

498

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN PRIMERA
SUB SECCIÓN B**

Bogotá D.C., diecisiete (17) de septiembre de dos mil veinte (2020).

Magistrado Ponente: OSCAR ARMANDO DIMATÉ CÁRDENAS
Expediente: No. 25000-23-41-000-2017-02054-00
Actor: UNIÓN NACIONAL DE TRABAJADORES Y
EMPLEADOS DE LA DIAN – UTRADIAN Y
OTROS
Demandado: DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS
NACIONALES - DIAN Y OTRO
Referencia: ACCIÓN POPULAR

Decide la Sala la demanda de acción popular formulada por la organización sindical Unión Nacional de Trabajadores y Empleados de la DIAN – UTRADIAN y los señores Tulio Roberto Vargas Pedroza y Alberto Rojas Ladino contra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para la protección de los derechos e intereses colectivos consagrados en los literales *b)* y *e)* del artículo 4º de la Ley 472 de 1998.

I. ANTECEDENTES.

1. La demanda.

Mediante escrito radicado el 18 de diciembre de 2017 en la Secretaría de la Sección Primera de esta Corporación, la organización sindical denominada Unión Nacional de Trabajadores y Empleados de la DIAN - UTRADIAN, actuando a través de su representante legal, y los señores Tulio Roberto Vargas Pedroza y Alberto Rojas Ladino, quienes actúan en nombre propio y en ejercicio del medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos (acción popular), interpusieron demanda contra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (fls. 1 a 26 vtos. cdno. no. 1) con las siguientes súplicas:

"4. PRETENSIONES

Solicitamos al señor Magistrado o Juez en atención a los hechos y consideraciones expuestas, proferir sentencia de acuerdo con las siguientes pretensiones:

PRIMERA: Que se protejan los derechos colectivos de los empleados de la Unidad Administrativa Especial - Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), con base en lo que ordenó la Ley 1837 del 30 de junio de 2017, mediante la cual se efectuaron unas modificaciones al presupuesto vigencia fiscal 2017, para desarrollar con los \$29.400 mil millones bloqueados y punto de expirar, el proceso total o parcial de conversión en salario del incentivo por Desempeño Nacional; a la moralidad administrativa y al patrimonio público que se encuentran actualmente amenazados y muy próximos a ser vulnerados por las condiciones de hecho y de derecho referidas, porque el Director General de la DIAN y Ministro de Hacienda y Crédito Público y/o autoridades competentes, no realizaron la ejecución presupuestal legal y necesaria ordenada por la ley, para evitar la vulneración efectiva de los intereses y derechos colectivos referidos.

SEGUNDO: Que se ampare los derechos colectivos e intereses de los trabajadores de la DIAN, los cuales fueron vulnerados, por el Director General de la DIAN y Ministro de Hacienda y Crédito Público, por ejecutar en todo o en parte, el presupuesto de los \$80.000 mil millones de pesos, a fines y gastos diferentes a los establecidos en la Ley 1837 del 30 de junio de 2017, con el fin de proteger los derechos e intereses colectivos de los trabajadores de la DIAN, moralidad administrativa, el principio de progresividad laboral y no regresividad y patrimonio público.

TERCERO: Que se ordene al Director General de la DIAN y Ministro de Hacienda y Crédito Público, que adopten los procedimientos y acciones necesarias tendientes a congelar o no expiración de vigencia fiscal año 2017, de los recursos \$29.400 mil millones de pesos sin ejecutar y que se encuentran bloqueados, o se protejan de usos diferentes a los establecidos en la Ley, para que sean aplicados totalmente al proceso parcial de conversión en salario del incentivo por Desempeño Nacional hoy prima de Gestión Tributaria, Aduanera y Cambiaria (Decreto 1746 de 2017), con el propósito de proteger los derechos e intereses colectivos de los trabajadores de la DIAN, moralidad administrativa, el principio de progresividad laboral y no regresividad y patrimonio público explicados, que se encuentran actualmente amenazados y muy próximos a ser vulnerados.

(...)

QUITO: Que se ordene al Director General de la DIAN, Ministro de Hacienda y Crédito Público y/o autoridades administrativas competentes, tramitar y expedir el Decreto en materia salarial de ejecución total de los \$29.400 mm, para 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 encuentran actualmente amenazados y muy próximos a ser vulnerados, por las condiciones de hecho y de derecho referidas.

SEXTO: Que se ordene al Ministro de Hacienda y Crédito Público y Director General de la DIAN, informe o rendición de cuentas detalladas porque a la DIAN le adicionaron los recursos de \$70.000 mm y no de \$80.000 mm, como lo contempló la Ley 1837 de 2017, arrojando una diferencia de la adición presupuestal de \$10.000 mm, recursos que se deben ejecutar para el proceso parcial de conversión en salario del incentivo por Desempeño Nacional, con el fin de avalar la moralidad administrativa, el patrimonio público, el principio de progresividad laboral y no regresividad y los derechos e interés colectivos de los trabajadores de la DIAN, que se encuentran actualmente amenazados y muy próximos a ser vulnerados.

SEPTIMO: Que se ordene al Ministro de Hacienda y Crédito Público y Director General de la DIAN, a prohijar los procedimientos y acciones necesarias tendientes a evitar el daño contingente, a cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos de los trabajadores de la DIAN. Con el fin de garantizar la moralidad administrativa, el patrimonio público, el principio de progresividad laboral y no regresividad, que se encuentran actualmente amenazados y muy próximos a ser vulnerados, por las circunstancias de hecho y de derecho referidas.

OCTAVO: Que se ordene investigación total y absoluta de la adición presupuestal de gastos para la vigencia fiscal año 2017, que aprobó la Ley 1837 de 2017 -Artículo 2 - Sección 1310 - adición funcionamiento, que ejecutaron el Director General de la DIAN y Ministro de Hacienda y Crédito Público, por un valor de \$80.000.000.000 que la Ley 1837 de 2017 destino para que la DIAN, atendiera el proceso de conversión en salario del Incentivo por Desempeño Nacional y provisión gradual de vacantes de la planta de personal, con el fin de respaldar los derechos e intereses colectivos de los

trabajadores de la DIAN, la moralidad administrativa, el patrimonio público, el principio de progresividad laboral y no regresividad, que se encuentran actualmente amenazados y muy próximos a ser vulnerados, por las razones de hecho y de derecho referidas.

NOVENO: Que se ordene al Ministro de Hacienda y Crédito Público y Director General de la DIAN a restituir las cosas a su estado anterior, con el fin de asegurar los derechos e intereses colectivos de los trabajadores de la DIAN, la moralidad administrativa, el patrimonio público, el principio de progresividad laboral y no regresividad, que se encuentran actualmente amenazados y muy próximos a ser vulnerados, por las razones de hecho y de derecho referidas y se reconozca en caso de ser condenado los demandados, lo ordenado por los artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998.

DECIMO: Adoptar las demás medidas que sean necesarias para hacer cesar la vulneración a la moralidad administrativa, el patrimonio público, el principio de progresividad laboral y no regresividad, el daño contingente, el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos de los trabajadores de la DIAN." (fls. 19 a 21 vtos. cdno. no. 1 – Negrillas y subrayado fuera de texto).

2. Hechos.

Como fundamento fáctico, la parte demandante expuso en el escrito contentivo de la demanda, en síntesis, lo siguiente:

1) Informa que en el año 2006 la organización sindical denomina Unión Nacional de Trabajadores y Empleados de la DIAN – UTRADIAN, en el marco de la acción sindical y liderando una alianza intersindical, logró acordar de forma verbal con el Director General de la DIAN de esa época, Dr. Oscar Franco, la conversión del incentivo en salario a costo cero fiscal. Proceso se repitió en el año 2012, en la administración del Director General Juan Ricardo Ortega, lográndose convertir el 26% restante y el costo cero fue el de los derechos administrativos laborales, y no el fiscal.

2) Comunica que la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN tiene un sistema de remuneración flexible: i) asignación básica mensual y ii) incentivo por desempeño nacional equivalente al 200% del salario mensual que se devengue, que se causa por períodos semestrales, por el cumplimiento de las metas de recaudo nacionales, incentivo que viene desde el Decreto 1647 de 1991, artículo 65 literal d), consagrado en el artículo 7 del Decreto 1268 de 1999, modificado por el artículo 9 del Decreto 4050 de 2008 y que se convirtió en Prima de Gestión Tributaria, Aduanera y Cambiaria con el Decreto 1746 de 2017.

3) Informa que, en el segundo gobierno del presidente Santos, estando como Director General de la DIAN el Dr. Santiago Rojas, con fundamento en el Decreto 160 de 2014, en la mesa de negociación DIAN-Sindicatos

lograron un tercer acuerdo en referencia a fortalecer el salario, pasando el 200% de incentivo nacional, a salario.

4) Participa que, el 2 de junio de 2016, el Director General de la DIAN y las organizaciones sindicales, entre ellas UTRADIAN, pactaron, aprobaron y suscribieron los procesos de negociación acuerdos sindicales, entre ellos, el Acuerdo Dos que redefine la asignación básica mensual de los empleados de la DIAN, en relación a que el incentivo por desempeño nacional -factor nacional pase a salario.

5) Señala que, en el punto dos (2) de 2016, acuerdo incumplido a la fecha, se acordó que: *"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 la planta de personal de la entidad en dirección de incorporar a ésta el incentivo por desempeño nacional (...) de que trata el artículo 9 del Decreto 4050 de 2008 y el artículo 6 del Decreto 1268 de 1999, respectivamente"*.

6) Indica que el 20 de marzo de 2017, según el Periódico Portafolio, el Presidente Juan Manuel Santos se reunió con el Ministro de Hacienda, Mauricio Cárdenas, para precisar detalles de la adición al Presupuesto General de la Nación 2017, por un valor de \$6,2 billones.

Anota que, en la exposición de motivos del proyecto de la ley de adición presupuestal 1837 de 2017, en referencia al Sector Hacienda se enuncia que: *"(...) Para la DIAN \$97.3 mm, de los cuales \$80 mm se destinarán a atender el proceso de conversión en salario el Incentivo por Desempeño Nacional y la provisión gradual de vacantes de la planta de personal, y \$17,3 mm en gastos de inversión para el mejoramiento de los servicios informáticos, electrónicos y plataforma tecnológica de la entidad"*.

7) Informa que, mediante la Ley 1837 del 30 de junio de 2017, el Congreso de Colombia efectuó unas modificaciones al presupuesto general de la nación para la vigencia fiscal de 2017 y, en la sección 1310 de la citada ley, le modifica y adiciona al presupuesto del año 2017 de la DIAN la suma de \$97.277.000.000.

142

Asegura que del presupuesto aludido, la Ley 1837 estipula y ordena en adiciones de funcionamiento la suma de \$80.0000.000.000, para que la DIAN atienda el proceso de conversión en salario el incentivo por desempeño nacional y la provisión gradual de vacantes de la planta de personal.

Sin embargo, analizada la ejecución presupuestal de gastos de la DIAN, acumulada al mes de julio de 2017, del presupuesto de gastos de funcionamiento, en la descripción - otros gastos personales - previo concepto DGPPN, la adicción que se refleja es por la suma de \$70.000.000.000 y no por los \$80.000.000.000 que ordenó la Ley 1837 del 30 de junio de 2017, originándose un faltante de \$10.000.000.000, según examen de la ejecución presupuestal mes de julio de 2017, valor que no se sabe a qué gasto diferente se aplicó.

De otra parte, al observarse la ejecución presupuestal de gastos de la DIAN, acumulada al mes de septiembre de 2017, del presupuesto de gastos de funcionamiento, en la descripción - otros gastos personales - previo concepto DGPPN, la adicción por la suma de \$70.000.000.000 y una reducción por la suma de \$ 40.600.000.000, arrojan un saldo por ejecutar vigente de \$29.400.000.000. No obstante que la adicción de la Ley 1837 de 2017 fue por \$80.000.000.000 y no por 70. 000.000.000, luego, el saldo real debería ser por \$39.400.000.000 y no por \$29.400.000.000 como lo expresan las cuentas de la DIAN.

8) Revela que, aunque en el mes de septiembre de 2017, según plan de cuentas de la DIAN, hubo una reducción por el valor de \$40.600. 000.000, esa reducción no se aplicó o ejecutó al proceso de conversión en salario del incentivo por desempeño nacional, es decir, que el patrimonio público correspondiente a los trabajadores de la DIAN, se ejecutó a gastos diferentes y sin tener en cuenta lo establecido en la Ley 1837 de 2017 con relación a la conversión de incentivo en salario.

9) Indica que mediante Oficio No. 2-2017-036768 del 1º de noviembre de 2017, el Director General del Presupuesto Público del Ministerio de Hacienda, Dr. Fernando Jiménez Rodríguez, en respuesta al derecho de petición presentado por UTRADIAN con el fin de agotar el requisito de

procedibilidad de la presente acción popular, manifestó que: "en el transcurso de la actual vigencia fiscal, mediante la Ley 1837 del 30 de junio de 2017 se realizó una adición presupuestal por el valor de \$70.000 millones e igualmente se 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 Cambiaría, por valor de \$21.110 millones, con lo cual la aprobación definitiva sería de \$920.178 millones, para una variación porcentual de 17.22% respecto de la aprobación definitiva de la vigencia 2016".

10) Ante el hecho anterior el señor Jiménez Rodríguez afirma que la adición presupuestal de la Ley 1837 de 2017 a favor de la DIAN fue por \$70.000.000.000, situación totalmente contraria a lo que ordenó la ley mencionada, puesto que, la adicción que ordenó el Legislador fue por \$80.000.000.000 y, no por \$70.000.000.000 millones como lo quiere hacer ver el funcionario del Ministerio de Hacienda.

11) Muestra asombro de que la adición presupuestal que ordenó la Ley 1837 de 2017, se vaya a utilizar parte de ese presupuesto adicional para gastos normales provisionados como son los derivados de realizar el cambio del Incentivo por desempeño Nacional como Prima de Gestión Tributaria, Aduanera y Cambiaría que adelanta el pago de enero de 2018, a diciembre de 2017, y no se utilice en la conversión del incentivo a salario 2017.

Agrega que es totalmente controvertible lo anterior, puesto que, de acuerdo al presupuesto de la vigencia fiscal del año 2017, la DIAN tenía la existencia de los Certificados de Disponibilidad Presupuestal (CDP), expedidos por el jefe de presupuesto. Con el CDP se garantiza la existencia de apropiación presupuestal disponible y libre de afectación para la asunción de compromisos, como era el de cancelar a los empleados de la DIAN el incentivo por desempeño nacional del segundo semestre de 2017, es decir, que el Director General de la DIAN y Ministro de Hacienda y Crédito Público no tenían por qué haber ejecutado el presupuesto adicional de la Ley 1837 de 2017 para realizar el cambio de incentivo a prima, cuando el rublo del incentivo ya tenía certificado de disponibilidad presupuestal.

12) Precisa que el valor de los Registros Presupuestales (RP), de acuerdo a la normatividad vigente, es la operación mediante la cual se perfecciona el compromiso y se afecta en forma definitiva la apropiación, garantizando que ésta no será desviada a ningún otro fin. En esta operación se indica claramente el valor y el plazo de las prestaciones a las que haya lugar.

13) Destaca que de la adición presupuestal que ordenó la Ley 1837 de 2017, esto es, los \$80.000 millones, o los \$70.000 millones que afirma el Director General del Presupuesto Público del Ministerio de Hacienda, hoy solo quedan, vigentes al 31 de diciembre del año fiscal 2017, \$29.400 millones de pesos en el presupuesto de la DIAN, según cuentas de la DIAN. Saldo que se debe utilizar en su totalidad para desarrollar parcialmente el proceso de conversión en salario del incentivo por desempeño nacional, porque la adición presupuestal fue ordenada para el fin mencionado y no para que fuera desviado a otro fin.

14) Indica que, el 16 de noviembre de 2017, con el radicado No. 2-2017-038775, la Secretaría General de Ministerio de Hacienda, doctora Silvia Lucia Reyes Acevedo, en respuesta a derecho de petición presentado por UTRADIAN con el fin de agotar el requisito de procedencia de la acción popular, manifestó: *"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"*. Por lo tanto, asegura que en la Ley de modificación al presupuesto 1837 de 2017, artículo 2 - Sección 1310, se destinaron en adiciones de funcionamiento la suma de \$80.000.000.000 millones, para el proceso de conversión en salario del incentivo por desempeño nacional y la provisión gradual de vacantes de la planta de personal.

Así mismo, la mencionada funcionaria manifestó que *"El día 4 de julio de 2017, la Dirección General de Presupuesto Público Nacional de este ministerio, emite concepto favorable para el trámite del proyecto, considerando que el proyecto tiene como objetivo establecer una recomposición salarial, incorporando el Incentivo por Desempeño Nacional en la asignación básica a costo cero, para lo cual se incrementa la asignación básica en el 19.684%, entre otros"*.

Añade la funcionaria *"Finalmente, el 10 de octubre de 2017, la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, radica en el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, una nueva propuesta de decreto*

conforme lo solicitó el Departamento Administrativo de la Función Pública, la cual fue remitida a la Dirección General de Presupuesto Público Nacional, donde se emitió concepto positivo el 13 de octubre de 2017 y se solicitó un ajuste".

"Lo anterior dio lugar a la expedición del Decreto 1746 de 2017, modificado por el Decreto 1785 de 2017".

15) Precisa que, el Decreto 1746 de 2017, es donde el Incentivo por Desempeño Nacional ahora se denomina Prima de Gestión Tributaria, Aduanera y Cambiaría, y destaca que el 4 de julio de 2017 el Ministerio de Hacienda y Crédito Público dio concepto favorable para el trámite del proyecto que tiene como objetivo establecer una recomposición salarial, incorporando el Incentivo por Desempeño Nacional en la asignación básica a costo cero, para lo cual se incrementa la asignación básica en el 19.684%. Sin embargo, toman un camino diferente que hoy de forma antidemocrática imponen, vulnerando el fin de la Ley 1837 del 30 de junio de 2017, que ordenó que los 80.000 millones son para el proceso de conversión en salario del incentivo por desempeño nacional y la provisión gradual de vacantes de la planta de personal.

16) Comunica que, el 1º de noviembre de 2017, en respuesta al derecho de petición presentado por UTRADIAN, con el radicado No. 2-2017-036768, el Director General de Presupuesto del Ministerio de Hacienda anuncia que: *"e igualmente se prevé una distribución de recursos para atender el faltante por incremento salarial y el cambio de incentivo por Desempeño Nacional como prima de Gestión Tributaria y Aduanera y Cambiaría, por valor de \$21.110 millones".*

Por otro lado, el 12 de diciembre de 2017, en respuesta a derecho de petición presentado por UTRADIAN con el fin de agotar el requisito de procedencia de la acción popular, con el radicado No. 100206216-518, la Subdirectora de Gestión de Recursos Financieros DIAN expresa 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 Cambiaría".*

17) Advierte que se presenta contradicción y esta se refleja en que para el funcionario del Ministerio de Hacienda el faltante por incremento salarial y el cambio de incentivo por Desempeño Nacional como prima de Gestión Tributaria y Aduanera y Cambiaría por un valor de \$21.110 millones, surgen de los recursos normales del presupuesto del Ministerio de Hacienda y para atender el pago adelantado de diciembre de 2017 de la Prima de Gestión Tributaria Aduanera y Cambiaría por un valor de \$29.400 millones bloqueados, se utilizan recursos adicionales destinados a la conversión del incentivo-prima en salario.

Menciona que esas contradicciones llevan a afirmar que la ahora prima, cuyo costo es el mismo, pero con un pago en diciembre adelantado, y que se viene pagando hace muchos años con el presupuesto normal, ahora es extraída del presupuesto adicional de la Ley 1837 de 2017, respuestas difusas, enmarañadas, caóticas y complejas, que no concluyen cuánto dinero sacaron de la Ley 1837 de 2017 para la ahora denominada prima y que lo único claro que dejan, es que para poder adelantar el pago en diciembre de 2017 del incentivo-prima, pagadero en enero 2018, se valen de recursos destinados para otro fin, cuando debían ser atendidos por el Ministerio de Hacienda.

18) Aduce que según la respuesta de la DIAN, el adelanto del 183% de la prima que pagaran en los últimos días de diciembre de 2017, costaron \$29.400 millones adicionales, pero la realidad es que, deben pagarse con recursos normales del presupuesto. Por lo que, en la pantalla siguen apareciendo dichos \$29.440 millones como recursos bloqueados y vigentes, los cuales deben ser destinados únicamente a la conversión del incentivo en salario.

19) Precisa que en el transcurso de la vigencia fiscal 2017, mediante la Ley 1837 del 30 de junio de 2017, se realizó una adición presupuestal por el valor de \$70.000 millones e igualmente se 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 Cambiaría, por valor de \$21.110 millones, con lo cual, la aprobación definitiva sería de \$920.178 millones, para una variación

porcentual de 17.22% respecto de la aprobación definitiva de la vigencia 2016.

20) Señala que la Constitución y la ley son para aplicarlas y cumplirlas, pero causa asombro y desconcierto que el Director General de la DIAN, el Ministro de Hacienda y Crédito Público y la Dirección del Departamento de la Función Pública, con su actuar y acción contradictoria, trasgreden abiertamente preceptos constitucionales y legales, como lo que contemplan la Ley 1819 de 2016 (artículos 336) y la Ley 1837 de 2017 (artículo 2 - sección 1310) y el Decreto 16 de 2014.

21) Indica que Ley 1837 de 2017 destinó para el proceso de conversión en salario del incentivo por desempeño nacional y la provisión gradual de vacantes de la planta de personal el valor de \$80.000 millones, pero según plan de ejecución de cuentas de la DIAN, la ejecución presupuestal de gastos de la DIAN, acumulada al mes de julio de 2017, del presupuesto de gastos de funcionamiento, en la descripción - otros gastos personales - previo concepto DGPPN, la adicción que se refleja es por la suma de \$70.000 millones y no por los \$ 80.000 millones que ordenó la Ley 1837 del 30 de junio de 2017, originándose un faltante de \$10.000.000.000, según examen de la ejecución presupuestal mes de julio de 2017, valor que no se sabe a qué gasto diferente se aplicó.

22) Anota que, en la adición para todas estas ejecuciones necesarias que incluyen la conversión del incentivo-prima en salario, el Ministerio de Hacienda tiene una deuda social con la DIAN quien es la que debe actuar, ya que lo asignado es de 80 mil millones de pesos, para cubrir todas estas necesidades de la entidad que está cobrando el IVA, en ese caso, el rubro para la conversión de la prima en salario podría ser de \$39.400 mil millones de pesos, distribuidos de la siguiente manera, reposan en la DIAN \$29.400 mil millones y en el Ministerio de Hacienda deben reposar \$10 mil millones. Con los cuales la DIAN y el gobierno nacional pueden cumplir parcialmente, por cuanto esos recursos asignados, no alcanzan para convertir toda la prima en salario, asunto que permitirá que subsistan ambas, fortaleciendo el salario, y dejando solo una parte del salario, para la aplicación de la prima.

23) Menciona que la DIAN, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la Dirección General de Presupuesto y la Función Pública desconocen que están en la obligación de aplicar y ejecutar las leyes y cumplir con el acuerdo de negociación colectiva como parte de un proceso progresivo de conversión de los incentivos en salario y aplicar los \$29.400 millones a la conversión prima a salario, garantizando a los empleados de la DIAN la progresividad.

Aduce que, con base en la Ley 1837 de 2017 (artículo 2 sección 1310 - adiciones de funcionamiento), como mínimo la DIAN puede ir convirtiendo paulatinamente el incentivo de desempeño nacional a salario acordado, hoy denominado prima aduanera, tributaria y cambiaria, de forma tal que se avance en el porcentaje correspondiente a los recursos asignados que están en el orden de los \$29.400 millones, asunto que debe aclarar la DIAN y el Ministerio de Hacienda.

24) Advierte que el Gobierno Nacional, DIAN y Ministerio de Hacienda y Crédito Público, progresivamente, deben cumplir totalmente con el acuerdo DIAN-Sindicatos y que se desarrolle en su totalidad el proceso de conversión prima a salario, e indica que los artículos 25 y 53 que protegen el derecho al trabajo y el 55 que protege la negociación colectiva, así como el Decreto 160 de 2014, y el bloque de constitucionalidad y las garantías de orden jurisdiccional, dan un margen de lucha a partir del activismo judicial para el cumplimiento de los acuerdos, por tratarse de un estado social de derecho.

25) Asegura que los empleados de la DIAN adquirieron el derecho primero por convención, cuando negociaron por ser parte de un proceso progresivo en el tiempo de acuerdos colectivos y conversión de incentivos en salarios, y con fundamento legal, cuando se produjo la ley de adición presupuestal, teniendo en cuenta que específicamente dentro de los 80 mil millones asignados a la DIAN, se fijó un rubro para la conversión de incentivo-prima en salario, y el lleno de vacantes, de los cuales quedan disponibles en la DIAN \$29.400 millones, y desconociendo cuales fueron las demás ejecuciones presupuestales.

Sostiene que la DIAN está en la obligación de ejecutar todo el presupuesto asignado, así no alcance a convertir todo el incentivo en salario, nada prohíbe seguir conviviendo prima y salario, derivado de la protección de progresividad del derecho al trabajo. Por ende, los recursos deben aplicarse hasta el porcentaje donde alcancen, y no como pretende regresivamente la DIAN, en una política de todo o nada, no aplicar nada, violando el acuerdo colectivo y la orden del Congreso de la República, y olvidando que su deber como administrador público es moverse prontamente al objetivo legal y al objetivo negociado.

26) Alega que los recursos sociales - presupuesto adicional, para fortalecer el salario de los servidores públicos de la DIAN en 19.69%, fueron conseguidos en la negociación colectiva y están asignados en la ley, no son de libre disposición de la DIAN. No obstante, por no ser suficientes, la DIAN y el Ministerio de Hacienda, así como la Función Pública, prefieren incumplir, que cumplir parcialmente, prefieren omitir la ejecución de dichos recursos sociales, acción violatoria de derechos adquiridos.

27) Manifiesta que la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, al ser una entidad adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, está en la obligación de cumplir los lineamientos de política fiscal que le indique dicho ministerio y enmarcar su programa o presupuesto al cumplimiento de lo que ordene la ley y las autoridades competentes, lo que no sucede en la DIAN, ya que no cumple ni aplica las leyes antes referidas y el presupuesto adicional que le otorgan a la entidad, como es el caso de los \$80.000.000.000, que se utilizan para los demás asuntos presupuestados y se niega por omisión a utilizarlos para el proceso de conversión del incentivo del desempeño nacional a salario, no se cumple ni se aplica a cabalidad la Ley 1837 de 2017, y se desconoce si le dan una aplicación diferente a la establecida en la ley.

28) Destaca que el presupuesto apropiado para la DIAN para la vigencia fiscal año 2017 es de \$1.362.825 millones de pesos, los cuales se distribuyen así: i) funcionamiento \$1.088882.2 millones de pesos; ii) gastos de personal \$899.068,2 millones de pesos; iii) gastos generales \$166.560,8 millones de pesos; iv) transferencias \$23.253,2 millones de pesos y v) inversión \$273.245,9 millones de pesos, cifras que se extraen de

la rendición de cuentas DIAN 2017 con corte al 31 de agosto de 2017. Pero además, que en este presupuesto no se incluyen los \$80.000.000.000 millones de pesos que otorgó la Ley 1837 de 2017 de modificación o adición presupuestal al presupuesto DIAN, para, entre otros, el proceso de conversión del incentivo por desempeño nacional a salario durante la vigencia fiscal de 2017.

29) Señala que la DIAN tiene el deber y la obligación constitucional y legal de ejecutar todo el presupuesto que le fue asignado para la vigencia fiscal de 2017, más el presupuesto adicional contemplado en la Ley 1837 del 30 de junio de 2017 - artículo 2 - sección 1310, presupuesto que debe ser liquidado o ejecutado en los ítems *adiciones de funcionamiento y adiciones de inversión*, como lo ordenó el legislador y las autoridades competentes, de acuerdo con la Ley 819 de 2003 y el Decreto 1608 de 2015 y el Decreto Único Reglamentario del Sector Hacienda y Crédito Público, presupuesto que debe ser ejecutado durante el año fiscal como se aprobaron, es decir, que la DIAN debe hacer uso eficiente de los recursos financieros disponibles, para los fines que le fueron ordenados y definidos y ejecutar plenamente el presupuesto que se programó durante la vigencia fiscal de 2017.

30) Asegura que la Dirección General de la DIAN y demás autoridades competentes que direccionan el presupuesto e intervienen en la DIAN transgreden reiteradamente la Constitución y las leyes, puesto que no cumplen ni acatan lo que dispuso y ordeno el Legislador en referencia al presupuesto o recursos financieros otorgados a la entidad y, otras veces dan aplicaciones diferentes al presupuesto, no dan estricto cumplimiento a lo que ordena el artículo 334 de la Constitución Política - Acto Legislativo 3 de 2011 - que crea el criterio de la sostenibilidad fiscal y a la Ley 1473 de 2011 que dispone la regla fiscal y la Ley 819 de 2003 y el Decreto 1608 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Hacienda y Crédito Público.

31) Frente a los acuerdos DIAN-Sindicatos, aduce que es importante tener en cuenta el espíritu legislativo de las Leyes 223 de 1995, 1815 de 2016, 1819 de 2016 y 1837 de 2017, respecto a que los salarios de los servidores públicos deben mantener su poder adquisitivo y que los ajustes salariales deben respetar el principio de progresividad y prohibición de regresividad.

Indica que ejemplos de la progresividad están en las motivaciones de la Ley 1815 de 2016 de rentas y recursos de capital apropiaciones para la vigencia fiscal del 1º de enero al 31 de diciembre de 2017, que enuncia en el anexo al mensaje presidencial - proyecto de presupuesto general la Nación 2017 - 2.4 BASES PARA LA PROGRAMACIÓN DEL PRESUPUESTO DE 2017: *"Gastos de personal. En la programación de los gastos de personal incluidos en el presupuesto de 2017 se tuvieron en cuenta las sentencias de la Corte Constitucional en materia salarial y los objetivos de la política social. La Corte ha señalado que los salarios de los funcionarios públicos deben mantener su poder adquisitivo, los ajustes salariales deben respetar el principio de progresividad (...)",* y en la motivación Ley 1837 del 30 de junio de 2017 - Modificación al presupuesto general de la Nación para la vigencia fiscal de 2017, donde, en mención al principio de progresividad - proceso de conversión en salario el incentivo por desempeño nacional, enuncia que: *"Para la DIAN \$97.3 mm, de los cuales \$80 mm se destinarán a atender el proceso de conversión en salario el Incentivo por Desempeño Nacional y la provisión gradual de vacantes de la planta de personal, y \$17,3 mm en gastos de inversión para el mejoramiento de los servicios informáticos, electrónicos y plataforma tecnológica de la entidad".*

32) Añade que protección de los derechos fundamentales suplicados se solicita porque a la DIAN, el Congreso de la República mediante la Ley 1837 del 30 de junio de 2017 le aprobó presupuesto adicional en el valor de NOVENTA Y SIETE MIL MILLONES DOSCIENTOS SETENTA Y SIETE MILLONES (\$97.277.000.000), ley que estipula y ordena en adicciones de funcionamiento la suma de OCHENTA MIL MILLONES DE PESOS (\$80.0000.000.000) para que la DIAN atienda el proceso de conversión en salario del incentivo por desempeño nacional y la provisión gradual de vacantes de la planta de personal.

Asegura que la anterior afirmación también se desprende de la exposición de motivos del proyecto de la ley mencionada, puesto que, en referencia al Sector Hacienda enuncia que: *"(...) Para la DIAN \$97.3 mm, de los cuales \$80 mm se destinarán a atender el proceso de conversión en salario el Incentivo por Desempeño Nacional y la provisión gradual de vacantes de la planta de personal, y \$17,3 mm en gastos de inversión para el mejoramiento de los servicios informáticos, electrónicos y plataforma tecnológica de la entidad".*

33) Aduce que el amparo de protección social, es un mecanismo urgente, con el fin de evitar un perjuicio irremediable en contra de los derechos de los trabajadores de la DIAN afiliados a UTRADIAN y no afiliados, derechos que están amenazados y conculcados, debido a que el presupuesto adicional ordenado en la Ley 1837 de 2017 no se aplicó ni se utilizó, ni se han ejecutado los 80.000 millones para atender el proceso de conversión del incentivo a salario, recursos sociales derivados del acuerdo colectivo y asignados presupuestalmente a la DIAN en la ley de adición presupuestal (Ley 1837 de 2017). Adición presupuestal que ordenó el Congreso de la República para el fortalecimiento del salario de todos los empleados de la DIAN, en cumplimiento de lo establecido en la ley de adición presupuestal y en los acuerdos de conversión de incentivo en salario, para un cumplimiento parcial, del acuerdo Dian-sindicatos 2016.

34) Destaca que, a la fecha de presentación de la demanda, de los OCHENTA MIL MILLONES DE PESOS (\$80,0000.000.000), la DIAN solo cuenta con 29 mil 400 millones de pesos, que deben ser protegidos siempre por el Estado, como todo derecho social adquirido, pues, un derecho de desarrollo progresivo no puede ser vulnerado con una decisión regresiva, por la no aplicación de estos recursos, al cumplimiento parcial de la negociación colectiva.

36) Finalmente, expone que cuando la DIAN toma la decisión de no utilizar en todo o en parte los 80 mil millones destinados a la conversión del incentivo en salario, está siendo regresiva, cuando el deber de la DIAN es avanzar en la solución del acuerdo y convertir la prima en salario hasta donde los recursos presupuestados le alcancen, pagar el restante como prima y presentar una propuesta para renegociar con las organizaciones sindicales el plazo para terminar de cumplir el acuerdo, tal y como lo deja claro la Corte Constitucional en sentencia C-556 de 2009 que expone y enuncia el principio de progresividad.

3. Derechos e intereses colectivos presuntamente afectados.

Con la presente acción se pretende la protección de los derechos e intereses colectivos a la *moralidad administrativa* y la *defensa del patrimonio público*, consagrados en los literales b) y e) del artículo 4º de la

Ley 472 de 1998 "Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones".

4. Contestación de la demanda.

La demanda de la referencia fue admitida por auto del 15 de enero de 2018 (fls. 204 a 224 cdno. no. 1), providencia en la cual el Magistrado Sustanciador ordenó la notificación del inicio del proceso al Director de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN y al Ministro de Hacienda y Crédito Público o de quienes hagan sus veces, pero además, de conformidad con lo establecido en el inciso final del artículo 18 de la Ley 472 de 1998, dispuso la vinculación al presente asunto, para que integrara la parte demandada, del Departamento Administrativo de la Función Pública, ordenando que se le notificara del inicio del proceso personalmente a su Director o a su delegado o quien haga sus veces.

4.1 Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Mediante escrito del 6 de febrero de 2018, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a través de apoderado judicial, contestó la demanda de la referencia manifestando oponerse a que se le vincule como responsable en los supuestos hechos que prohicieron la instauración de la presente acción popular, toda vez que no se encuentra acreditada la relación causal que por omisión de esta entidad haya conducido a la presunta vulneración de los derechos e intereses colectivos de los empleados de la DIAN, ya que las actuaciones desplegadas, tanto previa como posteriormente a la expedición de la Ley 1837 del 30 de junio de 2017, particularmente en lo establecido en su artículo segundo (2º) - Sección 1310, se acogen plenamente al ordenamiento superior y legal, particularmente al Estatuto Orgánico de Presupuesto, de manera especial al artículo segundo (2º) - Sección 1310 - de la Ley 1837 del 30 de junio de 2017 (fls. 270 a 278 vtos. cdno. no. 1), manifestando, en síntesis, lo siguiente:

Manifiesta que al actor popular le incumbe demostrar que la acción u omisión que han prohicido los señalados como responsables y que han conducido a la transgresión de los derechos colectivos cuya reivindicación demanda, o en su defecto, que del caudal probatorio allegado al proceso el

operador judicial pueda inferir la conculcación del derecho o derechos colectivos indicados por el actor como vulnerados, por cuanto de no hacerlo, sería imposible para el operador judicial impartir las órdenes necesarias tendientes a que las entidades o personas responsables adopten las medidas que se requiera para conjurar los efectos de su accionar o de su omisión.

Precisa que, en el presente asunto, el punto neural del debate consiste en que el Ministerio de Hacienda, presuntamente, vulneró los derechos a la moralidad pública y al patrimonio público con motivo de la inaplicación de lo establecido en el artículo 2º - Sección 1310 - de la Ley 1837 del 30 de junio de 2017 *"Por la cual se efectúan unas modificaciones al Presupuesto General de la Nación para la vigencia fiscal de 2017"*.

Destaca que la vulneración a la moralidad administrativa supone por regla general el quebrantamiento del principio de legalidad, conclusión que resulta apenas lógica en la medida en las actuaciones de los servidores públicos en ejercicio de las funciones a ellos atribuidas deben estar presididas por el principio de legalidad, pues, quien actúa en ese ámbito - legal - mal puede atentar contra la moralidad administrativa en la medida en que tales actuaciones se encuentran amparadas en las normas correspondientes, es decir, que son ejecutadas en cumplimiento de un deber legal. De otro lado, la vulneración a la moralidad administrativa implica, además, la presencia del deseo particular de favorecer el interés del propio servidor público o de un tercero en detrimento del interés general.

Indica que, resulta claro en este asunto, tal y como se desprende del libelo de la acción impetrada, que los accionantes pretenden endilgarle una acción atentatoria contra el derecho a la moralidad administrativa y el patrimonio público, con motivo de la supuesta inaplicación de lo dispuesto en el artículo 2º de la Ley 1837 de 2017, Sección 1310, mediante el cual se apropió una partida de OCHENTA MIL MILLONES DE PESOS (\$80.000.000.000,00), con destino a gastos de funcionamiento de la Unidad Administrativa de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN -, cargo que formulan, bajo las siguientes consideraciones:

"... hasta el momento han sido destinados los recursos señalados a gastos totalmente diferentes a los expresamente señalados en la norma aludida, afectando los derechos colectivos de los trabajadores de la DIAN y el patrimonio público porque de los \$ 80 mm no se empleó nada para la conversión del incentivo en salario en cumplimiento de sus atribuciones de conformidad con la Ley 1837 de 2017. De estos 80 mil millones actualmente a la DIAN le quedan 29.400 millones de pesos tal y como lo muestra el informe de gestión del gasto."

Al respecto, señala que, tal acusación es ajena a la realidad, en la medida que se funda en apreciaciones de carácter meramente subjetivas carentes de asidero real, tornándola más bien en temeraria en cuanto formula acusaciones que ponen en evidencia el desconocimiento técnico que amerita la ejecución del presupuesto, pues, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público se ciñó de manera rigurosa al Estatuto Orgánico de Presupuesto, y de forma particular, a lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 1837 de 2017.

Agrega que resulta por demás ilusorio pretender que existe interés de alguno de los funcionarios que intervinieron en este asunto para favorecer algún interés particular o de un tercero en contravía del interés general.

Finalmente, aduce que, teniendo como trasfondo el marco conceptual señalado por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional que define en primera instancia el alcance de lo que ha de entenderse por derecho colectivo a la "moralidad administrativa", y en segundo lugar, por derecho colectivo al patrimonio público, considera que al no haberse infringido por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público el derecho a la moralidad administrativa como consecuencia de los trámites presupuestales efectuados con motivo de la aplicación de lo dispuesto Ley 1837 del 30 de junio de 2017, particularmente en lo establecido en su artículo segundo (2º) - Sección 1310, mal pudo atentar contra el derecho al patrimonio público, toda vez que, como lo ha sostenido la jurisprudencia unánime del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, la infracción al derecho a la moralidad administrativa de suyo conlleva un desconocimiento al ordenamiento legal, desapego que se echa de menos, y por lo mismo, huelga concluir que sin haberse producido tal infracción al ordenamiento que rige al manejo presupuestal, mal puede haberse configurado una actuación atentatoria contra el patrimonio público, pues, se actuó al amparo de un deber legal.

4.2 Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN.

Mediante escrito del 7 de febrero de 2018, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, a través de apoderado judicial, contestó la demanda de la referencia (fls. 302 a 309 vtos. cdno. no. 1), proponiendo argumentos de defensa, los siguientes medios exceptivos:

a) *"Improcedencia de la acción"*, puesto que, si bien el actor popular señala como vulnerados derechos o intereses colectivos, tales como la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público, tales vulneraciones están determinadas en las presuntas violaciones contenidas en el 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 Dirección de impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN"*, en especial, la fuente de su financiación, al no determinarse en el decreto que la prima de gestión tributaria, aduanera y cambiaría, que regula fuera factor salarial, desconociendo la Ley 1837 de 2017, que presupuestaba recursos para convertir el incentivo por desempeño nacional equivalente al 200% de la asignación básica mensual, para a convertirse en salario, vulnerándose las normas presupuestales fuente de financiamiento, de lo anterior, no se vislumbra que en realidad lo señalado en la demanda constituyan derechos de carácter colectivo.

Las acciones populares consagradas en el inciso primero del artículo 88 de la Constitución Política y reglamentado por la Ley 472 de 1998, tienen como finalidad la protección de los derechos e intereses colectivos, cuando éstos resulten amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares.

El mecanismo de las acciones populares busca la protección de los derechos e intereses colectivos, lo cual no quiere decir que pueda ejercerse para lograr la reparación, bien sea individual o plural, del daño que ocasione la acción u omisión de las autoridades o de los particulares, los derechos fundamentales que se consideren vulnerados, o buscar la legalidad de actos administrativos por cuanto para ello el Constituyente y el legislador han previsto otro tipo de acciones, como las acciones de grupo o de clase, o las acciones de nulidad simple.

En el presente caso, no se encuentran acreditados los presupuestos probatorios suficientes para verificar la existencia y vulneración de los derechos colectivos, lo evidenciado corresponde a la impugnación a del Decreto 1746 del 25 de octubre de 2017, al no determinar como factor de salario la prima dispuesta en virtud del financiamiento señalado en la ley de presupuesto, lo cual tienen una vía diferente para su reclamación, como lo sería el contencioso de simple nulidad y no la acción preferente contenida en la Ley 472 de 1998.

b) "*Inexistencia del derecho colectivo de moralidad administrativa*", dado que, si bien es cierto la Ley 472 de 1998 erigió como derecho colectivo la moralidad administrativa, también lo es que sólo se puede aseverar que tal derecho ha sido vulnerado o amenazado cuando el agente ha actuado de forma dolosa. Así, para la prosperidad de la vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa, se tiene que demostrar que la entidad accionada incurrió en tal infracción de manera dolosa o por razones de conveniencia u oportunidad para satisfacer un interés personal, presupuestos que no se cumplen en el caso *sub examine*, pues, se echan de menos en el plenario las pruebas que permitan establecer una conducta "deshonesta y mal intencionada" como elemento necesario para considerar conculcado dicho derecho por parte la entidad.

De otra parte, el derecho colectivo a la moralidad administrativa impone al actor popular la carga procesal de indicar de qué manera se violentó, indicando la acción u omisión que dio lugar a ello, y qué norma se pretermitió con la finalidad de obtenerse un indebido provecho, presupuesto que no concurre en este caso, toda vez que el actor simplemente se limita a señalar que la Ley 1837 de 2017 fue vulnerada en virtud de la expedición de Decreto No. 1746 del 25 de octubre de 2017, pues los dineros presupuestados en la ley no fueron aplicados en debida forma en el decreto que trasformó el incentivo por desempeño nacional en Prima de Gestión Tributaria, Aduanera y Cambiaría PGTAC, afirmación que no tiene sustento alguno, pues, el proceso de transformación del incentivo por desempeño nacional en la prima aludida que inició en un acuerdo laboral y culminó con la expedición del decreto que regula la prima y su financiación, se determinó conforme a las partidas presupuestadas,

liquidadas y ejecutadas, no solo conforme a la Ley 1837 de 2017, sino a las competencias determinadas por la constitución y la ley para la fijación del salario de los empleados de la UAE-DIAN.

c) *"A la interpretación sistemática de la Ley 1837 del 30 de junio de 2017, improcedencia de la acción al no vulnerarse el derecho a la moralidad administrativa"*, puesto que no resulta afortunada la interpretación que el actor popular hace de la Ley 1837 de 2017, la cual realiza de forma descontextualizada y no atiende a las circunstancias de modo, tiempo y lugar que originaron la adición presupuestal determinada en la ley, pues, los recursos dispuestos en la ley están destinados a atender la nueva regulación del incentivo por desempeño nacional, hoy Prima de Gestión Tributaria, Aduanera y Cambiaria PGTAC, contenida en el Decreto 1746 del 25 de octubre de 2017, prima que tuvo su origen en el segundo acuerdo de negociación colectiva para el año de 2016, en el marco de la negociación dispuesta por el Decreto 1072 de 2015.

Si bien es cierto las partes del acuerdo determinaban la presentación de un proyecto de decreto para redefinir la asignación básica de los empleados de la UAE-DIAN en dirección de incluir los incentivos por Desempeño Nacional y los Incentivos por Desempeño de Fiscalización y Cobranzas, tal propuesta no implicaría un *"costo adicional al que tiene actualmente"*; además que la aprobación del referido proyecto escapaba a la competencia de las partes, por lo que la gestión de presentar dicho proyecto resultaba una obligación de medios más no de resultados. Radicado el proyecto, el Gobierno Nacional no lo encontró viable en el ámbito técnico ni jurídico, solicitando redefinir su alcance.

Se expidió el 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 su alcance y condiciones sin que en ningún caso constituya un gasto adicional al actual, ni que se pierda el reconocimiento a la gestión colectiva.

Así, no resulta cierto lo señalado por el actor popular, de haberse incumplido el acuerdo laboral, pues, en primer lugar, se determinó que el proyecto a presentar ante el gobierno nacional se realizaría con costo \$0, y que, presentado, no se podía asegurar la implementación del mismo de la manera presentada.

Conforme a lo anterior, los recursos dispuestos en la Ley 1837 de 2017, se establecieron para atender las obligaciones contenidas en el Decreto 1746 del 25 de octubre de 2017, pues, los pagos de la prima regulada, en su componente fijo se cancelaría en el mes de diciembre del año 2017, y eran necesarios para ajustar lo presupuestado para el año 2017.

Así las cosas, a la UAE-DIAN le fueron adicionados recursos presupuestales por valor de \$80.000 millones, de ese monto, \$70.000 millones fueron asignados a Gastos de Personal y \$10.000 millones a Gastos Generales. Los recursos de Gastos de Personal fueron distribuidos en los diferentes conceptos de gastos con el fin de cubrir la nómina y en especial los valores causados por el paso del incentivo al desempeño factor nacional para convertirse en la Prima Tributaria, Aduanera y Cambiaría - TAC pagada en el mes de diciembre de 2017.

La distribución de estos recursos fue como se indica en el siguiente cuadro:

RUBRO	CREDITO
SUELDOS DE PERSONAL DE NOMINA	14.551.000.000
OTROS	30.755.000.000
HORAS EXTRAS, DIAS FESTIVOS E INDEMNIZACION POR VACACIONES	69.000.000
CONTRIBUCIONES INHERENTES A LA NOMINA SECTOR PRIVADO Y PUBLICO	24.625.000.000
TOTAL, TRASLADO	70.000.000.000

De forma más detallada, los 80.000 millones de pesos que alude el demandante, 10.000 millones correspondían a gastos de funcionamiento, el primer rubro correspondiente a 40.600 millones de pesos correspondió a la reconvención de empleados de planta temporal a planta fija de la UAE-DIAN, y los 29.400 fueron desembolsados a la entidad una vez quedó en firme el Decreto 1746 del 25 de octubre de 2017, a fin de atender el pago de la Prima de Gestión Tributaria, Aduanera y Cambiaría PGTAC, en su componente fijo, para el mes de diciembre, tal como se señala en el siguiente cuadro:

RUBRO	RES 6142 DEL 15-08-2017		RES 9384 DEL 27-11-2017		TOTALES	
	CONTRA CREDITO	CREDITO	CONTRA CREDITO	CREDITO	CONTRA CREDITO	CREDITO
OTROS GASTOS PERSONALES - DISTRIBUCIÓN PREVIO CONCEPTO DGPPN			21.110.000.000		21.110.000.000	0
OTROS GASTOS PERSONALES - PREVIO CONCEPTO DGPPN	40.600.000.000		29.400.000.000		70.000.000.000	0
SUELDOS DE PERSONAL DE NOMINA		14.551.000.000		3.400.000.000	0	17.951.000.000
OTROS		1.355.000.000		47.110.000.000	0	48.465.000.000
HORAS EXTRAS, DIAS FESTIVOS E INDEMNIZACION POR VACACIONES		69.000.000			0	69.000.000
CONTRIBUCIONES INHERENTES A LA NOMINA SECTOR PRIVADO Y PUBLICO		24.625.000.000			0	24.625.000.000
TOTAL, TRASLADOS	40.600.000.000	40.600.000.000	50.510.000.000	50.510.000.000	91.110.000.000	91.110.000.000

En virtud de lo anterior, no existe afectación alguna a los derechos señalados por el actor popular, pues, la inversión de los recursos apropiados, se realizaron en virtud de los acuerdos laborales pactados, las normas presupuestales señaladas y la regulación salarial dictada por el Gobierno Nacional, cumpliéndose con los objetivos trazados: (i) se mantiene el beneficio como motivación para alcanzar metas de recaudo nacional, (ii) se regula por la autoridad competente dando seguridad jurídica al beneficio, (iii) por la naturaleza de la prima se mantiene el no carácter salarial (iv) en ningún caso constituye un gasto adicional al actual.

d) "Carencia del requisito de procedibilidad de la presente acción popular, contenido en el inciso 3º del artículo 144 de la Ley 1437 de 2011", pues la presente acción popular está regida por la Ley 1437 de 2011, ya que su radicación ocurrió el día 18 de diciembre de 2012, como consecuencia de ello, el actor popular debía haber satisfecho el requisito señalado en el inciso 3 del artículo 144 de la Ley 1437 de 2011, norma que modificó la Ley 472 de 1998, y que establece la obligación del actor popular de presentar una petición previa a la administración a fin de que ésta adopte las medidas necesarias a fin de proteger o dejar de vulnerar el derecho colectivo.

La petición realizada a la entidad por parte del actor popular debía orientarse a determinar cuál era el derecho colectivo vulnerado por la administración y la solicitud para que ésta hubiera adoptado los mecanismos necesarios para su protección.

Pretende el actor popular cumplir con el requisito señalado, con los derechos de petición presentados a la administración UAE-DIAN y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, no obstante, dicha solicitud no enuncia el derecho colectivo que hoy se reclama como moralidad administrativa dentro de la presente acción popular, ni mucho menos solicitó las medidas tendientes para protegerlos, nótese como en los mismos tan sólo se pide información, respecto al trámite de regulación implementación y financiación de la Prima de Gestión Tributaria, Aduanera y Cambiaria PGTAC, contenida en el Decreto 1746 del 25 de octubre de 2017, sorprendiendo de esta manera a la administración con la presente acción.

La solicitud del actor popular fue realizada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, razón por la cual, el escrito presentado como requisito de procedibilidad no contiene los requisitos señalados y que se echan de menos, reclamación que está determinada por las condiciones señaladas por el legislador, sin las cuales no puede surtir el efecto de procedibilidad buscado, y el no cumplimiento de dicho requisito hace improcedente la acción popular. Así, el actor popular, previo a la iniciación de la presente acción, ha debido presentar solicitud, en los términos señalados por la nueva codificación administrativa y contencioso administrativa, razón por lo cual, la presente acción debe rechazarse.

Finalmente, solicita que se declaren probadas las excepciones propuestas y denegar las pretensiones de la demanda.

4.3 Departamento Administrativo de la Función Pública.

Mediante escrito del 7 de febrero de 2018, el Departamento Administrativo de la Función Pública, a través de apoderado judicial, contestó la demanda de la referencia oponiéndose a las pretensiones de la misma por resultar jurídica y materialmente improcedentes y, solicitando que esta Corporación se declare inhibida para efectuar un pronunciamiento de fondo respecto de la problemática planteada en el *sub lite* por no encontrarse acreditados los presupuestos de procedibilidad establecidos para la acciones populares en la Ley 472 de 1998, o en su defecto, denegar las suplicas de la demanda por carecer de fundamentos fácticos y jurídicos atendibles, teniendo en

cuenta que tanto la DIAN como el Ministerio de Hacienda y Crédito Público cumplieron a cabalidad con los compromisos y destinaciones presupuestales derivadas de la Ley 1837 de 2017 y, además, que se declaren probadas las excepciones propuestas en el escrito de contestación de la demanda (fls. 377 a 385 vtos. cdno. no. 1), manifestando, en síntesis, lo siguiente:

1) En el presente caso, no concurren los presupuestos de procedibilidad de la acción popular establecidos en la Ley 472 de 1998, pues, no se advierte que los derechos aducidos por los accionantes como deprecados se ejerzan en función de la protección de los derechos de la colectividad, sino única y exclusiva para salvaguardar los derechos e intereses individuales de los empleados de la DIAN, como resultado de un alegado incumplimiento del Director General de la DIAN y del Ministro de Hacienda y Crédito Público en destinar las partidas presupuestales adicionales aprobadas por el artículo 2º de la Ley 1837 de 2017 *"Por la cual se efectúan unas modificaciones al Presupuesto General de la Nación para la vigencia fiscal de 2017"*, relativos a gastos de funcionamiento para la conversión salarial del incentivo de desempeño nacional.

2) Asegura que los accionantes buscan sustituir y disfrazar con la presente acción popular una problemática que jurídicamente está llamada a ser resuelta a través de una acción de cumplimiento, pues si, como ellos lo afirman, resulta cierto que, por mandato del artículo 2º de la Ley 1837 de 2017, tienen derecho a que se incorporaran unos recursos para gastos de funcionamiento de la DIAN en la vigencia de 2017 para el pago de la conversión salarial del incentivo de desempeño nacional, no existe razón válida ni suficiente para que de manera irregular y artificiosa acudan a una acción popular, que al tenor de lo previsto en el artículo 2º de la Ley 472 de 1998, está instituida para *"evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos"*; hipótesis ajena al problema jurídico planteado en la presente demanda que se encamina a salvaguardar los derechos e intereses individuales de los empleados de la DIAN, lo cual de suyo debe comportar la denegación de las súplicas de la demanda.

Destaca que, el artículo 1º de la Ley 393 de 1997 *"por la cual se desarrolla el artículo 87 de la Constitución Política"*, expresa que *"Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial definida en esta Ley para hacer efectivo el cumplimiento de normas aplicables con fuerza material de Ley o Actos Administrativos"*, lo que ratifica la improcedencia de la acción popular que nos ocupa, que está dirigida a que sean destinados unos recursos a la conversión salarial del incentivo de desempeño nacional, sobre la base del alegado cumplimiento del artículo 2º de la Ley 1837 de 2017, norma con fuerza material de ley.

3) Precisa que, si bien las partidas que forman parte de la ley anual de presupuesto y sus respectivas adiciones constituyen autorizaciones máximas de gasto, no pueden ser equiparadas o confundidas con una obligación irresoluble de comprometer y gastar la totalidad de los respectivos recursos, como bien lo tiene establecido la jurisprudencia nacional.

4) Menciona que la DIAN y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público han dado cumplimiento con estricto rigor las obligaciones surgidas del artículo 2º de la Ley 1837 de 2017 *"Por la cual se efectúan unas modificaciones al Presupuesto General de la Nación para la vigencia fiscal de 2017"* y el artículo 2º Decreto 1238 de 2017 *"Por el cual se liquida la Ley 1837 de 2017 que efectúa unas modificaciones al Presupuesto General de la Nación para la vigencia fiscal de 2017"*, como consta en el siguiente cuadro preparado por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN:

RUBRO	RES 6142 DEL 15-08-2017		RES 9384 DEL 27-11-2017		TOTALES	
	CONTRA CREDITO	CREDITO	CONTRA CREDITO	CREDITO	CONTRA CREDITO	CREDITO
OTROS GASTOS PERSONALES - DISTRIBUCIÓN PREVIO CONCEPTO DGPPN			21.110.000.000		21.110.000.000	0
OTROS GASTOS PERSONALES - PREVIO CONCEPTO DGPPN	40.600.000.000		29.400.000.000		70.000.000.000	0
SUELDOS DE PERSONAL DE NOMINA		14.551.000.000		3.400.000.000	0	17.951.000.000
OTROS		1.355.000.000		47.110.000.000	0	48.465.000.000
HORAS EXTRAS, DIAS FESTIVOS E INDEMNIZACION POR VACACIONES		69.000.000			0	69.000.000
CONTRIBUCIONES INHERENTES A LA NOMINA SECTOR PRIVADO Y PUBLICO		24.625.000.000			0	24.625.000.000
TOTAL, TRASLADOS	40.600.000.000	40.600.000.000	50.510.000.000	50.510.000.000	91.110.000.000	91.110.000.000

Siendo ello así, la presente acción popular carece en la actualidad de causa petendi, pues, habiéndose destinado al pago de la conversión salarial del incentivo de desempeño nacional la totalidad de los recursos adicionados al presupuesto de funcionamiento de la DIAN por la Ley 1837 de 2017, atendiendo a la liquidación efectuada en el Decreto 1238 de 2017, dictado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el proceso judicial de la referencia no está llamado a proseguir, en tanto que el fundamento de la acción se encuentra jurídica y materialmente superado y desvirtuado, sobre la base de la configuración de los efectos presupuestales de las normas que le sirven de causa.

5) Señala que los demandantes en procura de asegurar el resultado de sus pretensiones, incurren en repetidas e insalvables imprecisiones y ambigüedades en el texto de su demanda respecto a la cifra presupuestal desviada o inejecutada por la DIAN y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para los fines de la conversión salarial del incentivo de desempeño nacional de los empleados de la DIAN; por ejemplo, en las pretensiones 1, 3, 4 y 5 aducen 29.4 mil millones de pesos y en las pretensiones 2, 6 y 8 refieren 80 mil millones de pesos y 10 mil millones de pesos, sin que ello permita establecer con claridad el monto total que los accionantes alegan fueron utilizados en gastos y fines distintos a los previstos en la Ley 1837 de 2017, o si, por el contrario, una y otra suma deben sumarse, cruzarse o descontarse para los propósitos de la cuantificación de la afectación presupuestal, todo lo cual resulta jurídica y presupuestalmente inaceptable.

6) Expone que, entendida la moralidad administrativa como el derecho que tiene la comunidad a que el patrimonio público sea manejado de acuerdo con la legislación vigente, no hay ninguna razón válida ni suficiente para aseverar, como equivocadamente lo hacen los actores populares, que las autoridades de la DIAN y del Ministerio de Hacienda y Crédito Público desconocieron dicho derecho, estando, por el contrario, plenamente establecido que la totalidad de los recursos presupuestales asignados en la Ley 1837 de 20173 fueron concretamente destinados y ejecutados por tales autoridades en el trámite de conversión salarial del incentivo de desempeño nacional de los empleados de la DIAN, como lo explican, de manera clara y

pormenorizada, los apoderados judiciales de tales instituciones en las contestaciones individuales de la presente acción popular.

Adicionalmente, les corresponde a los actores populares demostrar, además de la acción u omisión alegada, *"la presencia de elementos de carácter subjetivo contrarios a los fines y principios de la administración, esto es: conductas amañadas, irregulares o corruptas que favorecen el interés particular a costa de ignorar los fines y principios de la recta administración"*, exigencia que tampoco se encuentra acreditada en el *sub lite*, lo cual debe conllevar un fallo inhibitorio, más aun cuando la presente acción no se encamina a la defensa de un derecho colectivo sino a los derechos subjetivos de los empleados de la Dirección de Impuestos y Aduanas e Nacionales.

7) Anota que la conversión del Incentivo por Desempeño Nacional a Prima de Gestión Tributaria, Aduanera y Cambiaria se surtió a costo cero para la DIAN, y sin afectar los derechos laborales de los empleados de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, como lo advierten y puntualizan las consideraciones del Decreto 1746 de 2011, lo cual se explica en el hecho de que la sustitución allí introducida se orienta a proteger y salvaguardar en lo sustancial el monto y la prevalencia en el tiempo del citado beneficio para los trabajadores de la DIAN, que ciertamente constituía un anhelo de sus trabajadores, como lo evidencia la concertación laboral adelantada por la DIAN y sus sindicatos en el año de 2016, dentro de cuyos compromisos se encontraba aquel que apuntaba a radicar y a justificar ante las instancias competentes del Gobierno Nacional un proyecto de decreto que, a cero costo, incorporara dentro de la asignación básica mensual de los empleos de su planta de personal el valor del Incentivo por Desempeño Nacional, a manera de un régimen de transición, con el propósito de asegurar la permanencia de dicho reconocimiento legal no salarial en el tiempo, evitando así decisiones judiciales que pudieran comprometer en el futuro la existencia o validez jurídica de este tipo de beneficios, como ocurrió, por ejemplo, en el caso de la sentencia C-725/00 que declaró la inconstitucionalidad de los incentivos económicos otorgados a los empleados de la DIAN (artículo 79 de la Ley 488 de 1998) por tratarse de beneficios proscritos de nuestro ordenamiento jurídico (artículo 355 Superior) y de la sentencia del 19 de febrero de 2015, dictada por la Sección Segunda del Consejo de Estado, CP. Dr. Alfonso Vargas Rincón,

Expediente No. 2012-00136, numero interno 0554-2012, que al declarar la nulidad de la Resolución DIAN No. 005062 de 2011 que *"Resulta contrario a la Constitución Política fijar incentivos económicos a favor de los funcionarios públicos por el desempeño de sus funciones, pues se espera de ellos el desempeño de las labores encomendadas con diligencia, eficiencia, rectitud y ética en aras de cumplir con los principios que regulan el ejercicio de la función pública"*.

8) De otra parte, aduce que no existiendo dentro los fundamentos de la acción popular un solo reparo fundado a la legalidad material del Decreto 1746 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"*, y careciendo este Departamento Administrativo de competencia material o funcional para intervenir en la gestión presupuestal encaminada a la obtención, asignación, registro o destinación de los recursos presupuestales relacionados con la conversión salarial del incentivo de desempeño nacional respecto del personal que presta sus servicios a la DIAN, es claro que esta entidad carece de *legitimación en la causa por pasiva* para intervenir en el presente trámite, máxime cuando la DIAN tiene plena facultad para comprometer y ejecutar, en forma autónoma e independiente, las adiciones de funcionamiento y de inversión que le fueron apropiadas mediante la Ley 1837 de 2017, liquidadas en el Decreto 1238 de 2017, tarea en la que este Departamento Administrativo no puede de manera alguna interferir sin vulnerar y/o desconocer los artículos 6º y 121 Superiores, entre otras.

En consecuencia, el Departamento Administrativo de la Función Pública no es la instancia llamada a resolver la problemática presupuestal comprometida en la presente acción popular, en tanto que, como bien lo indican los demandantes, las pretensiones se encaminan a que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales destinen y ejecuten en su integridad el presupuesto que en materia de funcionamiento le fue asignado para la vigencia fiscal de 2017 a la DIAN, más el presupuesto adicional contemplado en el artículo 2º de la Ley 1837 del 30 de junio de 2017, el cual fue liquidado en el Decreto 1238 de 2017, asunto frente al cual este Departamento Administrativo carece de toda competencia.

En dicha actuación, el Departamento Administrativo de la Función Pública formuló las siguientes excepciones:

a) *"Falta de legitimación material en la causa por pasiva del Departamento Administrativo de la Función Pública"*, puesto que, si bien el Departamento Administrativo de la Función Pública suscribió el Decreto 1746 de 2017 y responde por su validez en cuanto a su sector, es claro que este acto administrativo no es objeto de reproche en la presente acción, en tanto que la alegada violación de la moralidad administrativa y la afectación del patrimonio público se predicen del hecho de que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la DIAN dejaron de destinar parte de los recursos presupuestales adicionados por la Ley 1837 de 2017, a la conversión salarial del incentivo de desempeño nacional. Por lo que, teniendo en cuenta que la representación de la DIAN como la del Ministerio de Hacienda y Crédito Público es ejercida por sus propias autoridades en los términos de los artículos 159 y 160 del C.P.A.C.A., no hay ninguna razón válida ni suficiente para la vinculación de este Departamento Administrativo a la presente acción popular.

b) *"Inexistencia de derechos colectivos comprometidos con el actuar de las entidades accionadas e indebida escogencia de acción"*, puesto que, en el presente caso, no concurren los presupuestos de procedibilidad de la acción popular establecidos en la Ley 472 de 1998, pues, no se advierte que los derechos aducidos por los accionantes como deprecados se ejerzan en función de la protección de los derechos de la colectividad, sino única y exclusiva para salvaguardar los derechos e intereses individuales de los empleados de la DIAN, como resultado de un alegado incumplimiento del Director General de la DIAN y del Ministro de Hacienda y Crédito Público en destinar las partidas presupuestales adicionales aprobadas por el artículo 2º de la Ley 1837 de 2017, lo que en la práctica se traduce en el hecho de que los accionantes buscan sustituir y disfrazar con la presente acción una problemática que jurídicamente está llamada a ser resuelta a través de una acción de cumplimiento, pues si, como ellos lo afirman, resulta cierto que, por mandato del artículo 2º de la Ley 1837 de 2017, tienen derecho a que se incorporaran unos recursos para gastos de funcionamiento de la DIAN en la vigencia de 2017 para el pago de la conversión salarial del incentivo de

505

desempeño nacional, no existe ningún fundamento para que artificiosamente acudan a una acción popular, que ciertamente está instituida para *"evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos"*, hipótesis ajena a la problemática planteada en la demanda, que se encamina a salvaguardar los derechos e intereses individuales de los empleados de la DIAN.

5. Audiencia de pacto de cumplimiento.

Por medio de auto del 1º de marzo de 2018 (fl. 404 cdno. no. 1) se fijó fecha y hora para la celebración de la audiencia de pacto de cumplimiento dispuesta en el artículo 27 de la Ley 472 de 1998, la cual se celebró el 10 de abril de 2018 declarándose fallida por ausencia de ánimo conciliatorio entre las partes (fls. 415 a 417 *ibidem*).

6. Alegatos de conclusión.

Por auto del 24 de mayo de 2018 (fl. 426 cdno. no. 1) se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión por el término de 5 días, y vencido este, correr traslado al Ministerio Público, por el término de 5 días, para emitir el respectivo concepto.

6.1 La **parte actora** se pronunció, en síntesis, reiterando los mismos argumentos expuestos en el escrito contentivo de la demanda (fls. 428 a 455 vtos. cdno. no. 1).

6.2 La **Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN** se pronunció solicitado que se le absuelva de las suplicas de la demanda, en síntesis, reiterando lo expuesto en el escrito contentivo de la contestación de la demanda (fls. 446 a 462 vtos. cdno. no. 1).

6.3 En tanto que, el **Departamento Administrativo de la Función Pública**, se pronunció solicitando que esta Corporación se declare inhibida para efectuar un pronunciamiento de fondo respecto de la problemática planteada, por no encontrarse acreditados los presupuestos de procedibilidad establecidos en la Ley 472 de 1998, o en su defecto, se denieguen las pretensiones de la demanda, por carecer estas de fundamentos fácticos y jurídicos, en síntesis, reiterando lo expuesto en el

escrito contentivo de la contestación de la demanda (fls. 466 a 468 vtos. cdno. no. 1).

7. Concepto del Ministerio Público.

El Agente del Ministerio Público Delegado ante esta Corporación, luego de hacer una síntesis sobre la demanda y las contestaciones de la misma, emitió concepto (fls. 463 a 465 vtos. cdno. no. 1), solicitando que se declaren improcedentes las pretensiones de la demanda, manifestando, en síntesis, lo siguiente:

Destaca que el Consejo de Estado, Sección Primera, en sentencia de 1º de agosto de 2001, Sala de Conjuces, señaló que la acción popular no es procedente para agenciar derechos de tipo particular. En ese mismo sentido, esa Sección, en providencia del 10 de mayo de 2007, precisó que los intereses particulares comunes a un grupo de personas no tienen la naturaleza de derechos colectivos, y en esta misma línea se ha pronunciado la Corte Constitucional en sentencia T-896 de 2006.

En tales circunstancias, el objeto del presente proceso se encuadra dentro de lo que la jurisprudencia denomina "*derechos particulares comunes a un grupo de personas y no derechos colectivos*", razón por la cual, la acción popular resulta improcedente.

II CONSIDERACIONES DE LA SALA.

Cumplidos los trámites propios del proceso sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el asunto sometido a consideración con el siguiente derrotero: 1) finalidad de la acción popular; 2) los derechos e intereses colectivos presuntamente vulnerados; 3) las excepciones propuestas; 4) el caso concreto; 5) conclusión general; y 6) condena en costas.

1. Finalidad de la acción popular.

Las acciones populares, hoy denominadas medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos, consagradas en el inciso primero del artículo 88 de la Constitución Política, reglamentadas por la Ley 472 de

506

1998¹ y los artículos 144 y 161 (numeral 4º) de la Ley 1437 de 2011², tienen como finalidad la protección de los derechos e intereses colectivos, cuando éstos resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares cuando ellos actúen en desarrollo de funciones administrativas, por lo que su naturaleza es de carácter preventivo.

De conformidad con lo establecido en los artículos 1º, 2º, 4º y 9º de la Ley 472 de 1998 y los artículos 144 y 161 (numeral 4º) de la Ley 1437 de 2011 - CPACA, los elementos necesarios para la procedencia de las acciones populares, son los siguientes:

- 1) La finalidad es la protección de los derechos e intereses de naturaleza colectiva.
- 2) Procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares que hayan violado o amenacen violar ese tipo de derechos o intereses.
- 3) Se ejerce para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración, o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible, por ende, el actor popular está facultado para solicitar que se adopten las medidas necesarias para tal fin.
- 4) Los derechos e intereses colectivos susceptibles de esta acción son todos aquellos definidos como tales en la Constitución Nacional, las leyes ordinarias y los tratados de derecho internacional celebrados por Colombia, como por ejemplo los mencionados en el artículo 4º de la Ley 472 de 1998.
- 5) La titularidad para su ejercicio, como su nombre lo indica, está dada por su naturaleza popular, por lo tanto, puede ser ejercida por cualquier persona, natural o jurídica, pública o privada, o también por las autoridades, organismos y entidades señalados en el artículo 12 de la Ley 472 de 1998.

¹ "Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones".

² "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo".

6) No interesa cuál sea la causa o el origen de la violación al derecho o interés colectivo (acto, hecho, operación, omisión, contrato administrativo o cualquier otra forma de manifestación de la administración pública); es decir, el centro de imputación jurídica que determina la procedencia de la acción es el hecho de la violación o amenaza de un derecho o interés de esa específica naturaleza, independientemente de la causa o motivo. No obstante, bajo el marco normativo del artículo 144 de la Ley 1437 de 2011, cuando la vulneración de los derechos e intereses colectivos provenga de un acto administrativo o un contrato, en uno u otro evento, no puede el juez de la acción popular anular el acto o el contrato, sin perjuicio de que pueda adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos.

7) Adicionalmente, con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se constituye como requisito de procedibilidad para el medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos (acción popular), el deber de acreditarse, por parte del actor popular, el haber solicitado a la autoridad y/o el particular en ejercicio de funciones públicas, previamente a la presentación de la demanda, adoptar las medidas necesarias de protección de los derechos o intereses colectivos amenazados o violados, y que la autoridad y/o el particular no haya atendido la reclamación dentro del término fijado por la ley (15 días) o se niegue a ello.

No obstante, la parte final del inciso 3º del artículo 144 del C.P.A.C.A., prescribe, que se podrá prescindir de este requisito, cuando exista inminente peligro de ocurrir un perjuicio irremediable en contra de los derechos e intereses colectivos, el cual debe estar sustentado en la demanda.

2. Derechos e intereses colectivos presuntamente vulnerados.

Como antes quedó anotado, la parte demandante señaló como tal, los derechos e intereses colectivos consagrados en los literales b) y e) del artículo 4º de la Ley 472 de 1998 y el artículo 22 de la Constitución Política,

relativos a la *moralidad administrativa* y la *defensa del patrimonio público*, respectivamente.

2.1 Derecho a la moralidad administrativa.

Acerca de este derecho e interés colectivo, la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia de 16 de marzo de 2006, expediente No. 70001-23-31-000-2004-00118-02 (AP) Magistrada Ponente María Elena Giraldo Gómez, sostuvo:

"(...)

El derecho colectivo a la MORALIDAD ADMINISTRATIVA tiene su razón de ser en el marco de la función administrativa sujeta constitucionalmente a una serie de principios que se dirigen a garantizar el cumplimiento del Estado a los fines para los cuales fue instituido. Dentro de esos principios además están el de la igualdad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad y de la moralidad administrativa (art. 209 C. N), principios que regulan el campo de acción de la administración pública material y adquieren una importancia especial tratándose de la contratación estatal, porque en tal dinámica oficial se ejecuta la mayor parte del presupuesto público. Por ello el artículo 23 de la ley 80 de 1993 sujeta todas las actuaciones de los que intervienen en la contratación estatal a los principios de transparencia, economía y responsabilidad, y prevé drásticas sanciones a los que las infrinjan (arts. 50 a 59 ibídem).

*La Corte Constitucional en la sentencia C-088, al estudiar la constitucionalidad de los artículos 40 y 55 de la ley 472 de 1998 se refirió al principio de la moralidad administrativa en la contratación estatal y destacó los alcances de la responsabilidad de su Agente en las acciones populares como mecanismo de protección de los recursos presupuestales de la Nación (sic).
(...)."*

Posteriormente en sentencia de 23 de enero de 2009³, la Sección Tercera del Consejo de Estado, precisó lo siguiente:

"(...)

Frente a lo que se entiende por moralidad administrativa, la Sala precisó, en tesis que ha sido constantemente reiterada⁴, que en un Estado pluralista como el que se identifica en la Constitución de 1991 (Art. 1), la moralidad tiene una textura abierta, en cuanto de ella pueden darse distintas definiciones. Sin embargo, si dicho concepto se adopta como principio que debe regir la actividad administrativa (Art. 209 ibídem), la determinación de lo que debe entenderse por moralidad no puede depender de la concepción subjetiva de quien califica la actuación sino que debe referirse a la finalidad que inspira el acto de acuerdo con el ordenamiento jurídico.

Desde esta perspectiva, ha de considerarse como contrario a la moralidad administrativa toda actuación que no responda al interés de la colectividad y específicamente, al desarrollo de los fines que se buscan con las facultades concedidas al funcionario que lo ejecuta. Se advierte, por tanto, una estrecha vinculación entre este principio y la desviación de poder.

La jurisprudencia de la Corporación ha ido precisando el concepto de moralidad administrativa, así recientemente dejó en claro que:

"las más de las veces la moral (o lo correcto o lo bueno) nutre al derecho, de forma tal que aquella subyace a éste y se constituye en una parte importante de su estructura; en tales casos se presenta, bajo la exteriorización de una norma, de manera concomitante, un contenido moral y uno jurídico que vinculan imperativamente a los miembros del conglomerado social. Es ese contenido moral, cuando se hace referencia a la moralidad administrativa, el que se ampara como derecho colectivo, y es por ello que la protección comprende un

³ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia proferida el 23 de enero de 2009. Exp. Ap-2003-0013. Magistrada Ponente Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 31 de octubre de 2002. Exp. No. AP-059; Exp. No. AP-166 y AP-170 de 2001.

ámbito diferente del de la legalidad, entendida en su connotación pura y simple de juridicidad.

Pero la moralidad que se protege como derecho colectivo ha de estar incorporada en una norma legal o en los valores y principios que inspiran la actuación administrativa, para que sea susceptible de protección por esta vía. No es aceptable predicar su infracción cuando quiera que se vaya en contra de lo que es 'correcto' y 'bueno' de conformidad con el 'sentido común ético' y la 'razón', sin que se exija como condición necesaria para ello la concurrencia de tales elementos con la vulneración de una norma legal o de un valor o principio constitucional.

(...)

Con anterioridad se ha dicho que la moralidad integra al derecho, y que la moralidad administrativa integra a los valores, principios y normas correspondientes, razón por la cual cuando se trate de una vulneración a la moralidad administrativa como derecho colectivo debe evidenciarse en el proceso la violación de los dos contenidos, es decir, del contenido moral y del contenido jurídico de la norma, entendiéndose por la vulneración del primero, según el caso concreto, la mala fe, las irregularidades, el fraude a la ley, la corrupción, la desviación de poder, entre otras conductas que representan un desarrollo de conceptos morales, y que además están contempladas en el ordenamiento jurídico.”⁵

(...).“

Luego, en sentencia de unificación jurisprudencial proferida el 1º de diciembre de 2015⁶, el Consejo de Estado precisó:

“(…)

2.1. La moralidad administrativa está ligada al ejercicio de la función administrativa, la cual debe cumplirse conforme al ordenamiento jurídico y de acuerdo con las finalidades propias de la función pública, ésta, determinada por la satisfacción del interés general. Ese interés general puede tener por derrotero lo que la Constitución Política enseña como fines esenciales del Estado, es decir, **cuando quien cumple una función administrativa no tiene por finalidad servir a la comunidad o promover la prosperidad general o asegurar la convivencia pacífica y la vigencia del orden justo, sino que su actuar está dirigido por intereses privados y particulares y guiado por conductas inapropiadas, antijurídicas, corruptas o deshonestas, se puede señalar tal comportamiento como transgresor del derecho colectivo a la moralidad pública.** Y es colectivo, porque en un Estado Social de Derecho administración y administrados, es decir, la comunidad en general tiene derecho a que los servidores que cumplen la función administrativa realmente lo hagan guiados por el principio de moralidad, que se repite, es conforme al ordenamiento jurídico y a las finalidades propias del cumplimiento de las funciones públicas, con total honestidad y transparencia. Así las cosas, **el bien jurídico tutelado por la acción popular es la moralidad administrativa o, lo que es lo mismo, la lealtad del funcionario con los fines de la función administrativa mediante el actuar recto y honesto en el desarrollo de sus actuaciones.**

2.2. Constituyen elementos esenciales para la configuración de la moralidad administrativa, desde el punto de vista de derecho colectivo amparable a través de la acción popular:

2.2.1. Elemento objetivo: Quebrantamiento del ordenamiento jurídico. Este elemento puede darse en dos manifestaciones: (i) Conexidad con el principio de legalidad y (ii) violación de los principios generales del derecho.

(i) El primero corresponde a la **violación del contenido de una norma jurídica** por la acción (acto o contrato) u omisión de una entidad estatal o de un particular en ejercicio de una función pública. El acatamiento del servidor público o del particular que ejerce una función pública a la ley caracteriza el recto ejercicio de la función pública.

Esta conexión “moralidad - legalidad” no ha tenido divergencia jurisprudencial al interior del Consejo de Estado. Pero también ha sido uniforme la jurisprudencia en señalar que **no toda ilegalidad constituye vulneración a la moralidad administrativa; que el incumplimiento per se no implica la violación al derecho**

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 21 de mayo de 2008, Rad. 5400123310002004 (AP-01415) 01, Actor: Henry Pacheco Casariego (sic), Demandados: municipio de Ocaña y otro, C.P. Dr. Ramiro Saavedra Becerra.

⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 1º de diciembre de 2015, expediente No. 11001-33-31-035-2007-00033-01(AP), C.P. Dr. Luis Rafael Vergara Quintero.

colectivo: en palabras de la misma Corporación "no se puede colectivizar toda transgresión a la ley". Esto quiere decir, que si bien el principio de legalidad es un elemento fundante de la moralidad administrativa y, por ende, un campo donde se materializa en primer término la violación del derecho colectivo, éste no es el único, pues **debe concurrir un elemento subjetivo para que se configure tal transgresión**. Por ello, ha sido enfática la jurisprudencia en cuestionar y rechazar aquellas acciones populares erigidas únicamente sobre una argumentación pura de ilegalidad, en las que so pretexto de proteger un derecho colectivo ponen a consideración del juez constitucional un litigio particular, cuyo debate y decisión debiera hacerse mediante el ejercicio de otro instrumento judicial, como los ahora denominados medios de control contenciosos, entre ellos el de nulidad o el de nulidad y restablecimiento del derecho, o la acción de cumplimiento si lo que se pretende es el acatamiento de una norma con fuerza de ley o acto administrativo. Son esos escenarios los propios para ejercer el control jurisdiccional de la legalidad administrativa.

(ii) Pero también forman parte del ordenamiento jurídico Colombiano aquellos principios generales del derecho consagrados en la Constitución y la ley, como los concretos de una materia. En este contexto y para efectos del derecho colectivo, la acción u omisión reputada de inmoral en el ejercicio de una función administrativa debe transgredir un principio del derecho, ya sea de carácter general o que se aplique a un tema determinado, de manera que éste se convierte, al lado de la regla, en otro criterio de control para la protección de la moralidad administrativa.

(...)

2.2.2. Elemento subjetivo

No se puede considerar vulnerado el derecho colectivo a la moralidad pública sin hacer el juicio de moralidad de la actuación del funcionario para establecer si incurrió en conductas amañadas, corruptas o arbitrarias y alejadas de los fines de la correcta función pública.

Aquí es donde se concreta el segundo elemento. Consiste en que **esa acción u omisión del funcionario en el desempeño de las funciones administrativas debe acusarse de ser inmoral**; debe evidenciarse que el propósito particular del servidor se apartó del cumplimiento del interés general, en aras de su propio favorecimiento o del de un tercero.

Este presupuesto está representado en factores de carácter subjetivo opuestos a los fines y principios de la administración, traducidos en comportamientos deshonestos, corruptos, o cualquier denominación que se les dé; en todo caso, conductas alejadas del interés general y de los principios de una recta administración de la cosa pública, en provecho particular.

2.2.3. Imputación y carga probatoria

Ya se vio cómo para disponer la protección del derecho colectivo pretendido por el juez popular deben tener presencia tanto el elemento objetivo como el elemento subjetivo y su debida correlación. Para ello **se requiere de una carga argumentativa por el actor popular en la que se efectúe una imputación directa, seria y real de la violación del ordenamiento jurídico y de la realización de las conductas atentatorias de la moralidad administrativa.**

En este sentido corresponde al actor popular hacer esa imputación y cumplir con la carga probatoria que le corresponde.

(...)

La concurrencia de estos presupuestos garantiza que al momento de determinar la violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa el juez cuente con todos los elementos fácticos, debidamente probados, sobre los cuales calificará si la conducta del servidor es reprochable moralmente o no, según las alegaciones de las partes.

(...)". (Se destaca).

Respecto al derecho colectivo a la *moralidad administrativa*, de acuerdo con los apartes jurisprudenciales antes transcritos, este tiene como fuente el ejercicio de la función administrativa, la cual debe cumplirse conforme al ordenamiento jurídico y de acuerdo con las finalidades propias de la función pública, donde adquiere vital importancia, sobre todo en aquellas cuestiones donde se ve involucrada la ejecución del presupuesto público.

Adicionalmente, para que pueda hablarse de lesión a este derecho e interés colectivo debe existir, necesariamente, una trasgresión al ordenamiento jurídico, al tiempo que, debe acreditarse la mala fe de la administración, es decir, cuando quien cumple una función administrativa no tiene por finalidad servir a la comunidad o promover la prosperidad general o asegurar la convivencia pacífica y la vigencia del orden justo, sino que su actuar está dirigido por intereses privados y particulares y guiado por conductas inapropiadas, antijurídicas, corruptas o deshonestas.

La actuación de la administración debe ser de tal magnitud que desnaturalice la función pública ejecutada, y la corrupción debe desembocar en la satisfacción de intereses particulares.

Por lo tanto, no toda irregularidad administrativa, como tampoco no cualquier incumplimiento o quebranto de la normatividad que rija o regule determinado procedimiento administrativo constituye, *per se*, violación de la moralidad administrativa, pues, para ello se requiere la existencia o presencia de un elemento que denote un propósito o finalidad contrario a los cometidos para los cuales están instituidos los procedimientos y atribuidas las competencias administrativas, como por ejemplo, el ánimo o interés de satisfacer o alcanzar un interés personal, de grupo o de terceros, que, resulta opuesto o diferente al preestablecido, en cada caso, por el constituyente y el legislador.

En efecto, la moralidad administrativa, está referida al ejercicio de la función administrativa conforme al ordenamiento jurídico y a las finalidades propias del cumplimiento de las funciones públicas, determinadas por la satisfacción del interés general y no por intereses privados y particulares, sin que cualquier vulneración al ordenamiento jurídico, en el ejercicio de tal función, lleve consigo de manera automática, vulneración a la moralidad administrativa, por lo que, no toda violación al principio de legalidad, lleva consigo necesariamente violación del derecho colectivo mencionado. Pero además, le corresponde al accionante en la acción popular la carga procesal de precisar el aspecto en el cual radica la trasgresión a este principio, endilgando acusaciones propias de su vulneración y no solo de ilegalidad y/o de quebrantamiento del ordenamiento jurídico.

2.2 Derecho a la defensa del patrimonio público.

La defensa del patrimonio público, como derecho colectivo, hace relación al interés que tiene la comunidad en general para proteger los elementos que lo componen.

El Consejo de Estado en sentencia del 16 de febrero de 2006, expediente No. 25000-23-27-000-2004-01546-01(AP), Magistrado Ponente Dr. Ramiro Saavedra Becerra, respecto de los componentes del patrimonio público, dijo lo siguiente:

"(...) Constituyen así el conjunto de bienes destinados al cumplimiento de las funciones públicas del Estado o que están afectados al uso común, ello al tenor de los arts. 63, 82, 102 y 332 C.P. A su vez, y en concordancia con el art. 674 C.C. estos bienes se clasifican en bienes de uso público y en bienes patrimoniales o fiscales⁷.

Los bienes de uso público son aquellos cuyo dominio es del Estado, pero su uso pertenece a todos los habitantes del territorio y están a su servicio permanente (Vg. calles, plazas, etc.), por su propia naturaleza ninguna entidad estatal tiene la titularidad de dominio como la de un particular, pues están destinados al servicio de todos los habitantes, por ello se afirma que sobre tales bienes el Estado ejerce derechos de administración y policía, en aras de garantizar y proteger su uso y goce común, por motivos de interés general (art. 1 C.P.).

Por su parte, los bienes fiscales son los que pertenecen a una persona jurídica de derecho público de cualquier naturaleza y que están destinados a la prestación de las funciones o servicios públicos o, pueden constituir también una reserva patrimonial para fines de utilidad común, y el Estado los posee y los administra de manera similar a como lo hacen los particulares con los bienes de su propiedad. La disposición Civil precitada los define como aquellos cuyo dominio corresponde a la República, pero "cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes. (...)."

Con relación a la protección del derecho o interés colectivo a la defensa del patrimonio público, el Consejo de Estado se ha referido en los siguientes términos⁸:

"(...) Sobre la protección de este derecho colectivo, la Sala ha dicho que "podría protegerse por vía de acción popular cuando se demuestre, en un caso concreto, la existencia de actuaciones, omisiones o decisiones administrativas que ponen en peligro ese interés colectivo. De ahí que si se advierte la afectación del patrimonio público, el juez tiene facultades preventivas y, como consecuencia de ello, puede adoptar medidas transitorias o definitivas de protección, las cuales sólo pueden evaluarse en el caso concreto" (Sentencia AP 2211 de 24 de febrero de 2005, MP Germán Rodríguez Villamizar). (...)."

En cuanto a este derecho colectivo, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha advertido que este concepto no se agota en la enumeración de los bienes inembargables, imprescriptibles e inalienables, ni en los que integran el territorio colombiano (artículos 63 y 101 C.P.), sino que, por

⁷ Sobre este tema es de gran claridad la sentencia del 16 de febrero de 2001, Rad. 16596, Consejo de Estado, Sección Tercera, C.P. Dr. Alier Hernández Enríquez.

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 16 de febrero de 2006, expediente No. 15001-23-31-000-2003 -01345-01(AP), M.P. Dr. Ramiro Saavedra Becerra.

patrimonio público debe entenderse la totalidad de bienes, derechos y obligaciones de los que el Estado es propietario, que sirven para el cumplimiento de sus atribuciones conforme a la legislación positiva y, que su protección busca que los recursos del Estado sean administrados de manera eficiente y responsable, conforme lo disponen las normas presupuestales.

La regulación legal de la defensa del patrimonio público tiene una finalidad garantista que asegura la protección normativa de los intereses colectivos, en consecuencia, toda actividad pública está sometida a dicho control, la cual, si afecta el patrimonio público u otros derechos colectivos, podrá ser objeto de análisis judicial por medio de la acción popular.

La protección del patrimonio público busca que los recursos del Estado sean administrados de manera eficiente y transparente, conforme lo dispone el ordenamiento jurídico y en especial las normas presupuestales⁹.

El patrimonio público comprende la totalidad de bienes, derechos y obligaciones en donde el Estado es el propietario y que sirven para el cumplimiento de sus atribuciones conforme a la legislación positiva, que incluye según el artículo 63 de la Constitución Política, los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunes de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determina la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables; constituyéndose así el patrimonio público o patrimonio Nacional.

Para la protección de este derecho colectivo, es necesaria la comprobación de la afectación real de los bienes que integran el patrimonio público, mediante actuaciones, omisiones o decisiones administrativas, la cual **se presenta cuando los servidores públicos** o las personas naturales o jurídicas de derecho privado, **en ejercicio de una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente e inoportuna, menoscaba, disminuye, perjudica, pierde o deteriora los bienes o recursos públicos o los intereses patrimoniales del Estado.**

⁹ Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia de 31 de mayo de 2002, exp. 25000-23-24-000-1999-9001-01.

De otra parte, el derecho colectivo del *patrimonio público* alude no solo a *"la eficiencia y transparencia en el manejo y administración de los recursos públicos sino también a la utilización de los mismos de acuerdo con su objeto y, en especial, con la finalidad social del Estado"*. En tal virtud, si el funcionario público o el particular administraron indebidamente recursos públicos, bien *"porque lo hizo en forma negligente o ineficiente, o porque los destinó a gastos diferentes a los expresamente señalados en las normas, afectaron el patrimonio público"*. El concepto de patrimonio público *"cobija la totalidad de bienes, derechos y obligaciones, que son propiedad del Estado y que se emplean para el cumplimiento de sus atribuciones de conformidad con el ordenamiento normativo"*.

Adicionalmente, el Consejo de Estado ha reconocido que el concepto de patrimonio público también se integra por *"bienes que no son susceptibles de apreciación pecuniaria y que, adicionalmente, no involucran la relación de dominio que se extrae del derecho de propiedad, sino que implica una relación especial que se ve más clara en su interconexión con la comunidad en general que con el Estado como ente administrativo, legislador o judicial, como por ejemplo, cuando se trata del mar territorial, del espacio aéreo, del espectro electromagnético etc., en donde el papel del Estado es de regulador, controlador y proteccionista, pero que indudablemente está en cabeza de toda la población"*.

Asimismo, el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público implica que los recursos públicos sean administrados de manera eficiente, oportuna y responsable, de acuerdo con las normas presupuestales, con lo cual se evita el detrimento patrimonial. A su vez, el Consejo de Estado ha concluido en múltiples ocasiones *"que la afectación de patrimonio público implica de suyo la vulneración al derecho colectivo de la moralidad administrativa"* por cuanto generalmente supone *"la falta de honestidad y pulcritud en las actuaciones administrativas en el manejo de recursos públicos"*. Por último, es preciso resaltar que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reconocido que el derecho a la defensa del patrimonio público ostenta doble finalidad: *"la primera, el mantenimiento de la integridad de su contenido, es decir prevenir y combatir su detrimento; y la segunda, que sus elementos sean eficiente y responsablemente administrados; todo ello, obviamente, conforme lo dispone la normatividad respectiva"*¹⁰.

¹⁰Consejo de Estado, providencia del 8 de junio de dos mil once (2011), expediente No.: 25000-23-26-000-2005-01330-01(AP), C.P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

3. Excepciones propuestas.

3.1 La **Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN** formuló las siguientes excepciones: *"improcedencia de la acción", "inexistencia del derecho colectivo de moralidad administrativa", "a la interpretación sistemática de la Ley 1837 del 30 de junio de 2017, improcedencia de la acción al no vulnerarse el derecho a la moralidad administrativa" y "carencia del requisito de procedibilidad de la presente acción popular, contenido en el inciso 3º del artículo 144 de la Ley 1437 de 2011"*, con el sentido y alcance de las determinaciones transcritas en el acápite de constelación de la demanda.

3.2 El **Departamento Administrativo de la Función Pública** formuló las siguientes excepciones: *"falta de legitimación material en la causa por pasiva del Departamento Administrativo de la Función Pública" e "inexistencia de derechos colectivos comprometidos con el actuar de las entidades accionadas e indebida escogencia de acción"*, con el sentido y alcance de las determinaciones transcritas en el acápite de constelación de la demanda.

3.3 Estudio de las excepciones.

3.3.1 Excepciones de inexistencia del derecho colectivo de moralidad administrativa y a la interpretación sistemática de la Ley 1837 del 30 de junio de 2017, improcedencia de la acción al no vulnerarse el derecho a la moralidad administrativa.

La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN formuló las excepciones que denominó *"inexistencia del derecho colectivo de moralidad administrativa"*, y *"a la interpretación sistemática de la Ley 1837 del 30 de junio de 2017, improcedencia de la acción al no vulnerarse el derecho a la moralidad administrativa"*, con el sentido y alcance de las determinaciones transcritas en el acápite de contestación de las demandas, frente a lo cual, la Sala advierte que, examinados sus contenidos y alcances, más que ser impedimentos procesales constituyen argumentos de fondo que sustentan la defensa de la entidad demandada, razón esta por la que, **no serán examinados como medios exceptivos**, sino conjuntamente con el estudio de la controversia objeto de juzgamiento.

3.3.2 Excepción de carencia del requisito de procedibilidad de la presente acción popular, contenido en el inciso 3º del artículo 144 de la Ley 1437 de 2011.

Aduce la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN que la petición realizada a la entidad por parte del actor popular debía orientarse a determinar cuál era el derecho colectivo vulnerado por la administración y la solicitud para que ésta hubiera adoptado los mecanismos necesarios para su protección. Sin embargo, pretende el actor popular cumplir con el requisito con los derechos de petición presentados a la DIAN y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, no obstante, dicha solicitud no enuncia el derecho colectivo que hoy se reclama dentro de la presente acción popular como lo es la moralidad administrativa, ni mucho menos solicitó las medidas tendientes para protegerlos, pues, en los mismos tan sólo se pide información, respecto al trámite de regulación implementación y financiación de la Prima de Gestión Tributaria, Aduanera y Cambiaria PGTAC, contenida en el Decreto 1746 del 25 de octubre de 2017.

Solución a la excepción.

La excepción no está llamada a prosperar, toda vez que, en el caso *sub examine*, la parte actora acreditó haber agotado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 144 de la Ley 1437 de 2011, allegando para el efecto los Oficios Nos. 100206216-518 y 2-2017-038775 (fls. 75-76 y 120-123 cdno. no. 1), correspondientes a las respuestas que fueron emitidas por parte de la DIAN y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, respectivamente, frente a las peticiones presentadas por el señor Tulio Roberto Vargas Pedroza respecto a los recursos adicionales para la conversión del incentivo por desempeño nacional en salario, con las cuales se evidencia que se expuso ante las entidades demandadas la problemática de la remuneración de los empleados de la DIAN que ahora es objeto de la presente acción popular, respuestas que fueron valoradas por el Magistrado conductor del proceso al momento de admitir la demanda de la referencia mediante auto del 15 de enero de 2018, advirtiéndole que, "*como quiera que la demanda 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*" se dispuso su admisión (fls. 204 a 224 *ibidem*), providencia que no fue objeto de recurso alguno por

parte de las entidades demandadas, por ende, quedó debidamente ejecutoriada.

De otra parte, en lo que respecta a la inconformidad de la entidad demandada consistente en que en la petición no se enuncia el derecho colectivo, cabe señalar que, la Sección Primera del Consejo de Estado ha considerado que, de acuerdo con los principios que regulan las acciones populares, especialmente el de prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal, el requisito de procedibilidad previsto en el artículo 144 de la Ley 472 no obliga a la persona interesada a indicar en el requerimiento, de forma expresa, los derechos e intereses colectivos que considerada vulnerados, siendo suficiente con que los hechos expuestos en la demanda ya hayan sido puestos en conocimiento de las entidades demandadas por medio de peticiones, a pesar que en éstas no se solicite de forma expresa la protección de algún derecho o interés colectivo¹¹.

3.3.3 Excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

Señala el Departamento Administrativo de la Función Pública que la alegada violación de la moralidad administrativa y la afectación del patrimonio público se predicen del hecho de que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la DIAN dejaron de destinar parte de los recursos presupuestales adicionados por la Ley 1837 de 2017, a la conversión salarial del incentivo de desempeño nacional. Por lo que, teniendo en cuenta que la representación de la DIAN como la del Ministerio de Hacienda y Crédito Público es ejercida por sus propias autoridades en los términos de los artículos 159 y 160 del C.P.A.C.A., no hay ninguna razón válida ni suficiente para la vinculación de este Departamento Administrativo a la presente acción popular.

Solución a la excepción.

Respecto de esta excepción, advierte la Sala que, en la demanda de la referencia no fue señalado como demandado el Departamento Administrativo de la Función Pública. No obstante, dicha entidad fue vinculada por el Magistrado conductor mediante auto del 15 de enero de

¹¹ Sobre el tema consultar Consejo de Estado, Sección Primera, auto del 14 de marzo de 2019, C.P. Dra. Nubia Margoth Peña Garzón, núm. único de radicación 500012333000201800275-01(AP)A; providencia del 15 d agosto de 2019, C.P. Dr. Hernando Sánchez Sánchez, expediente No. 25000-23-41-000-2019-00364-01(AP), entre otras.

2018 (fls. 204 a 224 cdno. no. 1) para que integrara la parte demandada dentro de la acción popular de la referencia, lo cual resulta procedente en este tipo de acción constitucional, de conformidad a lo establecido inciso final del artículo 18 de la Ley 472 de 1998, que regula las acciones populares, el cual dispone que cuando en el curso del proceso se observe que existen otros posibles responsables de la vulneración de derecho e intereses colectivos, el juez de primera instancia deberá ordenar la citación de aquellos, en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 18. REQUISITOS DE LA DEMANDA O PETICIÓN. Para promover una acción popular se presentará una demanda o petición con los siguientes requisitos:

(...)

d) La indicación de la personas natural o jurídica, o la autoridad pública presuntamente responsable de la amenaza o del agravio, si fuere posible;

(...)

La demanda se dirigirá contra el presunto responsable del hecho u omisión que la motiva, si fuere conocido. **No obstante, cuando en el curso del proceso se establezca que existen otros posibles responsables, el juez de primera instancia de oficio ordenará su citación en los términos en que aquí se prescribe para el demandado.**" (Negritas fuera de texto).

Tal y como se advierte de la lectura de la disposición legal antes transcrita, ésta radicó en cabeza del juez constitucional de la acción popular la obligación de la integración efectiva del extremo pasivo de la litis, con el propósito de garantizar el derecho de defensa (art. 28 C.P.) y el debido proceso (art. 29 C.P.) de las personas que intervienen en el debate judicial, y de todas aquellas que pudieran verse cobijadas por los efectos de la decisión judicial. En consecuencia, la excepción no está llamada a prosperar.

3.3.4 Excepciones de improcedencia de la acción e inexistencia de derechos colectivos comprometidos con el actuar de las entidades accionadas e indebida escogencia de acción.

3.3.4.1 Aduce la **Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN** que el actor popular señala como vulnerados derechos o intereses colectivos a la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público, vulneración que explica al no determinarse la prima de gestión tributaria, aduanera y cambiaria, convertir el incentivo por desempeño nacional, como asignación básica mensual, esto es, convertirse en salario, por lo que, no se vislumbra que en realidad lo señalado en la demanda constituyan derechos de carácter colectivo.

Agrega que las acciones populares consagradas en el inciso primero del artículo 88 de la Constitución Política y reglamentado por la Ley 472 de 1998, tienen como finalidad la protección de los derechos e intereses colectivos, cuando éstos resulten amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares. El mecanismo de las acciones populares busca la protección de los derechos e intereses colectivos, lo cual no quiere decir que pueda ejercerse para lograr la reparación, bien sea individual o plural, del daño que ocasione la acción u omisión de las autoridades o de los particulares, los derechos fundamentales que se consideren vulnerados, o buscar la legalidad de actos administrativos por cuanto para ello el Constituyente y el legislador han previsto otro tipo de acciones, como las acciones de grupo o de clase, o las acciones de nulidad simple.

Finalmente, expone que, en el presente caso, no se encuentran acreditados los presupuestos probatorios suficientes para verificar la existencia y vulneración de los derechos colectivos; lo evidenciado corresponde a la impugnación del Decreto 1746 del 25 de octubre de 2017, al no determinar como factor de salario la prima dispuesta en virtud del financiamiento señalado en la ley de presupuesto, lo cual tienen una vía diferente para su reclamación, como lo sería el contencioso de simple nulidad y no la acción preferente contenida en la Ley 472 de 1998.

3.3.4.2 Por su parte, el **Departamento Administrativo de la Función Pública** aduce que, en el presente caso, no concurren los presupuestos de procedibilidad de la acción popular establecidos en la Ley 472 de 1998, pues, no se advierte que los derechos aducidos por los accionantes como deprecados se ejerzan en función de la protección de los derechos de la colectividad, sino única y exclusiva para salvaguardar los derechos e intereses individuales de los empleados de la DIAN, como resultado de un alegado incumplimiento del Director General de la DIAN y del Ministro de Hacienda y Crédito Público en destinar las partidas presupuestales adicionales aprobadas por el artículo 2º de la Ley 1837 de 2017, lo que en la práctica se traduce en el hecho de que los accionantes buscan sustituir y disfrazar con la presente acción una problemática que jurídicamente está llamada a ser resuelta a través de una acción de cumplimiento, pues si,

513

como ellos lo afirman, resulta cierto que, por mandato del artículo 2º de la Ley 1837 de 2017, tienen derecho a que se incorporaran unos recursos para gastos de funcionamiento de la DIAN en la vigencia de 2017 para el pago de la conversión salarial del incentivo de desempeño nacional, no existe ningún fundamento para que artificiosamente acudan a una acción popular, que ciertamente está instituida para *"evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos"*, hipótesis ajena a la problemática planteada en la demanda, que se encamina a salvaguardar los derechos e intereses individuales de los empleados de la DIA.

Solución a las excepciones.

i) En primer lugar, en lo que respecta a las inconformidades expuestas por la DIAN y el Departamento Administrativo de la Función Pública consistente en que para los derechos fundamentales que se consideren vulnerados o buscar la legalidad de actos administrativos el legislador ha previsto otro tipo de acciones, como las acciones de grupo o de clase, o las acciones de nulidad simple, por lo que, los demandantes tienen una vía diferente para su reclamación, como lo sería el contencioso de simple nulidad; y que los accionantes buscan sustituir y disfrazar con la presente acción una problemática que jurídicamente está llamada a ser resuelta a través de una acción de cumplimiento, se advierte que, las excepciones propuestas, por estos precisos argumentos, no están llamadas a prosperar, toda vez que la Ley 472 de 1998 estableció en su artículo 2º, que la acción popular es el medio procesal pertinente para la protección de los derechos e intereses colectivos y que su naturaleza es la de ser una acción preventiva y restitutoria, dado que se ejerce para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o el agravio a dichos derechos. Es una acción autónoma, dado que su procedencia no depende de la inexistencia de otro medio de defensa judicial y el legislador le ha otorgado un trámite preferencial, con miras a obtener la protección a los derechos e intereses colectivos. Es decir, la acción popular goza de autonomía procesal, razón por la cual, dentro de las competencias judiciales asignadas por el legislador, su

ejercicio no puede provocar algún tipo de conflicto en relación con la existencia de otro tipo de acción de índole ordinaria o especializada¹².

ii) No obstante, frente a las inconformidades expuestas por la DIAN y el Departamento Administrativo de la Función Pública consistente en que si bien el actor popular señala como vulnerados derechos o intereses colectivos a la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público, no se vislumbra que en realidad lo señalado en la demanda constituyan derechos de carácter colectivo, pues lo que se pretende es la impugnación del Decreto 1746 del 25 de octubre de 2017 al no determinar como factor de salario la prima dispuesta en virtud del financiamiento señalado en la ley de presupuesto, tipo de reclamación que no puede ejercerse mediante esta acción contenida en la Ley 472 de 1998 para lograr la reparación, bien sea individual o plural, del daño que ocasione la acción u omisión de las autoridades; y que en el presente caso, no concurren los presupuestos de procedibilidad de la acción popular establecidos en la Ley 472 de 1998, pues, no se advierte que los derechos aducidos por los accionantes como deprecados se ejerzan en función de la protección de los derechos de la colectividad, sino única y exclusiva para salvaguardar los derechos e intereses individuales de los empleados de la DIAN, como resultado de un alegado incumplimiento del Director General de la DIAN y del Ministro de Hacienda y Crédito Público en destinar las partidas presupuestales adicionales aprobadas por el artículo 2º de la Ley 1837 de 2017; lo que en la práctica se traduce en el hecho de que los accionantes buscan sustituir y disfrazar con la presente acción la problemática de que tienen derecho a que se incorporaren unos recursos para gastos de funcionamiento de la DIAN en la vigencia de 2017 para el pago de la conversión salarial del incentivo de desempeño nacional, problemática que se encamina a salvaguardar los derechos e intereses individuales de los empleados de la DIAN, respectivamente, la Sala declarará probadas las excepciones de *"improcedencia de la acción"* e *"inexistencia de derechos colectivos comprometidos con el actuar de las entidades accionadas e indebida escogencia de acción"*, por las razones que se exponen a continuación:

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, providencia del 6 de julio de 2006, expediente No. 25000-23-25-000-2005-01679-01(AP), C.P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

a) Los derechos e intereses colectivos son los que pertenecen idénticamente a un plural de sujetos en cuanto integrantes de grupos, clases o categorías de personas, ligadas en virtud de la pretensión de goce, por parte de cada uno de ellos, de una prerrogativa. De forma tal, que la satisfacción del fragmento o porción del interés que atañe a cada individuo se extiende por naturaleza a todos; de igual modo que la lesión a cada uno afecta simultánea y globalmente, a los intereses de los integrantes del conjunto comunitario¹³, es decir, que como tales le pertenecen a una serie indeterminada de personas, nadie es su titular exclusivo y, a la vez varios son sus beneficiarios, no se relacionan directamente con la individualidad de cada persona, sino del conjunto de personas que integran la sociedad. Esta indeterminación, esta falta de límites precisos en cuanto a la identificación de las personas que lo componen, convierte a ese interés en difuso, porque corresponde a los sujetos de un grupo indeterminado.

b) Los derechos e intereses individuales o subjetivos consisten en un poder atribuido a una voluntad en una esfera en la cual reina soberanamente la voluntad de una persona. Se trata de un poder concreto, una relación jurídica determinada con respecto a un sujeto o una cosa.

Cumple una función de garantía al asignar a la persona el poder jurídico de reclamar al Estado lo suyo e impedir las violaciones de sus derechos individuales de propiedad y libertad¹⁴.

La vulneración a estos derechos ocasiona daños individuales, que son aquellos que afectan los bienes patrimoniales y extramatrimoniales de personas determinadas.

c) En relación con la diferencia entre los derechos e intereses colectivos y los derechos individuales, la Corte Constitucional en sentencia C- 215 del 14 de abril de 1999 M.P. Martha Victoria Sáchica de Moncaleano, afirmó:

"... El carácter público de las acciones populares, implica que el ejercicio de las acciones populares supone la protección de un derecho colectivo, es decir, de un interés que se encuentra en cabeza de un grupo de individuos, lo que excluye motivaciones meramente subjetivas o particulares. No obstante, suponen la posibilidad de que cualquier persona perteneciente a esa comunidad, pueda acudir ante el juez para defender a la colectividad afectada, con lo cual se obtiene de manera simultánea, la protección de su propio interés." (Negrillas fuera de texto).

¹³ Dino Bellorio Clabot. Tratado de Derecho Ambiental Tomo I. Pág. 352. Ed. AD. HOC. Viamonte. Buenos Aires- Argentina.

¹⁴ Pág. 351. Ob. Cit

En conclusión, la acción popular busca la protección de derechos e intereses colectivos, un interés difuso que se encuentra en cabeza de una colectividad, lo que implica, necesariamente la imposibilidad de proteger derechos individuales o particulares, los cuales ocasionan daños particulares que afectan los bienes patrimoniales o extramatrimoniales de un sujeto determinado.

d) Ahora bien, sea del caso indicar que, en el escrito contentivo de la demanda, se indica como fundamentos de los derechos e intereses colectivos invocados lo siguiente:

"(..)

Nos congregamos al mecanismo o procedencia de la acción popular razonado en la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público, **con el fin que él juez popular en sus facultades tome las medidas necesarias, que garanticen la eficacia de los derechos colectivos de los empleados de la DIAN, derechos colectivos que han sido vulnerados, violados y puestos en peligro** inminente, por parte del Director General de la DIAN y el Ministro de Hacienda y Crédito Público, **por el hecho u omisión de no aplicar la Ley 1837 del 30 de junio de 2017 - artículo 2 - Sección 1310.**

(...)

1.1. Acción popular - Moralidad administrativa. El derecho colectivo de los empleados de la DIAN, en referencia a la moralidad administrativa, sin temor a equívocos y debidamente probado, **resulta vulnerado, en peligro eminente y amenazado, debido a la no aplicación de la Ley 1837 de 2017, porque por la no aplicación de la Ley mencionada, se ha quebrantado unos bienes jurídicos vinculados e inherentes a los trabajadores de la DIAN,** como son su patrimonio, su desarrollo, integridad y el amparo del principio de progresividad y la prohibición de la regresividad, **por la no ejecución de los \$80.000.000.000, o parte de ellos, que el legislador ordeno a la DIAN, para que atendiera el proceso de conversión total o parcial del incentivo por desempeño nacional a salario.**

Al transgredirse a los trabajadores de la DIAN, el principio colectivo de progresividad de contera también se contraviene su patrimonio, su desarrollo e integridad.

(...)

Siendo así las cosas, el Director General de la DIAN y Ministro de Hacienda y Crédito Público, por el despliegue de sus acciones u omisiones, por no aplicar la Ley 1837 de 2017 y destinar los \$80 mm en su totalidad o en parte a gastos diferentes, y/o devolver el restante o dejarlo morir por expiración de la ley del presupuesto anual, **afectan real y colectivamente a los empleados de la DIAN en los bienes jurídicos que se han enunciado.**

Como accionantes nuestro objetivo es la protección del recurso social; cumplimiento de la Ley de adición presupuestal 1837 de 2017 y cumplimiento de los acuerdos sindicales sindicatos en especial UTRADIAN.

(...)

El Director General de la DIAN y Minhacienda, desconocen la justicia social real, desconocen el espíritu y el decir de la Ley 1837 de 2017, desconocen los derecho colectivos de los trabajadores de la DIAN, porque con su acción u omisión, no respetaron ni acataron que el Congreso de la República por medio de la Ley 1837 de 2017, asigno un presupuesto adicional de \$80.000 millones para ejecutarlos para el proceso de convertir el incentivo de desempeño nacional a salario y provisión gradual de vacantes, presupuesto o recursos que de acuerdo a la ley mencionada, debió haberse ejecutado para el fin propuesto y no para gastos o fines diferentes como lo hicieron las autoridades administrativas citadas que vulneran la moralidad administrativa y el patrimonio público, **transgrediendo los derechos colectivos de los empleados DIAN y el interés general de los mismos.**

(...)

La voluntad del Director General de la DIAN y Ministro de Hacienda y Crédito Público, prevaleció sobre el principio de legalidad (Ley 1837 de 2017). Estas autoridades administrativas actuaron de manera contraria a lo establecido en la Ley citada y **con su actuar por acción u omisión avasallaron los derechos colectivos de los empleados de la DIAN**, pasaron por encima del interés general, **amenazaron, transgredieron y pusieron en peligro inminente los derechos colectivos de los empleados DIAN**. La actuación de los mencionados violó el principio de legalidad administrativa, principio encargado de determinar que todas y cada una de las acciones, decisiones y medidas que adopte la administración debe estar sometida a la ley.

(...)

1.2. Acción popular - Patrimonio Público. El derecho colectivo de los empleados de la DIAN, en alusión al patrimonio público, sin temor a equívocos y debidamente probado, resulta vulnerado, en peligro eminente y amenazado, debido a la no aplicación de la Ley 1837 de 2017, porque por la no aplicación de la Ley mencionada, se ha quebrantado unos bienes jurídicos vinculados e inherentes a los trabajadores de la DIAN, como son su patrimonio, su desarrollo, integridad y el amparo del principio de progresividad y la prohibición de la regresividad, por la no ejecución de los \$80.000.000.000, que el legislador ordeno a la DIAN, para que atendiera el proceso de conversión del incentivo por desempeño nacional a salario y provisión gradual de vacantes de la planta de personal.

Teniendo en cuenta lo mencionado, los empleados de la DIAN, en aras de la confianza legítima, la buena fe, la ética, la imparcialidad, la progresividad laboral, el interés general y la protección integral de derecho colectivo de los trabajadores de la DIAN, creímos que el Director General de la DIAN y Ministro de Hacienda y Crédito Público, iban a aplicar, administrar y ejecutar el presupuesto que ordeno la Ley 1837 de 2017 para el fin que ordeno el legislador, pero resulta que los funcionarios públicos aludidos, no ejecutaron ni administraron los recursos públicos con eficiencia y transparencia, no los utilizaron de acuerdo con su objeto y en especial, con la finalidad social del Estado.

Ciertamente el Director General de la DIAN y Ministro de Hacienda y Crédito Público, administraron indebidamente los recursos públicos que eran de los trabajadores de la DIAN, porque de forma imprudente o negligente o ineficiente, destinaron parte de los recursos que eran de los trabajadores, a gastos diferentes, a los expresamente señalados en las norma tantas veces aludida en esta acción popular, afectando con esta acción u omisión el patrimonio público que es propiedad del Estado y que debió haberse empleado para el cumplimiento de las atribuciones de conformidad con el ordenamiento normativo, es decir, para desarrollar en favor y protección integral del derecho colectivo de los empleados DIAN, el proceso de conversión del incentivo por desempeño nacional a salario.

(...)

Afluimos a la acción popular, con el fin de asegurar sustancialmente la eficacia de los derechos colectivos de los empleados de la DIAN protegidos constitucionalmente, con el fin que los servidores públicos accionados, por medio del juez corrijan las irregularidades que lesionan a los trabajadores, restableciendo la protección del derecho colectivo vulnerado que nos asiste y restituyendo las cosas a su estado anterior, si ello resulta posible, como efectivamente lo prevé la Ley 472 de 1998, como es hacer cesar el peligro, la amenaza, el daño contingente la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos de los empleados de la DIAN.

Lo que se pretende, es que el Director General de la DIAN y Ministro de Hacienda y Crédito Público, por medio del juez **conjuren oportunamente los hechos u omisiones que generan daños al derecho colectivo de los trabajadores de la DIAN** que cese el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos y de contera al derecho colectivos de la moralidad y al patrimonio público, con el fin de que se superen y restituir las cosas a su estado anterior.

1.3. Acción popular - Daño Contingente artículo 2359 del Código Civil Colombiano. La acción popular, es un instrumento jurídico encaminado a prevenir la sucesión de un daño en cabeza de un número indeterminado de personas y para el caso que nos ocupa resulta aplicable el artículo 2359 del Código Civil, el cual se refiere a un daño "contingente", es decir, un daño eventual que no puede saberse a ciencia cierta si sucederá o no. Visto está que de no adoptarse las medidas necesarias se estaría ante una situación de estas: eventualmente se podría ocasionar un grave perjuicio a la comunidad de la DIAN.

(...)

La acción que invocamos, tiene como propósito principal salvaguardar la moralidad administrativa, salvaguardar el patrimonio público y los derechos colectivos de los empleados de la DIAN y evitar un daño contingente y la consecuente amenaza a los empleados, a raíz de la actuación antijurídica del Director de la DIAN y Ministro de Hacienda y Crédito Público, el fin es la prevención del menoscabo a los trabajadores en referencia al desarrollo del proceso de conversión del incentivo por desempeño nacional a salario, como lo contempla, estipula y lo ordena la Ley 1837 de 2017 de adición y modificación presupuestal.

(...)." (fls. 1 vto. a 11 vtos. - Negrillas y Subrayado fuera de texto).

e) De otra parte, cabe destacar que la **parte actora**, mediante escrito del 14 de febrero de 2018, describió traslado de las excepciones presentadas por el Departamento Administrativo de la Función Pública (fls. 401 y 402 cdno.no. 1), oportunidad en la que, respecto de la excepción de "inexistencia de derechos colectivos comprometidos con el actuar de las entidades accionadas e indebida escogencia de acción", manifestó lo siguiente:

"En relación con esta excepción de la apoderada, no le asiste razón, la acción popular que incoamos cumple con todos los requisitos de procedibilidad y lo que se implora es la defensa de los derechos colectivos, patrimonio público y moralidad administrativa, de ahí que se hace necesario recordar la definición de Colectividad.

La Colectividad es un conjunto de personas reunidas con un mismo fin, es decir se trata de un grupo social en este caso todos los empleados de la DIAN e incluso los afiliados a "UTRADIAN", conforman una colectividad, sujetos que pertenecen a la colectividad por compartir características y objetivos.

*Igualmente es necesario exponer, que **los Derechos colectivos hacen referencia a un conjunto o colectivo o grupo social, en este caso todos los empleados de la DIAN** y mediante esos derechos colectivos pretendemos proteger los intereses colectivos y la transparencia del manejo patrimonio público y en consecuencia la moralidad administrativa." (Negrillas fuera de texto).*

f) En consideración a lo anterior, se deduce que en el presente caso, la parte demandante no tiene interés de proteger un derecho colectivo que se predica de la comunidad en general, sino un derecho personal y subjetivo de carácter patrimonial de cada uno de los empleados de la DIAN.

Pues de los hechos y pretensiones de la demanda se desprende que la parte actora, mediante la acción popular, pretende que se ordene a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN y al Ministro de Hacienda y Crédito Público que adopten los procedimientos y acciones necesarias tendientes a aplicar totalmente, los recursos de la vigencia fiscal del año 2017 sin ejecutar, al proceso parcial de conversión en salario del incentivo por Desempeño Nacional hoy prima de Gestión Tributaria, Aduanera y Cambiaria (Decreto 1746 de 2017), con el propósito de proteger los derechos e intereses colectivos de los trabajadores de la DIAN y el principio de progresividad laboral y no regresividad. Pero además, que

se le ordene a dichas entidades tramitar y expedir el decreto en materia salarial de ejecución de esos recursos para el proceso parcial de convertir en salario el incentivo por Desempeño Nacional, hoy prima de Gestión Tributaria, Aduanera y Cambiaria (Decreto 1746 de 2017), todo ello con el fin de asegurar los derechos e intereses colectivos de los trabajadores de la DIAN y prevenir la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos de los trabajadores de la DIAN.

Como se puede observar las pretensiones están dirigidas a la protección de derechos e intereses de carácter meramente subjetivo, que en nada benefician a la comunidad en general, sino solamente a un grupo determinado y/o determinable de personas, esto es, a los trabajadores de la DIAN. Pretensión, que aun cuando sea presentada invocando la violación de derechos colectivos, es de carácter subjetiva y no colectiva. En consecuencia, la acción popular resulta improcedente, como lo anotan las entidades públicas demandada y vinculada al proceso antes mencionadas, así como el Agente del Ministerio Público Delegado ante esta Corporación al emitir su concepto.

Respecto a la diferencia entre los derechos e intereses colectivos y los derechos individuales comunes a un grupo de personas, el Consejo de Estado, en sentencia del 25 de abril de 2002, expediente No. 05001-23-31-000-2001-2012-01(AP-0388), C.P. Dr. Ricardo Hoyos Duque, manifestó:

"No deben confundirse los derechos colectivos con los individuales comunes a un grupo de personas determinadas o determinables. La distinción entre intereses subjetivos y colectivos de un grupo depende de la posibilidad de apropiación exclusiva de los objetos o bienes materiales o inmateriales involucrados en la relación jurídica. Así, de los derechos colectivos puede afirmarse que a pesar de pertenecer a todos los miembros de una comunidad ninguno puede apropiarse de ellos con exclusión de los demás; en tanto que en relación con los derechos individuales, cada uno de los sujetos que pertenecen al grupo puede obtener la satisfacción de su derecho de forma individual y en momento diferente o puede ejercerlo con exclusión de los demás, y sólo por razones de orden práctico pueden reclamar conjuntamente la indemnización cuando han sufrido un daño por una causa común, sin perjuicio de las acciones individuales que cada uno pueda iniciar.

(...)

El solo hecho de que un daño afecte a un número plural de personas no hace procedente la acción popular, ya que ésta depende de la naturaleza del derecho que ha sido afectado (derecho o interés colectivo). No obstante, también es posible que con la misma acción u omisión puedan vulnerarse además de los intereses colectivos, los derechos individuales de una persona o un grupo. El caso típico es el de los daños ambientales que además de afectar el interés de la colectividad a un ambiente sano (daño ambiental puro), pueden causar afecciones en la salud de las personas más expuestas al agente contaminante. Un criterio útil para definir si se está en frente de un derecho individual o colectivo es establecer si con la indemnización de los perjuicios causados a quienes individualmente han sufrido el daño, éste queda reparado en forma definitiva, o si a pesar de esas reparaciones aún

subsiste la afectación para la colectividad, en la que muchos de los miembros pueden no haber sufrido ninguna mengua de sus derechos particulares.

(...)." (Negrillas fuera de texto).

La posición jurisprudencial antes transcrita, ha sido reiterada por dicha Corporación, en providencia del 20 de 2005, expediente 25000-23-25-000-2002-02261-01(AP), C.P. Dr. Camilo Arciniegas Andrade, y en sentencia del 10 de mayo de 2007, expediente No. 76001-23-31-000-2003-01856-01(AP), C.P. Dra. Martha Sofía Sanz Tobón.

g) Así las cosas, se reitera que la acción popular busca la protección de derechos e intereses colectivos, un interés difuso que se encuentra en cabeza de una colectividad, lo que implica, necesariamente la imposibilidad de proteger derechos individuales o particulares, los cuales ocasionan daños particulares que afectan los bienes patrimoniales o extrapatrimoniales de un sujeto determinado.

Pero además, cabe agregar que, si bien el Constituyente de 1991 previó la regulación de estas acciones como mecanismo de protección de los derechos e intereses colectivos relacionados con la moralidad administrativa, defensa del patrimonio público, seguridad y salubridad públicas entre otros, concebidos como derechos e intereses colectivos, y que sus titulares son cualquier persona natural o jurídica, organizaciones no gubernamentales, populares, cívicas o de índole similar, entidades públicas que cumplan funciones de control, intervención o vigilancia, el Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo, Personeros, Alcaldes, por tratarse de derechos e intereses de la sociedad en general, no proceden tales acciones para dirimir conflictos en los cuales se discutan derechos derivados de relaciones laborales, como lo pretenden en esta oportunidad los actores, que se ordene al proceso parcial de conversión en salario del incentivo por Desempeño Nacional - hoy prima de Gestión Tributaria, Aduanera y Cambiaria (Decreto 1746 de 2017) - con el propósito de proteger los derechos e intereses de los trabajadores de la DIAN, así la promueva un número plural de personas, invocando la violación de los citados derechos e intereses colectivos¹⁵.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, providencia del 28 de octubre de 1999, Radicado número: AP-003, C.P. Dr. Javier Díaz Bueno.

h) En consideración a todo lo anteriormente expuesto, concluye la Sala que, si bien el actor popular invocó la presunta violación de "*la moralidad administrativa*" y "*la defensa al patrimonio público*", los cuales sí tienen la connotación de derechos colectivos, de las pretensiones y hechos de la demanda se deduce que, en el presente caso, el demandante no tiene el interés de proteger un derecho colectivo que se predica de la comunidad en general, sino un derecho personal y subjetivo de carácter patrimonial de cada uno de los trabajadores de la DIAN, el cual tiene su origen y/o se deriva de una relaciones laboral, derechos individuales comunes a un grupo de personas determinadas y/o determinables, por lo que, la situación fáctica planteada en el caso *sub exmine* desdibuja el rasgo colectivo que debe fundamentar la procedencia de la acción popular. Por ende, las pretensiones, aun cuando sean presentadas invocando la violación de derechos colectivos, son de carácter subjetiva y no colectiva. En consecuencia, la acción popular resulta improcedente para ese fin, pues, ésta no puede intentarse para conseguir dirimir conflictos en los cuales se discutan derechos derivados de relaciones laborales. Razón lo la cual, se declararán probadas las excepciones denominadas "*improcedencia de la acción*" e "*inexistencia de derechos colectivos comprometidos con el actuar de las entidades accionadas e indebida escogencia de acción*", propuestas por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN y el Departamento Administrativo de la Función Pública, respectivamente.

4. Caso concreto.

Habiéndose encontrado debidamente probadas las excepciones de "*improcedencia de la acción*" e "*inexistencia de derechos colectivos comprometidos con el actuar de las entidades accionadas e indebida escogencia de acción*", propuestas por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN y el Departamento Administrativo de la Función Pública, respectivamente, esta Sala de Decisión queda relevada y/o eximida de estudiar la alegada amenaza o violación de los derechos e intereses colectivos a la *moralidad administrativa* y la *defensa del patrimonio público* invocados con el propósito de garantizar la eficacia de los derechos colectivos de los empleados de la DIAN por haberse quebrantado unos bienes jurídicos vinculados e inherentes a los trabajadores de la DIAN.

5. Conclusión general.

Bajo las anteriores consideraciones, como quiera que se encontraron debidamente probadas y/o acreditadas la excepciones de "improcedencia de la acción" e "inexistencia de derechos colectivos comprometidos con el actuar de las entidades accionadas e indebida escogencia de acción", propuestas por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN y el Departamento Administrativo de la Función Pública, respectivamente, se declararán probadas la mismas, y en consecuencia, esta Sala de Decisión se relevará y/o eximirá de estudiar la alegada amenaza o violación de los derechos e intereses colectivos a la *moralidad administrativa* y la *defensa del patrimonio público* invocados con el propósito de garantizar la eficacia de los derechos colectivos de los empleados de la DIAN por haberse quebrantado unos bienes jurídicos vinculados e inherentes a los trabajadores de la DIAN y, denegará las pretensiones de la demanda presentada por la organización sindical Unión Nacional de Trabajadores y Empleados de la DIAN – UTRADIAN y los señores Tulio Roberto Vargas Pedroza y Alberto Rojas Ladino.

6. Condena en costas.

En lo que respecta a las costas en acciones populares, el artículo 38 de la **Ley 472 de 1998**, establece:

"Artículo 38.- Costas. El juez aplicará las normas de procedimiento civil relativas a las costas. Sólo podrá condenar el demandante a sufragar los honorarios, gastos y costos ocasionados al demandado, cuando la acción presentada sea temeraria o de mala fe. En caso de mala fe de cualquiera de las partes, el juez podrá imponer una multa hasta de veinte (20) salarios mínimos mensuales, los cuales serán destinados al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, sin perjuicio de las demás acciones a que haya lugar." (Negrillas y subrayado fuera de Texto).

Conforme a la disposición transcrita, se tiene que, en lo que respecta a las acciones populares, sólo hay lugar a condenar en costas al actor popular siempre y cuando la acción presentada sea temeraria o de mala fe.

En esos términos, la Sala se abstendrá de condenar en costas a la parte demandante, por cuanto la conducta procesal de ésta no está teñida de mala fe, dado que no es constitutiva de abuso del derecho, ni puede calificarse como temeraria, torticera, maliciosa ni malintencionada, presupuesto éste indispensable para adoptar este tipo de decisión.

Así las cosas, por lo expuesto anteriormente el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN PRIMERA, SUB SECCIÓN B**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

FALLA:

1º) Decláranse probadas las excepciones denominadas "*improcedencia de la acción*" e "*inexistencia de derechos colectivos comprometidos con el actuar de las entidades accionadas e indebida escogencia de acción*", propuestas por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN y el Departamento Administrativo de la Función Pública, respectivamente, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

2º) Declárase no probada la excepción denominada "*carencia del requisito de procedibilidad de la presente acción popular, contenido en el inciso 3º del artículo 144 de la Ley 1437 de 2011*", propuesta por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

3º) Declárase no probada la excepción de "*falta de legitimación en la causa por pasiva*", propuesta por el Departamento Administrativo de la Función Pública, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

4º) Ante la prosperidad de las excepciones de "*improcedencia de la acción*" e "*inexistencia de derechos colectivos comprometidos con el actuar de las entidades accionadas e indebida escogencia de acción*", la Sala se releva y/o exime de estudiar la alegada amenaza o violación de los derechos e intereses colectivos a la *moralidad administrativa* y la *defensa del patrimonio público* invocados con el propósito de garantizar la eficacia de los derechos colectivos de los empleados de la DIAN por haberse quebrantado unos bienes jurídicos vinculados e inherentes a los trabajadores de la DIAN, y **deniega** las pretensiones de la demanda presentada por la organización sindical Unión Nacional de Trabajadores y

Empleados de la DIAN – UTRADIAN y los señores Tulio Roberto Vargas Pedroza y Alberto Rojas Ladino.

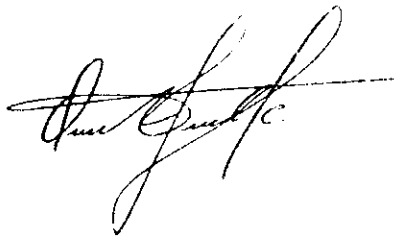
5º) Sin condena en costas en la instancia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

6º) En caso de no ser apelada la presente sentencia, para los fines de que trata el artículo 80 de la Ley 472 de 1998 **remítase** copia integral de esta a la Defensoría del Pueblo.

7º) En firme esta providencia **archívese** el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Discutido y aprobado en sesión de Sala de la fecha. Acta No.



OSCAR ARMANDO DIMATÉ CÁRDENAS
Magistrado



FREDY BARRA MARTÍNEZ
Magistrado



MOISÉS RODRÍGO MAZABEL PINZÓN
Magistrado