**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN PRIMERA**

**Bogotá, D.C., once (11) de agosto de dos mil dieciséis (2016).-**

**Radicación número: 11001 03 15 000 2016 01579 01**

**Actora: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN.**

**Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN “A”.**

**Referencia: SE CONFIRMA LA NEGACIÓN DEL AMPARO SOLICITADO. NO SE INCURRIÓ EN DEFECTO SUSTANTIVO NI EN DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE. INEXISTENCIA DE CRITERIO UNIFICADO EN EL CONSEJO DE ESTADO SOBRE EL MOMENTO A PARTIR DEL CUAL SE DEBE CONTAR EL TÉRMINO DE TRES AÑOS DE EXPERIENCIA ALTAMENTE CALIFICADA, COMO REQUISITO PARA OBTENER LA PRIMA TÉCNICA POR FORMACIÓN AVANZADA Y EXPERIENCIA ALTAMENTE CALIFICADA.**

**CONSEJERO PONENTE: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS**

Se decide la impugnación interpuesta por la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN, a través de apoderado judicial, en contra de la sentencia proferida el 7 de julio de 2016 por la SECCIÓN QUINTA DEL CONSEJO DE ESTADO, que denegó la acción de tutela presentada por la parte actora en contra del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN “A”.

I.              LA SOLICITUD DE TUTELA.

LA DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN, por intermedio de apoderado judicial, solicitó el amparo de sus derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso que estima vulnerados por cuanto, a su juicio, el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN “A”, incurrió en el defecto sustantivo y en el desconocimiento del precedente, al proferir la sentencia de 18 de febrero de 2016, mediante la cual revocó el fallo dictado el 10 de marzo de 2015 por el JUZGADO QUINCE ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DE BOGOTÁ que negó las pretensiones de la demanda presentada por la señora MARTHA LUCÍA BENAVIDES VANEGAS en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en contra de la DIAN y, en su lugar, ordenó el reconocimiento y pago de la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada.

II.             HECHOS.

De conformidad con lo planteado por la entidad actora en la demanda de tutela, los hechos que motivan el ejercicio de la acción se contraen, en síntesis, a lo siguiente:

II.1. La señora MARTHA LUCÍA BENAVIDES VANEGAS ingresó al servicio de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN el 26 de febrero de 1990 y actualmente desempeña el cargo de Gestor III, Código 303, Grado 03.

II.2. El 14 de octubre de 2011 le solicitó a la DIAN el reconocimiento y pago de la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada, petición que le fue negada mediante oficio número 100000202-001579 de 22 de diciembre de ese mismo año, decisión confirmada con Resolución número 004347 de 13 de junio de 2012.

II.3. La señora BENAVIDES VANEGAS presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la DIAN. El Juzgado Quince Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 10 de marzo de 2015 negó las pretensiones de la demanda al considerar que los tres (3) años de experiencia altamente calificada se cuentan a partir de la obtención del título de especialista, lo cual ocurrió el 16 de diciembre de 1994.

II.4. El TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN “A”, en sentencia dictada el 18 de febrero de 2016, revocó el fallo de primera instancia y, en su lugar, ordenó el reconocimiento y pago de la prima técnica por formación avanzada y experiencia calificada por cuanto, a su juicio, se acreditaron los tres (3) años de experiencia altamente calificada toda vez que la señora BENAVIDES VANEGAS contaba con siete (7) años de experiencia al interior de la entidad después de la terminación de los estudios universitarios.

II.5. La DIAN consideró que, con tal interpretación, el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA vulneró la normatividad prevista sobre el tema, constitutiva del debido proceso, así como también su derecho a la igualdad, por cuanto tanto el Consejo de Estado como los Tribunales Administrativos han fijado como precedente que a fin de ordenar el reconocimiento y pago de la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada, “la experiencia se contabiliza a partir de la fecha en que se adquiere el título de formación avanzada y no a partir de ocupar un cargo en el sector hacendario o del título profesional”.

II.6. Como la señora MARTHA LUCÍA BENAVIDES VANEGAS adquirió el título de formación avanzada en la Universidad Jorge Tadeo Lozano, el 16 de diciembre de 1994, la DIAN estimó que su experiencia en vigencia de los Decretos 1661 y 2164 de 1991, ascendía a 2 años, 6 meses y 25 días, lapso que no supera los tres años requeridos por las citadas normas.

III.            LAS PRETENSIONES.

Como tales solicitó:

“PRIMERO: TUTELAR el derecho fundamental AL DEBIDO PROCESO el cual ha sido vulnerado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “A”, dentro del proceso No. 11001-33-35-015-2012-00262-01 al proferir la sentencia de fecha 18 de febrero de dos mil dieciséis notificada mediante edicto del 3 de mayo de 2016.

SEGUNDO: En consecuencia, se DEJE SIN EFECTOS la sentencia de fecha 18 de febrero de dos mil dieciséis notificada mediante edicto del 3 de mayo de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “A”, dentro del proceso No. 11001-33-35-015-2012-00262-01 y se ordene al referido despacho judicial PROFIERA NUEVA SENTENCIA en la cual se analice la normatividad aplicable al caso y se tenga en cuenta el precedente jurisprudencial proferido por el Consejo de Estado.”

IV. TRÁMITE DE LA TUTELA.

El despacho ponente admitió la acción de tutela y ordenó ponerla en conocimiento de: i) el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “A”; y ii) de la señora Martha Lucía Benavides Venegas. A todos les solicitó pronunciarse al respecto y remitir copia de sus actuaciones.

V. ACTUACIONES DE LAS AUTORIDADES DEMANDADAS Y DE LAS PERSONAS VINCULADAS AL PROCESO.

V.1. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “E”, guardó silencio.

V.2. La señora MARTHA LUCÍA BENAVIDES VANEGAS.

Acotó, por intermedio de apoderado judicial, que la acción de tutela presentada carece de relevancia constitucional en razón a que la sentencia cuestionada se fundamentó en la Ley 1661 y 2164 de 1991 y en las resoluciones que reglamentaron la prima técnica en la DIAN.

Arguyó que el Tribunal, en la parte considerativa del fallo, precisó las normas aplicables en las cuales se establece lo que ha de entenderse por experiencia altamente calificada.

Descartó la existencia de vía de hecho alguna en el análisis realizado por el Tribunal de Cundinamarca, en atención a que la Corporación Judicial profirió su decisión tomando como base lo previsto en las resoluciones donde se reglamentó el beneficio reclamado, en las cuales se establece la posibilidad de adoptar varios criterios para determinar la experiencia altamente calificada y el momento desde cuando ha de contabilizarse la misma.

Se opuso al planteamiento consistente en que se desconoció el precedente jurisprudencial y relacionó una serie de sentencias proferidas por el Consejo de Estado donde se expone que la experiencia requerida no necesariamente se entiende acumulada a partir de la obtención del título de formación avanzada.

VI.- LA SENTENCIA IMPUGNADA.

Mediante sentencia de 7 de julio de 2016, la Sección Quinta del Consejo de Estado encontró superados los requisitos de procedencia adjetiva de la acción de tutela presentada en contra de providencias judiciales porque: i) no se estudia una petición de amparo dirigida en contra de una decisión de igual naturaleza sino respecto de una sentencia proferida en un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho; ii) la tutela se presentó dentro del mismo mes en que se notificó el fallo cuestionado[1]; y iii) la accionante no cuenta con otro medio de defensa judicial para controvertir la sentencia de segunda instancia objeto de inconformidad.

Después de referirse a los criterios expuestos por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “A”, en el fallo que accedió al reconocimiento de la prima técnica, la Sección Quinta del Consejo de Estado concluyó que la autoridad judicial accionada expuso de manera clara la normativa aplicable al caso, de conformidad con los lineamientos que consideró trazados por la Sección Segunda del Consejo de Estado, razón por la cual estimó que no incurrió en los defectos alegados.

Agregó que lo pretendido por la entidad accionante no es otra cosa que reabrir el debate de instancia y revivir las interpretaciones que son propias del juez natural; competencias que escapan al juez de tutela, por cuanto este último no puede establecer si existe un mejor criterio utilizado por el juzgador de instancia, máxime si no existe una posición unificada al respecto y la autoridad judicial fundamentó su decisión en una de ellas, lo cual calificó de plenamente válido.

Con fundamento en lo expuesto resolvió negar la solicitud de amparo presentada por la DIAN.

VII. LA IMPUGNACIÓN.

La UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL, DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN, por intermedio de apoderado, impugnó la sentencia de primera instancia y pidió tanto su revocatoria como el amparo de sus derechos fundamentales.

Puso de presente que el análisis del Tribunal Administrativo de Cundinamarca resultó desafortunado en tanto atendió a normas derogadas y se fundamentó en decisiones proferidas en casos aislados, tal como lo indica en la actualidad la Sección Segunda del Consejo de Estado.

Aseveró que la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada fue concebida dentro de los términos y condiciones señaladas en los Decretos 1661 de 1991 y 2164 de 17 de septiembre del mismo año, permitiendo que los diferentes requisitos para acceder a ella fueran valorados bajo la óptica de la entidad, razón por la cual su estudio implicaba: i) atender las necesidades específicas de la DIAN, ii) los requisitos adicionales a los exigidos para el cargo, iii) el desempeño meritorio, iv) las áreas, niveles y cargos determinados, v) la disponibilidad presupuestal, vi) la presentación oportuna de la solicitud acompañada de los documentos que la respalden, y vii) la experiencia calificada por el jefe de la entidad.

Resaltó que, mediante Resolución número 3682 de 1994, la DIAN estableció el procedimiento para el otorgamiento a sus funcionarios de la prima técnica de que trata el artículo 2 del Decreto 1661 de 1991, cuando posean requisitos adicionales a los exigidos para el desempeño del cargo, siempre y cuando tal desempeño sea meritorio y el director de la entidad haya fijado, las áreas, los niveles y los cargos, así como las fechas en las cuales se recibirán las solicitudes.

Precisó que la Resolución 8011 de 1995 derogó la anterior e introdujo modificaciones de acuerdo a las necesidades específicas de la DIAN e impuso para el entendimiento del concepto de prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada, el desempeño de cargos cuyas funciones demanden la aplicación de conocimientos técnicos o científicos especializados, o que se realicen labores de dirección o de especial responsabilidad.

Hizo ver que, con fundamento en lo anterior, se fijaron como requisitos para obtener la prima técnica, la obtención de título de formación avanzada en programas de posgrado y tres (3) años de experiencia profesional calificada.

Definió como experiencia 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.

Determinó que la experiencia deberá ser por un término no menor de tres (3) años y adquirida con posterioridad a la terminación de estudios universitarios, acreditados mediante certificados o constancias escritas expedidas por las personas competentes.

Fijó como formación avanzada la adquirida mediante estudios efectuados en la educación formal que conlleven a la obtención de grados o títulos registrados, autenticados y homologados de acuerdo con las normas legales, correspondientes a carreras universitarias; postgrados como especializaciones, maestrías, doctorados, con duración no inferior a un año y desarrollados con posterioridad a un programa de pregrado.

Refirió que, con posterioridad, los Decretos 1268 de 13 de junio de 1999 y 2227 de 27 de marzo de 2000, fijaron nuevamente los criterios de ponderación de los factores para otorgar la prima técnica, concretamente por formación avanzada y experiencia altamente calificada, al interior de la DIAN, haciendo énfasis en los cargos beneficiarios de esta prestación.

Por tales argumentaciones concluyó que la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca contenía un defecto sustantivo al resultar contraria a los criterios mínimos de juridicidad y razonabilidad del sistema.

Acerca del momento a partir del cual se adquiere la experiencia altamente calificada, sostuvo que la Sección Segunda del Consejo de Estado estableció que a partir de la obtención del título de formación avanzada se cuentan los tres (3) años previstos para ello, lo cual constituye una tesis que, a su juicio, no ha sido modificada ni rectificada, pese a la existencia de casos aislados en los cuales se abre la posibilidad de contar el término de la experiencia a partir de la obtención del título profesional cuando está relacionada con las funciones del cargo desempeñado.

VIII. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

VIII.1. PROBLEMA JURÍDICO A DILUCIDAR.

Corresponde establecer a la Sala si, en efecto, el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN “A”, vulneró los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN, por haber incurrido en el defecto sustantivo y desconocido el precedente jurisprudencial aplicable, al proferir la sentencia de 18 de febrero de 2016, mediante la cual revocó el fallo dictado el 10 de marzo de 2015 por el JUZGADO QUINCE ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DE BOGOTÁ que negó las súplicas de la demanda y, en su lugar, accedió al reconocimiento y pago de la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada, en favor de la señora MARTHA LUCÍA BENAVIDES VANEGAS, al determinar que logró acreditar los tres (3) años de experiencia altamente calificada, en tanto que al momento de obtener su título de especialización ya contaba con siete (7) años de experiencia al interior de la entidad después de la terminación de los estudios universitarios.

A fin de resolver tal interrogante resulta pertinente pronunciarse de manera previa sobre: i) la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales; ii) el régimen de prima técnica en la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, procediendo posteriormente a: iii) resolver el caso concreto adentrándose en el fondo del asunto siempre y cuando se satisfagan los requisitos generales.

VIII.2. Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Requisitos generales y especiales de procedibilidad.

En sentencia de 31 de julio de 2012[2], la Sala Plena del Consejo de Estado cambió su postura inicial y decidió acometer el estudio de fondo de las acciones de tutela dirigidas en contra de providencias judiciales violatorias de derechos fundamentales siguiendo los lineamientos dispuestos por la Corte Constitucional y su propia jurisprudencia.

La sentencia C-590 de 8 de junio de 2005, proferida por la Corte Constitucional, estableció unos requisitos generales y especiales de procedencia para el ejercicio de la acción de tutela en contra de providencias judiciales.

Como requisitos generales de procedibilidad fijó: i) la relevancia constitucional del asunto; ii) el uso de todos los medios de defensa judicial salvo la existencia de un perjuicio irremediable; iii) el cumplimiento del principio de inmediatez; iv) la existencia de una irregularidad procesal con efecto decisivo en la providencia objeto de inconformidad; v) la identificación clara de los hechos causantes de vulneración y su alegación en el proceso, y vi) que no se trate de tutela contra tutela, salvo las excepciones previstas en la sentencia SU-627 de 2015.

Como requisitos especiales de procedibilidad, a partir de cuya ocurrencia el juez constitucional puede dejar sin efecto una providencia judicial[3], estableció los siguientes defectos: i) orgánico; ii) procedimental absoluto; iii) fáctico; iv) material o sustantivo; v) error inducido; vi) decisión sin motivación; vii) desconocimiento del precedente; y viii) violación directa de la Constitución.

En consecuencia, en primer lugar se debe verificar la ocurrencia de los requisitos generales y, de ser así, en segundo término corresponde examinar si se presenta uno de los defectos especiales, para “dejar sin efecto o modular la decisión” que se encaje en dichos parámetros[4].

VIII.3. El régimen de la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada en general y su regulación en la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN. Desarrollo normativo.

La prima técnica fue creada por el artículo 7º del Decreto 2285 de 2 de septiembre de 1968[5] como un reconocimiento económico destinado a atraer o mantener en el servicio público a las personas altamente calificadas, en cargos que exijan la aplicación de conocimientos técnicos o científicos o en virtud de los cuales se ejerzan labores de dirección o de especial responsabilidad, atendiendo, además, a las necesidades de la entidad. También se concibió como un reconocimiento al desempeño del cargo.

Mediante el Decreto Ley 1661 de 1991[6] y el Decreto Reglamentario 2164 del mismo año se modificó el régimen de prima técnica existente en ese momento y se establecieron como criterios para su concesión, los de: i) formación avanzada y experiencia altamente calificada, y ii) reconocimiento al desempeño del cargo. Igualmente se delimitaron los niveles de la administración a los cuales se les podía otorgar, figurando entre ellos los de profesional, ejecutivo, asesor y directivo.

En el artículo 4º del Decreto Reglamentario 2164 de 1991 se dispuso que tendrán derecho a la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada 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 ibidem, y acrediten título de estudios de formación avanzada y además 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 puede reemplazarse por 3 años de experiencia siempre que se acredite la terminación de estudios.

En vigencia del Decreto 1661 de 1991 tenían derecho a la prima técnica los funcionarios o empleados de la Rama Ejecutiva. El artículo 1º, inciso 2º, del Decreto Reglamentario 2164 de 1991, dispuso que también les asistía a los empleados de las Unidades Administrativas Especiales en el orden nacional. De ahí que fueran también sus titulares los empleados y funcionarios de la DIAN que acreditaran los requisitos.

Mediante el Decreto 2117 del 29 de octubre de 1992, se fusionaron la Dirección de Impuestos Nacionales y la Dirección de Aduanas Nacionales, en la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN. En el artículo 116 ibidem se dispuso que, para los efectos de la incorporación a la nueva planta de personal, a partir del 1º de junio de 1993, los funcionarios de ambas instituciones, quedaban automáticamente incorporados e incluidos en carrera, sin ninguna formalidad ni requisito adicional.

Mediante la Resolución 3682 de 16 de agosto de 1994 el Director de la DIAN estableció el procedimiento para otorgar la prima técnica y dispuso que los requisitos para acceder a ella son adicionales a los exigidos para el cargo ocupado, con lo cual se requería un desempeño meritorio.

Dicho acto administrativo estableció que por experiencia se entienden los conocimientos, habilidades y destrezas adquiridas en el ejercicio profesional, en los sectores públicos y privados. Agregó que será aceptada como experiencia profesional altamente calificada, en primer lugar, la adquirida en el desempeño de los cargos del sector hacendario (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 los estudios universitarios en el sector privado. Resaltó que la formación avanzada implica la realización de estudios de educación formal por un tiempo mínimo de 1 año, la obtención de títulos oficiales o convalidados en la modalidad de carrera universitaria, postgrado, especialización, magister y doctorado, que sean ulteriores a la formación profesional.

La Resolución número 3682 de 1994 fue derogada por la Resolución número 8011 de 23 de noviembre de 1995, en la que se dispuso otorgar la prima técnica a funcionarios de la DIAN altamente calificados que: i) desempeñen cargos cuyas funciones demanden la aplicación de conocimientos técnicos o científicos especializados, o ii) realicen labores de dirección o de especial responsabilidad.

Como requisitos para su reconocimiento fijó los siguientes:

“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 tendrá 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. (…).”.

Posteriormente, con el Decreto 1724 de 1997 se unificó el régimen de prima técnica para todos los empleados públicos del Estado y se restringieron aún más los niveles susceptibles del reconocimiento de la prima técnica, dejando de lado a los profesionales, técnicos, administrativos y operativos, circunscribiéndose ahora solo a los niveles directivo, asesor y ejecutivo o sus equivalentes.

Al efecto se estableció un régimen de transición garantizando el goce de la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada, al personal de los niveles excluidos que viniera gozando de ella y al que ya hubiese reunido los requisitos para acceder al derecho con fundamento en lo dispuesto en el Decreto Ley 1661 de 1991, pese a no habérsele reconocido aún.

El régimen de la prima técnica previsto en el Decreto Ley 1661 de 1991, reglamentado por el Decreto 2164 de 1991, fue modificado por el Decreto 1335 de 22 de julio de 1999 ante la necesidad de armonizarlo con lo dispuesto en el Decreto 1724 de 1997, particularmente en lo atinente a los niveles beneficiarios de tal prerrogativa. Dicho decreto fue derogado por el 1336 de 2003 que mantuvo los dos criterios existentes para el otorgamiento de la prima técnica[7] pero restringió su asignación eliminando el nivel ejecutivo.

La DIAN, a su turno, reguló la prima técnica por formación avanzada y altamente calificada mediante el Decreto 1268 de 13 de julio de 1999, así:

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

(…).

2. Para mantener al servicio de la entidad a 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 de la DIAN, mediante Resolución número 2227 de 27 de marzo de 2000, estableció el procedimiento y ponderación de factores para conceder la prima técnica. En ella estableció que por experiencia ha de 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 estudios universitarios. (…).”

Finalmente, el artículo 1º del Decreto 2177 de 2006 estipuló que para adquirir la prima en estudio se requerían 5 años de experiencia altamente calificada y que no era válido compensar el título de formación avanzada con la experiencia.

IX. EL CASO CONCRETO.

IX.1. Observancia de los requisitos generales de procedencia de la tutela contra providencias judiciales.

La relevancia constitucional puede inferirse de las razones de hecho y derecho expuestas por la actora en su demanda de amparo, a partir de las cuales estima que sus derechos fundamentales le han sido vulnerados, con ocasión de los defectos específicos de procedibilidad en que incurrió el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “A”, al proferir la sentencia de 18 de febrero de 2016.

La subsidiariedad se encuentra atendida pues la inconformidad de la entidad tutelante recae sobre la sentencia de segunda instancia que revocó la negación de la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada y ordenó su concesión a favor de la señora MARTHA LUCÍA BENAVIDES VANEGAS.

El principio de inmediatez está a salvo porque la sentencia cuestionada se notificó al apoderado de la DIAN mediante correo electrónico del 3 de mayo de 2016 y la acción de tutela se presentó el 27 de mayo de ese mismo año.

Los hechos causantes de la vulneración están debidamente identificados en la demanda y se refieren a actuaciones ocurridas en la sentencia de segunda instancia.

Tampoco se trata de tutela contra tutela y menos aún se configura ninguno de los supuestos de la SU-627 de 1º de octubre de 2015 de la Corte Constitucional que habilitó su procedencia en casos excepcionales.

IX.2. Los requisitos especiales.

La jurisprudencia constitucional caracteriza el defecto sustantivo como aquel que ocurre cuando la decisión cuestionada se funda en una norma inaplicable; la interpretación que se hace de ella desconoce el alcance dado por sentencias con efectos erga omnes; cuando se fija el alcance de una norma desatendiendo otras que le son aplicables; cuando se inobserva o inaplica la norma pertinente; y cuando se aplica una norma que no se adecúa a la situación fáctica planteada.

En cuanto a la caracterización del defecto por desconocimiento del precedente, cabe recordar que la jurisprudencia ha entendido por precedente, el conjunto de sentencias[8] que presentan similitudes con un caso nuevo objeto de escrutinio en materia de i) patrones fácticos y ii) problemas jurídicos, y en las que en su ratio decidendi se ha fijado una regla para resolver la controversia, que sirve también para solucionar el nuevo caso.

También ha distinguido entre el precedente horizontal y el vertical para explicar, que un juez -individual o colegiado- no puede separarse del fijado en sus propias sentencias, ni tampoco del precedente establecido por las autoridades superiores, específicamente del emanado de las Altas Cortes, sin una explicación suficientemente sustentada.

De una forma más específica la misma jurisprudencia constitucional sostiene que el desconocimiento del precedente tiene dos modalidades a saber: i) como causal autónoma contra providencia judicial cuando se trata de precedente constitucional; y ii) como defecto sustantivo por el desconocimiento del precedente, la cual se configura cuando la autoridad jurisdiccional se aparta del precedente horizontal o vertical sin justificación suficiente, lo cual conduce a concluir que la providencia adolece de un defecto sustantivo.

Mediante la sentencia ordinaria objeto de inconformidad, el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN “A”, revocó el fallo dictado en primera instancia que denegó las pretensiones y, en su lugar, declaró la nulidad de las resoluciones a través de las cuales la DIAN negó la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada a la señora MARTHA LUCÍA BENAVIDES VANEGAS, y ordenó su reconocimiento y pago.

La parte actora le atribuye a la Corporación Judicial haber incurrido en un defecto sustantivo al interpretar erróneamente la normatividad que fija los requisitos para la concesión de la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada. Así mismo sostiene que en el fallo se desconoció el precedente jurisprudencial según el cual los tres (3) años de experiencia altamente calificada se cuentan a partir de la obtención del título de postgrado, para fundamentarse en algunas decisiones aisladas en las que se plantea que dicho término se debe contar a partir de la obtención del título profesional y la ejecución de labores propias del sector hacendario como las que se cumplen en la DIAN.

A fin de resolver la impugnación interpuesta en contra del fallo de tutela de primera instancia, resulta del caso precisar si, en efecto, la Sección Segunda del Consejo de Estado, tiene una posición unificada en relación con el momento a partir del cual debe contarse el término de tres (3) años de experiencia altamente calificada para acceder al reconocimiento y pago de la prima técnica por formación avanzada en la DIAN.

La Sección Primera del Consejo de Estado se ocupó del tema en la sentencia AC-2015-02348-00, proferida el 22 de octubre de 2015[9], en la cual relacionó varios fallos de la Sección Segunda dictados entre los años 2011 y 2014, y concluyó que no existía una posición unificada. Lo expresó así:

“Del recuento de lo anotado en las precedentes sentencias encuentra la Sala que una parte de ellas disponen que el término de tres años para adquirir la experiencia altamente calificada debe contarse a partir de la obtención del título de postgrado, y el otro grupo de fallos precisa que para el cómputo de dicho plazo también puede hacerse uso del tiempo de la experiencia adquirida en ejercicio del cargo profesional en el sector hacendario, incluso antes del título de formación avanzada. Es decir que tal criterio no resulta del todo unánime en la Sección Segunda.

Lo anterior se pone aún más de presente porque en fallo del 22 de enero de 2015, radicado número 2013-00025, la Subsección “B”, con ponencia de la magistrada Sandra Lisset Ibarra Vélez, insistió en que solo podía validarse por experiencia altamente calificada la adquirida con posterioridad a la obtención del título profesional. Se fundamentó en sentencias de dicha subsección, proferidas el 8 de marzo de 2012 y el 14 de junio del mismo año.

Por tanto no puede concebirse la existencia de un precedente unificado sino posiciones diversas asumidas por funcionarios judiciales en ejercicio de su autonomía, libre apreciación probatoria y sana crítica.”

En esta misma dirección cabe anotar que el 27 de noviembre de 2015, las Subsecciones “A”[10] y “B”[11] de la Sección Segunda del Consejo de Estado, al decidir dos acciones de tutela presentadas por la DIAN en un asunto similar al que ahora se trata, profirieron decisiones con sustento diverso, tal como se procede a reseñar.

En efecto, la Subsección “A”, en el expediente AC-2015-02788-00, Consejero Ponente, Gabriel Valbuena Hernández, se negó la tutela presentada por la DIAN, por las siguientes razones:

“Así las cosas, se advierte que la posición de la Sección Segunda del Consejo de Estado ha variado en el sentido de clarificar que, con miras a determinar lo que debe entenderse por experiencia altamente calificada, es válido analizar el alcance que dentro del marco general y obligatorio, dio la misma entidad a través de sus relaciones internas, sin que de ellas se derive que el requisito aludido de (tres años de experiencia altamente calificada) se acredita solamente con posterioridad a la obtención del título de especialista.

En ese orden de ideas, es claro que contrario a lo afirmado por la DIAN en el escrito de tutela, el Tribunal demandado acogió de manera precisa, la línea de decisión que viene fijando el Consejo de Estado, como Máximo Tribunal en materia de lo Contencioso Administrativo.”

De otra parte, la Subsección “B”, en el expediente AC-2015-02774-00, Consejero Ponente, Carmelo Perdomo Cuéter, se concedió la tutela presentada por la DIAN, con fundamento en los siguientes argumentos:

“3.5.3 Análisis del caso. La Sala encuentra que pese a que el Tribunal manifiesta que en relación con la prima técnica su criterio es diferente al del Consejo de Estado, optó por acoger el derrotero fijado por esta Corporación en las sentencias de 27 de junio de 2013, 16 de enero de 2014 y 22 de mayo de 2014.

Empero, advierte la Sala que (i) la providencia de 16 de enero de 2014 de esta subsección (acción de tutela 11001-03-15-000-2013-02409-00) fue revocada por la sección cuarta de esta Corporación mediante fallo de 18 de junio de la misma anualidad, al no colmar la solicitud de amparo el requisito de inmediatez; y (ii) el derrotero jurisprudencial al que se refieren las sentencias en las que se fundó el fallo cuestionado fue rectificado por las subsecciones A y B de la sección segunda de esta Colegiatura en sentencias de 3 de marzo y 22 de enero de 2015, en su orden.

En efecto, en lo atañedero a la contabilización del término de los tres años de experiencia altamente calificada para efectos del reconocimiento de la prima técnica a favor de los empleados de la DIAN, en la sentencia de 22 de enero de 2015, expediente 73001-23-33-000-2013-00025-01, la subsección B de la sección segunda del Consejo de Estado, MP. Sandra Lisset Ibarra Vélez, sostuvo:

(…).

Conforme a lo anterior, debe decirse que a partir del 15 de julio de 1995, fecha en que el demandante adquirió su título en formación avanzada, como Especialista en Auditoría de Sistemas, comenzó a contabilizar su experiencia altamente calificada la cual, en vigencia de los Decretos 1661 y 2164 de 1991, ascendía a 1 año, 11 meses y 19 días, lapso que no supera los 3 años requeridos por las referidas normas.

En consecuencia, se concluye que en vigencia de los Decretos 1661 y 2164 de 1991 el señor Jairo Salazar Duque como empleado de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, no cumplió con los requisitos exigidos para el reconocimiento de una prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada toda vez que, contaba con título de formación avanzada, como especialista en Auditoría de Sistemas, pero no con más de 3 años de experiencia altamente calificada, susceptibles de reconocimiento de prima técnica, lo que en virtud del régimen de transición previsto en el artículo 4º del Decreto 1724 de 1997, hacía posible el reconocimiento de la citada prestación”.

Por su parte, la subsección A de la misma sección segunda por medio de providencia de 3 de marzo de 2015, expediente 73001-23-33-000-2013-00304-01, MP. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, explicó:

(…).

El caso concreto

Estima entonces la Sala, que de acuerdo a la normativa general y específica que regula la figura, al actor en este caso no le asiste derecho al reconocimiento y pago de la Prima Técnica, en consideración a que no acreditó las exigencias contempladas en dichas regulaciones; porque tal como se probó en el expediente, de ninguna manera laboró en la U.A.E. DIAN, en un cargo en propiedad y con carácter permanente, que correspondiera a labores de Directivo, Asesor o Ejecutivo y en particular a jefaturas de la Dirección General, de las Secretarías, Direcciones, Oficinas, Subdirecciones, Subsecretarías, Direcciones Regionales, Administraciones y Divisiones, y si bien acreditó título de formación avanzada no acreditó 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 un término no menor de tres (3) años, para el desempeño del cargo. El cargo que ejecutaba la demandante, es claro que no requería la aplicación de conocimientos especializados o científicos, en tanto que era profesional en ingresos Públicos II nivel 31 grado 21 para la época de vigencia del Decreto Ley 1661 de 1991, como tampoco se demostró la realización de labores de dirección o de especial responsabilidad.

Ahora bien, el solo hecho de que el titulo (sic) de formación avanzada, para el caso especialista en análisis y administración financiera, lo hubiese obtenido el 29 de septiembre de 1994 implica que desde allí, de acuerdo a la normativa que se ha dejado reseñada, ha de contarse el término de tres años exigido para efectos de acreditar este requisito”.

En este orden de ideas, para la fecha de la sentencia objeto de tutela (4 de junio de 2015), el Consejo de Estado ya había rectificado el precedente al cual alude el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el sentido de que la experiencia altamente calificada, que comporta un requisito para el reconocimiento de la prima técnica, debe contabilizarse después de la obtención del título de formación avanzada y no desde el título profesional.

Tesis judicial que también fue acogida en sede de tutela por parte de la sección cuarta de esta Colegiatura en sentencias de 26 de marzo de 2015 (expediente 2014-03067-00, MP. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas) y 23 de abril de 2015 (expediente 2014-04433-00, MP. Martha Teresa Briceño de Valencia).

De igual manera, resulta oportuno anotar que ese mismo criterio jurisprudencial ha sido adoptado por esta subsección en fallo de 27 de mayo de 2015 (expediente 73001-23-33-000-2012-00255-01, MP. Gerardo Arenas Monsalve).[12]

A partir de los anteriores prolegómenos, la Sala concluye que las circunstancias propias del presente asunto satisfacen los presupuestos jurisprudenciales para la procedencia del amparo constitucional, porque el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sección segunda, subsección F en descongestión, incurrió en el defecto sustantivo bajo la modalidad de desconocimiento del precedente judicial, comoquiera que omitió abordar el análisis del caso conforme al rumbo jurisprudencial vigente a la fecha de la sentencia censurada que rectificó el criterio adoptado en casos anteriores en el sentido de que para efectos del reconocimiento de la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada a favor de los empleados de la DIAN, el requisito de experiencia debe contabilizarse después de la obtención del título de formación avanzada, lo que quebranta el derecho constitucional fundamental al debido proceso.

Como consecuencia de lo anterior, se dejará sin efectos el fallo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sección segunda, subsección F en descongestión, para que en su lugar proceda (o el que haga sus veces) a proferir una nueva decisión que resuelva el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 30 de abril de 2013 del Juzgado Primero (1º) Administrativo de Descongestión de Bogotá, dentro del proceso 11001-33-31-701-2012-00142-01.”

De conformidad con lo expuesto, cabe resaltar que a fin de resolver la situación fáctico jurídica puesta bajo su conocimiento, el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN “A”, mediante fallo proferido el 18 de febrero de 2016 dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho adelantada por la  señora MARTHA LUCÍA BENAVIDES VANEGAS en contra de la DIAN, acogió una de las posiciones interpretativas existentes en relación con el momento a partir del cual se deben contar los tres (3) años de experiencia altamente calificada, sin que ello implique por sí mismo el desconocimiento de un precedente para resolver la situación en tanto no existe una posición unificada al respecto.

En esta oportunidad reitera la Sala lo manifestado en la sentencia AC-2016-01581-00 proferida el 30 de junio de 2016[13] al decidir una acción de tutela semejante, presentada por la DIAN en contra de una sentencia dictada por la Sección Segunda, Subsección “E”, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, así:

“Para la Sala, el argumento de la actora según el cual, el fallo se apartó de la normativa aplicable al caso concreto, carece de sustento, pues, como quedó visto, la autoridad judicial accionada decidió las pretensiones de la demanda con fundamento en las circunstancias específicas del caso concreto, a la luz de las disposiciones citadas en precedencia, según las cuales, el reconocimiento de la referida prestación depende de que se demuestre la “experiencia altamente calificada” y que se cumplan los requisitos propios del cargo, elementos debidamente probados … dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que dio origen a la presente acción de tutela.

Se advierte que sobre el tema objeto de controversia no existe posición unificada en el Consejo de Estado, pues algunas sentencias admiten que la experiencia altamente calificada se tenga en cuenta a partir de la obtención del título de especialista y otras permiten acreditar dicha experticia, entre otras formas, con el desempeño de cargos dentro del sector hacendario.”

Por las precedentes consideraciones se confirmará la providencia impugnada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A

PRIMERO: CONFÍRMASE la providencia impugnada, esto es la sentencia proferida el 7 de julio de 2016 por la Sección Quinta del Consejo de Estado que negó la acción de tutela presentada por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN en contra del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “A”.

SEGUNDO: REMÍTASE el expediente dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria del fallo, a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

TERCERO: En firme esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente de nulidad y restablecimiento del derecho, radicado bajo el número 11001-33-35-015-2012-00262-00, al Juzgado 15 Administrativo del Circuito de Bogotá D.C., remitido en calidad de préstamo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

**ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS**

**Presidente**

**MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ**

**MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO**

**GUILLERMO VARGAS AYALA**

[1] “…se observa que el fallo censurado es del 18 de febrero de 2016, notificado por medio de correo electrónico al apoderado de la actora el 3 de mayo de 2016 y la acción de tutela fue presentada el 27 de mayo de la misma anualidad.”

[2] Radicación: 2009-01328-01(IJ). Consejera Ponente María Elizabeth García González.

[3] Sentencia T-619 de 2009, Magistrado Jorge Iván Palacio Palacio.

[4] (Sentencia T- 225 del 23 de marzo de 2010, Magistrado Ponente: Dr. Mauricio González Cuervo).

[5] Por el cual se fija el régimen de clasificación y remuneración de los empleados de los Ministerios, Departamentos Administrativos y Superintendencias.

[6] 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.

[7] I) Formación avanzada y experiencia altamente calificada; y ii) reconocimiento al desempeño del cargo.

[8] Ver entre otras las sentencias T-158 de 2006, T-812 de 2006 y T-355 de 2007.

[9] Consejero Ponente Dr. Roberto Augusto Serrato Valdés.

[10] Integrada por los Consejeros de Estado, doctores Gabriel Valbuena Hernández, Luis Rafael Vergara Quintero y William Hernández Gómez.

[11] Integrada por los Consejeros de Estado, doctores Carmelo Perdomo Cuéter, Gerardo Arenas Monsalve, Sandra Lisset Ibarra Vélez.

[12] Se prohíja la tesis según la cual los tres (3) años de experiencia altamente calificada se cuentan a partir de la obtención del título de formación avanzada (postgrado, maestría, doctorado, etc).

[13] Consejera Ponente, Dra. María Elizabeth García González.