegando así una función legislativa al ejecutivo, con fundamento en las cuales se expidió el Decreto Ley 1647 de 1991, que fue modificado por el decreto 1268 de 1999.

La modificación del Decreto 1268 de 1999 al Decreto Ley 1647 de 1991, por parte del Presidente es viable, por el cambio de naturaleza de la materia objeto de regulación, con ocasión del tránsito constitucional, pues en vigencia de la reforma constitucional del año 1968, la fijación de las escalas de remuneración y el régimen de prestaciones sociales, era un tema de regulación legal, mientras que en la Constitución Política de 1991, este tema pasó a ser regulado a través de decretos administrativos, fenómeno que refleja la **deslegalización**, por la cual un asunto que competía al legislador pasa ser un tema administrativo, que compete al ejecutivo a través del reglamento.

La jurisprudencia de esta Corporación explicó la **deslegalización** en la sentencia del 14 de junio de 1974, de la Sección Primera, M.P. Humberto Mora Osejo, en el contexto del tránsito constitucional de la reforma de 1968, en la cual se trasladaron temas de regulación legal al Presidente, como fue el caso del numeral 14 del



artículo 41¹⁶ (que modificó el 120 de la C.N. de 1886). Se indicó en la referida sentencia:

“e) Pero, en relación con la rama legislativa del poder público, es evidente que la materia regulada por el Ordinal 14 del Artículo 120 de la Constitución, que antes correspondía, por cláusula general de competencia, al Congreso, se convirtió, desde que entró en vigencia la Reforma Constitucional de 1968 (D. O. No. 32673 de 1968), en administrativa y que así se cumplió, a este respecto, el fenómeno jurídico de la “deslegalización” de esa materia específica. Por consiguiente, el Presidente de la República, en ejercicio de la competencia que le confiere la norma, puede suspender, modificar o derogar los preceptos legales, dictados con anterioridad a la vigencia de la Reforma Constitucional de 1968, sobre la materia; esto no porque el Presidente de la República pueda hacerlo, en ejercicio de una función legislativa insita en el Ordinal 14 del Artículo 120 de la Constitución, sino a causa del tránsito de régimen constitucional y ratione materiae; porque ésta, de legislativa que era, desde que entró en vigencia la Reforma Constitucional de 1968, devino en administrativa. De ahí que los actos acusados, dictados por el Gobierno con base en la disposición que se comenta, sean también administrativos y que el Consejo de Estado tenga competencia para conocer de estos juicios acumulados.”^{17 18} (Subrayado por la Sala).

Igualmente, en sentencia del 2 de diciembre de 2013, la Sección Tercera, Subsección C, precisó en términos generales **la figura de la deslegalización**, así:

“17.- En este orden de ideas, la regla general en materia reglamentaria la tiene el Presidente de la República por dos vías: por una parte, a través de la reglamentación directa de la ley cuando sea indispensable para hacer posible su cumplimiento (Constitución, artículo 189. 11), pues en su condición de Suprema Autoridad Administrativa le corresponde “ejercer la potestad reglamentaria mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarias para la cumplida ejecución de las leyes”; y por otra parte, en los casos en que la Constitución le permite desarrollar directamente sus preceptos normativos, caso en el cual la potestad normativa o reglamentaria es directamente de la Constitución¹⁹, asunto que en algunas oportunidades la jurisprudencia de esta Corporación denominó como deslegalización de materias en favor de la administración, y que, mirado desde otro punto de vista, no es más que el reconocimiento constitucional de la potestad reglamentaria en cabeza del Presidente, no ya a nivel de la ley, sino del acto administrativo de carácter general, pues orgánica y funcionalmente el acto sería administrativo y no legislativo, excepto que el constituyente le hubiera establecido efectos legislativos, como en el caso del artículo 341 inciso 3.º constitucional.”²⁰.

¹⁶ “ARTÍCULO 41. El Artículo 120 de la Constitución Nacional quedará así:

Corresponde al Presidente de la República como jefe del Estado y suprema autoridad administrativa: (...)

14. Ejercer, como atribución constitucional propia, la intervención necesaria en el Banco de Emisión y en las actividades de personas naturales o jurídicas que tengan por objeto el manejo o aprovechamiento y la inversión de los fondos provenientes del ahorro privado;”

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 14 de junio de 1974, M.P. Humberto Mora Osejo, actor: James W.F. Raisbeck y otros, proceso con radicados Nos. 1932, 1939, 1940, 1942 y 1958.

¹⁸ Esta misma tesis fue reiterada en las sentencias de la Sección Primera del 16 de abril de 1975, M.P. Alfonso Arango Henao, rad. 2052 y del 9 de diciembre de 1994, M.P. Libardo Rodríguez Rodríguez, rad. 1159-1148-1488

¹⁹ Ejemplos de potestad reglamentaria constitucional los encontramos de sobra en las disposiciones transitorias de la Constitución, en donde en varios asuntos se le entrega esta potestad al Presidente de la República.

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, sentencia del 2 de diciembre de 2013, proceso con radicado No. 11001-03-26-000-2011-00039-00 (41719).



No. Interno: 5415-2018
Demandante: Orlando Hurtado Rincón
Demandado: DIAN

Se resalta así, que en el caso de la **deslegalización** el Presidente puede modificar o derogar normas de rango legal proferidas antes del tránsito constitucional de 1968 o en el presente caso antes de la Constitución de 1991, en los casos donde el asunto era de regulación legal y en virtud del cambio constitucional pasó a ser de desarrollo del reglamento. Así, se concluye que el Presidente de la República sí estaba facultado para modificar a través del Decreto 1268 de 1999, el Decreto Ley 1647 de 1991.

En este mismo sentido, se pronunció la Corte en la sentencia C-402 de 2013, al estudiar el Decreto Ley 1042 de 1978:

“Estas consideraciones permiten concluir a la Sala, de manera unívoca, que la potestad legislativa del Gobierno sobre la materia analizada, encuentra su sustento en la Carta Política. Por ende, está habilitado para subrogar la legislación preconstitucional, a condición que se someta a los criterios y objetivos definidos en la ley marco. Es a partir de esta premisa que se comprende el sentido de la fórmula de derogatoria que prevé el artículo 12 de la Ley 4 de 1992.

*Para la Corte, en el caso analizado se está ante una situación sui generis, que podría definirse como la derogatoria de los artículos 46, 50, 51 y 62 del Decreto 1042 de 1978, en virtud del tránsito constitucional. Si, como lo ordena el principio de supremacía constitucional (Art. 4° C.P.), debe preferirse la interpretación de las normas superiores que les confiera su mayor grado de eficacia, resulta imperativo concluir que ante la reforma del método para la regulación de los asuntos salariales y prestacionales de los servidores públicos, debe reconocerse la potestad reguladora del Gobierno sobre esa materia, la cual incluye, de suyo, subrogar la legislación anterior. **Estos decretos, a su vez, aunque conservan su carácter reglamentario, pueden válidamente sustituir la legislación con fuerza de ley sobre las reglas particulares del régimen salarial de los servidores públicos, expedida al amparo de la Constitución de 1886.**²¹ (Resaltado por la Sala).*

En este sentido, se puede advertir que los aspectos en materia salarial, prestacional y de beneficios e incentivos, que inicialmente fueron previstos en el Decreto 1647 de 1991, fueron modificados por el Decreto 1268 de 1999 y sus normas posteriores, entre estos el Decreto 4050 de 2008, tal y como se advierte del artículo 10 del Decreto 1268 de 1999, en el cual se establece un “*Régimen de transición en materia salarial y prestacional y situaciones administrativas*”, en los siguientes términos:

²¹ Corte Constitucional, sentencia C-402 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.



No. Interno: 5415-2018
Demandante: Orlando Hurtado Rincón
Demandado: DIAN

“ARTÍCULO 10. Régimen de transición en materia salarial y prestacional y situaciones administrativas. Las normas relacionadas con los aspectos salariales, prestacionales y de beneficios e incentivos, contenidos en el presente decreto, empezarán a regir a más tardar en los dos (2) meses siguientes de la fecha de publicación del presente Decreto.

Hasta tanto se expidan los decretos señalados en el inciso anterior, continuarán rigiendo las disposiciones que sobre el particular contiene el decreto 1647 de 1991 y sus reglamentarios.

Mientras se expide la reglamentación relacionada con el Programa de Promoción e Incentivos al Desempeño, continuarán aplicándose los procedimientos y competencias atribuidas por las normas legales al Fondo de Gestión Tributaria y Aduanera, con el fin de garantizar la efectividad, continuidad y periodicidad, en el reconocimiento y pago de los diferentes factores de la prima de productividad conforme a lo señalado en el Decreto 1647 de 1991 y sus reglamentarios.

Las situaciones administrativas, así como las actuaciones, procedimientos y derechos relacionados con la carrera administrativa especial y la evaluación del desempeño, creadas o iniciadas dentro de la vigencia del decreto 1647 de 1991 y sus reglamentarios, conservarán plena validez y continuarán rigiéndose por lo allí dispuesto hasta su culminación. (...). (Subrayado fuera de texto).

3.2 Los derechos adquiridos en materia salarial y prestacional

La Constitución Política en el artículo 53 dispone que *“la ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores”*, por otra parte, el artículo 58 indica que se garantizan *“los derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores”*.

Este Sala se pronunció en sentencia del 1 de agosto de 2013 al respecto, al indicar que *“se destaca que los derechos adquiridos, según la jurisprudencia constitucional son derechos subjetivos intangibles que han ingresado definitivamente al patrimonio de la persona²² y según el artículo 58 de la Constitución Política, no pueden ser desconocidos por leyes posteriores.”²³*

Igualmente, en fallo del 27 de agosto de 2015, se consideró que *“la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha desarrollado el concepto de derechos adquiridos establecido en el artículo 58 de la Constitución Nacional y la noción de la condición más beneficiosa*

²² Corte Constitucional, sentencias C-584/97, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y C-453/02, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

²³ Consejo de Estado, Sección Segunda, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, sentencia del 1 de agosto de 2013, proceso con radicado No. 11001-03-25-000-2006-00004-01 (0014-2006).



que se desprende del artículo 53 *ibídem*, para precisar que son los derechos adquiridos y no las meras expectativas, los que no pueden ser modificados por el legislador (Sentencia C-453 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Gálvis).²⁴

3.3 La libertad de configuración del legislador al determinar qué elementos constituyen factor salarial.

La Corte Constitucional en la sentencia C-081 de 1996²⁵ al declarar la exequibilidad del artículo 17²⁶ de la Ley 50 de 1990, consideró que el legislador puede definir “*el alcance del salario pues esta institución es titular de la cláusula general de competencia, y "tiene la potestad genérica de desarrollar la Constitución y expedir las reglas de derecho"*²⁷.”

Precisó la Corte que como el legislador tiene la competencia de desarrollar la Constitución Política, puede establecer conceptos, que por su naturaleza son indeterminados, como en el caso de la remuneración salarial laboral. Agregó que a diferencia de la relación entre la administración y la ley, en la que “*cuando ella [la administración] se encuentra frente a un concepto jurídico indeterminado, ella está obligada a adoptar la solución más acorde con la ley.*”²⁸, en el caso del legislador respecto de la Constitución existe una relación más compleja porque de un lado debe respetar la Carta Política como norma de normas y de otro, cuenta con una libertad de configuración como quiera que “*en función del pluralismo y la participación democrática, el Legislador puede tomar diversas opciones dentro del marco de la Carta*”²⁹.

Manifestó así la Corte que “*el Congreso tiene una amplia libertad para optar por las diversas alternativas legítimas del concepto, obviamente respetando el marco constitucional fijado*”³⁰ y que “*se entiende que cuando la Constitución ha guardado silencio sobre un determinado punto es porque ha querido dejar un espacio abierto amplio para diferentes regulaciones y opciones de parte del Legislador. Eso significa que cuando no*

²⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, sentencia del 27 de agosto de 2015, proceso con radicado No. 05001-23-31-000-2008-00806-01 (0093-2012).

²⁵ M.P. Alejandro Martínez Caballero.

²⁶ “Artículo 17. 1. Los viáticos permanentes constituyen salario en aquella parte destinada a proporcionar al trabajador manutención y alojamiento; pero no en lo que sólo tenga por finalidad proporcionar los medios de transporte o los gastos de representación.

2. Siempre que se paguen debe de especificarse el valor de cada uno de estos conceptos.

3. Los viáticos accidentales no constituyen salario en ningún caso. Son viáticos accidentales aquéllos que sólo se dan con motivo de un requerimiento extraordinario no habitual o poco frecuente.”

²⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-527/94. M.P.: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

²⁸ C-081 de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

²⁹ Ídem.

³⁰ Ídem



No. Interno: 5415-2018
Demandante: Orlando Hurtado Rincón
Demandado: DIAN

*puede deducirse del texto constitucional una regla clara, en principio debe considerarse válida la regla establecida por el Legislador.*³¹

En este orden, la Corte indicó que aunque la Constitución otorga en el preámbulo, y los artículos 25 y 53, una protección al trabajo, no previó una definición de salario, de modo que el legislador tiene cierto grado de libertad para “establecer qué componentes constituyen o no salario”³², la cual en todo caso está limitada por los principios constitucionales, y algunos elementos sobre la noción de salario: “así la Constitución señala que las condiciones de trabajo deben ser dignas y justas (CP arts 1º y 25), lo cual implica una cierta noción constitucional de salario justo, pues sólo es digno aquel trabajo que permite a la persona vivir dignamente. Igualmente, la Carta precisa que la remuneración debe ser móvil y vital, así como proporcional a la cantidad y calidad del trabajo (CP art. 53). Esto significa, tal y como lo ha establecido esta Corporación, que debe existir una equivalencia entre el salario y la prestación del servicio, y que el principio “a trabajo igual salario igual” tiene rango constitucional^{33,34}.

En el caso de la prima especial de servicios creada sin carácter salarial, por la Ley 4 de 1992 en los artículos 14 y 15, la Corte declaró exequibles las expresiones “sin carácter salarial” en la sentencia C-279 de 1996³⁵.

La Corte consideró en la citada sentencia que con fundamento en una ley marco, el Gobierno Nacional puede fijar el régimen salarial, entendido como “el conjunto de derechos salariales, no salariales y prestacionales”, siendo el salario una especie dentro del citado régimen; en consecuencia, la ley marco no tiene como finalidad solo fijar salarios. Así, afirma la Corte, que si bien *habitualmente* el salario es la medida para calcular las prestaciones sociales y las indemnizaciones a las que tiene derecho el trabajador, “no existe ningún motivo fundado en los preceptos constitucionales que rigen la materia o en la recta razón, que impida al legislador disponer que determinada prestación social o indemnización se liquide sin consideración al monto total del salario del trabajador, esto es, que se excluyan determinados factores no obstante su naturaleza salarial, y sin que pierdan por ello tal carácter³⁶ (el subrayado es de esta Corte)³⁷”

³¹ Ídem

³² Ídem

³³ Ver, entre otras, sentencias C-071/93 y T-102/95.

³⁴ Ídem

³⁵ M.P. Hugo Palacios Mejía.

³⁶ Corte Suprema de Justicia, ponente Hugo Suescún Pujols, “Sentencia del 12 de febrero de 1993”, exp. No. 5481, *Jurisprudencia y Doctrina*, T. XXII, No. 256, abril de 1993, P. 294.



No. Interno: 5415-2018
Demandante: Orlando Hurtado Rincón
Demandado: DIAN

Señaló también la Corte que como el legislador tiene cierta libertad para establecer qué componentes son salario y desarrollar el concepto del mismo, el hecho que las primas técnicas y especiales “no sean factor salarial, no lesiona los derechos de los trabajadores, y no implica una omisión o un incorrecto desarrollo del especial deber de protección que el Estado colombiano tiene en relación con el derecho al trabajo, ni se aparta de los deberes que Colombia ha adquirido ante la comunidad internacional”³⁸.

Finalmente, esta Sala desea resaltar las siguientes consideraciones de la sentencia C-244 de 2013³⁹ en la que se aborda la política salarial de la Ley 4 de 1992:

La política salarial consagrada en las normas de la Ley 4ª de 1992, sin embargo, ha demostrado tener aspectos controversiales y vacíos que luego, con el tiempo, habrían de suscitar altos niveles de litigio constitucional y administrativo (y en donde se enmarca, además, la demanda de; inconstitucionalidad aquí estudiada): el más importante de estas controversias radica en que el legislador de 1992 no quiso que las primas concedidas fueran consideradas como factor salarial para la liquidación de las prestaciones sociales. La Ley, pues, decidió aumentar los salarios de manera importante, pero quiso evitar su impacto sobre la carga prestacional, en un esfuerzo de mantener un cierto equilibrio fiscal dentro de la clara determinación de aumentar la remuneración de estos funcionarios. Esta decisión, como se verá, ha sido la que más litigios y dudas ha ocasionado a través del tiempo.

Posteriormente, la Corte Constitucional expuso en las consideraciones de la sentencia C-279 de 2006 que:

“De esta forma la Corte rechaza el argumento según el cual el concepto de “salario” estaría fuertemente constitucionalizado y llevaría al reconocimiento automático de que cualquier pago realizado por el empleador tiene que ser considerado como base salarial para el cálculo de prestaciones sociales. Con este reconocimiento, la Corte permite el establecimiento de bonos, primas o beneficios que ciertamente tienen el potencial de variar la base mensual de ingresos habituales de los trabajadores, pero negándole al mismo tiempo un impacto necesario sobre la carga prestacional.

(...)

Para la Corte, las primas son ya de entrada un beneficio extraordinario concedido en favor de los funcionarios de los artículos 14 y 15 de la Ley 4ª: decir, por lo tanto, que la negación de su carácter salarial es una diferencia inconstitucional de trato implica olvidarse que su concesión es, en realidad, un privilegio que el

³⁷ C-279-06 M.P. Hugo Palacios Mejía

³⁸ C-279-06 M.P. Hugo Palacios Mejía

³⁹ Conjuez Ponente Diego E. López Medina



legislador pudo limitar, como lo hizo, respecto de sus implicaciones prestacionales.”

4. El caso concreto

El señor Orlando Hurtado Rincón, solicita la nulidad de la expresión: “*no constituye factor salarial*”, contenida en el artículo 7º del Decreto N° 4050 de 22 de octubre de 2008, “*por medio del cual se dictan disposiciones en materia salarial para la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales*”; a través de la cual se establece la prima de dirección a favor de los empleados públicos del sistema específico de carrera, por el ejercicio inherente a las jefaturas, cuando han sido designados para el efecto, porque considera que fue expedida con i) infracción de las normas en las que debía fundarse y ii) desviación de las atribuciones propias del Gobierno Nacional.

La parte actora manifiesta que la expresión demandada comporta una limitante que desconoce los derechos adquiridos y desmejora los salarios y prestaciones sociales de los servidores de la UAE-DIAN, porque no tiene en cuenta el carácter salarial de la prima de dirección, cuya presentación se reconoce de manera habitual, periódica, y como contraprestación del servicio realizado por los empleados de carrera de la entidad que han sido designados con las jefaturas, por lo que considera que la administración incurrió en una desviación de poder.

Adicionalmente, advierte que la norma demandada desconoce el derecho a la igualdad, por cuanto dispone un reconocimiento preferencial de la prima de dirección, para aquellos que tienen derecho a la prima técnica por estudios de formación avanzada y experiencia altamente calificada, en comparación con aquellos servidores que solo tiene derecho a la prima de dirección.

4.1 El carácter remunerativo de la prima de dirección prevista en el artículo 7º del Decreto 4050 de 2008.

La parte demandante, considera que la prima de dirección tiene un carácter salarial, porque se trata de una retribución económica que se reconoce a los empleados del sistema específico de carrera de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, mensualmente de forma constante y continua en



contraprestación del servicio prestado, por ejercer funciones inherentes a las jefaturas, cuando han sido designados para tal efecto.

Sobre el particular, la Sala destaca que el demandante pretende derivar el carácter salarial de la prima de dirección prevista en el artículo 7° del Decreto 4050 de 2008, a partir de la expresión “*remunerativo*” que le atribuye a los elementos regulado en la norma en comento.

En este orden, la Sala precisar que, según la Real Academia Española - RAE, el concepto de remunerativo conduce a la palabra remunerar⁴⁰, la cual significa:

- “1. tr. *Recompensar, premiar, galardonar.*
2. tr. *retribuir* (ll *recompensar o pagar*).
3. tr. *Dicho de una actividad: Producir ganancia.*”⁴¹

A su vez el vocablo retribuir significa “*recompensar o pagar un servicio, favor*”⁴². Como se lee, la expresión *remunerativo* lleva implícita la noción de pago, que, en el campo laboral, se generaría como consecuencia de un servicio prestado.

A la luz del Convenio 095 de la OIT, el término “*salario*” significa 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.

Por su parte, el Código Sustantivo del Trabajo, en el artículo 22, al definir el contrato individual de trabajo señala en el numeral 2° que el salario es equivalente a la remuneración, así: “*Quien presta el servicio se denomina trabajador, quien lo recibe y remunera, [empleador], y la remuneración, cualquiera que sea su forma, salario*”.

Este Código también define cuáles elementos integran el salario en los artículos 127 y 128 que señalan:

⁴⁰ <http://dle.rae.es/?w=remunerativo&m=form&o=h>

⁴¹ <http://dle.rae.es/?w=remunerar&m=form&o=h>

⁴² <http://dle.rae.es/?id=WKMS0Si#DrNAgBQ&o=h>



No. Interno: 5415-2018
Demandante: Orlando Hurtado Rincón
Demandado: DIAN

“ARTICULO 127. ELEMENTOS INTEGRANTES. <Artículo modificado por el artículo 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.

ARTICULO 128. PAGOS QUE NO CONSTITUYEN SALARIOS. <Artículo modificado por el artículo 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.”

Sin embargo, aunque estas normas, en principio, no se aplican en la regulación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, tal como lo precisa el artículo 3 del CST “*el presente Código regula las relaciones de derecho individual del Trabajo de carácter particular, y las de derecho colectivo del Trabajo, oficiales y particulares*”, esta Sala ha acudido a esta definición de salario como criterio interpretativo, tal y como se realizó en la sentencia del 6 de julio de 2015⁴³ donde se declaró la nulidad de la expresión “*no constituirá factor salarial para ningún efecto legal*” del artículo 5 del Decreto 4050 de 2008, que regula el incentivo por desempeño grupal.

Ahora bien, en relación con el concepto de salario se advierte que la Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto del 18 de julio de 2002⁴⁴, consideró que:

“El salario “... aparece (...) como la remuneración social más inmediata o directa que el trabajador recibe por la transmisión que hace de su fuerza de trabajo para ponerla a disposición del empleador...”. En efecto, según el artículo 127 del Código Sustantivo de Trabajo (subrogado por el artículo 14 de la ley 50 de 1990) “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.” En similar sentido el artículo 42 del decreto 1042 de 1978 establece que “además de la asignación básica fijada por la ley para los

⁴³ 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

⁴⁴ Concepto N°. 1393, M.P. Flavio Augusto Rodríguez Arce.



No. Interno: 5415-2018
Demandante: Orlando Hurtado Rincón
Demandado: DIAN

diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios.”

Igualmente, la Sección Segunda, Subsección B, en sentencia del 7 de diciembre de 2006⁴⁵ manifestó que *“por salario debe entenderse no sólo la remuneración básica mensual sino todo lo que el empleado percibe por concepto de salario, en otras palabras, todo lo que devengue periódicamente como retribución de sus servicios.”*

De igual manera, la Sección Segunda, Subsección A, ha tenido oportunidad de pronunciarse en torno al concepto de salario así⁴⁶:

“Como las prestaciones sociales y el salario se derivan igualmente de la relación de trabajo, se hace necesario distinguirlas. Constituye salario todo lo que se paga directamente por la retribución o contraprestación del trabajo realizado, en cambio las prestaciones sociales se pagan para que el trabajador pueda sortear algunos riesgos claramente identificables, como por ejemplo el de la vejez (pensión), la enfermedad (seguridad social de salud) y el de la capacidad para laborar (vacaciones).

Las prestaciones sociales no emergen por criterios particulares y concretos, sino por aspectos generales en relación con todos los trabajadores o un grupo considerable de ellos, en cambio el salario sí se constituye frente a casos particulares y concretos, atendiendo un factor objetivo, esto es, en razón a la naturaleza del cargo, y/o otro factor subjetivo, por la persona que desempeña el empleo. El primer factor depende de la responsabilidad y complejidad del cargo o empleo, y el segundo, entre otras circunstancias, según la capacidad, nivel académico o experiencia del empleado.

*Por lo anterior, el salario corresponde a una suma de varios valores que corresponden a varios **elementos salariales**, de los cuales, de conformidad con cada régimen prestacional aplicable, algunos de ellos se tienen en cuenta para las prestaciones sociales, es decir, como factores salariales. (...).”*

En el mismo sentido, en la sentencia del 1 de agosto de 2013⁴⁷, esta Sección estableció que, para efectos pensionales, la prima de riesgo que perciben los servidores del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, tiene carácter salarial, en los siguientes términos:

⁴⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, M.P. Jesús María Lemos Bustamante, proceso con radicado 25000-23-25-000-2000-3609-01 y número interno 3343-04

⁴⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sentencia de 10 de julio de 2008, Radicación N° 15001 23 31 000 2002 02573 01 (2481-07), Actor: Ricardo Nel Ayala Becerra.

⁴⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, proceso con radicado 44001-23-31-000-2008-00150-01 y número interno 0070-2011



No. Interno: 5415-2018
Demandante: Orlando Hurtado Rincón
Demandado: DIAN

“Lo anterior, en primer lugar, porque la jurisprudencia de esta Corporación⁴⁸, ha entendido por salario la remuneración que percibe el trabajador por la prestación de un servicio a favor del empleador, de forma personal, directa y subordinada, el cual, no sólo está integrado por una remuneración básica u ordinaria sino también, por todo lo que bajo cualquier otra denominación o concepto, en dinero o en especies, ingrese al patrimonio del trabajador en razón a la prestación de sus servicios.

Bajo estos supuestos, ha de decirse que todas las sumas que de manera habitual y periódica perciba el trabajador, son factores que integran el salario que éste percibe lo que incide de manera directa en la forma cómo se establecen los ingresos base de cotización y liquidación de una prestación pensional.”

En jurisprudencia más reciente se reiteró este criterio sobre la noción de salario, así, en la sentencia del 6 de julio de 2015⁴⁹:

“Y es que ha sido reiterativa la postura que esta Corporación ha tenido respecto del artículo 127 del C.S.T. en el sentido de que “Constituye salario no solo la remuneración fija u ordinaria, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie y que implique retribución de servicios, sea cualquiera la denominación que se adopte...”. Bajo ese entendido, el mentado “incentivo” que acá se analiza no tiene causa distinta a la del servicio que presta el funcionario e indudablemente es factor salarial, lo que hace forzoso concluir que restarle esa categorización a dicho emolumento y despojar ese porcentaje del salario, sería tanto como desmejorar en sus condiciones laborales a los servidores que devengan tal suma de dinero sin que la misma haga parte del salario.

Por ello, el “incentivo” en mención, es ni más ni menos que una parte de salario que se da por retribución del servicio y no una prestación social a título de complemento para satisfacer las necesidades del empleado o su familia, por 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.”

Con base en los anteriores postulados, resulta válido afirmar que es un criterio de esta Sección que todo pago que tienen por objeto retribuir directamente los servicios del empleado, que no sea ocasional, para cubrir una contingencia a la que pudiera verse sometido que el servidor, tiene naturaleza salarial.

Ahora bien, en el *sub lite*, se advierte que el Gobierno Nacional creó la prima de dirección sin carácter salarial para un grupo de servidores de la DIAN, por lo que conviene examinar los alcances de esta figura dentro del contexto jurídico de la función pública, conforme con el régimen que lo ha regulado antes de la expedición de la Carta de 1991 y después de la misma, a fin de descubrir con la

⁴⁸ Sentencia de 8 abril de 2010. Rad. 1026-2008. M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

⁴⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, M.P. Luis Rafael Vergara Quintero, proceso con radicado 11001-03-25-000-2011-00067-00 y número interno 0192-11



mayor claridad posible la estructura de la figura, dado que ella hace parte del universo jurídico plasmado en la Ley 4ª de 1992.

Para ello es pertinente remitirse a lo que en sentencia 2 de abril de 2009⁵⁰ Exp. No. 11001-03-25-000-2007-00098- 00 (1831-07) Actor: Luis Esmeldy Patiño; en la que se dijo:

“Lo primero que hay que registrar es que conforme al Acto Legislativo surgido del Plebiscito de 1957 (artículo 5º), la función pública quedó vinculada a la carrera administrativa como sistema de acceso y permanencia en el servicio público, es por eso que fue expedida la Ley 19 de 1958, para facilitar un modelo técnico en la clasificación de los empleados públicos que serviría de guía principal para establecer entre otros aspectos, la remuneración de los servidores públicos conforme a los deberes del empleo, la responsabilidad y los requisitos mínimos para la designación; sin embargo, fue solo hasta la conocida reforma constitucional de 1968, que posibilitó la expedición de la Ley 65 de 1967, base normativa para la modernización de la regulación técnica de la función pública, de ahí se derivan los Decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973, 3135 del mismo año y 3148 que lo adiciona, donde surge con regularidad un particular fenómeno jurídico en la remuneración de los empleados del Estado ordinariamente mencionado bajo el título de “primas”, para significar invariablemente, un agregado en su ingreso laboral en ocasiones de naturaleza prestacional y en otras de carácter salarial, o como simple bonificación, pero en todo caso con la constante de representar un incremento en los ingresos derivados de la relación laboral.

En lo específico de la figura tomada en su aspecto salarial, el Decreto 1042 de 1968, contentivo de la clasificación y remuneración de los cargos para los empleos públicos, la noción de “prima” como concepto genérico, emerge a título de reconocimientos económicos adicionales para el empleado a fin de expresar cualidades o características particulares del mismo, que con todo, implican un aumento en su ingreso laboral, es así, como la prima técnica, la prima de antigüedad, la prima de clima, entre otras, representan un sistema utilizado en la función pública para reconocer un “plus” en el ingreso de los servidores públicos, sin importar que en la definición normativa de esencia, sea o no definido su carácter salarial, prestacional o simplemente bonificadorio.

Por consiguiente, la Sala puede señalar que el concepto de prima dentro del régimen jurídico anterior a la expedición de la Carta de 1991, opera invariablemente como un fenómeno retributivo de carácter adicional a la actividad laboral cumplida por el servidor público.” (El destacado es de la Sala)

Posteriormente, con la expedición de la Carta Fundamental de 1991, el concepto mantiene identidad funcional con la manera como el régimen jurídico anterior se refirió a las primas para sobre su estructura representar básicamente un incremento a la remuneración; propiamente es posible reconocer que la Ley 4ª de 1992, retomó los elementos axiológicos de la noción, de manera que volvió a mencionar el concepto de prima como un

⁵⁰ Consejo de Estado – Sección Segunda, sentencia de 2 de abril de 2009, radicado 11001-03-25-000-2007-00098- 00 (1831-07), C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.



fenómeno complementario de adición a la remuneración de los servidores públicos, tal como efectivamente quedó consagrado en los artículos 14 y 15 de dicha codificación; de forma que el entendimiento del concepto en vigencia del sistema de remuneración de los servidores públicos, luego de la Carta de 1991 y conforme a su ley marco, sigue situándose como un incremento, un “plus” para añadir el valor del ingreso laboral del servidor.

*Lo anterior, amerita reflexionar en torno a si asiste razón a la tesis que considera que el concepto de prima dentro de los componentes que integran la remuneración de los servidores públicos, puede válidamente tener significado contradictorio, es decir, negativo a lo analizado o por lo menos, ambiguo para representar al mismo tiempo un agregado en la remuneración y contemporáneamente una merma de efecto adverso en el valor de la misma. Prima facie, es dable afirmar que una noción que representa al tiempo contenidos contradictorios, debe disolverse por la acción de la Justicia, es decir, es carga de la Judicatura entender los alcances del ordenamiento jurídico de forma consistente a la protección de los derechos de las personas - inciso 2° del artículo 53 de la Constitución Política - , todo ello dentro del contexto de un cometido que proporciona y justifica la existencia del Estado, de manera que, atendiendo esta mínima y básica realidad, **no será posible asignar al concepto de prima usado por el Legislador en los artículos 14 y 15 de la Ley 4ª de 1992, una consecuencia diferente a la de representar un incremento remuneratorio.** Este razonamiento, además, es consecuente con el principio de progresividad, constitucionalmente plasmado en el artículo 53 de la Carta Política, ya citado, pues deriva la noción de salario vital y móvil proporcional a la cantidad y calidad del trabajo; justamente, hay que reconocer que la funcionalidad de las “**primas**” en la remuneración de empleados y trabajadores, desarrolla y expresa esta característica conceptual con el alcance jurídico que precisamos dentro el sistema salarial vigente.” (negrilla y subrayado fuera de texto).*

Lo anteriormente transcrito permite concluir que dentro del régimen jurídico anterior a la Carta Política, como en el transcurrir de esta, el concepto de **prima**, entendido como un pago que se le otorga 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.

Con relación a la prima de dirección, cabe mencionar que dicha prestación económica fue establecida, inicialmente, en el artículo 67 del Decreto Ley 1647 de 1991, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 67. PRIMA DE DIRECCIÓN. Es la retribución económica que se reconoce a los funcionarios de carrera tributaria por el ejercicio de las funciones inherentes a las jefaturas, cuando han sido designados o delegados para tal



No. Interno: 5415-2018
Demandante: Orlando Hurtado Rincón
Demandado: DIAN

efecto. La prima de dirección se fijará dentro de las normas de nomenclatura y salarios y **no constituye factor salarial**.

Cuando la prima técnica reconozca el ejercicio de funciones de Director, el funcionario de carrera designado como Director de la Unidad Administrativa Dirección de Impuestos Nacionales, tendrá como prima de dirección, la prima técnica en caso de que ésta fuere mayor.” (Negrilla y subrayado por la Sala).

Posteriormente, el Decreto 1268 de 1999, a través del cual se modificó parcialmente el Decreto 1647 de 1991, por virtud del fenómeno de deslegalización, expuesto en líneas anteriores del marco jurídico de esta providencia, en su artículo 4° también reguló la prima de dirección, así:

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

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

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

a) *Para el servidor de la contribución del sistema específico de carrera designado en la jefatura de la Dirección General, será equivalente al quince por ciento (15%) de la asignación básica mensual del grado 40; (...). (Negrilla y subrayado fuera de texto).*

La expresión “no constituye factor salarial” del referido artículo 4° del decreto 1268 de 1999, fue demandada en simple nulidad ante la Subsección B de la Sección Segunda de esta Corporación, quien, mediante sentencia de 19 de febrero de 2018, radicado N° 11001-03-25-000-2011-00167-00 (0580-2011), declaró la nulidad del aparte demandado, advirtiendo la naturaleza salarial de la referida prestación, en los siguientes términos:

“(…) En el caso bajo análisis, el Gobierno Nacional dispuso que la prima de dirección prevista en el artículo 4⁵¹ 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 jefaturas⁵².

⁵¹ 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 (...)

⁵² Decreto Ley 1072 de 1999



No. Interno: 5415-2018
Demandante: Orlando Hurtado Rincón
Demandado: DIAN

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 Entidad⁵³.

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. (...)”⁵⁴.

Acorde con lo dispuesto en el artículo 4° del Decreto 1268 de 1999, el Gobierno Nacional, estableció nuevamente, sin carácter salarial, la prima de dirección, en el artículo 7° del Decreto 4050 de 2008, así:

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

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

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

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

(...)” (**Negrilla y Subrayado fuera de texto**).

En efecto, revisado el texto del artículo 4° del Decreto 1268 de 1999 en comparación con lo previsto en el artículo 7° del Decreto 4050 de 2008, se

⁵³ Así lo disponía el artículo 62 del Decreto 1072 de 1999, vigente para la fecha de expedición de la disposición acusada.

⁵⁴ Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B, radicado N° 11001-03-25-000-2011-00167-00 (0580-2011), demandante: Zoila María Salazar Carreño y otro, C.P. César Palomino Cortés.



advierte que, si bien, las normas no guardan identidad en su redacción, lo cierto, es que tienen el mismo objeto regulatorio, consistente, en establecer una prima de dirección a favor de los empleados públicos de la DIAN, que ejerzan funciones inherentes a las jefaturas en los cargos de la planta de personal de la entidad.

Así mismo, se colige que las dos normas niegan el carácter salarial de la prima de dirección en los siguientes términos “*La prima de dirección **no constituye factor salarial (...)**”*”

De esta manera, la Sala considera pertinente acoger los argumentos expuestos por esta Subsección en la sentencia de 19 de febrero de 2018, radicado N° 11001-03-25-000-2011-00167-00 (0580-2011), mediante el cual se declaró la nulidad de la expresión “*no constituye factor salarial*” del referido artículo 4° del decreto 1268 de 1999, toda vez que al igual que en esa ocasión, se advierte, en este asunto, que el Gobierno Nacional dispuso que la prima de dirección no constituía factor de salario, sin tener en cuenta que dicha prima textualmente indica que es una “*retribución económica que se reconoce a los empleados públicos del sistema específico de carrera de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, por el ejercicio de las funciones inherentes a las jefaturas, cuando han sido designados para el efecto.*”.

En efecto, del texto de la norma acusada se puede inferir que la prima de dirección se trata de un pago que se reconoce 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 (vigente para la época), una de las situaciones administrativas en las que pueden encontrarse los servidores públicos de la “*contribución*” es la “*designación de jefatura*”, “*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*”⁵⁵.

⁵⁵ Así lo disponía el artículo 62 del Decreto 1072 de 1999, vigente para la fecha de expedición de la disposición acusada. Actualmente, lo relacionado con las situaciones administrativas se encuentra regulado en los artículos 63 y 65 del Decreto 1144 de 2019.



No. Interno: 5415-2018
Demandante: Orlando Hurtado Rincón
Demandado: DIAN

En este sentido, es importante señalar que las funciones relacionadas con la “(...) *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*”, a las que hace referencia las jefaturas en el artículo 62 del Decreto 1072 de 1999, son actividades que se ejercen de manera permanente y habitual dentro de los distintos cargos de liderazgo que conforman la planta de personal de la UAE-DIAN, para cumplir cabal y oportunamente el objeto y el rol misional de la entidad, por lo que no se puede inferir que se trata de una labor ocasional, eventual o esporádica⁵⁶.

Lo anterior, tiene relevancia, teniendo en cuenta que la designación de labores de jefatura no está sujeta a temporalidad preestablecida, pues el artículo 62 del Decreto 1072 de 1999, establece que dicha función “(...) **se hará en forma indefinida, (...)**”, lo cual solo podrá darse por terminado “*cuando sea revocada expresamente por el funcionario competente para efectuarla o por desvinculación del funcionario de carrera de la entidad. (...)*”.

Así las cosas, la Sala considera que el Ejecutivo, al expedir la norma demandada, no solo se apartó de los criterios definidos en la ley 4ª de 1992 para la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores públicos, sino que además desbordó su poder, por cuanto le restó el carácter salarial a una prestación económica que tiene por objeto reconocer una función que se ejerce de forma continua por el servidor de carrera de la DIAN, ocasionando una desmejora del salario de los empleados pertenecientes a la entidad aludida.

⁵⁶ El Decreto 1144 de 2019, regulan la Designación de jefaturas y las reglas para la designación de jefatura en similares términos a lo dispuesto en el Decreto 1072 de 1999, así:

“ARTÍCULO 66. **Designación de Jefatura.** La designación de Jefatura es la situación administrativa por medio de la cual los empleados públicos del Sistema Específico de Carrera Administrativa de la DIAN desempeñan **en forma indefinida**, las funciones de dirección, coordinación, supervisión y control de la Entidad y sus diferentes dependencias.

ARTÍCULO 67. **Reglas de la Designación de Jefatura.** La designación se **hará en forma indefinida**; no obstante, el Director o el Director de Gestión donde se encuentre ubicada la jefatura, podrá darla por terminada en cualquier momento o por desvinculación del servidor del Sistema Específico de Carrera Administrativa de la Entidad.

El servidor deberá tomar posesión de la designación de jefatura dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a su comunicación.

El servidor designado, mientras permanezca en dicha situación, tendrá derecho a devengar:

67.1 La prima de dirección fijada para cada jefatura, y (...).”



En este orden de ideas y en atención al precedente que se expuso anteriormente, la Sala concluye que la prima de dirección es un factor salarial, por cuanto se trata de una suma establecida, en favor del servidor del sistema específico de carrera de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, como una retribución directa por sus servicios prestados, lo cual, la convierte en habitual y periódica, de modo que la expresión “*no constituye factor salarial*”, esta viciada de nulidad por desconocer el concepto de salario en los términos previamente señalados y así se declarara en la parte resolutive de esta decisión.

4.2 El desconocimiento de los derechos adquiridos

Para la parte actora, el Gobierno Nacional, al regular el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, no puede menoscabar los derechos adquiridos, ni desmejorar los salarios y prestaciones sociales, de conformidad con lo dispuesto con los artículos 53 de la Constitución Política y el literal a) del artículo 2° de la Ley 4ª de 1992.

Al respecto, se resalta que según la sentencia C – 279 del 2 de agosto de 1996 “*los derechos adquiridos en materia laboral solamente pueden invocarse respecto de aquellos derechos que el funcionario ha consolidado durante su relación laboral, no sobre expectativas que dependen del mantenimiento de una legislación de derecho público, a cuya intangibilidad no se tiene derecho*”⁵⁷. En este punto, la Corte precisó que: “*en varias ocasiones, la jurisprudencia constitucional del país, expresada por la Corte Suprema de Justicia antes de 1991, y luego por la Corte Constitucional, ha manifestado que no existe derecho adquirido a la estabilidad de un régimen legal. Las normas acusadas bien podían entonces disponer que no se consideran parte del salario, para efecto de liquidar prestaciones sociales, ciertas remuneraciones que, a la luz de criterios tradicionales, deberían haberse tenido como parte de aquel*”⁵⁸.

Así pues, de conformidad con la jurisprudencia Constitucional, los derechos adquiridos son aquellos que han ingresado definitivamente al patrimonio de la

⁵⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, M.P. Dolly Pedraza de Arenas, sentencia del 2 de agosto de 1996, proceso con radicado No. 10995.

⁵⁸ Corte Constitucional, C-279 de 1996, M.P. Hugo Palacios Mejía.



No. Interno: 5415-2018
Demandante: Orlando Hurtado Rincón
Demandado: DIAN

persona⁵⁹; sin embargo, en el presente caso, la prima de dirección, desde su creación en el Decreto Ley 1647 de 1991, no tenía carácter salarial, de modo que nunca ingresaron con dicho carácter al patrimonio de los empleados públicos de la DIAN, que se vincularon a la entidad bajo esa normativa.

En el presente asunto, se observa que el Decreto Ley 1647 de 1991, “*Por el cual se establece el Régimen de Personal, la carrera tributaria, sistema de planta y el régimen prestacional de los funcionarios de la Dirección de Impuestos Nacionales, se crea el Fondo de Gestión Tributaria y se dictan otras disposiciones*”, en el artículo 67 reguló la prima de dirección en los siguientes términos:

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

Cuando la prima técnica reconozca el ejercicio de funciones de Director, el funcionario de carrera designado como Director de la Unidad Administrativa Dirección de Impuestos Nacionales, tendrá como prima de dirección, la prima técnica en caso de que ésta fuere mayor.” (Negrilla y subrayado por la Sala).

Igualmente, sin carácter salarial se reguló la prima de dirección, en el artículo 7° del Decreto 4050 de 2008, así:

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

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

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

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

(...)” (Negrilla y Subrayado fuera de texto).

⁵⁹ Corte Constitucional, sentencias C-584/97 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y C-453/02 M.P. Álvaro Tafur Galvis.



En este orden de ideas, la Sala considera que el Gobierno Nacional, en la norma demandada, al establecer que la prima de dirección, *no es factor salarial*, no desconoció los derechos adquiridos de los servidores públicos de carrera de la Unidad Administrativa Especial de Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales; pues no se trata de derechos que se hayan consolidado en cabeza de los citados empleados públicos, dado que desde su creación en el Decreto Ley 1647 de 1991, no eran considerados factores salariales.

Así las cosas, la Sala concluye que la expresión demanda del artículo 7 del Decreto 4050 de 2008, no desconoce derecho adquirido alguno de los servidores regulados por el decreto en cita. Razón por la cual este cargo planteado por la parte actora no está llamado a prosperar.

4.3 El presunto desconocimiento del derecho a la igualdad

La parte actora manifiesta que la norma demandada desconoce el derecho a la igualdad, por cuanto dispone un reconocimiento preferencial de la prima de dirección, para aquellos que tienen derecho a la prima técnica por estudios de formación avanzada y experiencia altamente calificada, en comparación con aquellos servidores que solo tiene derecho a la prima de dirección.

Al respecto, se debe precisar que el inciso segundo del artículo 7º del Decreto 4050 de 2008, establece expresamente que: “(...) Cuando la prima técnica reconozca el ejercicio de las funciones de los cargos directivos que de acuerdo con la ley tenga derecho a ella, el empleado público de la DIAN tendrá como prima de dirección la prima técnica en caso que ésta fuere mayor. (...)”.

En este sentido, es importante precisar que frente a la prima técnica, el artículo 2ª del Decreto 1268 de 1999⁶⁰, establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 2. Prima Técnica. Consistirá en un reconocimiento económico que, a criterio del Director General de la Entidad y previa certificación de disponibilidad presupuestal, podrá ser otorgado a servidores de la contribución, en los siguientes casos:

⁶⁰ Norma vigente para el momento en que se expidió el Decreto 4050 de 2008.



No. Interno: 5415-2018
Demandante: Orlando Hurtado Rincón
Demandado: DIAN

1. Cuando desempeñen labores de jefaturas de la Dirección General, de las Secretarías, Direcciones, Oficinas, Subdirecciones, Subsecretarías, Direcciones Regionales, Administraciones y Divisiones, y mientras permanezcan en tal situación. En este caso, el monto máximo a otorgarse será hasta del cincuenta por ciento (50%) de la asignación básica mensual y no constituirá factor salarial para ningún efecto. El reconocimiento de la prima a que se refiere este numeral excluye la prima de dirección y no será procedente cuando se trate de jefaturas que tengan asignada prima técnica automática.

2. Para mantener al servicio de la entidad a funcionarios que acrediten títulos de formación avanzada y experiencia altamente calificada, que se desempeñen en cargos cuyas funciones demanden la aplicación de conocimientos técnicos o científicos especializados. El porcentaje máximo que podrá ser asignado en este caso podrá ser hasta del cincuenta por ciento (50%) de la asignación básica mensual y constituirá factor salarial. (...).

La norma transcrita, expresa claramente que el servidor público que la UAE-DIAN, que desempeñe labores de jefatura en la Dirección General, de las Secretarías, Direcciones, Oficinas, Subdirecciones, Subsecretarías, Direcciones Regionales, Administraciones y Divisiones, y mientras permanezcan en tal situación.", tendrá derecho al reconocimiento de una prima técnica equivalente "hasta del cincuenta por ciento (50%) de la asignación básica mensual, la cual no constituirá factor salarial para ningún efecto."

Adicionalmente, indica la norma que el reconocimiento de la prima técnica a que se refiere el numeral 1º del artículo 2º del Decreto 1268 de 1999, excluye la prima de dirección, toda vez que se trata de una prestación económica que se otorga con fundamento en un mismo presupuesto, que consiste en el ejercicio de funciones de jefatura. Lo anterior, tiene fundamento en la prohibición de recibir más de una asignación proveniente del tesoro público, prevista en el artículo 128 de la Carta Política, en concordancia con lo dispuesto en el numeral 14 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002 (hoy numeral 13 del artículo 39 de la Ley 1952 de 2019⁶¹)

⁶¹ "Por medio de la cual se expide el código general disciplinario se derogan la ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario."

(...)

Artículo 39. Prohibiciones. A todo servidor público le está prohibido:

(...)

13. Desempeñar simultáneamente más de un empleo público o recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley. Entiéndase por tesoro público el de la Nación, las entidades territoriales y las descentralizadas. (...).



No. Interno: 5415-2018
Demandante: Orlando Hurtado Rincón
Demandado: DIAN

Así las cosas, contrario a lo manifestado por la parte actora, la interpretación del inciso segundo del artículo 7º del Decreto 4050 de 2008, debe efectuarse conforme con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 2º del Decreto 1268 de 1999, en cuyo contenido se advierte que la prima técnica que se regula de manera especial en el mencionado numeral hace referencia a labores de jefatura que desempeñen los empleados de carrera de la UAE – DIAN, la cual no tendría carácter salarial, al igual que lo dispuso el ejecutivo para la prima de dirección, en el citado Decreto 4050 de 2008.

De acuerdo con lo anterior, no se observa que la norma cuestionada por la parte demandante, comporte un desconocimiento del derecho a la igualdad, pues el monto de la prima técnica que se debe tener en cuenta según el inciso segundo del artículo 7º del Decreto 4050 de 2008, corresponde a la prestación definida en el numeral 1º del artículo 2º del Decreto 1268 de 1999 y no al numeral 2º del referido artículo, que regula el tema de la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada, lo cual no concierne a las funciones de jefatura y/o dirección que tratan en la norma demandada en este asunto. En consecuencia, el cargo, alegado por el actor no está llamado a prosperar.

III.DECISIÓN

Corolario de lo anterior, la Sala declarará la nulidad de la expresión “*no constituye factor salarial*” del artículo 7º del Decreto 4050 de 2008, que se reconoce a los empleados públicos del sistema específico de carrera de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, como quiera que el análisis realizado en esta providencia permite advertir que el Gobierno Nacional se excedió en sus facultades y desconoció los criterios establecidos por el legislador para la fijación del régimen salarial y prestacional de los referidos servidores públicos.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,



No. Interno: 5415-2018
Demandante: Orlando Hurtado Rincón
Demandado: DIAN

FALLA

PRIMERO. DECLARAR la nulidad de la expresión “*no constituye factor salarial*” contenida en el artículo 7º del Decreto 4050 de 2008 que reconoce la prima de dirección en favor de los empleados públicos del sistema específico de carrera de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – UAE DIAN por el ejercicio de las funciones inherentes a las jefaturas, cuando han sido designados para tal efecto; por los motivos expuestos en la parte considerativa de esta providencia

SEGUNDO. Ejecutoriada la presente providencia, por la Secretaría de la Sección, archívese el expediente dejando las constancias del caso.

Se deja constancia de que esta providencia se firma en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, el certificado digital que arroja el sistema valida la integridad y autenticidad del presente documento en el link <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081/Vistas/documentos/validador>

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

CÉSAR PALOMINO CORTÉS
(Firmado electrónicamente)

JUAN ENRIQUE BEDOYA ESCOBAR
(Firmado electrónicamente)

CARMELO PERDOMO CUÉTER
(Firmado electrónicamente)