



3 368

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

Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter

Bogotá, D. C., cinco (5) de diciembre de dos mil diecinueve (2019)

Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Expediente : 76001-23-33-000-2013-00432-01 (1370-2016)
Demandante : **Carlos Arturo Giraldo Lara**
Demandada : Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN)
Tema : Prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el actor contra la sentencia de 12 de febrero de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que negó las pretensiones de la demanda del epígrafe.

I. ANTECEDENTES

1.1 Medio de control (ff. 78-93). El señor Carlos Arturo Giraldo Lara, por conducto de apoderado, ocurre ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo a incoar medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), contra la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) para que se acojan las pretensiones que en el apartado siguiente se precisan.

1.1.1 Pretensiones. 1) El actor aspira a que se declare la nulidad del oficio 100000202-000581 de 9 de abril de 2012, del director general de la DIAN, en el que se le niega el reconocimiento de la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada. Igualmente, de la Resolución 4645 de 22 de junio de 2012, del mismo funcionario, en que resuelve de manera desfavorable un recurso de reposición interpuesto contra el anterior acto administrativo.

2) Que, como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título restablecimiento del derecho, se ordene a la entidad accionada el



personal así: «Desde el 31 de mayo de 1993, se ha desempeñado en propiedad en el nivel profesional, así: Profesional en Ingresos Públicos II nivel 31 grado 21 y 22 y Gestor II código 302 grado 02» (sic para toda la cita).

También señala que cuenta con la siguiente acreditación académica, a saber:

- Contador Público de la Universidad Autónoma de Occidente, 26 de noviembre de 2008.
- Economista de la Corporación Universitaria Autónoma de Occidente, 26 de agosto de 1988.
- Especialista en Contraloría Financiera de la Pontificia Universidad Javeriana, 29 de septiembre de 1995.
- Ha cursado y aprobado varios diplomados, seminarios y cursos de capacitación no formal desde 1980 a la fecha (sic para toda la cita).

Igualmente, expone que, de acuerdo con la certificación de experiencia suscrita por el delegado de la subdirectora de gestión de personal, tiene más de 21 años de experiencia en el desempeño de las siguientes funciones:

- Técnico Administrativo, de mayo 31 de 1991 a agosto 25 de 1991.
- Técnico Tributario, de agosto 26 de 1991 a mayo 30 de 1993.
- Profesional en Ingresos Públicos II, de mayo 31 de 1993 a agosto 1 1999.
- Durante el año 2002 le asignaron funciones como Jefe de Grupo.
- Auditor Investigador Tributario Fondo, de agosto 2 de 1999 a mayo 21 de 2008.
- Auditor Tributario de Gestión, de mayo 22 de 2008 a noviembre de 2008.
- Auditor Tributario Gestión y Control, de noviembre 4 de 2008 a enero 31 de 2010.
- Auditor Tributario de Gestión, de febrero 1 de 2010 a mayo 21 de 2010.
- Auditor Tributario de Gestión - Liquidador Tributario de Revisión, de mayo 18 de 2010 a julio 14 de 2011 (sic para todo el texto).

Por último, expresa que cumple los requisitos para ser merecedor del reconocimiento de la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada, toda vez que tiene estudios profesionales de pregrado y postgrado y una experiencia ampliamente calificada. Por ello, el 20 de enero de 2012 pidió de la accionada su reconocimiento; pero, mediante oficio 100000202-000581 de 9 de abril de 2012, del director general, le fue negado,



que comenzara a regir el citado decreto hubieran cumplido los requisitos para su reconocimiento y pago.

II. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en sentencia de 12 de febrero de 2016, negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas al actor, al estimar lo que sigue:

Descendiendo al sub judice se tiene que el señor CARLOS ARTURO GIRALDO LARA aportó Diploma expedido por la PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA, en el que consta que es Especialista en Contraloría Financiera desde el 29 de septiembre de 1995 (fl. 41 Cdno. Ppal).

Ello supone que cumple con el título de formación avanzada, pero no alcanzó a acreditar la experiencia altamente calificada, por cuanto a la fecha de entrada en vigencia del Decreto 1724 de 1997, esto es el 04 de julio de 1997, solo llevaba 1 año, 9 meses y 5 días de graduado como Especialista en Contraloría Financiera.

Esta circunstancia impide igualmente que sea cobijado por el régimen de transición contenido en dicha normativa, porque la misma es aplicable solo sí, antes de entrar en vigencia el Decreto 1724 de 1997, el demandante ya estuviera percibiendo la prima técnica o cumplido los requisitos para obtenerla, lo cual en el presente caso no se cumplió.

Adicionalmente y en relación con el requisito de permanencia en el ejercicio de cargos públicos, se observa que en aplicación del artículo 42 del Decreto 1647 de 1991, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público expidió la Resolución No. 01786 del 09 de mayo de 1991, mediante la cual se incorporó al demandante a la planta de cargos de la DIAN.

La anterior norma deja al descubierto que al cargo al que fue incorporado automáticamente el señor CARLOS ARTURO GIRALDO LARA, no fue ofertado para ser proveído a través de concurso público de méritos y con base en dicha norma, la DIAN expidió en principio la Resolución No. 01786 del 09 de mayo de 1991, por medio de la cual incorporó inicialmente a su planta de personal al demandante (fls. 16-18 Cdno de Antecedentes Administrativos). Igualmente se constata que mediante la Resolución 0006 de 4 de noviembre de 2008 se incorporó definitivamente al demandante a cargos de carrera de la DIAN.

Mediante sentencia C - 588 de 27 de agosto de 2009, la H. Corte Constitucional al declarar la inexecutable del Acto Legislativo No. 01



El juez inaplica por inconstitucional el artículo 116 del Decreto 2117 de 1992, para efectos de la prima técnica del señor CARLOS ARTURO por haber sido incorporado automáticamente; pero dicho decreto fue posterior a la incorporación a la planta de personal de la entidad, que se hizo el 9 de mayo de 1991. Quiere ello decir, que los derechos de carrera administrativa de mi mandante, ya los tenía cuando fue expedido el decreto 2117 de 1992.

Y de acuerdo con la posición jurídica expuesta por el Magistrado JAIME ARAÚJO RENTERÍA, en un salvamento de voto, cuando un funcionario ya cuenta con derechos de carrera, no se le puede privar de ella, sino por un debido procedimiento:

La incorporación automática a carrera administrativa, se dio en la DIAN a partir del año 1992; año en el cual mi poderdante ya estaba en carrera administrativa, y ante la fusión de la DIN y la DAN, lo que hizo el Decreto No. 2117 de 1992 de FUSIÓN, fue respetar los derechos de carrera que ya traían estos funcionarios, incorporándolos y nombrándolos en propiedad.

Ahora bien, ni los decretos 1661 y 2164 de 1991, ni la reglamentación que hizo la DIAN, para el otorgamiento de la prima técnica a través de la resolución 3682 del 16 de agosto de 1994, establecen que el reconocimiento de este beneficio sea para funcionarios que desempeñen cargos en propiedad; estas normas siempre exigían la permanencia en el cargo, y esto es precisamente lo que se demuestra, porque el actor está vinculado en el cargo del nivel profesional, desde el 31 de mayo de 1993.

De esta forma, queda debidamente acreditado y probado el ingreso del demandante a la carrera administrativa de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS NACIONALES, previo concurso (ff. 294-305).

[...]

IV. TRÁMITE PROCESAL

El recurso de apelación interpuesto por el actor fue concedido, en auto de 14 de marzo de 2016, ante esta Corporación (f. 312), y se admitió por proveído de 24 de junio siguiente (f. 317); y, después, en providencia de 22 de septiembre de 2017, se dispuso a correr traslado simultáneo a las partes y al



5.2 Problema jurídico. Corresponde en esta oportunidad a la Sala determinar si le asiste razón jurídica o no al demandante para reclamar de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), el reconocimiento y pago de la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada.

5.3 Marco normativo. En punto a la resolución del problema jurídico planteado en precedencia, procede la Sala a realizar el correspondiente análisis normativo a efectos de establecer la solución jurídicamente correcta respecto del caso concreto.

El artículo 7 del Decreto 2285 de 1968¹, creó la prima técnica con el fin de *«atraer o mantener personal altamente calificado para cargos de especial responsabilidad o superior especialización técnica»*, con base en la *«experiencia, competencia especial o títulos profesionales de quien ejerza o sea llamado a ejercer un empleo»*, que sería asignado por decreto previo concepto favorable del consejo de ministros y el dictamen del Consejo Superior del Servicio Civil.

Luego, el artículo 14 del Decreto 1950 de 1973² mantuvo este reconocimiento para toda la rama ejecutiva del poder público, empero, se determinó su asignación para los empleos de los niveles técnico y ejecutivo.

Posteriormente, el Congreso de la República expidió la Ley 60 de 1990³, en cuyo artículo 2 (numeral 3), *«De conformidad con el ordinal 12 del artículo 76 de la Constitución Política, re[vistió] al Presidente de la República de facultades extraordinarias por el término de seis (6) meses, contados a partir de [su] vigencia»*, para *«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»*.

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

² «Por el cual se reglamentan los Decretos-leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración de personal civil».

³ «Por la cual se reviste al 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» y dictar otras disposiciones.



reconocimiento económico para atraer o mantener en el servicio del Estado a 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. Así mismo, será un reconocimiento al desempeño en el cargo, en los términos que se establecen en este Decreto.

Tendrán derecho a gozar de la prima técnica 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.

[...]

Artículo 3º.- Criterios para su asignación. La prima técnica podrá otorgarse alternativamente por:

- a) Título de estudios de formación avanzada y tres (3) años de experiencia altamente calificada; o
 - b) Terminación de estudios de formación avanzada y seis (6) años de experiencia altamente calificada; o
 - c) Por evaluación del desempeño.
- [...]

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 7º 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.

[...]

Artículo 7º.- De los empleos susceptibles de asignación de prima técnica.



55 de 1997, el artículo 8o del Decreto 52 de 1997 y demás disposiciones que le sean contrarias.

De la norma transcrita se desprende que, a través del Decreto 1724 de 1997, se restringió el derecho a la prima técnica en el sentido de que serían destinatarios de ella únicamente quienes estuviesen nombrados con **carácter permanente** en un cargo de los niveles directivo, asesor o ejecutivo o sus equivalentes, esto es, con exclusión de los demás niveles.

No obstante, de acuerdo con el artículo 4.º del aludido Decreto 1724 de 1997, se respetaron los derechos adquiridos de aquellos servidores que desempeñaran **cargos de niveles diferentes a los señalados en él**, a quienes se les reconoció prima técnica con anterioridad a su publicación, pues disfrutarían de ella hasta el retiro del servicio o hasta cuando se cumplieran las condiciones para su pérdida, consagradas en las normas vigentes al momento de su otorgamiento.

Sobre este punto, esta Colegiatura ha precisado que es viable el reconocimiento de la prima técnica a empleados que a pesar de no haberseles reconocido dicho derecho antes de la entrada en vigor del Decreto 1724 de 1997 (11 de julio de 1997), tuvieran los requisitos para ser beneficiarios, al respecto, discurrió así:⁶

De acuerdo con la segunda tesis, que prevaleció en la Subsección⁷, 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

⁶ Sentencia de 25 de mayo de 2006, consejero ponente Jesús María Lemos Bustamante, radicación 25000-23-25-000-2002-08242-01(2922-04).

⁷ Al respecto puede verse la sentencia del Consejo de Estado (sección segunda, subsección B), de 8 de agosto de 2003, consejero ponente: Alejandro Ordóñez Maldonado, expediente 23001-23-31-000-2001-00008-01 (0426-03), actor: Benjamín Antonio Vergara.



[...]

Artículo 6o. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y modifica en lo pertinente los Decretos 2164 de 1991, 1384 de 1996, 685, 691 de 2002 y deroga el Decreto 1724 del 4 de julio de 1997, y demás disposiciones que le sean contrarias.

Sobre la legalidad de la precitada normativa, esta Corporación, en su sala laboral, en sentencia de 12 de marzo de 2008⁸ proferida dentro del radicado 11001-03-25-000-2006-00069-00(1267-06), precisó:

[...]

Es decir, el Gobierno Nacional, bien puede excluir niveles diferentes al Directivo y al Asesor dentro del grupo de empleados beneficiarios de dicha prima, pues la diferencia de tratamiento, puede establecerse por la autoridad a quien le corresponde considerar los factores que la justifiquen, en ejercicio de la facultad constitucional y legal que le fue conferida; de manera tal, que si es predicable la potestad de modificar el régimen salarial y prestacional, también lo es, la determinar a qué niveles corresponde su pago y bajo qué circunstancias.

[...]

Con relación a la vulneración de los derechos adquiridos a la que hace alusión el actor, debe tenerse en cuenta que por derecho adquirido la doctrina y la jurisprudencia, ha entendido aquel derecho que ha entrado al patrimonio de una persona natural o jurídica y que hace parte de él, por lo que no puede ser arrebatado o vulnerado por quien lo creó o reconoció legítimamente. Es así, como el derecho adquirido es la ventaja o el beneficio cuya conservación e integridad, está garantizada en favor del titular del derecho, por una acción o por una excepción. El derecho adquirido al que hace referencia el artículo 58 de la Carta Política, ha de entenderse como una 'situación jurídica concreta o subjetiva'⁹, que se evidencia cuando el texto legal ha jugado un papel jurídico en favor o en contra de una nueva persona en el momento en que ha entrado a regir, una nueva ley y es por ello, que los derechos ya reconocidos no sufren ninguna modificación.

[...]

Resulta claro que el Gobierno nacional está legitimado para excluir los niveles ejecutivo, profesional, técnico, administrativo y operativo de la prerrogativa de la prima técnica, como en efecto lo hizo a través del Decreto 1724 de 1997,

⁸ Con ponencia del entonces consejero de Estado Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

⁹ Corte Constitucional Sentencia C-410 de 1997, expediente D-1585, magistrado ponente Hernando Herrera Vergara.



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 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.

De lo anterior se colige que, aunque el aludido Decreto 2177 de 2006 aumentó a 5 años el requisito de experiencia calificada previsto en el artículo 3.º del Decreto 2164 de 1991, lo cierto es que respetó el régimen de transición contemplado en el artículo 4.º del citado Decreto 1724 de 1997.

Ahora bien, en lo que se refiere a la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, el Decreto 1647 de 1991¹¹ estableció en su artículo 61 que «[...] *Los funcionarios de la Dirección de Impuestos Nacionales tendrán derecho a todas las prestaciones sociales y beneficios consagrados para los empleados públicos de la rama ejecutiva del orden nacional, más los contemplados en este decreto*».

Asimismo, en uso de las facultades conferidas por los artículos 7 y 8 del Decreto 2164 de 1991, el director general de la DIAN expidió la Resolución 3682 de 16 de agosto de 1994, mediante la cual reglamentó el procedimiento para el otorgamiento de la prima técnica a los empleados de tal entidad, así:

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 TÉCNICA.

¹¹ «Por el cual se establece el régimen de personal, la carrera tributaria, sistema de planta y el régimen prestacional de los funcionarios de la Dirección de Impuestos Nacionales, se crea el fondo de cuestión tributaria y se dictan otras disposiciones».



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 (destaca la Sala).

De igual modo, el citado Decreto 1647 de 1991 fue modificado por el 1268 de 13 de julio de 1999, *«Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos de la contribución de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales»*, que respecto de la prima técnica previó:

Artículo 1°. Prestaciones Sociales y otros beneficios. Los funcionarios de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales 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 este decreto.

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 este numeral excluye la prima de dirección y no será procedente cuando se trate de jefaturas que tengan asignada prima técnica automática.

2. Para mantener al servicio de la entidad a funcionarios que acrediten



resuelve de manera negativa la petición anterior (ff. 9-17).

c) Resolución 4645 de 22 de junio de 2012, del director de la DIAN, por la que, al resolver un recurso de reposición, se confirma el antedicho acto administrativo (ff. 9-17).

d) Fotocopia del título de contador público del demandante, conferido por la Universidad Autónoma de Occidente, de Cali, el 26 de noviembre de 2008 (f. 39).

e) Fotocopia del título de economista del actor, otorgado por la Corporación Universitaria de Occidente, de Cali, el 26 de agosto de 1988 (f. 40).

e) Fotocopias del título de especialista del accionante en contraloría financiera, de la Pontificia Universidad Javeriana, de 29 de septiembre de 1995 (f. 41).

f) Certificación de la subdirección de personal de gestión de personal de la DIAN, de 9 de mayo de 2012, sobre tiempos de servicios del actor (ff. 30-38).

De las pruebas que obran en el expediente, se infiere que el demandante se vinculó, el 31 de mayo de 1991 (Resolución 1786 de 9 de mayo de 1991), en la dirección general de impuestos nacionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, como **técnico administrativo 4065, grado 11**, en la división de fiscalización de la Administración de Impuestos Nacionales de Cali, cargo que ocupó hasta el 25 de agosto siguiente. Después, ejerció el empleo de **técnico tributario nivel 30, grado 18**, en la división de fiscalización de la administración local de impuestos del Valle, entre el 26 de agosto de 1991 y el 1.º de junio de 1993. En este cargo fue designado por Resolución 1 de 23 de agosto de 1991, que lo incorporó automáticamente, en carrera tributaria, a la planta de personal de la Unidad Administrativa Especial-dirección de impuestos nacionales, con fundamento en las facultades señaladas en los artículos 15, 17, 18, 22, 24 y 25 del Decreto 1647 de 1991.

Luego, ocupó los subsiguientes cargos: **profesional en ingresos públicos II, nivel 31, grado 21**, en las Administraciones Local de Impuestos del Valle e Impuestos y Aduanas Nacionales de Cali, del 31 de mayo de 1993 al 1.º de agosto de 1999; **auditor investigador tributario fondo**, en el grupo interno de trabajo de investigaciones de fondo de la división de fiscalización tributaria



Rad. 76001-23-33-000-2013-00432-01 (1370-2016)
Actor: Carlos Arturo Giraldo Lara

Cargo	Dependencia	Desde	Hasta
Técnico administrativo 4065, grado 11 (Resolución 1786 de 9 de mayo de 1991)	División de fiscalización de la Administración de Impuestos Nacionales de Cali	31 de mayo de 1991	25 de agosto de 1991
Técnico tributario nivel 30 (técnico), grado 18 (Resolución 3358 de 22 de agosto de 1991)	División de fiscalización de la Administración Local del Valle	26 de agosto de 1991	30 de mayo de 1993

En atención a lo que antecede, se ha de precisar que el Decreto 2164 de 1991, reglamentario del 1661 del mismo año, precisó, en su artículo 4.º, que los cargos de los niveles profesional, ejecutivo, asesor o directivo, susceptibles de la asignación de la prima, requerían ejercerse en *propiedad*, esto es, con vocación de permanencia en el servicio, por lo que no podrían concedérseles a un servidor que se encontraba con una vinculación precaria.

Dicho carácter, el de propiedad, con razón, se ha asimilado con el ejercicio del empleo como resultado de un concurso de méritos, que deriva en la inscripción en carrera administrativa, condición que, por caerse de su peso, no se predica de aquellos servidores que acceden a esta por virtud de una incorporación automática, pues esta, por definición, descarta las etapas, requerimientos, aptitudes y pruebas propias de aquél, al punto que la Corte Constitucional, en algunos casos, declaró inexecutable ese atajo.¹⁴

En el presente asunto, se tiene que el demandante fue incorporado automáticamente a la planta de personal de la Unidad Administrativa Especial, dirección de impuestos nacionales, en el empleo de técnico tributario, nivel 30, grado 18, según Resolución 1 de 23 de agosto de 1991, dictada con fundamento en el Decreto 1647 del mismo año, que, en su artículo 42, preceptúa *«para efecto de la vinculación de nuevos funcionarios, en el momento de la incorporación no se aplicarán las normas del Decreto 1290 de*

Direcciones de Impuestos Nacionales y de Aduanas Nacionales, quedarán automáticamente incorporados e incluidos en carrera, sin ninguna formalidad ni requisito adicional [...].»

¹⁴ En el caso de 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). Asimismo, declaró inexecutable el sistema de inscripción automática al régimen general de carrera administrativa de los funcionarios del orden nacional y departamental de la Administración (sentencia T-808 de 2007).



Resoluciones 1 de 23 de agosto de 1991, del director de impuestos nacionales, y 1206 de 31 de mayo de 1993, del director de la DIAN, no hacen más que ratificar lo que se afirma.

En suma, para tener derecho a la referida prima en los empleos que son beneficiarios de esta, se requiere ejercerlos **en propiedad**, con la dimensión antes fijada, criterio que coincide con el decantado en sentencia de unificación dictada por esta Corporación, plasmado en los siguientes términos:¹⁶

[...]

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 oportunidades¹⁷ 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 nacional¹⁸ y departamental de la Administración¹⁹, en los siguientes términos: [...]

¹⁶Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, sentencia de 19 de mayo de 2016, expediente: 05001-23-33-000-2012-00791-01(4499-13)CE-SUJ2-002-16, consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, actora: Yolima de los Angeles Ramírez Bernal, demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN).

¹⁷ 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.

¹⁸ 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.



de legalidad,²² por lo que se confirmará la sentencia recurrida, puesto que el cargo de profesional en ingresos públicos II nivel 31, grado 21, que alega el recurrente que desempeñaba en propiedad antes de la expedición del Decreto 1724 de 1997, para tener derecho a la prima técnica, no lo ejerció como resultado de un concurso de méritos, que deriva en la inscripción en carrera administrativa, de conformidad con la citada sentencia de 19 de mayo de 2016, de esta Sección, sino de una incorporación automática a la planta de personal de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Y, por último, en lo que concierne a las costas del proceso, que incluye las agencias en derecho que correspondan a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, se pronunció esta Corporación en sentencia de 1.º de diciembre de 2016,²³ en el sentido de que «corresponde al juez de lo contencioso-administrativo elaborar un juicio de ponderación subjetiva respecto de la conducta procesal asumida por las partes, previa imposición de la medida, que limitan el arbitrio judicial o discrecionalidad, para dar paso a una aplicación razonable de la norma».

Por ello, esta Sala considera que el artículo 365 del CGP, por remisión del 188 del CPACA, deja a disposición del juez la procedencia o no de la condena en costas, ya que para ello debe examinar la actuación procesal de la parte vencida y comprobar su causación y no el simple hecho de que las results del proceso le fueron desfavorables a sus intereses, pues dicha imposición surge después de tener certeza de que la conducta desplegada por aquella comporta temeridad o mala fe, actuación que no se observa en el proceso y, por lo tanto, se revocará la condena en costas impuesta al accionante.

Con base en los razonamientos que se dejan consignados, en armonía con los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más disquisiciones sobre el particular, se confirmará parcialmente la sentencia apelada, que negó las súplicas de la demanda.

²² En la misma línea de la sentencia de 27 de julio de 2017, con ponencia de quien funge como tal en el presente proceso, Rad. 25000-23-42-000-2012-01470-01 (4367-2013), entre otras.

²³ Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, expediente 70001-23-33-000-2013-00065-01 (1908-2014), consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter, actor: Ramiro Antonio Barreto Rojas, demandada: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP).