

PRIMA TECNICA POR FORMACION AVANZADA Y EXPERIENCIA CALIFICADA – Regulación legal / PRIMA TECNICA POR FORMACION AVANZADA Y EXPERIENCIA – Dirección de impuestos y aduanas nacionales

Con base en la facultad conferida por los artículos 9 del Decreto 1661 de 1991 y 7 del Decreto 2164 del mismo año, el Director de la Unidad Administrativa Especial - Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales expidió la Resolución No. 3682 de 16 de agosto de 1994. (...) Posteriormente se expidió el Decreto 1268 de 13 de julio de 1999, en cuyo artículo 1º se señaló que los funcionarios de la DIAN tendrían derecho a todas las prestaciones sociales y beneficios consagrados en las normas generales para los empleados de la Rama Ejecutiva. (...) Finalmente, mediante Resolución No. 2227 de 27 de marzo de 2000 la Directora General de la entidad demandada fijó nuevamente los criterios y la ponderación de los factores para otorgar la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada; el contenido de este acto administrativo, en lo pertinente, es básicamente igual al de la Resolución No. 8011 de 1995, que acaba de citarse.

DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - Inscripción automática en carrera administrativa / INSCRIPCIÓN AUTOMÁTICA EN CARRERA ADMINISTRATIVA – Aplicación de excepción de inconstitucionalidad / PRIMA TECNICA POR FORMACION AVANZADA Y EXPERIENCIA ALTAMENTE CALIFICADA – No aplica a empleados que no desempeñen su cargo en propiedad / EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD – Incorporación automática al sistema de carrera en la DIAN

para la Sala resulta claro que el actor no podía reclamar para sí los derechos propios de los empleados de carrera administrativa, como es el caso de la prima técnica por el criterio de formación avanzada y experiencia altamente calificada, en la medida que la norma de inscripción automática de la cual pretende derivarlos (artículo 116 del Decreto 2117 de 1992) es inconstitucional por ser contraria al artículo 125 de la Carta Política, como acertadamente lo afirmó el *a quo*, y al derecho de igualdad en el acceso a la función pública. Así las cosas, como el señor Alvarado Caicedo no logró demostrar el desempeño de su cargo en propiedad, como resultado de un proceso de selección público y abierto, que garantizara la igualdad de condiciones entre los aspirantes, resulta innecesario verificar las demás exigencias señaladas en el artículo 4º del Decreto 2164 de 1991 para el otorgamiento de la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada.

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

Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

Bogotá, D.C., diez (10) de octubre de dos mil trece (2013).

Radicación numero: 25000-23-25-000-2011-00094-01(0375-13)

Actor: JAIRO ALBERTO ALVARADO CAICEDO

Demandado: DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN

Apelación Sentencia – Autoridades Nacionales

I. ANTECEDENTES

1. LA ACCIÓN

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 6 de septiembre de 2012, proferida por la Sección Segunda – Subsección “D” del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que negó las súplicas de la demanda instaurada por el señor Jairo Alberto Alvarado Caicedo contra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, en procura de obtener el reconocimiento y pago de la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada.

2. PRETENSIONES

Por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el señor Jairo Alberto Alvarado Caicedo solicitó se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- Oficio No. 00214-02623 de 12 de abril de 2010, expedido por el Subdirector de Gestión de Personal de la DIAN, mediante el cual se negó la solicitud de

prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada.

- Resolución No. 0004390 de 11 de mayo de 2010, suscrita por el Director de Gestión de Recursos y Administración Económica de la DIAN, que resolvió el recurso de apelación, confirmando la anterior decisión.

A título de restablecimiento del derecho pidió condenar a la entidad demandada al reconocimiento y pago indexado de la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada, desde el momento de su asignación; así como de los efectos salariales y prestacionales y de los aportes a la seguridad social.

Adicionalmente reclamó el pago de intereses moratorios desde el momento en que la obligación se hizo exigible y de las costas del proceso.

3. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Los hechos que sustentan las anteriores pretensiones se resumen de la siguiente manera:

El actor ingresó a la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales el 31 de mayo de 1993, desempeñando el cargo de Profesional de Ingresos Públicos II, nivel 31, grado 23.

Acreditó el título de Especialista en Auditoría de Sistemas, otorgado el 22 de marzo de 1996, el cual se relaciona con las funciones de su cargo y excede los requisitos para el mismo.

Para el 4 de julio de 1997 el señor Alvarado Caicedo contaba con más de tres años de experiencia altamente calificada en áreas relacionadas con las funciones propias de su cargo.

4. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Como normas vulneradas se citaron los artículos 13, 53, 122 y 228 de la Constitución Política; los Decretos Leyes 1661 de 1991 y 1724 de 1997; los Decretos Reglamentarios 2164 de 1991, 2573 de 1991, 1335 de 1999, 1268 de 1999, 1336 de 2003 y 2177 de 2006; y las Resoluciones números 3682 de 1994 y 8011 de 1995, ambas expedidas por la DIAN.

Aunque el apoderado del actor no adujo ninguna causal específica de nulidad de los actos administrativos acusados, expuso los siguientes argumentos para sustentar el concepto de violación de las normas antes citadas:

- El demandante cumplió con los requisitos establecidos en el Decreto 1661 de 1991 para ser beneficiario de la prima técnica y del régimen de transición previsto en el artículo 4º del Decreto 1724 de 1997.
- Los argumentos expuestos por la entidad enjuiciada para negar el derecho al pago de la prima técnica se apartan de la línea jurisprudencial que sobre el punto ha establecido el Consejo de Estado.
- La negativa de la administración vulnera el derecho a la igualdad del actor frente a quienes desempeñan las mismas funciones y desconoce el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades.
- El reconocimiento de la prima técnica no constituye una decisión discrecional del jefe de la entidad, sino que, una vez constatado el cumplimiento de los requisitos establecidos por la ley, se impone su otorgamiento.

5.- OPOSICIÓN DE LA ENTIDAD DEMANDADA

El apoderado de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales se opuso a las pretensiones, al considerar que a la parte actora no le asiste el derecho invocado.

Explicó que aunque el demandante obtuvo su título de formación avanzada el 22 de marzo de 1996, no cumple con el segundo requisito previsto en el literal a) del artículo 2 del Decreto 1661 de 1991, toda vez que para el momento en que entró en vigencia el Decreto 1724 de 1997 tal solo contaba con un año de experiencia.

Sobre este mismo aspecto precisó que el requisito de experiencia altamente calificada se debe contabilizar a partir de la obtención del título de especialista, de acuerdo con lo señalado en el Decreto 1661 de 1991.

Indicó que con la modificación efectuada por el Decreto 1724 de 1997 el señor Alvarado Caicedo tampoco tiene derecho al reconocimiento y pago de la prima técnica, por cuanto la misma fue restringida a los funcionarios que desempeñen cargos de los niveles directivo, asesor o ejecutivo.

Con base en el literal c) del artículo 2 del Decreto Reglamentario 2164 de 1991, dijo que los empleados de la DIAN cuentan con un sistema especial de remuneración regido por los Decretos 1647 y 1648 del 27 de junio de 1991, que permite el reconocimiento del factor individual denominado prima de productividad, en razón al desempeño de cada funcionario, que se causa por haber alcanzado una evaluación satisfactoria.

II. LA SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia de 6 de septiembre de 2012, la Sección Segunda – Subsección D del Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las súplicas de la demanda, exponiendo los siguientes argumentos:

Luego de aludir a las pruebas que obran en el expediente, a la normatividad aplicable en este caso y a los parámetros exigidos por la misma para que el actor sea beneficiario de la prima técnica pretendida, señaló que el señor Alvarado Caicedo fue incorporado automáticamente en carrera administrativa a la planta de personal de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, de conformidad con lo establecido en el artículo 116 del Decreto 2117 de 29 de diciembre de 1992.

A partir de lo anterior y amparado en jurisprudencia de la Corte Constitucional y en el artículo 4 de la Carta Política, decidió inaplicar por inconstitucional el artículo 116 del Decreto 2117 de 1992 y, en consecuencia, negar las pretensiones de la demanda, por las siguientes razones:

“De acuerdo con lo anterior, la Sala amparada en el artículo 4º de la Constitución Política, inaplicará por inconstitucional el artículo 116 del Decreto 2117 de 1992, en lo que se refiere a la incorporación automática, al observarse una clara violación al artículo 125 del mandato superior, que exige la convocación a concursos públicos para proveer los cargos de carrera, así, como la vulneración a los principios generales que este sistema de selección tiene implícitos, tales como la igualdad y la eficacia en la administración pública (artículos 13 y 209 de la Constitución).

(...)

*En conclusión, es claro que para acceder a la prima técnica por el criterio de título de estudios de formación avanzada y experiencia altamente calificada, el Decreto 2164 de 17 de septiembre de 1991, reglamentario del Decreto-Ley 1661 de 1991, dispuso en su artículo 4º, que para tener derecho a este incentivo era necesario acreditar que el empleo susceptible de dicha asignación, esté siendo ocupado en **propiedad**.*

(...)

En el sub lite, de conformidad con el Oficio No. 35730 de 17 de julio de 2012, emitido por el Coordinador del Grupo de Registro de la Comisión Nacional del Servicio Civil (fl. 156), la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, tiene la delegación de la administración del registro público de carrera administrativa, motivo por el cual no allegó certificación al respecto. De esta forma, no se encuentra en el plenario prueba que determine su vinculación al sistema de carrera administrativa.

Así entonces, el señor Alvarado Caicedo no ejercía el cargo de Profesional en Ingresos Públicos, Nivel 31, Grado 23, en la dependencia de Liquidación – Especial de Personas Naturales, en propiedad, tal como lo exige el Decreto 2164 de 1991, por lo que se deduce que el demandante desempeñaba dicho empleo en provisionalidad”.

III. RECURSO DE APELACIÓN

En la oportunidad procesal correspondiente el apoderado del demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, solicitando su revocatoria y exponiendo los siguientes motivos de inconformidad:

Sostuvo que el *a quo* pasó por alto que el nombramiento en propiedad del actor es un hecho aceptado por ambas partes y reconocido por la entidad demandada en varias certificaciones que fueron aportadas como pruebas al expediente.

Explicó que el señor Jairo Alberto Alvarado Caicedo laboró para la Dirección General de Impuestos Nacionales, mucho antes de la conformación de la DIAN.

Insistió en que el demandante es beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 4º del Decreto 1724 de 1997 y que cumple con los requisitos señalados en el artículo 2º del Decreto 1661 de 1991 para el reconocimiento de la prima técnica.

IV. TRAMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante providencia de 7 de marzo de 2013 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte actora (fl. 217).

Posteriormente, por auto de 25 de abril siguiente se corrió traslado a las partes y al Agente del Ministerio Público para que alegaran de conclusión (fl. 219), etapa procesal en la que el apoderado de la DIAN presentó el respectivo escrito, reiterando los argumentos de la contestación y solicitando confirmar la sentencia de primera instancia, por las siguientes razones: (i) Solo los profesionales a quienes se les hubiera otorgado la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada, con anterioridad a la vigencia del Decreto 1724 de 1997, podrían continuar disfrutándola; (ii) ninguna de las pruebas aportadas permite establecer que el actor hubiere realizado sus labores alcanzando el nivel superior de experiencia que demanda la norma; y (iii) en este caso no se demostró la calidad de funcionario de carrera administrativa del demandante ni la experiencia altamente calificada en el cargo.

Por su parte, el Procurador Segundo Delegado ante el Consejo de Estado rindió concepto, solicitando confirmar la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en los siguientes términos:

“Precisado el entorno normativo que regula el sub lite considera esta agencia del Ministerio Público, que al demandante no le asiste el derecho a la prima por formación avanzada, al considerar que no cumplió con el requisito de acreditar tres años de experiencia después de la obtención del título, nótese que obtuvo el título de especialista en auditoría de sistemas el 22 de marzo de 1996, si bien fue antes del 4 de julio de 1997, fecha de

expedición del Decreto 1724, no acreditó los tres años que exigía el Decreto 1661 de 1991, para tal efecto, y así poder colegir que estaba en el régimen de transición para la obtención de la prima objeto del sub lite, como ha señalado su apoderado.

Así las cosas, las súplicas de la demanda no están llamadas a prosperar, pero por los argumentos esgrimidos por esta agencia Fiscal”.

Para resolver, se

V. CONSIDERA

1.- Problema jurídico

El problema jurídico a resolver en esta instancia se contrae a determinar si el señor Jairo Alberto Alvarado Caicedo tiene derecho al reconocimiento y pago de la prima técnica por estudios de formación avanzada y experiencia altamente calificada, en su condición de empleado de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN.

Para desatar la cuestión litigiosa es preciso revisar: i) el marco jurídico de la prima técnica, ii) el régimen del citado beneficio en la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, iii) el acervo probatorio allegado al proceso y vi) el análisis del caso concreto.

2.- Marco jurídico

La prima técnica fue creada por el **artículo 7 del Decreto 2285 de 2 de septiembre de 1968**¹, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 7o. Créase una Prima Técnica destinada a atraer o mantener personal altamente calificado para cargos de especial responsabilidad o superior especialización técnica. La ley señalará dichos cargos; pero la Prima se asignará, cuando resultare indispensable otorgarla, tomando en

¹ “Por el cual se fija el régimen de clasificación y remuneración de los empleos de los Ministerios, Departamentos Administrativos y Superintendencias”.

cuenta la experiencia, competencia especial o títulos profesionales de quien ejerza o sea llamado a ejercer un empleo.

La asignación se hará por decreto del Gobierno, previo concepto favorable del Consejo de Ministros y con base en la solicitud razonada que formule por escrito y para cada caso el Jefe del respectivo organismo acompañada del dictamen del Consejo Superior del Servicio Civil.

Salvo cuando la ley disponga expresamente otra cosa, el total del sueldo más la Prima Técnica no podrá exceder la remuneración que por concepto de sueldo y gastos de representación corresponda a los Ministros del Despacho”.

Posteriormente el **Decreto 1950 de 24 de septiembre de 1973**² señaló los requisitos para la creación y asignación de la prima técnica para los cargos de especial responsabilidad o superior especialización, comprendidos dentro de los niveles técnico y ejecutivo de la rama ejecutiva del poder público en lo nacional.

En uso de las facultades extraordinarias conferidas por el **artículo 2 – 3 de la Ley 60 de 28 de diciembre de 1990**³, el Presidente de la República expidió el **Decreto 1661 de 27 de junio de 1991**⁴, en cuyo **artículo primero** definió a la prima técnica como *“un reconocimiento económico para atraer o mantener en el servicio del Estado a funcionarios o empleados altamente calificados que se requieran para el desempeño de cargos cuyas funciones demanden la aplicación de conocimientos*

² *“Por el cual se reglamentan los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil”.*

³ **Ley 60 de 1990**, *“Por la cual se reviste el Presidente de la República de facultades extraordinarias para modificar la nomenclatura, escalas de remuneración, el régimen de comisiones, viáticos y gastos de representación y tomar otras medidas en relación con los empleados del sector público del orden nacional”.*

“Artículo 2o. *De conformidad con el ordinal 12 del artículo 76 de la Constitución Política, revístese al Presidente de la República de facultades extraordinarias por el término de seis (6) meses, contados a partir de la vigencia de la presente ley, para adoptar las siguientes medidas en relación con los empleos de las distintas ramas y organismos del poder público.*

(...)

3o. *Modificar el régimen de la prima técnica, para que además de los criterios existentes en la legislación actual, se permita su pago ligado a la evaluación del desempeño y sin que constituya factor salarial. Para el efecto, se determinará el campo y la temporalidad de su aplicación, y el procedimiento, requisitos y criterios para su asignación”.*

⁴ *“Por el cual se modifica el régimen de Prima Técnica, se establece un sistema para otorgar estímulos especiales a los mejores empleados oficiales y se dictan otras disposiciones”.*

técnicos o científicos especializados o la realización de labores de dirección o de especial responsabilidad, de acuerdo con las necesidades específicas de cada organismo. Asimismo será un reconocimiento al desempeño en el cargo, en los términos que se establecen en este Decreto”; advirtiendo además que “Tendrán derecho a gozar de este estímulo, según se determina más adelante, los funcionarios o empleados de la Rama Ejecutiva del Poder Público”.

El **artículo 2** del mencionado decreto estableció dos criterios alternativos para el otorgamiento de la prima técnica.

“Artículo 2º.- Criterios para otorgar Prima Técnica. *Para tener derecho a Prima Técnica serán tenidos en cuenta **alternativamente** uno de los siguientes criterios, siempre y cuando, en el primer caso, excedan de los requisitos establecidos para el cargo que desempeñe el funcionario o empleado.*

a)- Título de estudios de formación avanzada y experiencia altamente calificada en el ejercicio profesional o en la investigación técnica o científica en áreas relacionadas con las funciones propias del cargo durante un término no menor de tres (3) años; o,

b)- Evaluación del desempeño.

Parágrafo 1º.- *Los requisitos contemplados en el literal a) podrán ser reemplazados por experiencia altamente calificada en el ejercicio profesional o en la investigación técnica o científica en áreas relacionadas con las funciones propias del cargo durante un término no menor de seis (6) años.*

Parágrafo 2º.- *La experiencia a que se refiere este artículo será calificada por el jefe de la entidad con base en la documentación que el funcionario acredite”. (Destaca la Sala).*

El **artículo 3** *ibídem* señaló que para tener derecho a la prima técnica por el criterio de formación avanzada y experiencia altamente calificada se requiere estar desempeñando un cargo en los niveles profesional, ejecutivo, asesor o directivo; en tanto que la prima técnica por evaluación del desempeño podría asignarse en todos los niveles. A su vez, el parágrafo del mencionado artículo señaló que *“En ningún caso podrá un funcionario o empleado disfrutar de más de una Prima*

Técnica”.

En el **artículo 6 del Decreto 1661 de 1991** se estableció el procedimiento para la asignación de la prima técnica y en el **parágrafo** se dispuso: *“En todo caso, la Prima Técnica sólo podrá otorgarse previa la expedición del respectivo certificado de disponibilidad presupuestal”.*

Al pronunciarse sobre la exequibilidad de esta norma, la Corte Constitucional señaló:

*“Cabe advertir finalmente, que de conformidad con lo señalado en el literal c) del artículo 6º del decreto materia de examen constitucional, cuando el candidato cumple con los requisitos respectivos, el Jefe del organismo está en la **obligación** de proferir en todo caso, la correspondiente resolución de asignación de prima técnica; desde luego que el pago solamente puede hacerse efectivo en los términos del parágrafo demandado, previa la expedición del certificado de disponibilidad presupuestal, de acuerdo con lo expuesto en esta providencia.*

(...)

Las anteriores consideraciones llevan a la Sala Plena de la Corte Constitucional a concluir que el parágrafo del artículo 6o. del Decreto 1661 de 1991, al establecer como condición para el otorgamiento de la prima técnica (lo que debe entenderse como el pago de ésta), el certificado de disponibilidad presupuestal, lejos de vulnerar nuestro ordenamiento constitucional en las normas invocadas por el actor, lo desarrolla, ajustándose no sólo a sus previsiones -artículos 345, 346 y 347-, sino también a las que la ley establece para el sistema presupuestal”⁵. (Se subraya).

A partir de lo anterior, la jurisprudencia de esta Corporación ha advertido que *“el reconocimiento de la prima técnica no constituye una decisión discrecional del jefe de la entidad, sino que, una vez constatado el cumplimiento de los requisitos establecidos por la ley, se impone su reconocimiento”*⁶.

⁵ Sentencia C-018 del 23 de enero de 1996, M.P. Hernando Herrera Vergara.

⁶ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección B, C.P. Jesús María Lemos Bustamante, sentencia de 23 de marzo de 2006, expediente No. 2202-05.

A su turno, el **artículo 9 del Decreto 1661 de 1991** preceptuó:

“Artículo 9º.- Otorgamiento de Prima Técnica en las entidades descentralizadas. Dentro de los límites consagrados en el presente Decreto, las entidades y organismos descentralizados de la Rama Ejecutiva, mediante resolución o acuerdo de sus juntas, consejos directivos o consejos superiores, tomarán las medidas pertinentes para aplicar el régimen de Prima Técnica, de acuerdo con sus necesidades específicas y la política de personal que adopten”.

El **Decreto 2164 de 17 de septiembre de 1991**⁷ señaló como beneficiarios de la prima técnica a *“los empleados de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos, Empresas Industriales y Comerciales del Estado y Unidades Administrativas Especiales, en el orden nacional. También tendrán derecho los empleados de las entidades territoriales y de sus entes descentralizados”*⁸.

En cuanto a la prima técnica por formación avanzada y experiencia, el **artículo 4** dispuso:

“Artículo 4º.- De la prima técnica por formación avanzada y experiencia. Por este criterio tendrán derecho a prima técnica los empleados que desempeñen, en propiedad, cargos de los niveles profesional, ejecutivo, asesor o directivo, que sean susceptibles de asignación de prima técnica de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7 del presente Decreto y que acrediten título de estudios de formación avanzada y experiencia altamente calificada en el ejercicio profesional o en la investigación técnica o científica, en áreas relacionadas con las funciones propias del cargo, durante un término no menor de tres (3) años.

El título de estudios de formación avanzada podrá compensarse por tres (3) años de experiencia en los términos señalados en el inciso anterior, siempre y cuando se acredite la terminación de estudios en la respectiva formación.

Parágrafo.- La experiencia a que se refiere este artículo será calificada por el jefe del organismo, con base en la documentación que el empleado acredite” (Se destaca).

El **artículo 7** de este decreto reiteró que las Juntas o Consejos Directivos o

⁷ “Por el cual se reglamenta parcialmente el Decreto-Ley 1661 de 1991”.

⁸ Artículo 1º inciso segundo.

Superiores de las entidades descentralizadas expedirán la correspondiente resolución o acuerdo para determinar los niveles, las escalas o los grupos ocupacionales, las dependencias y los empleos susceptibles de asignación de prima técnica⁹.

Posteriormente se expidió el **Decreto 1724 de 4 de julio de 1997**¹⁰, en cuyo **artículo 1º** se restringieron los niveles de los cargos susceptibles de tal beneficio, así:

“Artículo 1º.- La prima técnica establecida en las disposiciones legales vigentes, solo podrá asignarse por cualquiera de los criterios existentes, a quienes estén nombrados con carácter permanente en un cargo de los niveles Directivo, Asesor, o Ejecutivo, o sus equivalentes en los diferentes Órganos y Ramas del Poder Públicos”. (Subraya la Sala).

Y en el **artículo 4º** se estableció un régimen de transición en los siguientes términos:

“Artículo 4º.- Aquellos empleados a quienes se les haya otorgado prima técnica, que desempeñen cargos de niveles diferentes a los señalados en el presente Decreto, continuarán disfrutando de ella hasta su retiro del organismo o hasta que cumplan las condiciones para su pérdida, consagrada en las normas vigentes al momento de su otorgamiento”.

La disposición últimamente referida fue objeto de dos interpretaciones por esta Corporación, las cuales se sintetizaron en la providencia que a continuación se cita:

⁹ **“Artículo 7º.- De los empleos susceptibles de asignación de prima técnica.** El Jefe del organismo y, en las entidades descentralizadas, las Juntas o Consejos Directivos o Superiores, conforme con las necesidades específicas del servicio, con la política de personal que se adopte y con sujeción a la disponibilidad presupuestal, determinarán, por medio de resolución motivada o de acuerdo, según el caso, los niveles, las escalas o los grupos ocupacionales, las dependencias y los empleos susceptibles de asignación de prima técnica, teniendo en cuenta la restricción establecida en el artículo 3 del Decreto-Ley 1661 de 1991, y los criterios con base en los cuales se otorgará la referida prima, señalados en el artículo 3 del presente Decreto”.

¹⁰ **“Por el cual se modifica el régimen de Prima Técnica para los empleados públicos del Estado”.**

“En la Sala de Subsección se plantearon dos tesis en relación con el alcance del artículo 4, transcrito.

De acuerdo con la primera¹¹, dicho régimen de transición sólo podría beneficiar a quienes viniendo del régimen anterior, es decir, del previsto por el Decreto 1661 de 1991, les hubiera sido reconocida la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada pero no a quienes la hubieran obtenido por evaluación de desempeño, dado que esta última modalidad, a diferencia de la otra, no tenía carácter permanente y debía ser obtenida año tras año. En consecuencia, sus efectos no podían extenderse a un régimen de transición que, como toda regulación de este tipo, busca poner a salvo los derechos adquiridos o las expectativas de derecho frente a cambios de legislación.

De acuerdo con la segunda tesis, que prevaleció en la Subsección¹², y que hoy constituye el parámetro para el reconocimiento de la misma, sí es posible aplicar el régimen de transición del artículo 4 del Decreto 1724 de 1997 a quienes, sin ocupar cargos de los niveles directivo, asesor, ejecutivo o sus equivalentes bajo el nuevo régimen, cumplieran con los siguientes requisitos:

- (i) que tuvieran derecho al reconocimiento de la prima técnica por evaluación de desempeño bajo el régimen del Decreto 1661 de 1991, esto es, que hubieran laborado para la respectiva entidad en la vigencia de la normativa mencionada y que, desde luego, cumplieran los requisitos legales exigidos por la misma;*
- (ii) que hubieran reclamado la prima técnica antes o después de la entrada en vigencia del Decreto 1724 de 1997, siempre que tuvieran derecho a la prima mencionada en vigencia del Decreto 1661 de 1991;*
- (iii) que la entidad demandada injustificadamente hubiera guardado silencio frente a la petición o, se entiende, hubiera resuelto la misma en forma negativa.*

En síntesis, esta tesis reconoce el derecho a la prima técnica a quienes lo perdieron por no pertenecer a los niveles directivo, asesor, ejecutivo o sus equivalentes, restricción impuesta por el Decreto 1724 de 1997, siempre que hubieran cumplido con las condiciones señaladas en

¹¹ Salvamento del voto del Dr. Jesús María Lemos Bustamante del 9 de octubre de 2003, a la sentencia dictada el 8 de agosto de 2003 en el expediente No.23001-23-31-000-2001-00008-01, referencia No.0426-03, Consejero Ponente Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado, actor: Benjamín Antonio Vergara (Pie de página original del texto citado entre comillas).

¹² Al respecto puede verse la Sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, del 8 de agosto de 2003, Consejero Ponente: Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado, expediente No.23001-23-31-000-2001-00008-01, referencia No.0426-03, actor: Benjamín Antonio Vergara. (Pie de página original del texto citado entre comillas).

*precedencia*¹³.

Y agregó:

*“En conclusión, servidores públicos de niveles distintos al directivo, asesor o ejecutivo o sus equivalentes tienen derecho al reconocimiento de la prima técnica, aún bajo la vigencia del Decreto 1724 de 1997, siempre que bajo las reglas establecidas por el régimen anterior, el del Decreto 1661 de 1991, hubieren tenido derecho al citado emolumento”*¹⁴.

El Decreto 1724 de 1997 fue derogado íntegramente por el **Decreto 1336 de 27 de mayo de 2003**¹⁵, en cuyo **artículo 1º** se restringieron aún más los cargos susceptibles del beneficio de la prima técnica.

“Artículo 1º. La prima técnica establecida en las disposiciones legales vigentes, solo podrá asignarse por cualquiera de los criterios existentes, a quienes estén nombrados con carácter permanente en los cargos del nivel Directivo, Jefes de Oficina Asesora y a los de Asesor cuyo empleo se encuentre adscrito a los despachos de los siguientes funcionarios: Ministro, Viceministro, Director de Departamento Administrativo, Superintendente y Director de Unidad Administrativa especial o sus equivalentes en los diferentes órganos y Ramas del Poder Público”.

De igual manera esta disposición estableció un régimen de transición en el **artículo 4:**

“Artículo 4º. Aquellos empleados a quienes se les haya otorgado prima técnica, que desempeñen cargos de niveles diferentes a los señalados en el

¹³ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección B, C.P. Jesús María Lemos Bustamante, sentencia de 26 de mayo de 2005, expediente No. 1892-04.

¹⁴ *Ibíd*em

En igual sentido se pronunció la Subsección B en sentencia de 23 de marzo de 2006, expediente No. 2202-05. Veamos:

“La prima técnica por estudios de formación avanzada y experiencia altamente calificada debe serles reconocida, dando aplicación al régimen de transición del artículo 4 del Decreto 1724 de 1997, a aquellos servidores a quienes habiéndoseles reconocido por dicha modalidad, la perdieron como efecto de la entrada en vigencia del citado decreto o porque, teniendo derecho a ella antes de la entrada en vigencia del Decreto 1724 de 1997, no les fue reconocida por la administración”.

¹⁵ *“Por el cual se modifica el régimen de Prima Técnica para los empleados públicos del Estado”.*

presente decreto o cargos de asesor en condiciones distintas a las establecidas en el artículo 1º, continuarán disfrutando de ella hasta su retiro del organismo o hasta que se cumplan las condiciones para su pérdida, consagradas en las normas vigentes al momento de su otorgamiento”.

Finalmente se expidió el **Decreto 2177 de 29 de junio de 2006**¹⁶, cuyo **artículo 1º** modificó el 3º del Decreto 2164 de 1991, que a su vez había sido modificado por el artículo 1º del Decreto 1335 de 1999, así:

“Artículo 3º. Criterios para asignación de prima técnica. *Para tener derecho a prima técnica, además de ocupar un cargo en uno de los niveles señalados en el artículo 1º del Decreto 1336 de 2003, adscritos a los Despachos citados en la mencionada norma, incluyendo el Despacho del Subdirector de Departamento Administrativo, será tenido en cuenta uno de los siguientes criterios:*

a) Título de estudios de formación avanzada y cinco (5) años de experiencia altamente calificada;

b) Evaluación del desempeño.

Para efectos del otorgamiento de la prima técnica por título de estudios de formación avanzada y cinco (5) años de experiencia altamente calificada, se requiere que el funcionario acredite requisitos que excedan los establecidos para el cargo que desempeñe.

Se entenderá como título universitario de especialización, todo aquel que se haya obtenido como resultado de estudios de postgrado no inferiores a un (1) año académico de duración en universidades nacionales o extranjeras, debidamente reconocidas u homologadas de acuerdo con las normas que regulan la materia.

El título de estudios de formación avanzada no podrá compensarse por experiencia, y deberá estar relacionado con las funciones del cargo.

Para el otorgamiento de la prima técnica por uno de los criterios de título de estudios de formación avanzada y cinco (5) años de experiencia altamente calificada, o evaluación del desempeño, se evaluará según el sistema que adopte cada entidad.

Parágrafo. *Las solicitudes de revisión de prima técnica que se hayan radicado formalmente ante el funcionario competente con anterioridad a la*

¹⁶ “Por el cual se establecen modificaciones a los criterios de asignación de prima técnica y se dictan otras disposiciones sobre prima técnica”.

entrada en vigencia del presente decreto, serán estudiadas y decididas teniendo en cuenta los criterios establecidos en el decreto 1335 de 1999.

Las solicitudes que se radiquen con posterioridad a la publicación del presente decreto, serán estudiadas y decididas teniendo en cuenta los criterios y condiciones aquí establecidos”.

3.- El régimen de prima técnica en la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales

Con base en la facultad conferida por los artículos 9 del Decreto 1661 de 1991 y 7 del Decreto 2164 del mismo año, el Director de la Unidad Administrativa Especial - Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales expidió la **Resolución No. 3682 de 16 de agosto de 1994**¹⁷, cuyos apartes pertinentes se contraen a lo siguiente:

“ARTÍCULO 1: CRITERIOS PARA EL OTORGAMIENTO DE LA PRIMA TÉCNICA.

A los funcionarios de la Unidad Administrativa Especial – Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales se les podrá conceder la Prima Técnica de que trata el literal a) del artículo 2 del Decreto 1661 de 1991, cuando posean requisitos adicionales a los exigidos para el desempeño del cargo, siempre y cuando el desempeño sea meritorio y el Director haya fijado las áreas, niveles y cargos, así como las fechas entre las cuales se recibirán las solicitudes, previo estudio individual de requisitos y méritos.

ARTÍCULO 2º. AMBITO DE APLICACIÓN DE PRIMA TECNICA.

De acuerdo a las disponibilidades presupuestales, el otorgamiento de la prima técnica se iniciará atendiendo las solicitudes en el orden cronológico siguiente:

En primer lugar la prima técnica podrá asignarse a los funcionarios designados o nombrados, según el caso, en los cargos de Subdirector General de Impuestos y Aduanas, Secretario General, Subdirector de Impuestos y Aduanas, Subsecretario de Impuestos y Aduanas, Jefe de Oficina, Administradores de Impuestos y Aduanas de las Administraciones Especiales y Regionales, así como a los funcionarios nombrados como Asesores y designados como Jefes de División del Nivel Central y de las mencionadas Administraciones.

En segundo lugar podrá asignarse a funcionarios nombrados o designados como Administradores de Impuestos y Aduanas de las Administraciones

¹⁷ “Por la cual se establece el procedimiento para otorgar Prima Técnica en la Unidad Administrativa Especial – Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales” (Folios 96 – 103).

Locales y a sus Jefes de División.

En tercer lugar podrá asignarse a funcionarios nombrados o designados como Administradores de Impuestos y Aduanas Delegados y a sus Jefes de División.

En cuarto lugar podrá asignarse a los funcionarios designados en las Jefaturas de Grupo.

En quinto lugar podrá asignarse a los Especialistas en Ingresos Públicos.

En sexto lugar podrá asignarse a los Profesionales en Ingresos Públicos que posean título de formación avanzada, postgrado o especialización.

(...)

PARAGRAFO 2.- *El Director fijará las áreas, los niveles y cargos, para lo preceptuado en los incisos sexto y séptimo del presente artículo.*

(...)

ARTÍCULO 5. PROCEDIMIENTO

Todo reconocimiento de Prima Técnica se realizará según las áreas, los niveles y cargos así como las fechas de recepción de solicitudes que haya fijado el Director, previa certificación de viabilidad presupuestal y estará precedido por solicitud del interesado al Director, que estudiará la Subsecretaría de Recursos Humanos – División de Personal, con base en las normas legales pertinentes y según el procedimiento que a continuación se establece:

(...)

4.- *Para el estudio individual de méritos se tendrá en cuenta además de lo establecido en la ley los [requisitos] contemplados a continuación:*

A.- EN CUANTO A LA EXPERIENCIA

Se entiende por tal, los conocimientos, las habilidades, y las destrezas adquiridas a través del ejercicio del empleo y la práctica profesional en el ejercicio de cargos en entidades públicas o privadas, y el ejercicio independiente de la profesión.

Será aceptada como experiencia profesional altamente calificada, en primer lugar, la adquirida en el desempeño de los cargos del sector hacendario (Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos Nacionales, la Unidad Administrativa Especial Dirección de Aduanas Nacionales, la Superintendencia de Control de Cambios y la actual Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales). En segundo lugar, la adquirida en el desempeño de cargos públicos o privados con posterioridad a la terminación de los

estudios universitarios y en tercer lugar, la experiencia anterior a la terminación de estudios universitarios en el sector privado o público, caso en el cual deberá ser calificada por el Director.

(...)

B. EN CUANTO A LOS ESTUDIOS

Se entenderán así los efectuados dentro de la educación formal, que conduzcan a la obtención de grados o títulos registrados y autenticados u homologados de acuerdo con las normas legales que regulan la materia. Serán valorados los estudios y grados en carretas universitarias, postgrados, especializaciones, magíster y doctorado siempre y cuando su duración no sea inferior a un año y su obtención sea posterior al título de formación profesional.

PARAGRAFO.- *La experiencia y estudios requeridos para la asignación de la Prima Técnica se contarán a partir del cumplimiento de los requisitos mínimos exigidos para el desempeño de los empleos en la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales de que trata la Resolución No. 01522 del 29 de abril de 1994.*

ARTÍCULO 6. REQUISITOS MÍNIMOS INDISPENSABLES PARA EL OTORGAMIENTO DE LA PRIMA TÉCNICA.

Adicionalmente a los requisitos mínimos para el ejercicio del empleo en la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales contemplados en el artículo 22 de la Resolución 01522 del 29 de abril de 1994, se deberá acreditar:

El título de formación avanzada en programas de postgrados y tres (3) años de experiencia profesional calificada de acuerdo con el artículo 4 de la presente resolución.

(...)

PARÁGRAFO 3. *Se entiende por título de formación avanzada, de postgrado o especialización todo aquel que se haya obtenido como resultado de estudios posteriores a la adquisición del título universitario (profesional) y no inferiores a un año académico de duración, en universidades nacionales o extranjeras, debidamente reconocido u homologado de acuerdo con las normas legales que regulan la materia". (Subraya la Sala).*

La anterior resolución fue derogada por la número **8011 de 23 de noviembre de 1995**¹⁸, en donde se señaló lo siguiente:

“ARTICULO 1º. CAMPO DE APLICACIÓN DE PRIMA TECNICA.

¹⁸ “Por la cual se establece el procedimiento y la ponderación de factores para otorgar Prima Técnica” (folios 104 – 110).

La prima técnica se otorgará a los funcionarios de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales altamente calificados, que, de acuerdo con las necesidades específicas de la DIAN, se encuentren en las siguientes circunstancias:

- 1) Que desempeñen cargos cuyas funciones demanden la aplicación de conocimientos técnicos o científicos especializados; o
- 2) Que realicen labores de dirección o de especial responsabilidad.

Los criterios para el otorgamiento de la prima técnica serán los indicados en la presente Resolución, además de los previstos en los Artículos 2º y 3º del Decreto 1661 y 2º del Decreto 2164 de 1991 y demás normas que los modifiquen, sustituyan o complementen.

(...)

ARTÍCULO 4º. PRIMA TECNICA POR FORMACION AVANZADA Y EXPERIENCIA.

La prima técnica se otorgará con base en el criterio de que trata el literal a) del Art. 2 del Decreto 1661 de 1991, por lo que solamente se tendrán en cuenta los requisitos que excedan los establecidos para el cargo que desempeñe el funcionario, previstos por la Resolución No. 01522 de 29 de abril de 1994 y demás normas que la modifiquen, sustituyan o complementen.

Los requisitos para la obtención de prima técnica son: Título de formación avanzada en programas de postgrado y tres (3) años de experiencia profesional calificada.

El título de formación avanzada, cuando se acredite la terminación de los respectivos estudios, podrá compensarse por tres (3) años de experiencia altamente calificada, para un total de seis (6) años de experiencia. Para estos efectos se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

A).- EN CUANTO A LA EXPERIENCIA.

Se entenderá por tal, los conocimientos, las habilidades y las destrezas adquiridas a través del ejercicio profesional en el desempeño de cargos en entidades públicas o privadas; en la investigación técnica o científica, en áreas relacionadas con las funciones propias del cargo, y el ejercicio independiente de la profesión. La experiencia deberá ser por un término no menor de tres (3) años y adquirida con posterioridad a la terminación de los estudios universitarios. (...)

B).- EN CUANTO A LA FORMACION AVANZADA

Se entenderá por formación avanzada la adquirida en estudios efectuados dentro de la educación formal, que conduzcan a la obtención de grados o títulos, registrados, autenticados y homologados de acuerdo con las normas

legales que regulan la materia.

Serán valorados los estudios en carreras universitarias; post-grados, como especializaciones, magister y doctorado, siempre y cuando su duración no sea inferior a un año y se hayan desarrollado con posterioridad a un programa de pregrado y posibiliten el perfeccionamiento de la misma ocupación, profesión, disciplina o áreas afines o complementarias. (...).
(Subraya la Sala).

Posteriormente se expidió el **Decreto 1268 de 13 de julio de 1999**¹⁹, en cuyo artículo 1º se señaló que los funcionarios de la DIAN tendrían derecho a todas las prestaciones sociales y beneficios consagrados en las normas generales para los empleados de la Rama Ejecutiva, más los contemplados en ese decreto.

Y en cuanto a la prima técnica estipuló:

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

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

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

El Director General de la DIAN reglamentará el procedimiento y demás condiciones necesarias para la cabal aplicación de lo dispuesto en el presente artículo.

PARAGRAFO 1º. *Para efectos de asignar la prima técnica ésta se*

¹⁹ “Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos de la contribución de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales”.

concederá en los mismos términos y condiciones señalados en los decretos generales que regulan la materia.

PARAGRAFO 2°. *Los servidores de la contribución pertenecientes al sistema específico de carrera que tengan asignada prima técnica conforme a los normas generales aplicables a los funcionarios públicos, continuarán percibiéndola en los términos y condiciones allí previstas". (Resalta la Sala).*

20

4.- El acervo probatorio obrante en el proceso

Con la prueba documental recaudada dentro del trámite procesal, se lograron demostrar los siguientes supuestos relevantes para desatar el problema jurídico propuesto:

4.1.- A partir de las certificaciones expedidas por la Jefe del Grupo de Coordinación de Historias Laborales²¹ y por la Subdirectora de Gestión de

²⁰ **“ARTÍCULO 1. Campo de aplicación de prima técnica.** *La prima técnica se otorgará a criterio del Director General de la Entidad y previa certificación de disponibilidad presupuestal, a los funcionarios de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales altamente calificados, que de acuerdo con las necesidades específicas de la DIAN, se encuentren en las circunstancias establecidas en el artículo 2 del Decreto 1268 de 1999. (...)*

ARTÍCULO 4. Prima técnica por formación avanzada y experiencia

La prima técnica se otorgará con base en el criterio de que trata el literal a) del artículo 2 del Decreto 1661 de 1991, por lo que solamente se tendrán en cuenta los requisitos que excedan los establecidos para el cargo que desempeñe el funcionario, previstos por la Resolución No. 0833 del 15 de septiembre de 1997 y demás normas que la modifiquen, sustituyan o complementen.

Los requisitos para la obtención de prima técnica son: título de formación avanzada en programa de post-grado y tres años de experiencia profesional calificada.

El título de formación avanzada, cuando se acredite la terminación de los respectivos estudios, podrá compensarse por tres (3) años de experiencia altamente calificada. Para estos efectos se tendrán en cuenta las siguientes definiciones.

A).- En cuanto a la experiencia:

Se entenderá por tal, los conocimientos, las habilidades y las destrezas adquiridas a través del ejercicio profesional en el desempeño de cargos en entidades públicas o privadas; en la investigación técnica o científica, en áreas relacionadas con las funciones propias del cargo, y el ejercicio independiente de la profesión. La experiencia deberá ser por un término no menor de tres (3) años y adquirida con posterioridad a la terminación de los estudios universitarios". (Se subraya).

²¹ Folios 111 – 118.

Personal²² de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, se establece lo siguiente:

-. El señor Jairo Alberto Alvarado Caicedo ingresó a la Dirección General de Impuestos Nacionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público mediante Resolución No. 5299 de 7 de noviembre de 1990, para desempeñar el cargo de Técnico Administrativo código 4065 grado 11, tomando posesión el 29 de noviembre siguiente²³.

-. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 42 y 43 del Decreto 1647 de 1991, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público expidió la Resolución No. 3358 de 22 de agosto de 1991 ordenando incorporar a los funcionarios de la Dirección General de Impuestos Nacionales en la planta de personal de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos Nacionales.

El actor fue incorporado en el cargo de Profesional Tributario Nivel 40 grado 24 mediante Resolución No. 3358 de 22 de agosto de 1991²⁴, tomando posesión el 27 de agosto siguiente²⁵.

-. En virtud de lo ordenado en el artículo 116 del Decreto 2117 de 1992, mediante Resolución No. 001 de 1º de junio de 1993 el actor fue incorporado automáticamente a la nueva planta de personal de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, para desempeñar el cargo de Profesional en Ingresos Públicos II nivel 31 grado 23²⁶, tomando posesión en la misma fecha²⁷.

-. El artículo 2º del Decreto 1267 de 13 de julio de 1999 dispuso una nueva incorporación automática a la planta de personal de la DIAN, con la consecuente inclusión en el registro de carrera de la entidad; por lo que mediante Resolución No. 0001 de 2 de agosto de 1999 el actor fue incorporado al cargo de Profesional

²² Folios 143 – 145.

²³ Folio 146.

²⁴ Folios 167 – 169.

²⁵ Folio 170.

²⁶ Folios 172 – 174.

²⁷ Folio 147.

en Ingresos Públicos III nivel 32 grado 24²⁸, tomando posesión en la misma fecha²⁹.

-. Finalmente, el artículo 5 del Decreto 4051 de 22 de octubre de 2008 también ordenó la incorporación automática de los empleados públicos pertenecientes al sistema específico de la DIAN; por lo que mediante Resolución No. 0006 de 4 de noviembre de 2008 el señor Alvarado Caicedo fue incorporado en el cargo de Gestor III código 303 grado 03³⁰, tomando posesión en la misma fecha³¹.

4.2.- Durante la vigencia de los Decretos 1661 y 2164 de 1991, el demandante desempeñó los siguientes cargos³²:

CARGO	ENTIDAD	ACTO DE NOMBRAMIENTO	FECHA DE POSESIÓN
Profesional Universitario 3020 grado 5	Dirección General de Impuestos Nacionales	Resolución No. 1493 de 18 de abril de 1991	7 de mayo de 1991
Profesional Tributario Nivel 40 grado 24	Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos Nacionales	Resolución No. 3358 de 22 de agosto de 1991	27 de agosto de 1991
Profesional Tributario Nivel 40 grado 29	Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos Nacionales	Resolución No. 438 de 8 de marzo de 1993	12 de marzo de 1993

²⁸ Folios 176 – 178.

²⁹ Folio 148.

³⁰ Folios 180 – 184.

³¹ Folio 149.

³² Ver folios 112 y 113.

Profesional en Ingresos Públicos II nivel 31 grado 23	Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales	Resolución No. 001 de 1º de junio de 1993	1º de junio de 1993
---	--	---	---------------------

Desde el 9 de febrero de 1995 hasta el 29 de julio de 1997 el actor desempeñó los siguientes cargos: (i) Jefe de Grupo de Requerimientos Especiales de la División de Liquidación de la Administración Local de Impuestos y Aduanas Nacionales Personas Naturales de Santa Fe de Bogotá y (ii) Jefe de la División de Liquidación de la Administración de Impuestos y Aduanas de Personas Naturales de Santa Fe de Bogotá.

4.3.- El señor Jairo Alberto Alvarado Caicedo se graduó como Contador Público de la Universidad de La Salle el 13 de junio de 1986³³.

Para soportar el cumplimiento del requisito de formación avanzada aportó el acta de grado y diploma que lo acreditan como Especialista en Auditoría de Sistemas, título otorgado por la Universidad Antonio Nariño el 22 de marzo de 1996³⁴, y Especialista en Gestión Tributaria y Aduanera, otorgado por la Universidad Cooperativa de Colombia el 13 de diciembre de 2001³⁵.

4.4.- El 5 de abril de 2010 el actor formuló un derecho de petición ante el Director de Impuestos y Aduanas Nacionales, solicitando el reconocimiento y pago de la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada³⁶; el cual fue resuelto negativamente a través del Oficio No. 00214-02623 de 12 de abril del mismo año, suscrito por el Subdirector de Gestión de Personal de la DIAN³⁷.

Inconforme con lo anterior, el apoderado del señor Alvarado Caicedo interpuso

³³ Folios 120 y 121.

³⁴ Folio 51.

³⁵ Folio 52.

³⁶ Folios 3 – 5.

³⁷ Folios 6 y 7.

recurso de apelación³⁸, que fue resuelto por el Director de Gestión de Recursos y Administración Económica de la DIAN a través de Resolución No. 0004390 de 11 de mayo de 2010, confirmando íntegramente la decisión impugnada³⁹.

4.5.- Mediante Oficio No. 31389 de 26 de julio de 2012 el Coordinador del Grupo de Registro de la Comisión Nacional del Servicio Civil informó que *“la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales de Colombia – DIAN, tiene delegada la administración del Registro Público de Carrera Administrativa de sus empleados según Resolución No. 4330 de 2011...”*⁴⁰.

A su turno, la Subdirectora de Gestión de Personal (E) de la DIAN informó lo siguiente:

*“Es importante precisar que de conformidad con lo establecido en el Decreto 2117 del 29 de diciembre de 1992, mediante el cual se fusionó la UAE Dirección de Impuestos Nacionales y la UAE Dirección de Aduanas Nacionales, que dio origen a la actual Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN; el funcionario Jairo Alberto Alvarado Caicedo, fue incorporado automáticamente a la planta de personal de la Entidad. Su nombramiento, ubicación y posesión se realizó mediante Resolución 001 del 01 de junio de 1993 y Acta de Posesión 0222 del 01 de junio de 1993”*⁴¹. (Destaca la Sala).

5.- Análisis del caso concreto

Como quedó visto, el señor Jairo Alberto Alvarado Caicedo se vinculó a la Dirección General de Impuestos Nacionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público el 29 de noviembre de 1990, en el cargo de Técnico Administrativo código 4065 grado 11, y posteriormente fue incorporado en el cargo de Profesional Tributario nivel 40 grado 24 de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos Nacionales.

En virtud de lo ordenado en el artículo 116 del Decreto 2117 de 1992, mediante Resolución No. 001 de 1º de junio de 1993 el actor fue incorporado

³⁸ Folio 8.

³⁹ Folios 9 – 13.

⁴⁰ Folio 156.

⁴¹ Folio 159.

automáticamente a la nueva planta de personal de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, para desempeñar el cargo de Profesional en Ingresos Públicos II nivel 31 grado 23⁴², tomando posesión en la misma fecha⁴³.

En 1991 entraron en vigencia los Decretos 1661 (27 de junio) y 2164 (17 de septiembre), que determinaron que tendrían derecho a la prima técnica por el criterio de formación avanzada y experiencia altamente calificada: (i) los empleados que desempeñen en propiedad, (ii) cargos de los niveles profesional, ejecutivo, asesor o directivo, (iii) que acrediten título de estudios de formación avanzada y (iv) demuestren experiencia altamente calificada en el ejercicio profesional o en la investigación técnica o científica, en áreas relacionadas con las funciones propias del cargo, durante un término no menor de tres (3) años⁴⁴.

El *a quo* negó las pretensiones argumentando que el señor Alvarado Caicedo no ejercía el cargo de Profesional en Ingresos Públicos II nivel 31 grado 23 en propiedad; por lo que amparado en el artículo 4º de la Constitución Política decidió inaplicar por inconstitucional el artículo 116 del Decreto 2117 de 1992, en lo que se refiere a su incorporación automática al sistema de carrera de la entidad, por cuanto con ello se vulnera el artículo 125 superior y los principios de igualdad y eficacia en la administración pública.

La Sala considera acertada la decisión de primera instancia, por lo que procederá a confirmarla por las siguientes razones:

La jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana ha establecido las siguientes condiciones para la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad⁴⁵:

- La contradicción entre las normas constitucional y legal debe ser clara y evidente.
- La decisión del juez debe estar precedida de argumentos suficientes.
- La decisión del juez debe tener en cuenta la jurisprudencia proferida por el

⁴² Folios 172 – 174.

⁴³ Folio 147.

⁴⁴ Artículo 4 Decreto 2164 de 1991.

⁴⁵ Sentencia T – 808 de 1º de octubre de 2007, M.P. Catalina Botero Marino.

intérprete autorizado de la Carta Política. Sobre este aspecto la Corte ha concluido que si no hay un precedente constitucional en la materia o una oposición evidente con los mandatos de la Carta, habrá de estarse a lo que disponen las disposiciones de inferior jerarquía (presunción de constitucionalidad).

- La excepción de inconstitucionalidad puede aplicarse de oficio, sin necesidad de que sea alegada por una de las partes, pues es la propia Constitución (artículo 4º) la que habilita al juez para hacer prevalecer el ordenamiento superior.

En este caso la Sala considera que la aplicación oficiosa de la excepción de inconstitucionalidad respecto del artículo 116 del Decreto 2117 de 1992, efectuada por la Sección Segunda – Subsección D del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, se ajusta a los parámetros constitucionales.

En efecto, el artículo 125 Superior establece que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, a excepción de los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley; al tiempo que señala:

“El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se hará previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes”.

La exigencia constitucional de la obligatoriedad de los concursos para el nombramiento en propiedad de los empleados públicos tiene los siguientes propósitos: (i) Mejoramiento del servicio público, (ii) garantizar la idoneidad de quienes acceden a la función pública, (iii) evitar manejos oscuros en nombramientos y ascensos, (iv) proteger los derechos de los empleados públicos, y (v) asegurar el respeto al principio de igualdad en el acceso a la función pública.

No obstante lo anterior, el artículo 116 del Decreto 2117 de 29 de diciembre de

1992⁴⁶, norma expedida en vigencia de la Constitución Política de 1991, dispuso:

“ARTICULO 116. PLANTA DE PERSONAL E INCORPORACIÓN DE FUNCIONARIOS. *La planta de personal que se expida para la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, deberá recoger las plantas de las dos entidades que se fusionan, más los cargos necesarios para el cumplimiento de las funciones que en materia de control cambiario y de impuestos territoriales se asumen.*

La planta seguirá la nomenclatura señalada en el Decreto 1865 de 1992, en cuanto a los funcionarios de carrera.

Los cargos de secretario general se asimilan al cargo de subdirector, los cargos de subsecretarios se asimilan al de jefe de oficina para efectos del reconocimiento de prima de dirección.

Para efectos de la incorporación a la nueva planta de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, que se entenderá realizada el primero de junio de 1993, los funcionarios de las Direcciones de Impuestos Nacionales y de Aduanas Nacionales, quedarán automáticamente incorporados e incluidos en carrera, sin ninguna formalidad ni requisito adicional.

La dirección de Impuestos Nacionales previamente a la fecha de incorporación a la nueva entidad, adoptará la nomenclatura y clasificación señalada en los incisos anteriores. Con el concepto previo y favorable de la Dirección General del Presupuesto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Para efectos de esta incorporación no se tendrán en cuenta los requisitos para ingreso, escalafonamiento, y el sistema de concursos de que trata el Decreto 1647 de 1991 y sólo se exigirá para la posesión la firma de la respectiva acta”. (Subraya la Sala).

Basta una simple comparación de las normas constitucional y legal que se acaban de citar para evidenciar su contradicción, pues mientras el artículo 125 superior establece como regla general el concurso público para el ingreso y ascenso a los cargos de carrera, el artículo 116 del Decreto 2117 de 1992 dispuso una incorporación automática a los cargos que integran la planta de personal de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, “*sin ninguna formalidad ni requisito adicional*”.

En diversas oportunidades la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la inconstitucionalidad de los sistemas de inscripción automática a carrera

⁴⁶ “Por el cual se fusiona la Dirección de Impuestos Nacionales y la Dirección de Aduanas Nacionales en la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y se dictan disposiciones complementarias”.

administrativa, como es el caso de la sentencia T-808 de 1º de octubre de 2007, con ponencia de la Magistrada Catalina Botero Marino. Veamos:

“23. En reiterada jurisprudencia la Corte ha señalado que el fundamento de la carrera administrativa está en el mérito y la capacidad de quienes ingresan a ella. Por esta razón la verificación de requisitos y la utilización de mecanismos idóneos para la selección de las personas constituye un elemento estructural de la función pública, en tanto que con ellos se determina “la capacidad profesional o técnica del aspirante, sus aptitudes personales, su solvencia moral y sentido social de acuerdo con el empleo y necesidades del servicio (sentencia C-040 de 1995)”⁴⁷. En este sentido ha reiterado que el sistema de concurso para el ingreso a la función pública garantiza el cumplimiento de principios y fines del Estado tan importantes como el acceso en condiciones de igualdad a los cargos públicos.

Así entonces, el régimen de carrera administrativa, “previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes” (art. 125 C.P.), racionaliza el ejercicio de la función pública, a través de un sistema que regula de manera objetiva los criterios para el ingreso, permanencia, ascenso y retiro del servicio y “que elimina el uso de factores subjetivos y aleatorios en la designación de los funcionarios estatales”⁴⁸.

En tal sentido, los derechos derivados de la carrera, como el derecho a la estabilidad laboral, se derivan no del hecho mismo de estar inscrito como funcionario de carrera (cualquiera hubiera sido la forma de vinculación), sino del hecho de haber ingresado luego de un concurso abierto y objetivo que asegure la libre e igual competencia. Una vez implementado dicho concurso tiene sentido la defensa del derecho a la estabilidad en el cargo, derecho del que no son titulares los funcionarios de libre nombramiento ni aquellos incorporados de manera “automática” a la carrera. (...)

En particular, la Corte Constitucional ha señalado que los sistemas de inscripción automática a carrera administrativa, a pesar de tener por objeto la estabilidad de quienes ya laboran en una entidad estatal, vulneran el ordenamiento superior, no sólo por su clara oposición al artículo 125 de la Constitución, sino porque con ellos se desconocen el derecho a la igualdad en el acceso a la función pública (arts. 13 y 40-7 C.P.) y las expectativas legítimas que concede la Constitución de acceder a un empleo público en virtud de los merecimientos de cada persona.

⁴⁷ Sentencia C-030 de 1997, M.P. Jorge Arango Mejía. (Pie de página original del texto citado entre comillas).

⁴⁸ Sentencia C-532 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Gálvis. En el mismo sentido se señaló en la Sentencia C-563 de 2000 que la carrera administrativa garantiza la prevalencia del interés general, “pues descarta de manera definitiva la inclusión de otros factores de valoración que repugnan a la esencia misma del Estado social de derecho, tales como el clientelismo, el favoritismo y el nepotismo, entre otros, y en cambio fomenta la eficacia y eficiencia de la gestión pública.” (Pie de página original del texto citado entre comillas).

(...)

24. *En virtud de lo anterior, la Corte ha declarado inexecutable los sistemas de inscripción automática a diferentes carreras administrativas especiales como las de la Aeronáutica Civil (Sentencia C-317 de 1995), la Rama Judicial (Sentencia C-037 de 1996) y la de los docentes (Sentencia C-562 de 1996). Así mismo, declaró inexecutable el sistema de inscripción automática al régimen general de carrera administrativa de los funcionarios del orden nacional y departamental de la Administración.*

(...)

25. En virtud de los argumentos expuestos, la Corte observa que las sentencias impugnadas por el tutelante no incurrieron en un defecto material o sustantivo al aplicar la excepción de inconstitucionalidad a las normas que se referían a la inscripción automática a la carrera administrativa sin la realización de un concurso previo y sin tener siquiera que acreditar los requisitos legales para ocupar el cargo (Decreto 2117 de 1992). Como se ha señalado en los fundamentos anteriores de esta decisión, dichos sistemas han sido considerados abiertamente contrarios a la Constitución⁴⁹.

Posteriormente, al declarar la inexecutable del Acto Legislativo No. 01 de 2008 - por medio del cual se adicionó un párrafo transitorio al artículo 125 de la Constitución Política, previendo la inscripción extraordinaria en carrera administrativa, sin previo concurso, de servidores nombrados en provisionalidad y en encargo en cargos de carrera - mediante sentencia C – 588 de 27 de agosto de 2009⁵⁰ la Corte Constitucional concluyó que la carrera administrativa constituye un eje definitorio de la identidad de la Constitución y su ausencia trastoca relevantes contenidos de la Carta Política. Veamos:

“La Corte Constitucional ha afirmado, con base en las previsiones constitucionales, que la carrera administrativa, en cuanto instrumento más adecuado ideado por la ciencia de la administración para el manejo del elemento humano en la función pública es la regla general que admite las excepciones expresamente contempladas en la misma disposición superior

⁴⁹ “Por ello, esta Corporación, conjugando el aludido principio con el de la igualdad (artículo 13 C.P.), ha rechazado como inexecutable las normas legales que han pretendido consagrar la incorporación masiva y automática en carrera de los empleados de determinadas instituciones, declarándolos exentos de los requisitos y condiciones exigidos a los demás (Cfr., por ejemplo, las sentencias C-317 del 19 de julio de 1995, con ponencia del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, y C-037 del 5 de febrero de 1996, M.P.: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa, que declaró inexecutable el artículo 193 del proyecto de Ley Estatutaria de la Administración de Justicia)”. Sentencia T-400 de 1996, M.P. José Gregorio Hernández. (Pie de página original del texto citado entre comillas).

⁵⁰ Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

glosada, y su aplicación como mecanismo para el acceso al empleo público, tiene plena justificación. Asimismo, dentro de la estructura institucional del Estado colombiano, la carrera administrativa es, un principio constitucional, y como tal una norma jurídica superior de aplicación inmediata, que contiene una base axiológico-jurídica de interpretación, cuyo desconocimiento vulnera la totalidad del ordenamiento constitucional y, por lo mismo, una de las garantías cuyo desconocimiento podría acarrear la sustitución de la Constitución, cuando se la desconoce en conjunto con otras garantías constitucionales, y en el caso presente, la carrera administrativa no constituye un referente aislado, pues sus relaciones con distintos contenidos constitucionales se despliegan en tres órdenes, relativos al cumplimiento de los fines del Estado, a la vigencia de algunos derechos fundamentales y al respeto del principio de igualdad, todo lo cual demuestra que en el caso que ahora ocupa la atención de la Corte, la carrera administrativa constituye un eje definitorio de la identidad de la Constitución y que su ausencia trastoca relevantes contenidos de la Carta adoptada en 1991”.

En cuanto al criterio del mérito como regla general para el acceso, permanencia y retiro del empleado público, así como respecto de la inscripción automática a la carrera administrativa, en la providencia últimamente citada se señaló lo siguiente:

“De conformidad con la interpretación realizada por la Corte Constitucional, la carrera administrativa se fundamenta única y exclusivamente en el mérito y la capacidad del funcionario público, mérito que, en tanto elemento destacado de la carrera administrativa, comparte el carácter de regla general que a ésta le corresponde, siendo en consecuencia el mérito el factor definitorio para el acceso, permanencia y retiro del empleo público y, en esa medida, el artículo 125 superior establece el criterio del mérito como regla general. Estrechamente vinculado al mérito se encuentra el concurso público, que el Constituyente previó como mecanismo para establecer el mérito y evitar que criterios diferentes a él sean los factores determinantes del ingreso, la permanencia y el ascenso en carrera administrativa, constituyéndose el concurso en un instrumento que garantiza la selección fundada en la evaluación y la determinación de la capacidad e idoneidad del aspirante para desempeñar las funciones y asumir las responsabilidades propias de un cargo, e impedir que prevalezca la arbitrariedad del nominador y que, en lugar del mérito, favorezca criterios subjetivos e irrazonables. La jurisprudencia constitucional, también ha manifestado que se quebranta la igualdad cuando se permite el acceso automático a la carrera administrativa, esto es, cuando a determinadas personas se les autoriza el ingreso a la carrera sin necesidad de pasar por un proceso orientado a valorar sus capacidades o méritos y con fundamento en la sola circunstancia de haber desempeñado en provisionalidad el cargo de carrera, y se quebranta por cuanto no tienen adquirido un derecho de ingreso a la carrera, ni siquiera por el simple hecho de haber ejercido el cargo por un periodo largo de tiempo”.

En estas condiciones, para la Sala resulta claro que el actor no podía reclamar

para sí los derechos propios de los empleados de carrera administrativa, como es el caso de la prima técnica por el criterio de formación avanzada y experiencia altamente calificada, en la medida que la norma de inscripción automática de la cual pretende derivarlos (artículo 116 del Decreto 2117 de 1992) es inconstitucional por ser contraria al artículo 125 de la Carta Política, como acertadamente lo afirmó el *a quo*, y al derecho de igualdad en el acceso a la función pública.

Así las cosas, como el señor Alvarado Caicedo no logró demostrar el desempeño de su cargo en propiedad, como resultado de un proceso de selección público y abierto, que garantizara la igualdad de condiciones entre los aspirantes, resulta innecesario verificar las demás exigencias señaladas en el artículo 4º del Decreto 2164 de 1991 para el otorgamiento de la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada.

Por las anteriores razones la sentencia objeto de apelación amerita ser confirmada.

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

VI. FALLA

1.- CONFÍRMASE la sentencia del 6 de septiembre de 2012, proferida por la Sección Segunda – Subsección D del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

2.- Devuélvase el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUÍS RAFAEL VERGARA QUINTERO