

150

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLIVAR
SECRETARIA GENERAL

TRASLADO DE EXCEPCIONES

Art. 175 C.P.A.C.A.

HORA: 8:00 a.m.

MARTES 30 DE JULIO DE 2013

Magistrada Ponente: Dra. CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE
Radicación : 13-001-23-33-000-2013-00114-00
ACCIONANTE : NURYS DEL CARMEN BUELVAS CARBALLO
ACCIONADO : U.A.E. DIAN
Medio de Control : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

En la fecha se corre traslado por el término legal de tres (03) días a la parte demandante de las excepciones formuladas en el escrito de contestación de la demanda presentada el día 29 de julio de 2013, por la señora apoderada de la NACION-UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL-DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES-DIAN-, visible a folios 117- 136 del expediente (Cuaderno No. 1).

EMPIEZA EL TRASLADO: 30 DE JULIO DE 2013, A LAS 8:00 A.M.



JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
Secretario General

VENCE EL TRASLADO: 1 DE AGOSTO DE 2013, A LAS 5:00 P.M.

JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
Secretario General



DIAN
Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales

www.dian.gov.co

117
Prosperidad
para todos

CONTESTACION DE DEMANDA

Cartagena de Indias D.T. y C.,

Señor Juez
CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLIVAR
Ciudad

SECRETARIA TRIBUNAL ADMINISTRATIVO I
TIPO: CONTESTACION FECHA: 29/07/2013 03:16:08 E
REMITENTE: IRMA LUZ MARIN CABARCAS
DESTINATARIO: CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA AR
CONSECUTIVO: 20130700771
Nº FOLIOS: 33
Nº CUADERNOS: 33
RECIBIDO POR: LEANDRO BUSTILLO SIERRA
FECHA Y HORA DE IMPRESIÓN: 29/07/2013 03:16:59 E

Expediente: 00-2013-00114
Demandante: NURY BUELVAS
Acción: Nulidad y Restablecimiento
Demandado: DIAN.
Nº Interno: Oral 1751

FIRMA:

IRMA LUZ MARIN CABARCAS, identificada con Cedula de Ciudadanía No. 22.792.888 de Cartagena y T.P No. 132.956 del C.S. de la J., actuando como apoderada especial de la **NACION- UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL- DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES**, conforme al poder otorgado por el Jefe de la División e Gestión Jurídica, de la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena, dentro de la oportunidad legal y de acuerdo con el artículo 172 y 199 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, me permito presentar **CONTESTACION DE LA DEMANDA**, en el proceso de la referencia.

LA ENTIDAD DEMANDADA

De acuerdo con la demanda, la acción se dirige contra la Unidad Administrativa Especial, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. Es preciso indicar que según el Decreto 1071 del 26 de Junio de 1999, derogado parcialmente por el Decreto 4048 del 22 de Octubre de 2008, la entidad se encuentra representada para todos los efectos legales por el Director, quien delegó de acuerdo con la Resolución No. 090 del 27 de septiembre de 2009, en los Jefes de las Divisiones de Gestión Jurídica de las Direcciones Seccionales de Aduanas, la facultad de otorgar poder para representar a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales en los procesos que sea demandada, tal como sucedió en el presente evento.

El Director actual de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales es el Doctor **JUAN RICARDO ORTEGA LOPEZ**, y se encuentra domiciliado en la Carrera 7ª. No. 6-45 P.6 de la ciudad de Bogotá, el delegado de la DIAN es el Doctor **ROBERTO ANTONIO CUDRIZ RESTREPO**, Jefe de la División de Gestión Jurídica de la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena, designado como tal mediante Resolución No. 000659 del 1 de Febrero de 2012, y quien se encuentra domiciliado en el barrio Manga, 3ra Av. Calle 28 No. 25-76, Edificio de la DIAN de la ciudad de Cartagena.

La suscrita es la apoderada judicial de la demandada, de acuerdo con poder adjunto y me encuentro domiciliada en el Barrio Manga, 3ra Av. Calle 28 No. 25-76, Edificio de la DIAN de la ciudad de Cartagena.

Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena
División de Gestión Jurídica Aduanera
Manga, Avenida 3a Calle 28 No. 25-79
Tel: 6607657

Expediente: 000-2013-00114
Demandante: NURYS BUELVAS
Acción: Nulidad y Restablecimiento
Demandado: DIAN.
Nº Interno: 1751

2
118

1. ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS

1. Mediante Oficio radicado DIAN NIVEL CENTRAL No. 2011ER92201 del 29 de septiembre del 2011, el Doctor ORLANDO HURTADO RINCON, actuando a nombre de los señores NURYS DEL CARMEN BUELVAS CARBALLO, identificada con C.C. No. 45.452.322 y LUIS CARLOS JIMENEZ HERNANDEZ, identificada con C.C. No. 9.091.779, solicitó a la DIAN acceder al reconocimiento y pago de la prima técnica por formación avanzada y experiencia calificada, con fundamento en los Decretos 1661 y 2164 de 1991, Decreto 1724 de 1997, y demás normas concordantes que regulan la materia.
2. El Despacho del Director General de la DIAN, mediante Oficio No. 100000202-000716 de abril 19 de 2012, atendió la solicitud informándole que no es posible su reconocimiento ya que la prima técnica por formación avanzada y experiencia calificada sólo puede asignarse a quienes estén nombrados en cargos de los niveles Directivo, Jefe de Oficina Asesora y Asesores. Así mismo se le indicó entre otros aspectos que en la transitoriedad del Decreto 1724 de 1997, la petición debió realizarse antes de su vigencia, y la petición no fue presentada en término.
3. El apoderado interpuso el recurso de Reposición mediante Oficio radicado con No. 2012ER34554 de abril 24 de 2012.
4. Mediante la Resolución No. 3914 del 31 de mayo del 2012, el Director General de la DIAN resuelve el recurso de Reposición interpuesto, resolviendo confirmar en su integridad lo decidido en el oficio No. 100000202-000716 de abril 19 de 2012, mediante el cual se dio respuesta negativa a la solicitud de reconocimiento y pago de la prima técnica por formulación avanzada y experiencia altamente calificada a favor de los señores NURYS BUELVAS y LUIS CARLOS JIMENEZ HERNANDEZ.

2. CONSIDERACIONES DE LA DEFENSA

El problema jurídico a resolver consiste en determinar si el DEMANDANTE le asiste el derecho en cuanto al reconocimiento y pago de la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada, de acuerdo a las pruebas legalmente aportadas y recaudas.

El artículo 125 de la Constitución Política establece por regla general, que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera administrativa, exceptuando aquellos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales, y los demás que determine la Ley.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 38 de la Ley 489 de 1998, las Unidades Administrativas Especiales con personería jurídica son organismos descentralizados por servicios del orden nacional, que según lo estipulado por el artículo 68 de la misma Ley, tienen como objeto principal el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con autonomía administrativa y patrimonio propio.

La Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-, de acuerdo con lo contemplado por el artículo 1º del Decreto 1071 de 1999, se encuentra organizada como una Unidad Administrativa Especial del orden nacional de carácter eminentemente técnico y especializado, con personería jurídica, autonomía administrativa

Expediente: 000-2013-00114
Demandante: NURYS BUELVAS
Acción: Nulidad y Restablecimiento
Demandado: DIAN.
N° Interno 1751

y presupuestal y con patrimonio propio, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la cual cuenta con un sistema especial de administración de personal, de nomenclatura y clasificación de planta, un sistema específico de carrera administrativa y un régimen disciplinario especial aplicable a sus servidores públicos.

Con la expedición del Decreto – Ley 765 de 2005 " Por el cual se modifica el Sistema Especifico de Carrera de los empleados de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN", dispuso en su artículo 3 lo siguiente:

"Son empleados públicos quienes prestan sus servicios en la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-, vinculados a ella por una relación legal y reglamentaria.

La función pública en la Entidad se prestará mediante los siguientes empleos:

3.1, Empleos públicos de libre nombramiento y remoción.

3.2, Empleos públicos de carrera.

3.3. Empleos de supernumerarios.

Parágrafo. Los empleos de supernumerarios se rigen por las disposiciones contempladas en el Decreto 1072 de 1999".

En claro la forma de vinculación la defensa jurídica se define en el capítulo de excepciones, medio de defensa señalado en los términos de la Ley 1437 de 2011.

3.OPOSICIÓN A LOS CARGOS O CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Señala la parte demandante que las normas infringidas son los Decretos 1661 de 1991 y 2164 de 1991, 1724 de 1997 y el inciso 2 del artículo 53 de la Constitución Política.

Con la expedición del Decreto 1661 de 1991, creo el incentivo como un estímulo para mantener al servicio del estado a personal altamente calificado, requisito que cumple su poderdante y que no ha sido reconocido por la Entidad.

En lo que respecta a la infracción del decreto 2164 de 1991, se afirma en la demanda que el mismo estableció dos criterios para el reconocimiento y pago de la prima técnica y que su reconocimiento no constituye una decisión discrecional del jefe de la entidad sino que una vez constatado el cumplimiento de los requisitos legales, se debe realizar su reconocimiento.

En cuanto a la posible violación por parte de la entidad del decreto 1724 de 1997, dice el apoderado de la accionante, que este estableció un régimen de transición para aquellos funcionarios que antes de entrada en vigencia del decreto en mención cumplieran con los requisitos para el reconocimiento y pago de la prima técnica, se debe reconocer dicho derecho, en concordancia con la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Respecto de la violación del artículo 53 constitucional, afirmo el apoderado, que la Dian, debe aplicar el principio de favorabilidad por tratarse de un caso estrictamente laboral, en el cual se debe aplicar la situación más favorable al servidor público.

El artículo 3° del Decreto 1661 de 1991 antes de la reforma introducida por el Decreto 1724 de 1997, disponía:

"Para tener derecho al disfrute de Prima Técnica con base en los requisitos de que trata el literal a) del artículo anterior, se requiere estar desempeñando un cargo en los niveles profesional, ejecutivo, asesor o directivo. La Prima Técnica con base en la evaluación del desempeño podrá asignarse en todos los niveles.

PARAGRAFO. En ningún caso podrá un funcionario o empleado disfrutar de más de una Prima Técnica."

Expediente: 000-2013-00114
Demandante: NURYS BUELVAS
Acción: Nulidad y Restablecimiento
Demandado: DIAN.
Nº Interno 1751

Con la modificación el texto del artículo referido es del siguiente tenor: *La prima técnica establecida en las disposiciones legales vigentes, solo podrá asignarse por cualquiera de los criterios existentes, a quienes estén nombrados con carácter permanente en un cargo de los niveles Directivo, Asesor, o Ejecutivo, o sus equivalentes en los diferentes Órganos y Ramas del Poder Público.*"

Del cotejo entre los artículos mencionados surge con claridad que el Decreto 1724 de 1997 modificó las exigencias establecidas en el Decreto 1661 de 1991 para acceder al derecho a la prima técnica.

Si bien cierto es que el artículo 3º del Decreto 1661 de 1991 exigía encontrarse en desempeño del cargo "en los niveles profesional, ejecutivo, asesor o directivo", también lo es que el artículo 1º del Decreto 1724 de 1997 impone la condición de haber sido nombrado de manera permanente, pero sólo en cargos de nivel Directivo, Asesor, o Ejecutivo, o sus equivalentes en los diferentes Órganos y Ramas del Poder Público. En estos términos, el Decreto 1724 modificó el 1661.

Posteriormente se expidió el Decreto 1336 de 2003 y su artículo 1º dispuso:

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

Las normas transcritas permiten concluir que los empleados públicos de los niveles jerárquicos Directivo, Asesor, o Jefes de Oficina Asesora son quienes tienen derecho al reconocimiento de esta prima técnica, situación que no concurre en el presente caso, toda vez que sus representados son titulares de los cargos de **Gestor 11 y Gestor 11I**, los cuales conforme al artículo 4 - numeral 4. 3- del Decreto 4049 de 2008 "Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de empleos de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y se dictan otras disposiciones" corresponden al nivel profesional, por tal motivo a prime facie la pretensión debe despacharse desfavorablemente.

Ahora bien, el artículo 4 del Decreto 1724 de 1997 estableció:

"Artículo 4º._ Aquellos empleados a quienes se les haya otorgado prima técnica, que desempeñen cargos de niveles diferentes a los señalados en el presente Decreto, continuarán disfrutando de el/a hasta su retiro del organismo o hasta que cumplan las condiciones para su pérdida, consagrada en las normas vigentes al momento de su otorgamiento." (Subraya fuera del texto original)

De la lectura de la disposición transcrita se advierte que aquella tiene por finalidad garantizar el principio universal de derecho "respeto por los derechos adquiridos", principio que de conformidad con la Constitución orienta las relaciones laborales -artículo 53 superior en armonía con el artículo 2 literal a), Ley 4ª de 1992 -.

En efecto, la norma contiene la expresión "a quienes se les haya otorgado", lo que comporta que a quienes la Administración les haya otorgado o reconocido el incentivo económico que nos ocupa, lo continuarán percibiendo, presupuesto fáctico cuya realización presupone la expedición de acto administrativo en firme que así lo disponga, obviamente proferido antes de la entrada en vigencia del Decreto 1724 de 1997.

Expediente: 000-2013-00114
Demandante: NURYS BUELVAS
Acción: Nulidad y Restablecimiento
Demandado: DIAN.
Nº Interno 1751

La jurisprudencia y la doctrina han entendido los derechos adquiridos como aquellos creados y definidos bajo el imperio de una ley, que por lo mismo ha ingresado y forma parte del patrimonio de una persona.

Lo que es materia de protección constitucional, son las situaciones jurídicas definidas, y no aquellas que tan sólo configuran meras expectativas.

Como bien lo señala la norma en cita, el derecho adquirido se reconoce respecto de aquellos empleados a quienes se les había otorgado la prima técnica bajo el imperio de la normativa anterior, en garantía precisamente de la conservación del derecho del cual ya disfrutaban; vale decir, que ya formaba parte del patrimonio del empleado.

Lo anterior se deriva de lo consagrado en el artículo 58 de la Carta Política, como garantía constitucional de los derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, al señalar que no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores.

El Consejo de Estado en providencia que resulta particularmente ilustrativa para el presente caso se ocupó del artículo 4 del Decreto 1724 de 1997, en los siguientes términos:

... "En el fallo impugnado se considera que la actora no puede beneficiarse de ese artículo por considerarse que el régimen de transición que en él se consagra en virtud del artículo 1º *ibídem*, está dirigido sólo a los empleados del nivel profesional que previamente hubieran obtenido la prima técnica por estudios avanzados y experiencia altamente calificada, y excluye a los del mismo nivel que obtuvieron la prima técnica por evaluación de desempeño.

Para el efecto, en el fallo se distinguen las dos clases de prima técnica: la otorgada por evaluación de desempeño (artículo 2, literal b, del Decreto 1661 de 1991), y la otorgada por estudios avanzados y experiencia altamente calificada (artículo 2, literal a, *ibídem*), precisando que esta última fue prevista para los niveles profesional, ejecutivo, asesor o directivo, mientras que la primera se concibió para todos los niveles; y deduce que la otorgada por evaluación de desempeño a los empleados de nivel profesional no entran en el régimen de transición previsto en el mencionado artículo 4º, por cuanto ésta obedece a situaciones temporales de evaluación periódica y el propósito del Decreto 1724 de 1997 es mantener la prima técnica sólo para los niveles directivos, asesor o ejecutivo y establecer, lo cual deduce del artículo 1º de ese decreto.

Por consiguiente, el citado artículo cuarto lo aplicó con fundamento en el artículo 1º para limitar el derecho a la prima técnica de la actora hasta cuando entró en vigencia el Decreto 1724 de 1997, que lo fue el 11 de julio de 1997, cuando en la demanda se pide dicha prima desde 1994 hasta 1998, y así se lo había reconocido el a quo, por consiguiente la cuestión se contrae a establecer si esa aplicación fue indebida o no.

Al punto se debe tener en cuenta, entonces, aue comq etres-se anotó la anterior conclusión la deduce el [ld que m del artículo 1º del citado decreto, al considerar que dicho artículo "limitó el reconocimiento de la prima técnica a los niveles directivo, asesor o ejecutivo" v que por ello "la norma de transición del artículo del mismo debe entenderse establecida a favor de aquellos a quienes les fue otorgada por estudios avanzados y experiencia altamente calificada que no' quedaron cobijados por el nuevo régimen, esto es, los servidores públicos del nivel profesional. 11De modo que en realidad la norma aplicada por el ad quem para excluir a la aclara del beneficio de la prima técnica por evaluación de desempeño es esté] última disposición, en la medida en que infiere de la misma oue. comre nu sensu, los servidores de niveles distintos a los allí mencionados quedaron excluidos a partir de la vigencia del respectivo decreto.

Expediente: 000-2013-00114
Demandante: NURYS BUELVAS
Acción: Nulidad y Restablecimiento
Demandado: DIAN.
Nº Interno: 1751

6
122

El referido artículo dice:

"Artículo 1. *La prima técnica establecida en las disposiciones legales vigentes, solo podrá esiquetarse por cualquiera de los criterios existentes, a quienes estén nombrados con carácter permanente en un cargo de los niveles Directivo, Asesor, o Ejecutivo, o sus equivalentes en los diferentes Órganos y Ramas del Poder Público. 11*

Así las cosas, el fallo no hace otra cosa que deducir que el artículo 4° en comento prevé un régimen de transición para quienes tenían reconocida la prima técnica desde antes de la entrada en vigencia del Decreto 1724 de 1997, lo cual, 'lsto el texto de esa norma, es correcto y acorde con dicho texto; y del artículo 1° infiere que ese régimen de transición se limita a los niveles enunciados en éste.

Por lo tanto, en lo que corresponde al artículo 4° no aparece demostrado que hubo violación por indebida aplicación del mismo, toda vez que en verdad consagra un régimen de transición y el alcance de ese régimen no ha sido establecido con base en él sino en otra norma del mismo decreto, contenida en el aludido artículo 1°, cuya aplicación, por no haber sido invocado como violado en el presente recurso, resulta inabordable por la Sala y en consecuencia se ha de asumir tal como está dada en el fallo acusado. En consecuencia, el cargo no tiene vocación de prosperar." (Sala Especial transitoria de decisión 2C del Consejo de Estado, en sentencia del 3 de octubre de 2006, radicada con el número: 11001-03-15-000-2004-00212-00(S), con ponencia de Dr. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta). (Subraya y Negrilla fuera del texto original).

De otra parte, el Decreto 2177 de 2006, que modificó el artículo 3 del Decreto 2164 de 1991 modificado por el artículo 1 del Decreto 1335 de 1999 dispuso: "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", (inciso 2 parágrafo del artículo 3).

De la lectura de las disposiciones antes transcritas en concordancia con el fallo del Consejo de Estado se infiere que la petición que nos ocupa debe reSOIV0(Se conforme a los criterios señalados, siendo uno de ellos que los niveles jerárquicos que tienen derecho al reconocimiento de la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada son los Directivos, Jefes de Oficina Asesora y Asesor cuyo empleo se encuentre adscrito a los despachos de los siguientes funcionarios. Ministro, Viceministro, Director de Departamento Administrativo, Superintendente y Director de Unidad Administrativa especial o sus equivalentes en los diferentes órganos y Ramas del Poder Público, no incluyéndose los empleos del nivel jerárquico profesional a que corresponde el cargo de que son titulares los peticionarios, conforme se expuso en precedencia, de manera que se descarta la solicitud de reconocimiento.

Lo anterior comporta que de conformidad con el Decreto 2177 de 2006, no es viable que los empleados públicos titulares de empleos del nivel jerárquico profesional, perciban el reconocimiento del incentivo pecuniario que nos ocupa, tal y como lo ha sostenido este Despacho, toda vez que el Decreto es suficientemente claro al disponer que los criterios a tener en cuenta para reconocimiento de la prima técnica, son los definidos en él, siendo uno de ellos, la exclusión de los empleados pertenecientes al nivel profesional, y que las solicitudes para este reconocimiento a partir de su vigencia - 30 de junio de 2006 Diario Oficial 46.315 -- se deben resolver con estricto apego a aquel, razón que por demás, refuerza la negativa de acceder favorablemente a la petición.

Expediente: 000-2013-00114
Demandante: NURYS BUELVAS
Acción: Nulidad y Restablecimiento
Demandado: DIAN.
Nº Interno: 1751

7
123

Es del caso señalar, que el Comité de Conciliación de la DIAN, 'en el Acuerdo número 6 del 17 de enero de 2012, fijó la política de conciliación y de defensa judicial en relación con los trámites judiciales y administrativos mediante los cuales se pretende el otorgamiento de la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada. y con respecto al Decreto 1336 de 2003 que derogó el Decreto 1724 de 1997, sostuvo que éste estableció que la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada sólo podrá asignarse a quienes estén nombrados con carácter permanente en los cargos del nivel Directivo, Jefes de Oficina Asesora y a los de Asesor cuyo empleo se encuentre adscrito a los despachos de los siguientes funcionarios: Ministros, Viceministro, Director de Departamento Administrativo, Superintendente y Director de Unidad Administrativa Especial o su equivalente en los diferentes órganos y Ramas del Poder Público.

Adicionalmente, el cuerpo colegiado referido afirmó 'que el Decreto 1336 de 2006 se encuentra vigente, no ha sido suspendido ni anulado por el Consejo de Estado, y que tampoco ha sido excepcionada su inconstitucionalidad en los' precedentes judiciales que han revisado y decidido los litigios promovidos por los empleados públicos de la DIAN.

De otra parte, el Comité en relación con el Decreto 1336 señaló que si en gracia de discusión, se dudase de su concordancia con los criterios objetivos a los cuales debe sujetarse el Gobierno para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos (Ley 4ª de 1992, artículo 2º), las autoridades administrativas de la DIAN no son competentes para excepcionar la ilegalidad de dicho acto administrativo. Lo anterior con fundamento en la Sentencia C.- 037 de 2000.

Ahora bien, el Comité de Conciliación de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales mediante el Acuerdo 9 de 2012 adicionó las razones jurídicas que fundamentan la postura del Acuerdo 6 de 2012, en el sentido de hacer parte de aquellas los conceptos del Departamento Administrativo de la Función Pública radicados bajo los números 20126000019891 del 8 de febrero de 2012 y 20126000006411 del 16 de enero 2012, de cuyos textos se transcriben algunos de sus apartes:

" En ese orden de ideas, esta Dirección considera que si con anterioridad a la expedición del decreto 1724 de 1997, los empleados del (sic) de la DIAN vinculados en propiedad, en los niveles de asesor, ejecutivo, profesional, técnico, administrativo, no adelantaron en su totalidad los trámites para que les fuera otorgada la prima técnica, como es hacer la solicitud por escrito al Jefe de Personal y la expedición del Acto Administrativo mediante el cual es reconocida; en criterio de esta Dirección dichos empleados no adquirieron el derecho v. a la fecha, no les puede ser concedida la prima técnica, teniendo en cuenta que estos empleos ya no son susceptibles de la asignación de tal emolumento." (Concepto 20126000019891 del 8 de febrero de 2012) (Subrayas y negrillas fuera del Texto original).

*... " en cuanto a los niveles a los cuales se otorga la Prima Técnica por estudios y experiencia y evaluación del desempeño, al respecto me permito informarle que **solamente** tienen derecho a que se les asigne y pague dicho emolumento a los funcionarios de Nivel Directivo, Jefes de Oficina Asesora y a los de Asesor cuyo empleo se encuentre adscrito a los despachos de los siguientes funcionarios: Ministro, Viceministro, Director de Departamento Administrativo, Superintendente y Director de Unidad Administrativa Especial o a sus equivalentes en los diferentes órganos y Ramas del Poder Público, siempre y cuando cumplan los*

Expediente: 000-2013-00114
Demandante: NURYS BUELVAS
Acción: Nulidad y Restablecimiento
Demandado: DIAN.
Nº Interno 1751

requisitos exigidos para su otorgamiento (Artículo 6º Decreto 1661 de 1991 y Artículo 9º Decreto 2164 de 1991).

De esta manera, El Decreto 1336 de 2003, en criterio de esta Dirección, es aplicable a las Unidades Administrativas del Orden Nacional; por consiguiente, el otorgamiento de la Prima Técnica en dichas **instituciones, sólo podrá efectuarse a los empleados públicos nombrados con carácter permanente del Nivel Directivo, Jefes de Oficina Asesora y Asesores adscritos al Despacho de la Dirección General de la entidad.** (Concepto 20126000006411 del 16 de enero 2012 (Subrayas y negrillas fuera del Texto original).

A la luz de la normatividad que gobierna el reconocimiento de la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada y conforme con la postura jurisprudencial sobre el asunto, no es posible acceder favorablemente a la presente petición, advirtiendo que contra la presente decisión procede el recurso de reposición de conformidad con el artículo 50 del Código Contencioso Administrativo.

En el caso que nos ocupa no se encontró petición de reconocimiento de prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada distinta a la que motiva esta

actuación administrativa, lo que comporta que los petentes antes de la entrada en vigencia del Decreto 1724 de 1997, hayan solicitado el reconocimiento de este emolumento, por lo tanto no se acogieron oportunamente al procedimiento dispuesto por la normas de carácter general e internas de la DIAN para el efecto, lo que representa que la petición elevada resulta inoportuna o extemporánea, argumento que refuerza despachar en forma desfavorable la solicitud.

4. EXCEPCIONES

Los actos administrativos impugnados se ajustan a la normatividad sustancial y procedimental que regula la materia, aplicable para la época de los hechos del asunto en controversia, actuando los funcionarios en ejercicio de sus competencias legales, observando estrictamente el cumplimiento de los principios que rigen la función pública conforme la Constitución Política y la ley.

Por ello, el U.A.E. DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN, debe manifestarse totalmente de acuerdo con la actuación que de los actos administrativos se hizo en su oportunidad en la vía gubernativa por parte de los funcionarios competentes para llevar a cabo el procedimiento Administrativo, razón por la cual se proponen las siguientes excepciones:

INEXISTENCIA DEL DERECHO PRETENDIDO POR LA PARTE DEMANDANTE.

Para poder abordar el problema jurídico y resolver la solicitud de reconocimiento de prima técnica solicitado por la parte demandante, es bueno señalar las disposiciones que le aplican y su temporalidad frente a su aplicación:

Señala el Artículo 1 del decreto Ley 1661 de 1991:

"ARTICULO 1º. DEFINICION y CAMPO DE APLICACIÓN. La prima técnica es 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 cuya 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".

7
6
124

Expediente: 000-2013-00114
Demandante: NURYS BUELVAS
Acción: Nulidad y Restablecimiento
Demandado: DIAN.
Nº Interno: 1751

9
125

Artículo 10 del Decreto 2164 de 1991, que reglamenta parcialmente el decreto ley 1661 de 1991:

Artículo 1º._ Definición y campo de aplicación. La prima técnica es un 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.

De las normas señaladas, se establece que la prima técnica fue creada para atraer o mantener al servicio del estado a empleados altamente calificados para el desempeño de cargos que demande la aplicación de conocimientos técnicos o científicos especializados o la realización de labores de dirección o de especial responsabilidad.

Sobre la prima técnica, se pronunció la honorable Corte constitucional, en Sentencia C-100 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero, así:

"Las primas técnicas son remuneraciones suplementarias que se conceden a determinados empleados, en razón que tienen una formación altamente calificada, ya sea que ésta provenga de estudios especializados o de la adquisición de una importante experiencia profesional o técnica. Este reconocimiento de estas primas técnicas se funda en un fin constitucional importante, pues busca atraer a la función pública a personas de excelente preparación, a fin de que desempeñen cargos cuyas funciones demandan la aplicación de conocimientos especializados o para que asuman labores de dirección de especial responsabilidad, lo cual es un desarrollo de los principios que orientan la función administrativa, en particular de los principios de eficacia moralidad, economía y celeridad (CP arto 209). (...)"

Como se puede observar, el fin para el cual fue creada la prima técnica era y es actualmente, el de mantener o atraer al servicio a personal altamente calificado y no para todos los funcionarios o posibles funcionarios al servicio del estado, que tengan un título de formación avanzada y la experiencia normal adquirida por el paso del tiempo en el desarrollo de funciones públicas, tal como ocurre con el convocante, que en ningún momento puede ser considerada con altamente calificada y que es la misma experiencia que tiene un funcionario del nivel profesional de la Dian.

AUSENCIA EN LA CAUSA PARA PEDIR DE CONFORMIDAD CON LO SEÑALADO EN EL DECRETO 2164 DE 1991 PARA EL PAGO DE LA PRIMA TECNICA.

El Decreto reglamentario 2164 de 1991, expreso en el artículo 2 las excepciones a su aplicación así:

"C) A los empelado públicos de las entidades que tienen sistemas especiales de remuneración o de reconocimiento de primas, dentro de los cuales se recompensarian pecuniariamente los estudios, la experiencia y la evaluación del desempeño, sea dentro de la determinación de la asignación básica mensual o dentro de las otras primas;" (subrayado es nuestro)

Expediente: 000-2013-00114
Demandante: NURYS BUELVAS
Acción: Nulidad y Restablecimiento
Demandado: DIAN.
Nº Interno 1751

10
126

Así mismo, los Decretos 1336 de 2003 y 2177 de 2006, expedidos por el Departamento Administrativo de la Función Pública, señalan que el beneficio de la prima técnica no se aplicará a los empleados públicos de las entidades que tienen sistemas especiales de remuneración o de reconocimiento de primas.

La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, para la época del Decreto 1661 de 1991, se regían por los Decretos 1647 y 1648 de junio 27 de 1991 que establecían el régimen de personal, la carrera tributaria y la carrera aduanera así como el régimen prestacional de los funcionarios de las anteriores Unidades Administrativas Especiales, que permitían el reconocimiento, a todos los funcionarios de los factores consagrados en el artículo 2 del decreto 2164 de 1991.

Además, la Resolución No. 3682 de 16 agosto de 1994, que estableció el procedimiento para otorgar la Prima Técnica, en la Entidad, determinó en su Artículo 1 la facultad discrecional al expresar que "podrá" conceder la Prima Técnica a los funcionarios designados o nombrados según el caso en los cargos de Subdirector General de Impuesto y Aduanas, Secretario General, Sub director de Impuestos y Aduanas, Sub secretario de impuestos y Aduanas, Jefes de oficina, Administradores de impuestos y Aduanas de las Administraciones especiales, Locales y Regionales, Delegadas junto con los Jefe de división y jefes de grupo así como a los funcionarios nombrados como asesores, y designados como Jefe de división del nivel central y de las mencionadas administraciones y funcionarios especialistas en ingresos públicos y profesionales de ingreso públicos que posean título de formación avanzada, postgrado o especialización.

Así mismo, el Artículo 2 del Decreto No. 1268 de 1999, señala:

"Prima Técnica. Consistirá en un reconocimiento económico que a criterio del Director General de la Entidad previa certificación de disponibilidad presupuestal, "podrá" ser otorgado a servidores de la contribución, en los siguientes casos: "1. Cuando desempeñen labores de jefaturas de dirección general, de las secretarías, direcciones, oficinas, sub direcciones, subsecretarías, direcciones regionales, administraciones y divisiones y mientras permanezcan en tal situación..."

Entonces, si la demandante, no se encuentra dentro de los funcionarios a la cuales se le podía o puede otorgar la prima técnica de acuerdo con las normas señaladas, no hay lugar al reconocimiento y pago de la misma.

Los niveles a los cuales se puede otorgar prima técnica según el decreto 1724 de 1997. Como ya se demostró, la demandante no tenía el derecho para devengar la prima técnica por no cumplir con los requisitos académicos y de experiencia altamente calificada exigidos en el decreto 1661 de 1991.

Ahora bien, con la modificación efectuada por el decreto 1724 de 1997, al literal a) del artículo 2a del decreto 1661 de 1999, el demandante, tampoco tiene derecho al reconocimiento y pago de la prima técnica porque la misma fue restringida a los funcionarios que desempeñen cargos de directivo, asesor o ejecutivo, requisito que no cumple la demandante.

Entonces tenemos, que si la demandante no ha desempeñado un cargo como directivo de la entidad, ni como asesor de la misma y mucho menos en el nivel ejecutivo, con la entrada en vigencia del decreto 1724 de 1997, perdió toda posibilidad de acceder a la prima técnica señalada en los decretos 1661 de 1991 y 1724 de 1997.

INEXISTENCIA DE DERECHOS ADQUIRIDOS FRENTE AL RECONOCIMIENTO DE LA PRIMA TÉCNICA.

La parte Actora erróneamente manifiesta, que con la expedición del Decreto 1661 de 1991, nació un derecho adquirido -Prima Técnica-y que la Entidad simplemente la debe reconocer y pagar. Al respecto, el Consejo de Estado en Sentencia del 17 de julio de 1995

Expediente: 000-2013-00114
Demandante: NURYS BUELVAS
Acción: Nulidad y Restablecimiento
Demandado: DIAN.
Nº Interno 1751

11
127

de la Sala de lo Contencioso Administrativo, precisó lo siguiente en relación con los derechos adquiridos del empleado público:

"...dicho la sala que solamente pueden invocarse respecto de aquellos derechos laborales que el servidor ha consolidado durante su relación laboral, no sobre expectativas que dependan del mantenimiento de una legislación de derecho público, a cuya intangibilidad no se tiene ningún derecho."

"La garantía de los derechos adquiridos protege aquellos derechos que se considera han ingresado al patrimonio del titular, como podría predicarse del derecho a un salario causado, a una pensión cuando se ha adquirido el estatus de pensionado según la ley, a unas vacaciones consolidadas, en fin, a todos los derechos que por el ejercicio del empleo hacen parte del patrimonio del servidor, es decir que tal garantía tiene que ver con las situaciones jurídicas particulares consolidadas, no con la regulación de general y abstracto."

Como la demandante, no cumplía a la fecha de expedición del decreto 1661 de 1991, con los requisitos para acceder a la prima técnica y mucho menos los cumple ahora, no tiene ningún derecho adquirido y menos con la restricción realizada por el decreto 1724 de 1997, que le quita toda posibilidad de tener derecho al reconocimiento y pago de la prima técnica.

Igualmente, es de precisar que para el reconocimiento de la Prima Técnica, el decreto 1661 de 1991, estableció unos requisitos que el interesado debió cumplir para su aprobación por parte de la Entidad correspondiente, así:

"ARTICULO 6o. PROCEDIMIENTO PARA LA ASIGNACION DE PRIMA TECNICA.

a). La solicitud deberá ser presentada en la oficina de personal del respectivo organismo o la dependencia que haga sus veces, con la documentación que acredite los requisitos que se mencionan en el artículo 2o de este Decreto; b). Una vez reunida la información, el jefe de personal, o quien haga sus veces, verificará si el solicitante llena los requisitos previstos en los artículos precedentes, para lo cual contará con un término de dos (2) meses; c) Si el candidato llenare los requisitos, el jefe del organismo correspondiente proferirá la resolución de asignación."

Por lo tanto, si la accionante reunía los requisitos para el pago de la prima técnica bajo la vigencia del decreto 1661 de 1991, que como ya se demostró, no los cumplía, debió haber hecho la solicitud de reconocimiento y pago de la prima en su momento oportuno, adjuntando los documentos que demostraban el cumplimiento de los requisitos ya señalados, antes de las modificaciones efectuadas al decreto 1661 de 1991, que restringieron el reconocimiento y pago de la prima técnica.

Para mayor ilustración sobre el tema objeto de discusión, me permito transcribir algunos apartes del fallo de segunda instancia, proferido por el Honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en un caso similar al que nos ocupa, así:

"(. . .)

Así entonces, según las disposiciones estudiadas anteriormente, y de conformidad con las pruebas alegadas al proceso, encuentra la sala, que el demandante no desempeñaba un cargo de los niveles señalados en la disposición vigente al momento en que radicó la solicitud que dio origen al acto demandado, puesto que, desempeñaba el cargo de Gestor 11 302-02, por lo tanto no es beneficiaria del reconocimiento y pago de la prima técnica a partir del Decreto 1336 de 2003.

(. . .)

Así las cosas entra la Sala a analizar, si en el presente caso si la demandante cumplió los requisitos establecidos en el régimen anterior a la entrada en vigencia

profesional, ejecutivo, asesor o directivo, mientras que la primera se concibió para todos los niveles; y deduce que la otorgada por evaluación de desempeño a los empleados de nivel profesional no entran en el régimen de transición previsto en el mencionado artículo 4º, por cuanto ésta obedece a situaciones temporales de evaluación periódica y el propósito del Decreto 1724 de 1997 es mantener la prima técnica sólo para los niveles directivos, asesor o ejecutivo y establecer, lo cual deduce del artículo 1º de ese decreto.

Por consiguiente, el citado artículo cuarto lo aplicó con fundamento en el artículo 10 para limitar el derecho a la prima técnica de la actora hasta cuando entró en vigencia el Decreto 1724 de 1997, que lo fue el 11 de julio de 1997, cuando en la demanda se pide dicha prima desde 1994 hasta 1998, y así se lo había reconocido el a qua, por consiguiente la cuestión se contrae a establecer si esa aplicación fue indebida o no.

Al punto se debe tener en cuenta, entonces, que como atrás se anotó la anterior conclusión la deduce el ad quem del artículo 1º del citado decreto, al considerar que dicho artículo "limitó el reconocimiento de la prima técnica a los niveles directivo, asesor o ejecutivo" y que por ello "la norma de transición del artículo del mismo debe entenderse establecida a favor de aquellos a quienes les fue otorgada por estudios avanzados y experiencia altamente calificada que no quedaron cobijados por el nuevo régimen, esto es, los servidores públicos del nivel profesional. "

De modo que en realidad la norma aplicada por el ad quem para excluir a la actora del beneficio de la prima técnica por evaluación de desempeño es esta última disposición, en la medida en que infiere de la misma que, contrariu sensu, los servidores de niveles distintos a los allí mencionados quedaron excluidos a partir de la vigencia del respectivo decreto.

El referido artículo dice: "Artículo 1. La prima técnica establecida en las disposiciones legales vigentes, solo podrá asignarse por cualquiera de los criterios existentes, a quienes estén nombrados con carácter permanente en un cargo de los niveles Directivo, Asesor, o Ejecutivo, o sus equivalentes en los diferentes Órganos y Ramas del Poder Público. "

Así las cosas, el fallo no hace otra cosa que deducir que el artículo 4º en comento prevé un régimen de transición para quienes tenían reconocida la prima técnica desde antes de la entrada en vigencia del Decreto 1724 de 1997, lo cual, visto el texto de esa norma, es correcto y acorde con dicho texto; y del artículo 1º infiere que ese régimen de transición se limita a los niveles enunciados en éste.

Por lo tanto, en lo que corresponde al artículo 4º no aparece demostrado que hubo violación por indebida aplicación del mismo, toda vez que en verdad consagra un régimen de transición y el alcance de ese régimen no ha sido establecido con base en él sino en otra norma del mismo decreto, contenida en el aludido artículo 1º, cuya aplicación, por no haber sido invocado como violado en el presente recurso, resulta inabordable por la Sala y en consecuencia se ha de asumir tal como está dada en el fallo acusado. En consecuencia, el cargo no tiene vocación de prosperar".

(Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sala Especial transitoria de decisión 2c. Consejero ponente: Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. Bogotá d. C" tres (3) de octubre de dos mil seis (2006). Radicación número: 11001-03-15-000-2004-00212-00(s). Actor: Gricenia Yances Demandado: Departamento de Córdoba.)

Así mismo, la Sección Segunda Subsección B de Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dijo:

Expediente: 000-2013-00114
Demandante: NURYS BUELVAS
Acción: Nulidad y Restablecimiento
Demandado: DIAN.
N° Interno: 1751

130

"En este caso, el cargo desempeñado por la demandante es de orden administrativo, y según obra en el expediente, su desempeño durante el periodo 1994, 1995, 1996, 1997 Y 1998 fue evaluado con un porcentaje superior al 90%. De esta manera, resulta claro que según el cargo ocupado por la demandante y de acuerdo con su evaluación de desempeño, la actora cumple con los requisitos establecidos en los decretos 1661 y 2164 de 1991.

Sin embargo, este reconocimiento está sujeto a la aplicación del decreto 1724 de 1997 que modificó el régimen de prima técnica y a la prescripción de los derechos laborales.

El artículo 1° del decreto 1724 de 1997 limitó el reconocimiento de la prima técnica a los niveles directivo, asesor o ejecutivo. Y el artículo 4° del mismo decreto se estableció a favor de quienes les fue otorgada dicha prima y que desempeñen cargos de niveles diferentes a los señalados anteriormente. Disponen dichas normas:

"Artículo 1. La prima técnica establecida en las disposiciones legales vigentes, sólo podrá asignarse por cualquiera de los criterios existentes, a quienes estén nombrados con carácter permanente en un cargo de los niveles directivo, asesor o ejecutivo, o sus equivalentes en los diferentes órganos y ramas del poder público".
(...)

"Artículo 4. Aquellos empleados a quienes se les haya otorgado prima técnica, que desempeñen cargos de niveles diferentes a los señalados en el presente decreto, continuarán disfrutando de ella hasta su retiro del organismo o hasta que se cumplan las condiciones para su pérdida, consagradas en las normas vigentes al momento de su otorgamiento" (Se resalta).

Considera la Sala que los empleados a los que se refiere el artículo 4° del decreto 1724 de 1997, son los del nivel profesional, técnico, administrativo y operativo, a quienes se les hubiere otorgado previamente la referida prestación.

En esas condiciones, el decreto 1724 de 1997 tuvo como propósito el de mantener la figura de la prima técnica por "Evaluación de desempeño" sólo respecto de los niveles directivo, asesor o ejecutivo y establecer un régimen de transición con respecto a los servidores públicos del nivel profesional, técnico, administrativo y operativo que previamente se les hubiera otorgado la prima técnica.

Ahora bien, para que la demandante se beneficie del régimen de transición establecido en el mencionado artículo 4°, es necesario hacer algunas precisiones:

Reitera la Sala que por este criterio "Evaluación de Desempeño" y de acuerdo con lo dispuesto en los decretos 1661 y 2164 de 1991, tendrán derecho a prima técnica los empleados que desempeñen, en propiedad, cargos que sean susceptibles de asignación de prima técnica, de acuerdo con lo establecido en el artículo 7° de este decreto, de los niveles directivo, asesor, ejecutivo, profesional, técnico, administrativo y operativo, o sus equivalentes en los sistemas especiales, y que obtuvieren un porcentaje correspondiente al noventa por ciento (90 %), como mínimo, del total de puntos de cada una de las calificaciones de servicios realizadas en el año inmediatamente anterior a la solicitud de otorgamiento.

Quiere decir lo anterior, que para obtener la asignación y lograr el otorgamiento de la prima técnica se requiere del cumplimiento de ciertos requisitos.

Es necesario señalar que el otorgamiento de la prima técnica equivale al pago mismo, a la satisfacción económica del derecho, previo el acto administrativo de asignación.

Expediente: 000-2013-00114
Demandante: NURYS BUELVAS
Acción: Nulidad y Restablecimiento
Demandado: DIAN.
Nº Interno 1751

15
131

Significa que la realización de la prima técnica está sometida a dos actos administrativos; el primero, por el cual se asigna o reconoce; y el segundo,

por el cual se ordena su pago. Este último acto solo podrá tener lugar en los casos en que previamente obre el correspondiente certificado de disponibilidad presupuestal. El acto de asignación de la prima técnica es de obligatoria expedición en todos los casos en que el candidato cumpla satisfactoriamente con los requisitos de ley.

Entonces, siendo la prima técnica una prestación que se otorga por el desempeño en el cargo y para lo cual es necesario que exista un acto de asignación, mal podría esta jurisdicción reconocerla, sin existir aquel, lo cual sólo es posible que lo realice la administración, por ser de su exclusivo resorte

Observa la Sala que el cargo desempeñado por la demandante pertenece al nivel administrativo, pero también advierte que dentro del expediente no obra acto administrativo de asignación de prima técnica, ni tampoco el que ordena su pago, que haga posible que la demandante se vea beneficiada del régimen de transición dispuesto en el artículo 40 del decreto 1724 de 1997, el cual exige que dicha prestación se haya otorgado para continuar disfrutando de ella.

Por lo tanto, el régimen de transición no beneficia a la demandante, motivo por el cual debe negarse su derecho a la prima técnica a partir de la vigencia del decreto 1724 de 1997, es decir, a partir del 11 de julio de 1997..."

(Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección "b". Consejero ponente: doctor: Alberto Arango Mantilla. Bogotá D.C., seis (6) de febrero de dos mil tres (2003). Radicación número: 23001-23-31-000-1999-1764-01. Número Interno: 1887-2002. Actor: Ana Osuna Contreras. Autoridades Departamentales)

Posteriormente el Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección "B". Consejero ponente: doctor Jesús María Lemos Bustamante. Bogotá D.C, el quince (15) de junio de dos mil seis (2006). Ref: expediente no 250002325000200208524 01.-No. Interno: 57922005.-Autoridades distritales.-Actora: María Celina naranjo de García señalo que:

"El régimen de transición Luego del Decreto 1661 de 1991 se expidió el Decreto 1724 del 4 de julio de 1997 que, en su artículo 10, restringió la prima técnica a los empleados de los niveles directivo, asesor, ejecutivo o sus equivalentes.

"Artículo 1. La prima técnica establecida en las disposiciones legales vigentes, sólo podrá asignarse por cualquiera de los criterios existentes, a quienes estén nombrados con carácter permanente en un cargo de los niveles directivo, asesor, o ejecutivo, o sus equivalentes en los diferentes órganos y ramas del poder público"

Con el propósito de respetar los derechos de quienes habían devengado la prima técnica antes de la expedición del Decreto 1724 de 1997 y no se encontraban comprometidos dentro de los empleos para los que esta disposición previó la prima técnica, la misma normativa estableció un régimen de transición en su artículo 4, cuyo tenor es el que sigue:

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

Expediente: 000-2013-00114
Demandante: NURYS BUELVAS
Acción: Nulidad y Restablecimiento
Demandado: DIAN.
Nº Interno 1751

17
133

decir que hubieren laborado para la respectiva entidad en la vigencia de la normativa mencionada y que, desde luego, cumplieran los requisitos legales exigidos por la misma.

Otro de los requisitos que se plantearon fue el que hubieran reclamado la prima técnica antes o después de la entrada en vigencia del Decreto 1724 de 1997, siempre que tuvieran derecho a la prima mencionada en vigencia del Decreto 1661 de 1991, así como que la entidad demandada injustificadamente hubiera guardado silencio frente a la petición o, se entiende, hubiera resuelto la misma en forma negativa, como ocurrió en el sub judice.

Esta tesis reconoce el derecho a la prima técnica a quienes lo perdieron por no pertenecer a los niveles directivo, asesor, ejecutivo o sus equivalentes, restricción impuesta por el Decreto 1724 de 1997, siempre que cumplan con las condiciones señaladas en precedencia y referida de modo exclusivo a la prima por evaluación de desempeño..." (negrilla ajenas al texto).

Sobre La Incorporación Automática De La Demandante Carrera Administrativa

Como la prima técnica está consagrada para los funcionarios que ostenten un cargo en propiedad en la planta de personal de la Entidad, la demandante, debe demostrar que cumple con este requisito, pero no aporta prueba que así lo demuestre, que su incorporación a la carrera administrativa se haya realizado porque accedió al cargo que desempeña mediante concurso público de méritos, ya que su inscripción en la carrera se efectuó en forma automática por disposición del Decreto 2117 de 1991, mediante el cual se fusionó la Dirección de Impuestos con la Dirección de Aduanas.

Por la razón antes expuesta, la demandante, no cumple con el requisito de ostentar un cargo permanente en la planta de personal de la Entidad, hecho por el cual, tampoco tiene derecho al reconocimiento y pago de la prima técnica.

Sobre la incorporación automática en carrera administrativa en virtud de lo establecido en el Decreto 2117 de 1992, se pronunció el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, señalando:

"(...)

Por medio del artículo 125 de la Constitución Política se fijó como principio general que los empleados son de carrera administrativa, exceptuando los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción y los trabajadores oficiales según las distintas funciones que correspondan a la entidad u organismo. Así mismo, estableció que el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se haría con el cumplimiento de los requisitos y condiciones que 'fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes, dispuso dicha norma:

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

Así entonces el régimen de carrera administrativa, previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes, racionaliza el ejercicio de la función pública, a través de un sistema que regula de manera objetiva los criterios para el ingreso, permanencia, ascenso

Expediente: 000-2013-00114
Demandante: NURYS BUELVAS
Acción: Nulidad y Restablecimiento
Demandado: DIAN.
Nº Interno 1751

134

y retiro del servicio y que elimina el uso de factores subjetivos y aleatorios en la designación de los funcionarios estatales.

De acuerdo con lo anterior, la Sala amparada en el artículo 4° de la Constitución Política, inaplicará por inconstitucional el artículo 116 del Decreto 2117 de 1992, al observar una clara violación al artículo 125 del mandato superior, que exige la convocatoria a concursos públicos para proveer los cargos de carrera, así, como la vulneración de 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).

Igualmente se advierte que respecto a la inaplicación de dicha regulación, la H. Corte Constitucional en sentencia T 80A de 10 de octubre de 2007, M.P. (e) Dra. Catalina Botero Marino, expediente T-1599528, se pronunció en un caso igual donde el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y el H. Consejo de Estado inaplicaron dicha disposición, refirió la providencia:

(...)

Así las cosas, para que el señor Ruiz Muñoz pudiera ser merecedor de la prima técnica solicitada, tendría primero que cumplir con el requisito de estar nombrado en propiedad en el cargo respecto del cual solicita la prestación; sin embargo, en el plenario no se probó que se encontrara inscrito en carrera administrativa. De esta forma, al no haberse demostrado dicha circunstancia, sobre el estudio de los demás requisitos relacionados con la experiencia altamente calificada, como también la fecha de solicitud de esta emolumento y, las demás condiciones del régimen de

transición previsto en el artículo 4 del Decreto 1724 de 1997" (Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, Sentencia del 16 de abril de 2012, expediente: 2009-00213, M.P. Luis Alberto Álvarez Parra, Demandante: Julio Cesar Ruiz Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Tiene razón el Tribunal cuando afirma, que para tener derecho al reconocimiento y pago de la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada, se requiere ostentar un cargo permanente en la planta de personal de la Entidad, al cual se debe acceder mediante concurso público de méritos, requisito que no cumple la demandante, y si se tiene en cuenta la razón de ser de la prima técnica, que es la de atraer o mantener al servicio del estado a personal con estudios de formación avanzada y experiencia altamente calificada, funcionarios que ocupen cargos en la planta de personal, pero que haya accedido a la misma por méritos, los cuales son reconocidos además con el reconocimiento de la prestación tantas veces mencionada.

PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO.

Igualmente se observa que dentro de las pretensiones de la demanda a título de restablecimiento del derecho, existe otro obstáculo que impide la pretensión, cual es la prescripción de sus peticiones, al señalar que se ordene la reliquidación y pago de la prima técnica (no señala a partir de cuando)", pues en el evento remoto e improbable que se accediera a la pretensión lo cual jurídicamente es imposible y que solo para efectos del debate que nos ocupa hacemos alusión, el mismo estaría prescrito pues las acciones correspondientes a los derechos que exige (sin tener derecho a ellos) prescribe en tres **3 años** desde que la respectiva obligación se hace exigible y de la pretensión señalada se deduce que ha transcurrido más de ese término, prescripción que se hace extensiva a todos los conceptos que de ella se deriven.

Por lo tanto y teniendo en cuenta que la prescripción se encuentra regulada en el Decreto 1848 de 4 de noviembre de 1969, reglamentario del Decreto 3135 de 26 de diciembre de 1968, por medio del cual se dispuso la integración de la Seguridad Social entre el sector

Expediente: 000-2013-00114
Demandante: NURYS BUELVAS
Acción: Nulidad y Restablecimiento
Demandado: DIAN.
Nº Interno 1751

99
135

privado y público, en concordancia con el artículo 102, que prescribe las acciones que emanan de los derechos al cabo de tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible, de manera atenta le solicito se dé plena aplicación.

5. PRUEBAS

Adjuntaremos como prueba en copia auténtica los siguientes documentos:

1. HISTORIA LABORAL U HOJA DE VIDA de la funcionaria **NURYS DEL CARMEN BUELVAS CARBALLO**, identificada con la C.C. No. 45.452.322.
2. Antecedentes administrativos que dieron lugar a la expedición de los siguientes actos administrativos, proferidos por el Director General de la U.A.E. DIAN:
 - Oficio No. 100000202-000665 de abril 13 de 2012, con la que se negó petición inicial.
 - Resolución 3914 del 31 de mayo del 2012, por medio del cual se resuelve un recurso de reposición.
 - Igualmente Actas de Comité de Desempeño, del tiempo durante el mencionado funcionario ha estado vinculado a la Entidad.

Los anteriores documentos han sido solicitados a la Subdirección competente del Nivel Central de la DIAN y que custodia las Historias Laborales de los funcionarios de la entidad que represento, por lo que los mismos serán remitidos a este proceso judicial lo más pronto posible, para el efecto, anexamos a la presente Copia del Correo Electrónico dirigido a la Jefe de Historias Laborales DIAN-NIVEL CENTRAL solicitándole la remisión de los documentos mencionados.

5. PETICION

Por todo lo anterior, solicitamos se mantenga la legalidad de los actos acusados, toda vez que no se demostró su inconformidad con la Constitución Política y las Leyes.

6. ANEXOS

- Poder para actuar y soportes
- Correo Electrónico dirigido a la Jefe de Historias Laborales DIAN-NIVEL CENTRAL solicitándole la remisión de los documentos mencionados en el acápite de pruebas

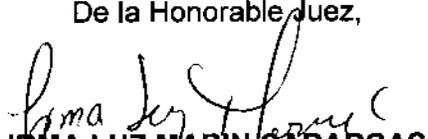
Expediente: 000-2013-00114
Demandante: NURYS BUELVAS
Acción: Nulidad y Restablecimiento
Demandado: DIAN.
Nº Interno: 1751

20
136

7. NOTIFICACIONES

Las recibiré por Secretaría de su Despacho o en las oficinas de la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena, División de Gestión Jurídica Aduanera de la UAE Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales ubicadas en el Edificio de la Aduana, Barrio Manga, tercera avenida, Calle 28 Nº 25-76 de esta ciudad.

De la Honorable Juez,


IRMA LUZ MARIN CABARCAS
C.C. 22.792.888 de Cartagena
T.P. 132.956 del C. S. de la J.