



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA — SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Bogotá, D. C., veinticuatro (24) de agosto de dos mil diecisiete (2017)

Radicación: 73001233300020120024401

No. Interno: 3890-13

Apelación sentencia. Reconocimiento Prima Técnica

Actor: Leonardo Páez Saavedra

Le corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima el 23 de agosto de 2013, que denegó las súplicas de la demanda instaurada contra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN.

1. Antecedentes

1.1. La demanda

1.1.1. Pretensiones

En ejercicio del medio de control consagrado en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, Leonardo Páez Saavedra, mediante apoderado judicial, interpuso demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo en orden a obtener la nulidad del Oficio 100000202-001154 del 12 de octubre de 2011 proferido por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, por medio de la cual se niega el reconocimiento y pago de la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada; y del acto administrativo 004348 de 13 de junio de 2012, expedido por la Unidad Administrativa Especial – Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, que resuelve un recurso de reposición y decide confirmar la decisión anterior.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó el reconocimiento de la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada en un 50% de la asignación básica mensual, desde la fecha en que cumplió los requisitos para acceder al beneficio; que la ponderación de factores y la acreditación de requisitos adicionales, se contabilicen desde el ingreso a la entidad y hasta la fecha en que se profiera el acto administrativo que de cumplimiento a la sentencia; que el reconocimiento constituya factor salarial y se reliquiden todas las prestaciones e incentivos correspondientes; y que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

1.1.2. Hechos

Para sustentar sus pretensiones, la parte actora expuso los siguientes hechos:

1.1.2.1. Ingresó a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales el 22 de febrero de 1993 y actualmente ocupa el cargo de gestor III código 302 grado 02 en la División de Gestión Jurídica de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas.

1.1.2.2. Por reunir los requisitos exigidos en la ley, fue incorporado a la planta de personal de la Dirección General de Aduanas del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, entidad en donde ha desempeñado los cargos en propiedad de profesional en ingresos públicos II nivel 31 grado 21 y gestor II código 302 grado 02.

1.1.2.3. Es beneficiario de la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada consagrada en el Decreto 1661 de 1991, en consideración a que desde el 22 de febrero de 1993 se ha desempeñado en propiedad en el nivel profesional, es abogado de la Universidad Nacional de Colombia, especializado en Docencia Universitaria y Derecho Penal y Criminología, y ha cursado varios seminarios y cursos de capacitación no formal desde 1993.

1.1.3 Normas violadas y concepto de la violación

Como tales se señalan los artículos 53 de la Constitución Política; y los Decretos 1661 de 1991, 2164 de 1991, y 1724 de 1997.

Al desarrollarse el concepto de la violación de las anteriores normas, se aduce en síntesis, que si bien el Decreto 1724 de 1997 restringió la prima técnica por

formación avanzada y experiencia altamente calificada para algunos niveles, instituyó un régimen de transición para quienes sin ocupar cargos en el nivel directivo, asesor, ejecutivo o sus equivalentes, cumplieron con los requisitos exigidos bajo la vigencia del Decreto 1661 de 1991.

Dijo que lo cobija el aludido régimen de transición, puesto que al momento de expedirse el Decreto Reglamentario 1724 de 1997, reunía los requisitos para acceder a la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada, respecto del cargo de profesional en ingresos públicos II nivel 31 grado 21, según lo dispuesto en la legislación anterior contenida en el Decreto Ley 1661 de 1991, ya que además del título de formación avanzada, contaba con más de 3 años de experiencia relacionada con las funciones del empleo.

1.2. La contestación de la demanda

El apoderado de la Unidad Administrativa Especial - Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, se opuso a las pretensiones de la demanda y expuso como argumentos de defensa, los siguientes:

1.2.1. La parte actora no logró certificar la experiencia altamente calificada, puesto que a la fecha de expedición del Decreto 1724 de 1997(norma que excluyó el nivel profesional de asignación de la prima técnica), no acreditaba 3 años luego del título de formación avanzada.

1.2.2. Dijo que tampoco que la incorporación a la carrera administrativa se haya realizado mediante un concurso público de méritos, luego es evidente que no cumple con el requisito de ostentar un cargo permanente en la planta de personal de la entidad.

Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y prescripción de derechos laborales.

1.3. La sentencia apelada

El Tribunal Administrativo del Tolima mediante sentencia del 23 de agosto de 2013, denegó las súplicas de la demanda y condenó en costas a la parte actora de conformidad con lo dispuesto en Acuerdo 1887 de 2003.

Señaló que el demandante no acreditó los requisitos exigidos en los Decretos 1661 de 1991 y 2164 de 1991, pues si bien contaba con el título de formación avanzada como especialista en Derecho Penal y Criminología, no tenía más de 3 años de experiencia altamente calificada exigida para su reconocimiento, haciendo imposible su otorgamiento en virtud del régimen de transición previsto en el Decreto 1724 de 1997.

1.4. La apelación

Contra el anterior pronunciamiento, la parte actora interpuso recurso de apelación argumentando, en síntesis, que es beneficiario de la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada, como quiera que desempeñó un empleo del nivel profesional desde el 22 de febrero de 1993, cuando fue incorporado como profesional e ingresos públicos, acreditó dos títulos de especialista en derecho penal y en docencia universitaria y 3 años de experiencia luego de la expedición del título profesional de abogado.

Adujo que la experiencia altamente calificada fue certificada por la DIAN en la cual se expresan claramente cada una de las funciones que desempeñó en cada uno de los cargos, las cuales determinaron su alto grado de conocimiento académico y de experiencia profesional.

1.5. Alegatos de conclusión en segunda instancia

Las partes reiteraron los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y en el recurso de apelación.

1.6. El Ministerio público

Guardó silencio en esta etapa procesal.

Surtido el trámite legal y al no observarse causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir previas las siguientes,

2. Consideraciones

2.1. El problema jurídico

Se circunscribe a determinar si el señor Leonardo Páez Saavedra es beneficiario del reconocimiento de la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada, en los términos consagrados en los Decretos 1661 de 1991, 2164 de ese año y 1724 de 1997, al haber ingresado automáticamente al sistema de carrera administrativa de la Unidad

Administrativa Especial - Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN).

2.2. Marco jurídico de la prima técnica –DIAN.

En uso de las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 2 de la Ley 60 de 28 de diciembre de 1990¹, el presidente de la República expidió el Decreto Ley 1661 de 27 de junio de 1991², 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 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.

¹ **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 2.** 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.

3. 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».

² «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».

El artículo 2 del mencionado decreto estableció dos criterios alternativos para el otorgamiento de la prima técnica, en los siguientes términos:

Artículo 2.- 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.

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».

Posteriormente, el Decreto Reglamentario 2164 de 17 de septiembre de 1991³ 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»⁴.

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

Artículo 4.- 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. (negrillas de la Sala)

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.

De la lectura de la normatividad en comento, se considera como un requisito fundamental para el reconocimiento de la prima técnica por formación avanzada y experiencia calificada que el empleado se encuentre

³ «Por el cual se reglamenta parcialmente el Decreto-Ley 1661 de 1991».

⁴ Artículo 1.º inciso segundo.

desempeñando, en propiedad, el cargo en uno de los niveles profesional, ejecutivo, asesor o directivo.

Ahora bien, el artículo 7.º del citado Decreto 2164 de 1991 confirió facultades al jefe de la entidad o junta o consejo directivo superior, para establecer las necesidades del servicio, la política de personal y la disponibilidad presupuestal, los niveles de escalas o grupos ocupacionales, dependencias y empleos susceptibles de reconocérseles la prima técnica. En ejercicio de esta facultad el director de la Unidad Administrativa Especial – Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales expide la Resolución No 3682 de 16 de agosto de 1994, y con ella se establece el procedimiento para otorgar la prima técnica, en los siguientes términos:

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 2. Ámbito de aplicación de la prima técnica

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 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.
 [...]

Parágrafo 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, post-grados, 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.

Parágrafo.- 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 reconocidas u homologadas de acuerdo con las normas legales que regulan la materia.

La anterior resolución fue derogada por la 8011 de 23 de noviembre de 1995,

en donde se señaló lo siguiente:

Artículo 1. Campo de aplicación de la prima técnica

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 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 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 cuando a la formación 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; postgrados, 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 [...].

Posteriormente se expidió el Decreto Reglamentario 1724 de 4 de julio de 1997⁵, en cuyo artículo 1.º se restringieron los niveles de los cargos susceptibles de tal beneficio, en los siguientes términos:

Artículo 1.- 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. (Negrillas de la Sala).

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

Artículo 4.- 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

⁵ Por el cual se modifica el régimen de Prima Técnica para los empleados públicos del Estado.

del organismo o hasta que cumplan las condiciones para su pérdida, consagrada en las normas vigentes al momento de su otorgamiento.

Luego, el Decreto 1335 de 1999, que modificó el Decreto 2164 de 1991, estableció que los empleados que tienen derecho a la Prima Técnica por formación avanzada y experiencia, con la modificación que introdujo el Decreto 1724 de 1997, son aquellos que se desempeñen en propiedad en los cargos de niveles Ejecutivo, Asesor y Directivo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7.º del Decreto 2164 de 1991.

En lo que hace referencia a la DIAN, el Decreto 1268 de 1999, «Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos de la contribución de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales», en su artículo 1.º, señaló que los funcionarios de la entidad tendrán derecho a todas las prestaciones sociales y beneficios consagrados en las normas generales para los empleados de la Rama Ejecutiva, más los contemplados en dicho Decreto, que son la Prima Técnica, la Prima de Dirección, Incentivo por Desempeño Grupal, Incentivo al Desempeño en Fiscalización y Cobranzas e Incentivo por Desempeño Nacional.

En relación con la Prima Técnica, el artículo 2 del Decreto en mención, estableció:

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

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.

Parágrafo 1. Para efectos de asignar la prima técnica ésta se concederá en los mismos términos y condiciones señalados en los decretos generales que regulan la materia.

Parágrafo 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.

En ejercicio de las facultades conferidas en la disposición transcrita, el Director de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales profirió la Resolución 2227 de 27 de marzo de 2000, que estableció el procedimiento y ponderación de factores para conceder la prima técnica, destacando que por experiencia debía entenderse:

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.

Con posterioridad, se expidió el Decreto Reglamentario 1336 de 27 de mayo de 2003⁶, en cuyo artículo 1.º se restringieron aún más los cargos susceptibles del beneficio de la prima técnica. Al respecto se dijo:

Artículo 1. 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.

Finalmente, el artículo 1.º del Decreto 2177 de 2006, por el cual se modificó el artículo 3.º del Decreto 2164 de 1991, que a su vez fue modificado por el artículo 1.º del Decreto 1335 de 1995, señaló que para adquirir la prima técnica se requerían 5 años de experiencia altamente calificada y que no era válido compensar el título de formación avanzada por experiencia.

2.2.1 Marco jurisprudencial

Esta Corporación en Sentencia SUJ2 No.002/16, expediente 4499-13, con ponencia del magistrado Luis Rafael Vergara Quintero, unificó la jurisprudencia del Consejo de Estado en el sentido de precisar que «los empleados incorporados a la DIAN automáticamente, por medio del Decreto 2117 de 1992, no pueden ser beneficiarios de la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada, en la

⁶ Por el cual se modifica el régimen de Prima Técnica para los empleados públicos del Estado.

medida que no desempeñaron el cargo en propiedad, como consecuencia de la superación satisfactoria de un concurso de méritos».

La anterior conclusión se presentó en razón a que la Sección Segunda adoptó dos posiciones diferentes respecto a la viabilidad de la inscripción automática en el sistema de Carrera Administrativa de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Por una parte, en la Sentencia del 10 de octubre de 2013 expediente 0375-13 Consejero ponente: Gustavo Gómez Aranguren se dijo que el artículo 116 del Decreto 2117 de 1992 norma de inscripción automática de la cual se pretendía derivar el derecho a la prima técnica es inconstitucional por desconocer, de manera flagrante, el artículo 125 de la Constitución Política que consagra que el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso a ellos, se accedía previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que establecía la ley para establecer los méritos y calidades de los aspirantes.

En una oportunidad posterior, en la sentencia del 22 de mayo de 2014 expediente 3824 de 2013 con ponencia del mismo consejero de estado Gustavo Gómez Aranguren, reformó la anterior tesis, para concluir que el citado artículo 116 no adolece de inconstitucionalidad, por cuanto el Decreto 2117 de 1992 que lo contiene fue expedido en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 20 transitorio de la Constitución Política de 1991, y que por ende los beneficios de que gozaban todas las personas que resultaron incorporadas automáticamente en virtud de tal norma, se mantenían incólumes por tratarse de derechos adquiridos.

Así las cosas, la Sentencia de Unificación SUJ2 No.002/16, abordó el análisis en los siguientes términos:

El artículo 125 de la Constitución Política 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, exigencia que se deriva del mejoramiento del servicio público, de la necesidad de preservar los derechos de los empleados públicos y del respeto del derecho a la igualdad en el acceso a la función pública.

Por su parte, el artículo 116 del Decreto 2117 de 29 de diciembre de 1992⁷, 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,

⁷ «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».

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". (Negrillas de la Sala).

De la simple lectura de los artículos 125 de la Constitución Política y 116 del Decreto 2117 del 29 de diciembre de 1992, se encuentra de manera evidente su contradicción, pues mientras la primera disposición establece como regla general el concurso público para el ingreso y ascenso a los cargos de carrera, el artículo 116 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.

Sobre el particular, es preciso señalar que la Corte Constitucional en diversas oportunidades⁸ se ha pronunciado sobre la inconstitucionalidad de los sistemas de inscripción automática a carrera administrativa, para concluir que el fundamento de la carrera administrativa está en el mérito y la capacidad de quienes ingresan a ella y por esa razón la verificación de requisitos, la utilización de mecanismos idóneos para la selección de las personas, constituye un elemento fundamental 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.

De igual manera, acudiendo a los mismos argumentos, la Corte Constitucional declaró inexecutable el sistema de inscripción automática al régimen general de carrera administrativa de los funcionarios del orden nacional⁹ y departamental de la Administración¹⁰, en los siguientes términos:

Estas normas, tal como lo indica el actor, permiten el ingreso automático a la carrera administrativa, de funcionarios que reúnan dos condiciones, a saber: la primera, estar ocupando un cargo que la ley ha definido como de carrera; la segunda, acreditar una serie de requisitos contemplados en leyes y decretos, en un período de tiempo determinado.

⁸ Véase las sentencias C-317 de 1995 y 037 de 1996, en las cuales se declararon inexecutable los sistemas de inscripción automática en la Aeronáutica Civil y en la Rama Judicial.

⁹ Ley 61 de 1987. Artículo 5: Al entrar en vigencia esta ley, los empleados que estén desempeñando un cargo de carrera sin que se encuentren inscritos en la misma, deberán acreditar, dentro del año inmediatamente siguiente, el cumplimiento de los requisitos señalados para sus respectivos empleos en el manual de requisitos expedido por el Gobierno Nacional o en los Decretos que establezcan equivalencias de dichos requisitos, según el caso. Acreditados tales requisitos o sus equivalencias tendrán derecho a solicitar al Departamento Administrativo del Servicio Civil su inscripción en la Carrera Administrativa

¹⁰ Ley 27 de 1992. Artículo 22-. De los requisitos para los empleados del nivel territorial. Al entrar en vigencia esta ley, los empleados del nivel territorial que por virtud de ella llegaren a desempeñar cargos de carrera administrativa de conformidad con las normas vigentes, deberán acreditar dentro del año siguiente, el cumplimiento de los requisitos señalados en los manuales para los respectivos cargos o en las equivalencias establecidas en el decreto 583 de 1984, ley 61 de 1987 y Decreto Reglamentario 573 de 1988.

"Quiénes no acrediten los requisitos dentro del término señalado, quedarán de libre nombramiento y remoción. No obstante, si tales empleados continúan al servicio de la Entidad u organismo, podrán solicitar su inscripción cuando lleguen a poseer los requisitos del cargo y los acrediten en debida forma."

De esta manera, esas normas facilitan el ingreso y permanencia en la carrera administrativa de cierto grupo de personas que, por estar en cierta condición (desempeñando un cargo de carrera), no requieren someterse a un proceso de selección para evaluar sus méritos y capacidades. Así se desconocen, no sólo el mandato constitucional contenido en el artículo 125 de la Constitución, que exige la convocatoria a concursos públicos para proveer los cargos de carrera, sino 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).

La excepción que establecen las normas acusadas para el ingreso a la carrera administrativa, desnaturaliza el sistema mismo, pues se dejan de lado conceptos como el mérito y capacidades, para darle paso a otros de diversa índole, permitiendo que la discrecionalidad de los nominadores rijan este sistema, e impidiendo que todos aquellos que crean tener las condiciones para desempeñar un empleo de esta naturaleza a nivel nacional o territorial, tengan la oportunidad de acceder a ellos, simplemente porque no hay un mecanismo que permita la evaluación de sus méritos y capacidades.¹¹

Esta misma tesis es la que debe adoptarse en esta oportunidad, y que corresponde a la línea jurisprudencial que en su momento tuvo el Consejo de Estado¹² incluso antes de las primeras sentencias de la Corte Constitucional sobre la materia, advirtiendo sobre la inconstitucionalidad de los sistemas de inscripción automática a carrera administrativa, puesto que «para gozar el amparo inherente a una carrera deben cumplirse las etapas y llenarse los requisitos que la ley señala y que carecían de sentido y no tendrían razón de ser si existiese la llamada incorporación automática¹³».

Lo anterior, en razón a que los derechos derivados de la carrera como el derecho a la estabilidad laboral, provienen no del hecho mismo de la inscripción, sino de que la misma ocurra como consecuencia de la superación de un concurso abierto y objetivo que asegure la libre e igual competencia; y una vez surtido y superado dicho concurso, tiene sentido la defensa del derecho a la estabilidad en el cargo, del cual no son titulares los funcionarios de libre nombramiento y remoción, ni quienes son incorporados de manera automática.»

¹¹ Sentencia C-030 de 1997

¹² Véase la Sentencia del 25 de febrero de 2016, expediente. 2619-14 Consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez

¹³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia 4577 del 8 de junio de 1992, Consejera ponente: Clara Inés Forero de Castro. Así mismo, véase las sentencias de la Sección Segunda del Consejo de Estado del 10 de abril de 1997, expediente 12198, Consejera ponente Dolly Pedraza de Arenas; 5 de septiembre de 2002, Consejero ponente Alberto Arango Mantilla y del 8 de mayo de 2003, Consejero ponente: Jesús María Lemos (acción popular).

En atención a las consideraciones expuestas, se concluye que la carrera administrativa se fundamenta única y exclusivamente en el mérito y la capacidad del funcionario, siendo éste el elemento destacado y estrechamente vinculado al concurso público, que garantiza la idoneidad del aspirante para desempeñar las funciones propias del cargo, así como sus responsabilidades y evitar la arbitrariedad de los nominadores.

Siendo ello así, el acceso automático a la carrera administrativa de la DIAN dispuesto en el Decreto 2117 de 1992, va en contravía del artículo 125 de la Constitución Política y desconoce, de manera evidente, el derecho a la igualdad en el acceso a la función pública y las expectativas legítimas que concede la citada Carta, de acceder a un empleo público en virtud de los méritos de cada persona.

2.3. Caso concreto

Conforme a las consideraciones previamente anotadas, quedó claramente señalado que los funcionarios de la DIAN que fueron incorporados automáticamente al sistema de carrera administrativa de la entidad, en virtud del artículo 116 del Decreto 2117 de 1992 no tienen derecho al reconocimiento de la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada.

Teniendo en cuenta lo anterior, en el presente asunto se observa lo siguiente:

2.3.1. Por medio de la Resolución 0275 de 10 de febrero de 1993 el Director de Aduanas Nacionales designó, con carácter temporal, al señor Leonardo Páez Saavedra en el cargo de profesional en ingresos públicos II nivel 31 grado 21 en la Unidad Administrativa Especial- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (ff.216-217).

2.3.2. Según acta de posesión 704 de 22 de febrero de 1993 tomó posesión del cargo de profesional II nivel 21 grado 21 en la División de Investigación Disciplinaria de la Oficina de Control Interno de la Unidad Administrativa Especial – Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (f.218).

2.3.3. Por medio de la Resolución 001 de 1.º de junio de 1993 el Director de Impuestos y Aduanas Nacionales, de conformidad con lo señalado en el artículo 116 del Decreto 2117 de 1992, dispuso su incorporación automática en la planta de personal de la Unidad Administrativa Especial – Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, en la Subsecretaría de Asuntos Legales – División de Investigación Disciplinaria (ff.219-221).

2.3.4. El 1.º de junio de 1993 la Unidad Administrativa Especial – Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, le comunicó lo siguiente: (f. 222)

Me es grato comunicarle que conforme al Decreto 2117 de 1992, ha sido incorporado automáticamente en el cargo de PROFESIONAL EN INGRESOS PÚBLICOS II NIVEL 31 GRADO 21, con una asignación básica mensual de \$362.500 y mediante Resolución 001 de 1 de junio de 2003, ha sido ubicado en la dependencia INVESTIGACIÓN DISCIPLINARIA – SUBSECRETARÍA DE ASUNTOS LEGALES.

2.3.5. Según certificación expedida por la Subdirección de Personal de la Unidad Administrativa Especial – Dirección de Impuestos y Aduanas

Nacionales, el señor Leonardo Páez Saavedra laboró en los siguientes cargos: (ff. 47-52)

- Profesional en ingresos públicos II nivel 31 grado 21 entre 22 de febrero de 1993 y el 1 de junio de 1993 en la División de Representación Externa de la Oficina de Control Interno.

- Jefe Grupo Interno de Trabajo-Unidad Penal: entre el 2 de junio de 1993 y el 13 de enero de 2003 en la División de Investigación Disciplinaria de la Subsecretaría de Asuntos Legales; entre el 14 de enero y el 17 de septiembre de 2003 en la División de Cobranza Tributaria de la Administración Local de Impuestos de Ibagué [...]

De conformidad con el material probatorio previamente relacionado, resulta claro que el actor no puede reclamar 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 derivarla, esto es, el artículo 116 del Decreto 2117 de 1992, es inconstitucional por contrariar el artículo 125 de la Constitución Política y el derecho a la igualdad en el acceso a la función pública.

En efecto, a la luz de la jurisprudencia vigente se desnaturaliza el significado de la «carrera administrativa», la circunstancia de que de manera automática ingresen funcionarios libremente designados por el nominador de la entidad sin haberse sometido a las normas sobre concurso público, ya que de esa manera «no se tienen en cuenta conceptos como el mérito y las capacidades de los aspirantes; y por el contrario, se permite el paso a otras formas de diversa índole para acceder a la administración pública, con lo cual es la discrecionalidad del nominador la que rige este sistema, y también se impide

que aquellos ciudadanos que creen tener las condiciones para desempeñar un empleo de esta naturaleza a nivel nacional o territorial, tengan la oportunidad de acceder a ellos, simplemente porque no hay un mecanismo que permita la evaluación de sus méritos y capacidades»¹⁴.

Así las cosas, se concluye que el demandante no acreditó su desempeño en propiedad en el cargo de profesional en ingresos públicos II nivel 31 grado 21 como parte de un concurso abierto de méritos, requisito fundamental para hacerse acreedor de la prima técnica por el criterio de formación avanzada y experiencia calificada.

Por las razones que anteceden, resulta innecesario verificar las demás exigencias señaladas en el artículo 4.º del Decreto 2164 de 1991 para el otorgamiento de la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada, pues como ya se vio, la parte actora no logró acreditar el desempeño del cargo en propiedad como resultado de un proceso de selección.

3. De la condena en costas

Esta Subsección en sentencia del 7 de abril de 2016¹⁵, respecto de la condena en costas en vigencia del CPACA, concluyó que la legislación varió del Código Contencioso Administrativo al Código de Procedimiento Administrativo y de lo

¹⁴ Véase la sentencia del 9 de febrero de 2017, expediente 0809-15, Consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez

¹⁵ Rad. 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014), actor: José Francisco Guerrero Bardi, Consejero ponente: William Hernández Gómez.

Contencioso Administrativo, la regulación de la condena en costas, de un criterio “subjetivo” a uno “objetivo valorativo”.

Objetivo, en cuanto prescribe que en toda sentencia se “dispondrá” sobre la condena en costas, bien sea total o parcial o con abstención, según las reglas del CGP; y *valorativo*, en cuanto se requiere que el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación (como sucede con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad profesional realizada dentro del proceso), sin que en esa valoración se incluya la mala fe o temeridad de las partes.

Así mismo, se definió que la cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de las partes, pues varía según sea la parte vencida el empleador o el trabajador (Acuerdo 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura), la complejidad e intensidad de la participación procesal; que las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas; que la liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho) la hará el juez de primera o única instancia y que procede condenar en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Conforme a las anteriores reglas, se condenará en costas a la parte actora, de conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 365 del CGP que establece: «En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda».

Las costas serán liquidadas por el Tribunal Administrativo del Tolima.

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 de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

1. CONFÍRMASE la sentencia del veintitrés (23) de agosto de dos mil trece (2013), proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, dentro del proceso promovido por Leonardo Páez Saavedra contra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN.

2. CONDÉNASE en costas a la parte actora, las cuales se liquidarán por el Tribunal Administrativo del Tolima.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

WILLIAM HERNANDEZ GÓMEZ

GABRIEL VALBUENA HERNANDEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

