

REPÚBLICA DE COLOMBIA**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN PRIMERA
SUBSECCIÓN B**

Bogotá, D.C., quince (15) de enero de dos mil dieciocho (2018).

Magistrado Ponente: OSCAR ARMANDO DIMATÉ CÁRDENAS
Radicación: No. 250002341000201702054-00
Demandante: UNIÓN NACIONAL DE TRABAJADORES Y
EMPLEADOS-DIAN
Demandados: DIRECCIÓN NACIONAL DE IMPUESTOS Y
ADUANAS NACIONALES
Referencia: ACCIÓN POPULAR

La Unión Nacional de Trabajadores y Empleados de la DIAN (UTRADIAN), y los señores Tulio Roberto Vargas Pedroza y Alberto Rojas Ladino quienes actúan en nombre propio, en ejercicio de la acción popular consagrada en el artículo 88 de la Constitución Política, demandan a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN con el fin de evitar la vulneración de los derechos e intereses colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público establecidos en los literales *b)* y *e)* del artículo 4º de la Ley 472 de 1998.

Visto el informe secretarial que antecede (fl. 203 cdno. ppal.), en atención a la acción de la referencia, como quiera que la demanda presentada cumple con los requisitos legales consagrados en el artículo 18 de la Ley 472 de 1998 y el artículo 144 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo la misma será admitida.

No obstante, se denegará la medida cautelar solicitada por la parte actora, por las siguientes razones:

a) La parte demandante reclama como medida cautelar la siguiente:

"(...)

CUARTO: *Que se ordene la medida cautelar de urgencia, sobre los \$29.400.000.000, que se encuentran bloqueados y vigentes en la presente vigencia fiscal año 2017, con el fin que sean ejecutados o aplicados en su totalidad el proceso parcial del incentivo por Desempeño Nacional hoy prima de Gestión Tributaria, Aduanera y Cambiaria (Decreto 1746 de 2017), en salario, con el propósito de proteger los derechos e intereses colectivos de los trabajadores de la DIAN, moralidad administrativa y patrimonio público, que se encuentren actualmente amenazados y muy próximos a ser vulnerados, por las condiciones de hecho y de derecho referidas (...)"*.

b) Según lo previsto en el inciso segundo del artículo 2º de la Ley 472 de 1998 la acción popular se ejerce para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o cuando fuere posible restituir las cosas a su estado anterior.

c) En esa dirección, de acuerdo con lo establecido en el artículo 25 de la disposición legal arriba citada, antes de ser notificada la demanda y en cualquier estado del proceso el juez podrá decretar, de oficio o a petición de parte, debidamente motivadas, las medidas previas que estime pertinentes para prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que se hubiere causado, y en particular podrá decretar las medidas contempladas en los literales a) y d) de la norma en cita.

d) En ese contexto, el estudio razonado de los hechos que conduzcan a la aplicación de las medidas solicitadas debe, necesariamente, soportarse en el examen y análisis de los elementos de prueba que se acompañen con la solicitud.

De las pruebas relevantes aportadas por el actor el Despacho observa lo siguiente:

- A folios 39 a 41 del cuaderno principal del expediente obra copia del Decreto 2635 de 17 de diciembre de 2012 "Por el cual se dictan

disposiciones en materia salarial para la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN".

- En los folios 42 a 44 ibidem obra copia del Segundo Acuerdo Proceso de Negociación 2016 UAE DIAN-Organizaciones Sindicales de Empleados Públicos suscrito el 2 de junio de 2016, en el cual se acordó:

"(...)

1º. La Dirección de la DIAN se compromete a más tardar en el mes de agosto de 2016, a radicar y justificar ante las instancias competentes del Gobierno Nacional, para someter a su consideración, un proyecto de decreto que redefina la asignación básica mensual fijada para los empleados de planta de personal de la entidad en dirección a incorporar a ésta el incentivo por Desempeño en Fiscalización y Cobranzas de que trata el artículo 9 del Decreto 4050 de 2008 y el artículo 6 del Decreto 1268 de 1999, respectivamente.

La iniciativa normativa será estructurada por la Administración de manera técnica, jurídicamente viable, con costo adicional, con fundamento en los siguientes criterios: 1) Asignación básica mensual para la presente vigencia 2) Como mínimo el promedio del porcentaje fijado para la vigencia fiscal anterior (año 2015) por concepto de incentivos a que se refiere este acuerdo.

Se precisa que la propuesta normativa a partir de su vigencia generará un impacto en el costo de las prestaciones sociales, en los aportes al sistema de seguridad social, en las contribuciones parafiscales y en las deducciones de los funcionarios, que en ningún caso generará para la DIAN costo adicional al que tiene actualmente.

2º Las organizaciones sindicales y la DIAN consientes de la importancia y el especial interés que le asiste a los funcionarios por el tema a que refiere el numeral 1º, deciden darle el carácter prioritario frente a otras peticiones de naturaleza salarial contenidas en los pliegos, y de esta manera concentrar sus esfuerzos en ello.

3º Las organizaciones sindicales y la DIAN acuerdan que el tema salarial y prestacional no será objeto de discusión del proceso de negociación de 2017 (...)"

- Copia la Exposición de motivos al proyecto de ley "Por medio de la cual se efectúan unas modificaciones al presupuesto general de la Nación para la vigencia Fiscal de 2017" (fls. 50 a 63 ibidem).
- Copia del Decreto No. 1746 del 25 de octubre de 2017, "Por el cual se dictan normas en materia salarial para los servidores de la Unidad Administrativa Especial de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN" (fls. 64 a 67 ibidem), en el cual se establece:

"(...)

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

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

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

La Prima de Gestión Tributaria, Aduanera y Cambiaria para su reconocimiento y pago tendrá dos componentes: uno fijo y otro variable. El componente fijo semestral equivaldrá al 1.83 veces del salario mensual devengado compuesto por los elementos señalados en el presente artículo.

El componente variable se causara semestralmente y será equivalente al 0.17% del salario mensual devengado compuesto por los elementos señalados en el presente

artículo y se pagará siempre que el recaudo acumulado neto del periodo que corresponda, sea igual o superior al noventa y siete por ciento (97%) de la meta fijada por el Consejo Superior de Política Fiscal -CONFIS, ajustada conforme con los supuestos macroeconómicos observados, previa verificación y certificación de la Dirección General de Política Macroeconómica del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

-(Modificado por el art 1 del Decreto 1785 de 2017) Para el reconocimiento y pago de la Prima de Gestión del primer semestre del año, en su componente variable, se tendrá en cuenta el cumplimiento del recaudo acumulado neto de dicho semestre y para el segundo semestre, el cumplimiento del recaudo acumulado neto del año.

El componente fijo se reconocerá en las nóminas de los meses de junio y diciembre del respectivo año, El componente variable, una vez surtida la verificación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se cancelara en dos (2) contados pagaderos en los meses de julio y enero siguientes al pago del componente fijo.

Los empleados de la planta de personal de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN a que se refiere el presente artículo, en caso de no haber laborado el semestre completo, tendrán derecho al pago proporcional de esta Prima, por el tiempo laborado durante el semestre respectivo.

La Prima de Gestión Tributaria, Aduanera y Cambiaria sustituye para todos los efectos legales el Incentivo por Desempeño Nacional.

PARÁGRAFO : *Para efectos del reconocimiento y pago de la Prima de Gestión Tributaria, Aduanera y Cambiaria, del segundo semestre del 2017, se tendrá en cuenta el tiempo laborado durante este semestre para causar el Incentivo por Desempeño Nacional, a la fecha de expedición del presente Decreto (...)"*. (Resalta el Despacho).

- Copia del Correo Director (fl. 69 cdno. ppal.), en el cual se lee:

"(...)

La primera tiene que ver con la firma y publicación en el Diario Oficial del Decreto que transforma el incentivo de Desempeño Nacional en una prima de Gestión Tributaria, Aduanera y Cambiaria, el cual regirá a partir de la fecha (Leer Decreto 1746 de 25 de octubre de 2017).

Este proceso brinda seguridad jurídica a los funcionarios acerca del ingreso que percibirán en el futuro.

Este es un reconocimiento al compromiso acerca de 10 mil trabajadores de la DIAN y al empeño que realizan día a día en sus actividades para alcanzar las metas que benefician al país.

Dicha Prima de Gestión Tributaria Aduanera y Cambiaria, equivale a un máximo a cuatro veces el salario mensual devengado. El equivalente se determina por un componente fijo y otro variable y no constituye factor para liquidar elementos salariales o prestacionales.

El componente fijo permitirá a los funcionarios recibir con seguridad cada seis meses este reconocimiento y establece un pago igual al 1,83 veces el salario mensual devengado cada semestre que será cancelado en las nóminas de junio y diciembre.

El reconocimiento y pago de la Prima de Gestión en su componente variable, también será semestral y corresponde al 0,17 veces el salario mensual devengado. Para otorgarla se tendrá en cuenta el cumplimiento igual o superior al 97% de la meta fijada por el Consejo Superior de Política Fiscal-CONFIS y su pago se hará en los meses de julio y enero. Este componente, es la expresión de un compromiso con una gestión cada vez más eficiente, para seguir cumpliéndole al país.

La segunda noticia, tiene que ver con la Ley de presupuesto en la que se aprobaron los recursos necesarios para que, en enero de 2018, 1834 compañeros que hacen parte de la planta permanente de la DIAN y así puedan seguir contribuyendo en labores importantes como fiscalización, y podamos seguir cumpliendo metas (...)"

- En los folios 75 y 76 del cuaderno principal del expediente obra respuesta emitida por la DIAN a la petición presentada por el señor Tulio Roberto Vargas Pedroza en su calidad de Presidente de UTRADIAN, en la cual se lee lo siguiente:

"(...)

De manera atenta doy respuesta a su derecho de petición de oficio No. 2017-237 en el cual se plantea básicamente las siguientes peticiones:

-Solicita a la DIAN utilizar los recursos adicionados por la Ley 1837 de 2017 (\$29.400 millones que aún se encuentran "bloqueados"), para la conversión del incentivo en salario.

-Dichos recursos (que pueden alcanzar para un 6.8%), deben ser utilizados entre todos los funcionarios para la

conversión gradual y progresiva en salario manteniendo la prima TAC por el valor restante.

-Solicita a la DIAN desbloquear, no devolver ni dejar expirar estos recursos; ejecutarlos en el fortalecimiento del salario de todos los empleados de la Entidad, antes del 31 de diciembre de 2017.

-Lo anterior, en cumplimiento parcial del punto 2 del acuerdo de 2016.

Para empezar es necesario destacar que, en nuestro concepto, la administración ha cumplido cabalmente con lo acordado con las organizaciones sindicales de la entidad, pues como quedó suscrito en el Acuerdo (2) de 2016:

"La dirección de la DIAN se compromete a más tardar en el mes de agosto de 2016 a **radicar y justificar ante las instancias competentes del Gobierno Nacional, para someter a su consideración, un proyecto de decreto que redefina la asignación básica mensual...**" (resaltado y subrayado fuera de texto).

En ese sentido la Dirección de la DIAN ha diseñado, radicado y justificado ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público-MHCP y ante el Departamento Administrativo de la Función Pública-DAFP, los proyectos de decreto con las propuestas de decreto para que el denominado incentivo al Desempeño Factor Nacional pase a ser parte de la Asignación Básica Mensual de los empleados de la Entidad.

Sin embargo, como lo menciona el mismo acuerdo, son aquellas entidades las que dentro de su autonomía y ejerciendo su competencia, deciden sobre la viabilidad o no de la propuesta presentada por la DIAN.

Ahora bien, ante la ausencia de dicha aprobación (la cual debe plasmarse en un Decreto de modificación de la escala salarial para que los empleados de la DIAN), no es posible utilizar los recursos apropiados en el presupuesto de la Entidad para incrementar el salario de los funcionarios sin incurrir en una conducta sancionable disciplinaria, administrativa y penalmente, Adicionalmente es pertinente reiterar que de conformidad con la Ley 4 de 1992, es el Gobierno Nacional el competente para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos.

Por lo anterior, no es posible atender de manera positiva su solicitud.

Adicionalmente le informo que los recursos adicionados por la Ley 1837 de 2017 que aún se encuentran bloqueados (\$29.400 millones), serán apropiados para atender las obligaciones surgidas en la presente vigencia

a raíz de la sustitución del Incentivo al Desempeño Factor Nacional (que se pagaba en el mes de enero de 2018) por la Prima de Gestión Tributaria, Aduanera y Cambiaria (cuyo componente fijo debe pagarse en el mes de diciembre de 2017), de conformidad con las normas legales y presupuestales”.

- Copia del oficio del 1º de noviembre de 2017, remitido al señor Tulio Roberto Vargas Pedroza en su calidad de Presidente de la Unión de Trabajadores y Empleados de la DIAN-UTRADIAN, mediante el cual el Director General del Presupuesto Público Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público informa lo siguiente:

“(…)

La Ley 1815 “Por la cual se decreta el presupuesto de rentas y recursos de capital y la ley de apropiaciones para la vigencia fiscal del 1º de enero al 31 de diciembre de 2017” fue expedida el 7 de diciembre de 2016 y la Ley 1819 “Por medio de la cual se adopta una reforma tributaria estructural, se fortalecen los mecanismos para la lucha contra la evasión y la elusión fiscal y se dictan otras disposiciones” fue expedida el 29 de diciembre de 2016, por tal razón en principio no era posible dar aplicación al artículo 336 de la Ley 1819 de 2016, en el presupuesto aprobado para la vigencia fiscal de 2017.

De tal manera que la variación inicial del presupuesto de gastos de personal era del 5.61% al pasar la apropiación definitiva en el 2016 de \$785.017 millones a una aprobación inicial en la vigencia de 2017 de \$829.068 millones.

De otra parte, en el transcurso de la actual vigencia fiscal mediante la Ley 1837 del 30 de junio de 2017 se realizó una adición presupuestal por valor de \$70.000 millones e igualmente prevé una distribución de recursos para atender el faltante por incremento salarial y el cambio del incentivo por Desempeño Nacional como Prima de Gestión Tributaria, Aduanera y Cambiaria, por valor de \$920.178 millones, para una variación porcentual del 17.22% respecto de la apropiación definitiva de la vigencia 2016”.

- Copia del oficio No. 00790 del 23 de noviembre de 2017, remitido al señor Tulio Roberto Vargas Pedroza, en su calidad de Presidente de la Junta Directiva Nacional de la Unión de Trabajadores y Empleados de la DIAN-UTRADIAN, por el cual el Director de Gestión de Recurso y Administración Económica (e) de la DIAN, realizó las siguientes precisiones:

"(...)

1. La DIAN se comprometió a radicar y justificar ante el Gobierno un proyecto de decreto que incorpora el incentivo por Desempeño Nacional a la asignación básica mensual de los empleados, sin costo adicional para el Estado.

Radicado el proyecto de Gobierno Nacional no lo encontró viable en el ámbito técnico ni jurídico, encontrando viable redefinir el alcance del incentivo por Desempeño Nacional, con las siguientes condiciones:

- *Se redefine el Incentivo por Desempeño Nacional, el cual fue a partir de la vigencia del decreto propuesto, se denomina Prima de Gestión Tributaria, Aduanera y Cambiaria.*
- *Constituye un reconocimiento a la gestión colectiva en el ejercicio de las funciones de los empleados de planta de personal de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN.*
- *Equivale máximo a cuatro (4) veces el salario mensual devengado compuesto por la asignación básica y los siguientes factores siempre y cuando el funcionario perciba:*

- Remuneración por designación de jefatura.*
- Prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada.*
- Incentivo por desempeño grupal.*
- Auxilio de transporte.*
- Subsidio de alimentación.*

La anterior precisión es necesaria para dar certeza jurídica a los beneficiarios de la prima en cuanto a los factores para su liquidación.

- *No constituye factor para liquidar elementos salariales y prestacionales.
Se pagará en dos contados.*
- *Contará con un componente fijo y uno variable.*

- Dado que en los últimos años se ha pagado por semestre en promedio, 1.83 veces del salario devengado valor por el cumplimiento de la meta el Gobierno Nacional considera necesario dejar este monto como fijo para el reconocimiento de esta prima, el cual equivaldrá por semestre a 1.83 veces el salario mensual devengado compuesto por los elementos señalados anteriormente
- El componente variable atado al cumplimiento de metas, causará semestralmente siempre y cuando que el recaudo acumulado neto del periodo que corresponda sea igual o superior al 97% de la meta fijada por el CONFIS a la DIAN. Cumplida esta condición, se reconocerá el equivalente al 0.17 veces el salario mensual devengado compuesto por los elementos señalados anteriormente siempre y cuando se cumplan las metas de recaudo
- En el reconocimiento del primer semestre se tendrá en cuenta el cumplimiento del recaudo acumulado neto de dicho semestre y para el segundo semestre, se tomará en cuenta el cumplimiento del recaudo acumulado neto del año
- El componente fijo se reconocerá en las nóminas de los meses de junio y diciembre del respectivo año
- El componente variable, una vez surtida la verificación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se cancelará en los meses de julio y enero siguientes al pago del componente fijo
- Se reconoce la proporcionalidad en el pago de la prima
- Sustituye para todos los efectos legales el Incentivo por Desempeño Nacional

Con esta propuesta se cumplen los siguientes objetivos:

- Se mantiene el beneficio como motivación para alcanzar metas de recaudo
- Se regula por la autoridad competente dando seguridad jurídica al beneficio
- Por la naturaleza de la prima se mantiene el no carácter salarial
- En ningún caso constituye un gasto adicional actual

Por último el Gobierno Nacional, según la Constitución Política, artículo 150 numeral 19, literales e) y f), tiene la facultad para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y regular el régimen de

prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales, de conformidad con los objetivos y criterios señalados en la Ley 4 de 1992.

Las anteriores consideraciones llevaron a la expedición del Decreto 1746 del 25 de octubre de 2017 "Por el cual se dictan normas en materia salarial para los servidores de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN", en el cual se revisó el Incentivo por Desempeño Nacional y se encontró viable técnica y jurídicamente redefinir el alcance y condiciones sin que en ningún caso constituya un gasto adicional al actual, ni que se pierda el reconocimiento a la gestión colectiva

(...)

De acuerdo con lo anterior, de una parte, el Gobierno Nacional actuó de conformidad con el marco legal vigente y la jurisprudencia del H. Consejo de Estado y de otra parte, la DIAN cumplió con el compromiso adquirido con sus sindicatos contenido en el Segundo Acuerdo de Negociación Colectiva 2016

(...)

6. Mediante el Decreto 2635 de 2012 el Incentivo por Desempeño Grupal se incorporó a la asignación básica en un porcentaje equivalente al 26% que corresponde al máximo a reconocer por ese concepto, lo que comporta que esta redefinición es progresiva por ende se aviene a los principios que rigen las normas de carácter laboral, por consiguiente, lo señalado en este interrogante no resulta acertado.

7. Como se demostró la DIAN ha cumplido el acuerdo sindical en los términos en que se acordó.

8. Lo afirmado en el derecho de petición no es acertado en la medida que el presupuesto de la vigencia 2018 se incrementa en un 15.66 %, el cual excede el límite presupuestal contemplado en el artículo 92 de la Ley 617 de 2000, hecho que no habría sido posible sin la excepción realizada por el legislador a la DIAN en esta materia.

9. Respecto a este interrogante respetuosamente le manifiesto que a diferencia de lo que se indica, esta Administración ha honrado el acuerdo sindical y desde octubre de 2016, inició gestiones tendientes a su cumplimiento, tal y como lo demuestra el oficio 100000202-0162 de octubre 31 de 2016".

- Copia del oficio No. 01062 del 31 de octubre de 2016, dirigido al Ministro de Hacienda y Crédito Público, mediante el cual el

Expediente No. 250002341000201702054-00
Actor: Unión Nacional de Trabajadores y Empleados-DIAN
Acción popular

Director General de la DIAN remite la memoria justificativa y proyecto de decreto *"Por el cual se dictan disposiciones en materia salarial para la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN"* (fl. 81 ibidem).

- Copia del oficio No. 00174 del 8 de marzo de 2017 dirigido al Director General del Presupuesto Público Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público (fl 82 ibidem), mediante la cual el Director de la DIAN remitió la memoria justificativa y proyecto de decreto *"Por el cual se dictan disposiciones en materia salarial para la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN."*
- Copia del oficio No. 00415 del 2 de junio de 2017, mediante el cual el Director de la DIAN da respuesta a la Secretaria General del Ministerio de Hacienda y Crédito Público respecto del decreto por el cual se dictan disposiciones en materia salarial para la DIAN (fl. 83 a 85 ibidem).
- Copia del oficio No. 00535 del 21 de julio de 2017, mediante el cual el Director General de la DIAN remite a la Secretaria General del Ministerio de Hacienda y Crédito Público los ajustes al soporte técnico y proyecto de decreto *"Por el cual se dictan disposiciones en materia salarial para la UAE DIAN"* (fl. 86 ibidem).
- Copia del oficio No. 00579 del 18 de septiembre de 2017 remitido a la Secretaria General del Ministerio de Hacienda y Crédito Público mediante el cual se remite el proyecto de acuerdo mediante el cual se dictan disposiciones en materia salarial para la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN (fl. 87 ibidem).
- Copia del oficio No. 00799 del 10 de octubre de 2017 dirigido al Ministro de Hacienda y Crédito Público por el cual el Director General de la DIAN remite el Proyecto decreto (fl. 88 ibidem).

- Copia del documento denominado Comités Técnicos Sectoriales MGMP 2018-2021 Entidad UAE-DIAN (fls. 91 a 119 ibidem).
- Copia de la respuesta al derecho de petición UTRADIAN del 16 de noviembre de 2017 remitida al señor Tulio Roberto Vargas Pedroza presidente UTRADIAN (fls. 124 a en el cual se le informó:

"(...)

1. ¿Cuáles son los fundamentos de hecho y de derecho para que usted como Ministro de Hacienda y Crédito Público, NO redefina la asignación básica de los empleados de la DIAN, en referencia a que el incentivo por desempeño nacional-factor nacional pase a salario?

Como es de su conocimiento, dadas las competencias constitucionales para fijar los elementos salariales y prestacionales otorgadas al Presidente de la República por el numeral 19 del artículo 150, desarrollado por la Ley 4 de 1992, únicamente la mesa nacional o de ámbito general donde tiene asiento los representantes del Gobierno Nacional, está facultada para discutir los temas que alude la pregunta formulada.

En consecuencia es claro que las mesas singulares o de contenido particular, que las integran los responsables de las entidades y las organizaciones sindicales, carecen de competencia para definir asuntos que la Constitución y la Ley no les asigna.

Por lo anterior es que la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN y sus organizaciones sindicales, acordaron someter a consideración de las autoridades competentes –Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Departamento Administrativo de la Función Pública y Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República un proyecto de decreto para redefinir el incentivo por desempeño nacional del artículo 9 del Decreto 4050 de 2009.

Fue así como el pasado 02 de junio de 2017, la Dirección General de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN, radicó en este ministerio la referida propuesta y puso en consideración del gobierno nacional el asunto.

Es sabido que de conformidad con el Decreto 430 de 2016, a la Función pública le corresponde "proponer, para adopción del gobierno nacional, la política de

remuneración de los servidores públicos orientada al cumplimiento de los principios constitucionales y legales" además de ser la única autoridad en materia salarial y prestacional en sede administrativa.

Por su parte el Ministerio de Hacienda y Crédito Público le compete dar la viabilidad presupuestal en la creación o modificación de beneficios salariales y prestacionales.

En consecuencia, es la Función Pública la autoridad que emite concepto técnico y jurídico para la creación o modificación de salarios y prestaciones sociales, razón por la cual conforma el gobierno con el Presidente de la República en esas materias.

(...)

5. ¿Cuáles son los fundamentos de hecho y de derecho para que usted como Ministro de Hacienda y Crédito Público, NO aplique, NO acate lo expuesto y enunciado por la Comisión de Estudio del Sistema Tributario Colombiano en el informe final de diciembre de 2015, página 245 que enuncia: "La DIAN tiene unos niveles salariales poco competitivos es decir la redefinición de la asignación básica mensual de los empleados de la DIAN, en referencia a que el incentivo por desempeño nacional-factor nacional pase a salario?"

Respuesta: El Decreto 1746 de 2017, modificado por el Decreto 1785 de 2017, que dictó normas en materia salarial para los servidores de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN, en desarrollo de las normas generales de la Ley 4 de 1992, reglamentó el artículo 336 de la Ley 1819 de 2017, que hizo tránsito en el Congreso de la República, luego de revisadas las exposiciones de la Comisión de Estudio del Sistema Tributario Colombiano, en consecuencia la afirmación de la pregunta carece de sustento.

6. ¿Cuáles son los fundamentos de hecho y de derecho para que usted como Ministro de Hacienda y Crédito Público. NO aplique, NO acate lo ordenado por el artículo 336 de la Ley 1819 de 2016, para estructurar un nuevo modelo de sistema de remuneración de los empleados públicos de la DIAN, sin sujeción al artículo 92 de la Ley 617 de 2000, en referencia a la redefinición de la asignación básica mensual de los empleados de la DIAN, en referencia a que el incentivo por desempeño nacional-factor nacional pase a salario?"

Respuesta: La respuesta a la pregunta número 1 atiende a la solicitud, donde se deja claro que el Departamento Administrativo de la Función Pública y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, evaluaron las propuestas

presentadas por la Dirección General de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN y que culminaron con la expedición del Decreto 1746 de 2017, modificado por el Decreto 1785 de 2017, los cuales desarrollaron no solo las normas generales de la Ley 4 de 1992, sino el artículo 336 de la Ley 1819 de 2016. En consecuencia la afirmación de la pregunta carece de sustento.

7. ¿Cuáles son los fundamentos de hecho y de derecho para que usted como Ministro de Hacienda y Crédito Público, NO aplique, NO garantice en materia laboral, la supremacía de la realidad sobre las formas y la favorabilidad en materia laboral, principios reiterados en sendas jurisprudencias donde se detalla todos los factores que constituyen salario?

Respuesta: Para dar respuesta a esta pregunta me permito remitirlo a la parte motiva del Decreto 1746 de 2017, modificado por el Decreto 1785 de 2017, expedido como consecuencia de la solicitud formulada por la Dirección General de la Unidad Administrativa Especial de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN, luego de que el gobierno nacional sometió a consideración los respectivos proyectos a los que alude esta respuesta, agotando el trámite administrativo conforme a las competencias constitucionales mencionadas inicialmente. Lo anterior permite concluir que la afirmación a la pregunta carece de sustento.

Analizadas las pruebas antes transcritas, en este estado de la actuación no es procedente la medida cautelar solicitada, por las siguientes razones:

Advierte el Despacho que la parte demandante solicita como medida cautelar de urgencia, que sobre los \$29.400.000.000, que se encuentran bloqueados y vigentes en la presente vigencia fiscal año 2017, sean ejecutados o aplicados en su totalidad el proceso parcial del incentivo por Desempeño Nacional hoy prima de Gestión Tributaria, Aduanera y Cambiaria (Decreto 1746 de 2017), **en salario**, con el propósito de proteger los derechos e intereses colectivos de los trabajadores de la DIAN, moralidad administrativa y patrimonio público, que se encuentren actualmente amenazados y muy próximos a ser vulnerados, por las condiciones de hecho y de derecho referidas.

Sin embargo, de la lectura de la respuesta al derecho de petición proferida por la DIAN se observa que la citada entidad aduce que ha cumplido cabalmente con lo acordado con las organizaciones sindicales de la entidad, pues como quedó suscrito en el Acuerdo (2) de 2016: "La dirección de la DIAN se compromete a más tardar en el mes de agosto de 2016 a **radicar y justificar** ante las instancias competentes del Gobierno Nacional, para someter a su consideración, un proyecto de decreto que redefina la asignación básica mensual..." (fls. 43 y 44 cdno. ppal.).

Posteriormente, la Dirección de la DIAN diseñó, radicó y justificó ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y ante el Departamento Administrativo de la Función Pública-DAFP, los proyectos de decreto para que el denominado Incentivo al Desempeño Factor Nacional pasara a ser parte de la Asignación Básica Mensual de los empleados de la Entidad.

La citada entidad explicó que ante la ausencia de dicha aprobación por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la Función Pública la cual debe plasmarse en un Decreto de modificación de la escala salarial para que los empleados de la DIAN, no es posible utilizar los recursos apropiados en el presupuesto de la entidad para incrementar el salario de los funcionarios sin incurrir en una conducta sancionable disciplinaria, administrativa y penal, adicionalmente reiteró que de conformidad con la Ley 4ª de 1992, es el Gobierno Nacional el competente para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos.

Por su parte, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público dio respuesta al derecho de petición presentado por los actores populares indicando que la Dirección General de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN, radicó ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público el proyecto de decreto y puso en consideración del gobierno nacional el asunto.

Asimismo, explicó que de conformidad con el Decreto 430 de 2016, a la Función pública le corresponde "*proponer, para adopción del gobierno nacional, la política de remuneración de los servidores públicos orientada al cumplimiento de los principios constitucionales y legales*" además de ser la única autoridad en materia salarial y prestacional en sede administrativa y que por su parte al Ministerio de Hacienda y Crédito Público le compete dar la viabilidad presupuestal en la creación o modificación de beneficios salariales y prestacionales.

Advirtió que el Decreto 1746 de 2017, modificado por el Decreto 1785 de 2017, que dictó normas en materia salarial para los servidores de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN, en desarrollo de las normas generales de la Ley 4 de 1992, reglamentó el artículo 336 de la Ley 1819 de 2017, que hizo tránsito en el Congreso de la República, luego de revisadas las exposiciones de la Comisión de Estudio del Sistema Tributario Colombiano.

Finalmente advirtió que el Departamento Administrativo de la Función Pública y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, evaluaron las propuestas presentadas por la Dirección General de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN y que culminaron con la expedición del Decreto 1746 de 2017, modificado por el Decreto 1785 de 2017, los cuales desarrollaron no solo las normas generales de la Ley 4 de 1992, sino el artículo 336 de la Ley 1819 de 2016.

En ese orden, se tiene que de las pruebas allegadas en esta instancia procesal no son suficientes para determinar la existencia de peligro de violación de los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio público o la inminencia para producirse.

Al respecto, según lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley 472 de 1998 se tiene que: "*la carga de la prueba corresponderá al demandante*", aunque bien puede el juez impartir órdenes para suplir la deficiencia y

obtener los elementos probatorios indispensables para proferir un fallo de mérito, pero, no está autorizado para decretar medidas cautelares sin el necesario y suficiente material probatorio, sin perjuicio de que en el curso del proceso posteriormente pueda adoptar órdenes en tal sentido en desarrollo de la etapa probatoria del mismo.

Atendiendo lo anteriormente expuesto, concluye el Despacho que no es procedente la medida cautelar solicitada, en primer lugar, por la precariedad de la prueba y, en segundo término, porque debe respetarse y garantizarse de modo efectivo el principio y derecho constitucional del debido proceso, y de la debida fundamentación de las decisiones que debe adoptar en cada caso el juez¹, sin que los procesos de acción popular sean la excepción, que toda providencia que deba proferir el juez debe contar con el necesario y suficiente respaldo tanto normativo jurídico como probatorio; pues, es perfectamente claro que sus decisiones deben tener el necesario soporte en el ordenamiento jurídico y, obviamente, en la realidad probatoria que aparezca acreditada en el expediente, sin que le sea posible desconocer los derechos de las partes comprometidas en el proceso, ni desbordar tampoco los límites de su competencia funcional.

En ese contexto, la adopción de medidas cautelares, como lo son las solicitadas en este proceso con el escrito de la demanda, deben estar respaldadas con unos elementos de prueba suficientes que le permitan al juez tener elementos de juicio razonables, ya desde ese primer momento procesal, conocimiento acerca de la violación o amenaza de los derechos e intereses colectivos cuya protección se pretende con la acción.

El anterior aserto encuentra debido respaldo en el criterio fijado por la jurisprudencia contenciosa administrativa acerca del contenido de las medidas cautelares de orden judicial, y los presupuestos que se requieren para ser proferidas. En esa dirección, entre muchos otros

¹ Artículos 2 y 230 de la Constitución Política, y artículos 1, 9 y 55 de la Ley 270 de 1996 (Ley Estatutaria de la Administración de Justicia).

pronunciamientos, resulta de especial ilustración lo expuesto por la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia de 3 de marzo de 2010:

*"En consecuencia, según la forma en la cual se encuentra configurado el sistema para la procedencia y el decreto de medidas cautelares en el ordenamiento legal vigente, puede llegarse a la conclusión, como principio general, que **la sola presentación de la demanda, la sola solicitud de medidas cautelares o la sola constitución de la caución –la cual en algunos casos puede ser insuficiente para cubrir los perjuicios que se llegaren a causar al demandado con la medida– no resultan suficientes para acceder a su decreto, teniendo en cuenta que, en atención a la constante tensión que existe entre el derecho del demandante a hacer efectiva la decisión judicial que se llegare a proferir, frente a los derechos procesales y sustanciales del demandado, se impone la necesidad de contar con criterios objetivos y tangibles superiores a la simple enunciación de pretensiones que conduzcan a la conclusión de que la admisión de las medidas cautelares resulta necesaria y proporcional.**"²*
(negritas adicionales).

Bajo esa directriz jurisprudencial se tiene que, en cada caso objeto de juzgamiento, debe el juez realizar una ponderación, a través de la cual se pueda definir, de manera racional y razonable, seria y responsable, sobre la necesidad del decreto de determinada medida cautelar con el fin de garantizar, en sus justas proporciones, el equilibrio entre el derecho del demandante a alcanzar una tutela judicial efectiva y la menor afectación a los derechos sustanciales y procesales del demandado³, cuya aplicación en el presente asunto conduce a la conclusión que, para ese momento procesal, no es viable decretar las medidas cautelares solicitadas por el demandante.

Así las cosas, como quiera que al expediente no fue aportado medio de prueba suficiente acerca de la determinación del peligro o riesgo de vulneración de los derechos colectivos cuya protección se persigue en esta ocasión, o la inminencia de que éste se produzca, no es procedente

² Expediente 2009-00062-01 (37.590), M.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

³ *Ibidem*.

decretar las medidas cautelares previas solicitadas por el actor, pues, se repite, dicha situación no está acreditada debidamente en el proceso.

En consecuencia, **dispónese**:

1º) Por reunir los requisitos de forma contemplados en el artículo 18 de la Ley 472 de 1998, **admítese** la demanda de la referencia.

2º) Notifíquese personalmente esta decisión al Director de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, y al Ministro de Hacienda y Crédito Público o a quienes hagan sus veces, según lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 472 de 1998, **haciéndoles** entrega de copia de la demanda y de sus anexos.

3º) De conformidad con lo establecido en el inciso final del artículo 18 de la Ley 472 de 1998, **vincúlase** al Director del Departamento Administrativo de la Función Pública, en consecuencia **notifíquesele** personalmente esta decisión.

Adviértaseles a los demandados que disponen de un término de diez (10) días contados a partir de la notificación personal de esta providencia, para contestar la demanda y solicitar la práctica de las pruebas que pretendan hacer valer en el proceso; así mismo, **hágaseles** saber que la decisión que corresponda adoptar en este asunto será proferida en los términos que establece la Ley 472 de 1998.

4º) Para los efectos previstos en el inciso segundo del artículo 13 de la Ley 472 de 1998, **notifíquese** esta providencia a la Defensoría del Pueblo, y **remítase** a las entidades citadas copia de la demanda y del auto admisorio de la misma para el registro de que trata el artículo 80 de dicha disposición legal.

5º) Deniégase la medida cautelar solicitada con la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

6º) A costa de la parte actora, **infórmese** a la comunidad en general, a través de un medio escrito masivo de comunicación de amplia circulación o en una radioemisora de amplia difusión dentro del territorio Nacional, lo siguiente:

"Que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, expediente radicado A.P. No. 250002341000201702054-00, adelanta una acción popular como consecuencia de la demanda presentada por la Unión Nacional de Trabajadores y Empleados de la DIAN (UTRADIAN), y los señores Tulio Roberto Vargas Pedroza y Alberto Rojas Ladino quienes actúan en nombre propio, en ejercicio de la acción popular consagrada en el artículo 88 de la Constitución Política, demandan a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN con el fin de evitar la vulneración de los derechos e intereses colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público establecidos en los literales b) y e) del artículo 4º de la Ley 472 de 1998, con ocasión de la omisión por parte de las entidades demandadas de no aplicar la Ley 1837 del 30 de junio de 2017 en el sentido de atender el proceso de conversión en salario el incentivo por Desempeño Laboral.

Prueba de la anterior comunicación deberá ser allegada al expediente en el término de tres (3) días.

7º) Notifíquese al agente del Ministerio Público delegado ante esta Corporación, de conformidad con lo previsto en los artículos 21 y 43 de la Ley 472 de 1998.

8º) Comuníquese la admisión de la demanda a la Contraloría General de la República para los fines indicados en el inciso final del artículo 21 de la Ley 472 de 1998.

9º) Ejecutoriado este proveído y cumplido lo anterior, **regrese** el expediente al Despacho para continuar con el trámite correspondiente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



OSCAR ARMANDO DIMATÉ CÁRDENAS
Magistrado