



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

CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

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

Radicado: 05001-23-33-000-2013-00164-01 (1188-2014)
Demandante: LUZ MERCEDES RUÍZ CARVAJAL
Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE
IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES-DIAN
Asunto: Prima técnica

SO.0054

LEY 1437 DE 2011

La Sala de Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, decide el recurso de apelación presentado por la parte demandante en contra de la sentencia de veintiocho (28) de agosto de dos mil trece (2013) proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

I. ANTECEDENTES

1.1.- PRETENSIONES

La señora LUZ MERCEDES RUÍZ CARVAJAL, a través de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, solicitó lo siguiente:

«**PRIMERA:** Que se declare la NULIDAD PARCIAL de: 1) oficio No 100000202-001584 del 22 de diciembre de 2011, por medio del cual la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES, negó el reconocimiento y pago a mi poderdante LUZ MERCEDES RUÍZ CARVAJAL, de la PRIMA TÉCNICA POR FORMACIÓN AVANZADA Y EXPERIENCIA CALIFICADA y 2) Resolución No. 003871 del 30 de mayo de 2012, por la cual se resolvió recurso de reposición, confirmando en su integridad lo decidido en el oficio anterior.

Radicado: 05001-23-33-000-2013-00164-01

Demandante: Luz Mercedes Ruíz Carvajal

Demandado: Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN

SEGUNDA: Que como consecuencia de la anterior declaración, y a manera de restablecimiento del derecho se reconozca y pague a mi poderdante la PRIMA TÉCNICA POR FORMACIÓN AVANZADA Y EXPERIENCIA CALIFACADA, en un 50% de la asignación básica mensual teniendo en cuenta que de conformidad con la Resolución N° 8011 del 23 de noviembre de 1995.

[...]

TERCERA: Que la ponderación de factores y la acreditación de requisitos adicionales sea tomado desde la fecha de ingreso a la entidad y hasta la fecha en que se profiera el acto administrativo que da cumplimiento a la sentencia.

CUARTA: Que dicho reconocimiento sea por todos los años, desde cuando mi poderdante cumplió con los requisitos para acceder a este beneficio y se siga pagando, mientras subsistan los elementos de hecho y de derecho que dio origen a su reconocimiento.

QUINTA: Que como consecuencia de la anterior declaración, y considerando que la Prima Técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada, constituye factor salarial, se reliquide y pague a mi mandante todas las peticiones e incentivos correspondientes.

[...]»¹

1.2.- HECHOS²

Son fundamentos fácticos de la demanda, los siguientes:

La señora LUZ MERCEDES RUÍZ CARVAJAL, es economista de la Universidad Autónoma Latinoamericana, contadora pública de la universidad de Medellín, especialista en políticas y legislación tributaria de la Universidad de Medellín y ha cursado varios diplomados, seminarios y cursos de capacitación no formal desde 1991 a la fecha, acreditando más de 900 horas de capacitación.

Presta sus servicios en la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales desde el 1 de abril de 1991 y en la actualidad desempeña el cargo de Gestor II código 302 grado 02 en la División de Gestión de Liquidación.

Por reunir los requisitos de ley fue incorporada a la planta de personal y pertenece al sistema específico de carrera, según los Decretos 2117 de 1992, 1267 de 1999 y 4051 de 2008.

¹ Folios 77 a 78 del expediente.

² Folios 78 a 83 del expediente.

Desde 1991 se ha desempeñado en el nivel profesional de la siguiente manera:

- Profesional Tributario
- Profesional en Ingresos Públicos
- Auditor Investigador Tributario
- Auditor Grupo Gestión
- Jefe Grupo Gestión
- Jefe de División
- Liquidador Tributario de Revisión, Liquidador de Sanciones Tributarias, Revisor de Actos de Fiscalización y Liquidación, Asistente Técnico, Asistente Administrativo.

El 18 de noviembre de 2011, por considerar que satisfacía los presupuestos del Decreto 1661 de 1991, solicitó a la DIAN el reconocimiento de la prima técnica, petición que le fue negada mediante los actos administrativos que aquí se demandan.

1.3.- DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN³

Se invocó en la demanda la violación de las siguientes disposiciones normativas: el artículo 53 de la Constitución Nacional, los artículos 3 y 5 de la Ley 1661 de 1991, los artículos 1, 4, 7 y 10 del Decreto 2164 de 1991 y el Decreto Ley 1724 de 1997.

Como concepto de violación el apoderado de la demandante señaló 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 le impone el reconocimiento.

Asimismo, resaltó que el Consejo de Estado ha reiterado la tesis de que la expedición del certificado de disponibilidad presupuestal no es un requisito o condición para el reconocimiento de la prima técnica, sino para su pago, ya que para el reconocimiento basta que el funcionario acredite los requerimientos exigidos en la norma, constituyéndose una obligación para el jefe de la entidad efectuar los trámites administrativos correspondientes para garantizar el pago.

³ Folios 84 a 91 del expediente.

Radicado: 05001-23-33-000-2013-00164-01

Demandante: Luz Mercedes Ruíz Carvajal

Demandado: Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN

En ese sentido, indicó que el espíritu de la norma era incentivar a quienes cumplieran con los requisitos para acceder al reconocimiento, sin importar el grado o el cargo que estuvieren desempeñando, pues el interés era el de atraer o mantener el servicio del Estado a estos funcionarios o empleados altamente calificados.

1.4.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN⁴, se opuso a las pretensiones de la demanda con sustento en los siguientes argumentos:

No es procedente acceder a lo pretendido en el libelo demandatorio teniendo en cuenta que el fin de la prima técnica, para lo cual fue creada, era el de mantener o atraer el servicio del estado a empleados altamente calificados y no para todos los funcionarios al servicio del Estado que tengan un título de formación avanzada y la experiencia normal adquirida, como lo es el caso en concreto.

Asimismo, no se encuentra probado que para la expedición del Decreto 1661 de 1991 la demandante cumpliera con el requisito de los 3 años de experiencia altamente calificada, como está demostrado en el proceso, ya que a partir de la certificación de funciones aportada por la demandante, se concluye de manera inequívoca que en cada uno de los puestos de trabajo en que laboró en la entidad durante la vigencia de la citada norma, desarrolló las funciones propias de su cargo, sin que pueda predicarse de ellas que reúne la cualificación señalada en la norma.

Destacó que para la consolidación del requisito adquirido que diera derecho a percibir la prima técnica a los funcionarios que en la fecha de entrada en vigencia del Decreto 1724 de 1997 reunieran los requisitos, era indispensable que adicionalmente hubieran obtenido tal reconocimiento, a través del procedimiento establecido por el artículo 6º del Decreto 1661.

⁴ Folios 116 a 131 del expediente.

1.5.- LA SENTENCIA APELADA⁵

El 28 de agosto de 2013, el Tribunal Administrativo del Antioquia, decidió negar las pretensiones de la demanda y condenar en costas a la parte demandante.

En síntesis, la decisión tuvo sustento en que la señora LUZ MERCEDES RUÍZ CARVAJAL no logró acreditar el cumplimiento de los requisitos dispuestos por los Decretos 1661 y 2164 de 1991 para acceder a la prima técnica requerida, esto es, no demostró haber desempeñado un cargo en propiedad en la entidad demandada pues fue incluida dentro de su planta de personal por incorporación automática dispuesta en el Decreto 2117 de 1992.

1.6.- LA APELACIÓN⁶

Contra la decisión anterior y dentro de la oportunidad procesal pertinente, el apoderado de la demandante interpuso recurso de apelación con el propósito de que se revocara en la sentencia de primera instancia que negó sus pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho.

A propósito, manifestó que ni los Decretos 1661 y 2164 de 1991, ni la reglamentación que hizo la DIAN para otorgar la prima técnica a través de Resolución 3682 del 16 de agosto de 1994, disponen que el reconocimiento de ese beneficio sea para funcionarios que desempeñen cargos de propiedad, lo que requerían era la permanencia en el cargo del nivel profesional, circunstancia que está demostrada en el presente caso.

En ese orden de ideas, precisó el apoderado que la señora RUÍZ CARVAJAL participó en el concurso convocado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a través de Resolución No. 00305 del 7 de febrero de 1991, para vincular profesionales graduados o con terminación de estudios en la áreas de fiscalización y cobranzas de la administración de impuestos nacionales de Medellín, producto de lo cual, en su calidad de aspirante, fue nombrada en un cargo supernumerario por un término inicial de tres meses, que luego se prorrogó por unos meses más, como consta en las Resoluciones No. 0137, 2498 y 03125 de 1991.

⁵ Folios 163 a 179 del expediente.

⁶ Folios 182 a 191 del expediente.

Radicado: 05001-23-33-000-2013-00164-01

Demandante: Luz Mercedes Ruíz Carvajal

Demandado: Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN

Posteriormente, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público profirió la Resolución No. 3358 del 22 de agosto de 1991, por la cual se nombran, incorporan y designan los funcionarios de tributación en la planta de personal de la DIAN, entre ellos su poderdante en el cargo de profesional tributario nivel 40, grado 21, lo cual acredita su ingreso a la carrera administrativa de la entidad demandada y con ello el derecho que tiene de acceder a la prima técnica.

1.7.- ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

El apoderado de la demandante⁷ reafirmó el sustento fáctico y jurídico de las pretensiones de la demanda y los argumentos expuestos en la contestación, mientras que la DIAN⁸, reiteró los argumentos expuestos en la contestación y en el recurso de apelación presentado.

1.8.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no presentó concepto.

II. CONSIDERACIONES

Como no se observa causal que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes consideraciones.

2.1.- Problema jurídico

El problema jurídico a resolver en esta instancia se contrae a determinar si la señora LUZ MERCEDES RUÍZ CARVAJAL tiene derecho al reconocimiento y pago de la prima técnica por estudios de formación avanzada y experiencia altamente calificada, en su condición de empleada 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.

⁷ Folios 423 a 430 del expediente.

⁸ Folios 458 a 461 del expediente.

2.2.- Marco normativo y jurisprudencial aplicable al caso

2.2.1.- De la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada

Por virtud de la Ley 60 de 1990 el Congreso le confirió facultades extraordinarias al Presidente, para modificar el régimen de prima técnica en las distintas ramas y organismos del sector público, a fin de que, además de los criterios existentes, se permitiera su pago ligado a la evaluación del desempeño; facultades que se extendían a la definición del campo y temporalidad de su aplicación, al procedimiento, a los requisitos y criterios para su asignación. En ejercicio de las citadas facultades, el Presidente de la República expidió el Decreto Ley 1661 de 1991, que en su artículo 1 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. Así mismo será un reconocimiento al desempeño en el cargo.»

En el artículo 2 como criterios para otorgar este incentivo se dispuso, que deben ser tenidos en cuenta alternativamente: a) el 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; b) La evaluación del desempeño.

El artículo 3 indicó, que cuando se tratara del criterio correspondiente al título de estudios de formación avanzada y experiencia altamente calificada en el ejercicio profesional, el reconocimiento del beneficio requería del desempeño del cargo en los niveles profesional, ejecutivo, asesor o directivo. Por el contrario, cuando se estaba ante la presencia de la evaluación de desempeño, la referida prima se podía asignar en todos los niveles.

Y el artículo 4 estipuló, que se debe otorgar como un porcentaje de la asignación básica mensual que corresponda al empleo del funcionario o empleado a quien se

Radicado: 05001-23-33-000-2013-00164-01

Demandante: Luz Mercedes Ruiz Carvajal

Demandado: Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN

asigna, que no podrá ser superior al 50% de la misma, y el valor se reajustará en la misma proporción en que varía la asignación básica mensual.

El Decreto 2164 de 1991 en el artículo 1, incluyó a los empleados de las Unidades Administrativas Especiales, como beneficiarios de esta prima.

En su artículo 3 de este decreto estipuló que se podía otorgar 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.

El artículo 4, en cuanto al estímulo por formación avanzada y experiencia altamente calificada definió, que al mismo tenían derecho los empleados que desempeñaran, en propiedad, cargos de los niveles profesional, ejecutivo, asesor o directivo, siempre que acreditaran 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 formación avanzada podría compensarse por tres (3) años de experiencia, siempre que se acreditara la terminación de los estudios en la respectiva formación. Y la experiencia debía ser calificada por el jefe del respectivo organismo.

El artículo 8 indicó que por título universitario de especialización debe entenderse el que se obtenga como resultado de estudios de postgrado no inferiores a un (1) año académico de duración, en universidades nacionales o extranjeras debidamente reconocido u homologado de acuerdo con las normas legales que regulan la materia.

El artículo 10 mantuvo el valor de la prima técnica en un porcentaje que no podría ser superior al 50 % de la asignación básica mensual del empleado.

Posteriormente, el Presidente de la República en desarrollo de las normas generales de que trata la Ley 4ª de 1992 expidió el Decreto 1724 de 1997, que en el artículo 1 modificó el artículo 3 del Decreto 1661 de 1991, para restringir el reconocimiento del beneficio a los niveles directivo, asesor o ejecutivo o sus equivalentes en los diferentes órganos y ramas del poder público. Y en el artículo 3

estipuló que en los demás aspectos, la prima técnica se regiría por las disposiciones vigentes.

En el artículo 4 expresamente determinó que “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 se cumplan las condiciones para su pérdida, consagradas en las normas vigentes al momento de su otorgamiento”.

Significa que esta norma establece un régimen de transición, con el propósito de respetar los derechos de quienes devengaron la prima técnica por ocupar los cargos, que a partir de la vigencia de este Decreto, dejaron de ser beneficiarios de la misma. Así, se permite que los empleados que reunieron los requisitos para acceder a la prima técnica con anterioridad a la vigencia del Decreto 1724 de 1997 continúen en el goce de la misma hasta su retiro de la entidad o hasta que se cumpla alguna de las condiciones para perder el derecho.

Al respecto se precisa, que la expresión “otorgado” contenida en esta disposición, no contrae los efectos del régimen de transición sólo a quienes disfrutaban efectivamente de la prima técnica o a quienes se les reconoció por medio de acto expreso o a quienes hubiesen reclamado este beneficio con anterioridad a su vigencia; por el contrario, abarca a todos aquellos empleados que aún sin acto de reconocimiento o sin haber elevado la solicitud pertinente, consolidaron su derecho con anterioridad al 11 de julio de 1997, fecha en la que entró a regir el Decreto 1724.

En otras palabras, pese a las restricciones impuestas desde 1997 frente al derecho a la prima técnica, los empleados que lo consolidaron antes del 11 de julio de esa anualidad, cuentan con un derecho adquirido que ingresó a su patrimonio con ocasión del cumplimiento de los requisitos establecidos en la norma, aunque carezcan de su reconocimiento por parte de la administración, motivo por el cual, lo pueden exigir y mantener a la luz de la normativa anterior, siempre y cuando no se encuentren afectados por las causales de pérdida del derecho referidas, desde luego, con aplicación para su reclamación del fenómeno prescriptivo.

El Decreto 1336 de 2003, en su artículo 1, modificó los cargos destinatarios de la prima técnica, para tener en cuenta sólo a los de cargo directivo, Jefes de Oficina Asesora y a los de Asesor adscritos a los despachos del Ministro, Viceministro,

Radicado: 05001-23-33-000-2013-00164-01

Demandante: Luz Mercedes Ruiz Carvajal

Demandado: Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN

Director de Departamento Administrativo, Superintendente y Director de Unidad Administrativa Especial o sus equivalentes en los diferentes órganos y Ramas del Poder Público". Y en el artículo 4, contempló el régimen de transición.

Luego, el Decreto 2177 de 2006 en su artículo 3º modificó los criterios para la asignación de la prima técnica, señalando que a la misma tienen derecho los empleados con: a) Título de estudios de formación avanzada y cinco (5) años de experiencia altamente calificada; o, b) La evaluación del desempeño. Y mantuvo lo prescrito en el artículo 8 del Decreto 2164 de 1994, referente a lo que debe entenderse por título universitario de especialización.

Para efecto de otorgar el beneficio por el primer criterio, prescribió que se requiere que el funcionario acredite requisitos que excedan los establecidos para el cargo que desempeñe, sin que el título de estudios de formación avanzada se pueda compensar por experiencia y debe estar relacionado con las funciones del cargo.

Del recuento normativo que antecede se establece que la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada se consolida a favor del empleado público, siempre que: desempeñe en propiedad los cargos que disponga la norma y en las entidades que la misma determine; acredite el título de estudios de formación avanzada; certifique la experiencia altamente calificada en el ejercicio profesional o en la investigación técnica o científica en áreas relacionadas con las funciones propias del cargo, durante el término que prescriba la norma correspondiente; y que los requisitos que documente excedan los establecidos legalmente para el cargo que desempeñe.

2.2.2.- Prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada en la DIAN

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 en la que se indicó en algunos apartes los criterios que se debían tener para el otorgamiento de la prima técnica, resolución que sufrió varias modificaciones; sin embargo, a través de la 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.

2.2.3.- Jurisprudencia de esta Corporación sobre la prima técnica

En sentencia del 10 de octubre de 2013 expediente 0375-13 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 al ingreso a los cargos de carrera y al ascenso a ellos, se accedía previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que establecía la ley para establecer los méritos y calidades de los aspirantes⁹.

Posteriormente, se 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.

En virtud de las distintas posturas jurisprudenciales, esta Corporación dispuso unificar su jurisprudencia respecto al tema de la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada a través de sentencia del 19 de mayo de 2016 con ponencia del Consejero Luis Rafael Vergara Quintero, en la que se consideró lo siguiente:

«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 1992¹⁰, 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

⁹ Consejero ponente: Gustavo Gómez Aranguren

¹⁰ «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».

Radicado: 05001-23-33-000-2013-00164-01

Demandante: Luz Mercedes Ruíz Carvajal

Demandado: Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN

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". (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 oportunidades¹¹ 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 nacional¹² y departamental de la Administración¹³, en los siguientes términos:

¹¹ 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.

¹² 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

¹³ 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

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.

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 rija 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.¹⁴

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 Estado¹⁵ incluso antes de las primeras sentencias de la Corte Constitucional sobre la material, 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 automática¹⁶».

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.»

cargos o en las equivalencias establecidas en el decreto 583 de 1984, ley 61 de 1987 y Decreto Reglamentario 573 de 1988.

"Quienes 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."

¹⁴ Sentencia C-030 de 1997

¹⁵ Véase la Sentencia del 25 de febrero de 2016, expediente. 2619-14 Consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez

¹⁶ 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).

Radicado: 05001-23-33-000-2013-00164-01

Demandante: Luz Mercedes Ruíz Carvajal

Demandado: Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN

2.2.3.- Caso concreto

De las pruebas obrantes en el proceso se logró demostrar efectivamente la formación académica y profesional de la demandante, así como la vinculación laboral existente entre ésta y la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, vinculación que data desde el 1 de abril de 1991¹⁷.

No obstante lo anterior, no se logró demostrar la vinculación en propiedad en ninguno de esos cargos teniendo en cuenta que su nombramiento no obedeció a la superación de las etapas de un concurso que le permitiera su ingreso a la Entidad pues si bien se inscribió a la convocatoria realizada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a través de Resolución No. 305 del 7 de marzo de 1991¹⁸ para la provisión de unos cargos en la DIAN, fue nombrada como supernumeraria de libre nombramiento y remoción mediante Resolución No. 1137 del 1 de abril de 1991, en razón a la necesidad de «adelantar dicho concurso curso en su parte teórica y practica contratar a los aspirantes como Supernumerarios»¹⁹ lo que de modo alguno significa que tuviera derechos de carrera.

En ese orden de ideas, contrario a lo dicho por su apoderado, la Sala concuerda con el *a quo*, en que su incorporación a la DIAN fue automática, en virtud del Decreto 2117 de 1992. Así quedó consignado en el acta de posesión No. 000468²⁰ del 2 de noviembre de 1993, en el cargo de profesional en ingresos públicos II nivel 31 grado 21, en la que se indicó que su nombramiento se realizó « [...] de conformidad con la incorporación automática consagrada en el Decreto 2117 de 1992 [...]

Si bien es cierto que los artículos 116 del Decreto 2117 del 29 de diciembre de 1992, el artículo 2º del Decreto 1267 del 13 de julio de 1999, y 5º del Decreto 4051 del 22 de octubre de 2008, autorizan la incorporación automática en carrera sin ninguna formalidad ni requisito adicional, también lo es, que el artículo 125 de la Constitución Política dispone en forma clara que a los empleos de carrera en los órganos y entidades del Estado se accede previo concurso de méritos a excepción de los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

¹⁷ Folio 19 a 27 del expediente.

¹⁸ Folios 205 a 208 del expediente.

¹⁹ Folios 210 a 221 del expediente.

²⁰ Folio 72 del anexo 1.

Así las cosas, para la Sala – Subsección A resulta claro que la demandante 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 en 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 Constitución, de tal manera, que la sentencia objeto de apelación deberá ser confirmada atendiendo las precisiones expresadas en los acápites precedentes.

7.- De la condena en costas en segunda instancia²¹

El concepto de las costas del proceso está relacionado con todos los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación de esa naturaleza y comprende los denominados gastos del proceso, que incluye los honorarios de abogado o agencias del derecho²², los llamados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo gastos ordinarios del proceso²³ y otros como son los necesarios para traslado de testigos y para la práctica de la prueba pericial, los honorarios de auxiliares de la justicia como peritos y de secuestres, transporte de expediente al superior en caso de apelación.

En cuanto a la condena en costas en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo este Despacho y la Corporación ya lo ha analizado con detenimiento²⁴.

Atendiendo esa orientación se debe dar cumplimiento al numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso, y condenar en costas, de segunda instancia a la parte demandante a quien se le resolvió desfavorablemente el recurso de apelación y teniendo en cuenta que la parte demandada participó en esta instancia procesal.

²¹ Sobre el particular: Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia de 3 de marzo de 2016. Rad. 25000-23-42-000-2012-01460-01 (1753-2014). Consejero ponente doctor GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ. En el mismo sentido: Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. sentencia de 7 de abril de 2016. Rad. 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014). Consejero ponente doctor WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ.

²² Artículo 361 del Código General del Proceso.

²³ Artículo 171 No. 4 en conc. Art. 178 ib.

²⁴ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia de 3 de marzo de 2016. Rad. 25000-23-42-000-2012-01460-01 (1753-2014). Consejero ponente doctor GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ. En el mismo sentido: Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia de 7 de abril de 2016. Rad. 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014). Consejero ponente doctor WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ.

Radicado: 05001-23-33-000-2013-00164-01

Demandante: Luz Mercedes Ruíz Carvajal

Demandado: Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN

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,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de veintiocho (28) de agosto de dos mil trece (2013) proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia que negó las pretensiones de la demandada por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

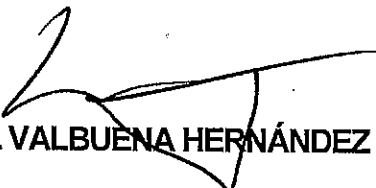
SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte demandante de conformidad con las consideraciones expresadas en esta sentencia.

TERCERO: DEVUÉLVASE el expediente al Tribunal de origen.

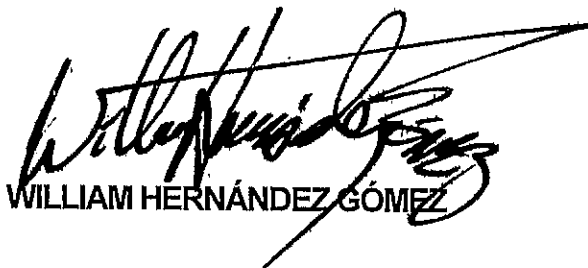
CUARTO: Efectuar las anotaciones correspondientes en el programa "Justicia Siglo XXI" y ejecutoriada esta providencia devolver el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.



GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ



WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ



RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS