

### **ACCION DE TUTELA – Noción / ACCION DE TUTELA – Requisito de subsidiariedad e inmediatez**

Según lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona puede hacer uso de la acción de tutela para reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando quiera que sean violados o amenazados por la acción o la omisión de las autoridades, o de particulares en los casos que señala la ley, y procede sólo cuando el afectado no disponga de otro medio judicial de defensa, salvo que la utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Esta acción tiene dos particularidades esenciales a saber: la subsidiariedad y la inmediatez; la primera, por cuanto sólo resulta procedente cuando el perjudicado no disponga de otro medio de defensa judicial, a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable y; la segunda, porque se trata de un instrumento jurídico de protección inmediata que es viable cuando se hace preciso administrar la guarda efectiva, concreta y actual del derecho fundamental sujeto a vulneración o amenaza.

### **ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL – Presupuestos para su procedencia excepcional**

Se ha señalado que son presupuestos generales de procedencia de la acción de tutela, (a) Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional: lo anterior porque el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones. (b) Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable: señala la Corte Constitucional que de no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales. (c) Que se cumpla el requisito de la inmediatez: es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración. (d) Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora: con fundamento en este presupuesto, se precisa que la irregularidad debe comportar grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad; la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio. (e). Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible: indica la Corte que esta exigencia es comprensible, pues sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos. (f). Que no se trate de sentencias de tutela: lo anterior se justifica bajo el riguroso proceso de selección que hace la Corporación.

**PRIMA TECNICA - Es posible acreditar el requisito de experiencia altamente calificada con el desempeño de funciones en el cargo para el cual solicita el reconocimiento**

Concluye la Sala que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca no consideró que de acuerdo a lo señalado en la Resolución 3682 de 1994, se puede acreditar la experiencia profesional altamente calificada, entre otras formas, con el desempeño de cargos del sector hacendario, dentro del cual se encuentra la DIAN, por lo que al omitir realizar un pronunciamiento al respecto se vulneran los derechos fundamentales alegados por la accionante. A juicio de la Sala, los calificativos empleados por el juez de segunda instancia constituyen un requisito adicional que no se encuentra contemplado en las normas que regulan la prima técnica; así como tampoco en la jurisprudencia proferida sobre la materia. Asimismo, se tiene que si bien el tribunal al momento de resolver la controversia tuvo en cuenta el contenido de la certificación laboral expedida por la Subdirectora de Gestión de Personal de la U.A.E. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, no realizó ningún análisis ni consideró lo dispuesto en el artículo 5º, numeral 4º, literal A de la Resolución No. 3682 de 1994, según la cual no exige una calificación especial en los datos contenidos en la certificación con la que se busca acreditar el requisito de experiencia altamente calificada, por lo que como se indicó en el párrafo anterior, la exigencia realizada por el juez resulta excesiva, toda vez que la misma entidad al regular el procedimiento para otorgar la prima técnica no exigió esa formalidad. Teniendo en cuenta lo expuesto, se encuentra demostrada la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad de la accionante, razón por la cual se accederá al amparo invocado.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION SEGUNDA**

**SUBSECCION B**

**Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE**

Bogotá D.C., dieciséis (16) de enero de dos mil catorce (2014)

**Radicación número: 11001-03-15-000-2013-02409-00(AC)**

**Actor: FANNY CECILIA OTALORA DE ESLAVA**

**Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA Y JUZGADO VEINTICUATRO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ<sup>1</sup>**

---

<sup>1</sup> Mediante auto admisorio del 30 de octubre de 2013 se estableció que aunque la acción de tutela se presentó contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, del análisis de los hechos se observa que cualquier decisión que se adopte dentro del presente trámite involucra al Juzgado Veinticuatro Administrativo de Bogotá como una de las autoridades accionadas.

Decide la Sala la solicitud de tutela presentada por Fanny Cecilia Otálora de Eslava contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F y el Juzgado Veinticuatro Administrativo de Bogotá.

## **I. ANTECEDENTES**

### **1. La solicitud y las pretensiones**

La señora Fanny Cecilia Otálora de Eslava en ejercicio de la acción de tutela solicitó la protección de sus derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso, los cuales estimó lesionados por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F y el Juzgado Veinticuatro Administrativo de Bogotá, por las decisiones adoptadas dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho presentado por la hoy actora contra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN.

Teniendo en cuenta lo anterior, solicitó: I) se ordene al tribunal accionado atender el precedente horizontal existente frente al caso y en consecuencia revocar el fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Veinticuatro Administrativo de Bogotá; II) se declare la nulidad de los actos acusados dentro del proceso ordinario; y III) se ordene que se reconozca en su favor la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada.

### **2. Los hechos**

Como hechos y consideraciones en los que sustenta sus pretensiones, la parte actora expuso los siguientes:

Señala la accionante que ingresó al servicio de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN el 24 de marzo de 1992, siendo inscrita en carrera administrativa el 1º de junio de 1993.

Manifiesta que posteriormente, el 15 de marzo de 1996 obtuvo título de especialización en Derecho Tributario y Aduanero de la Universidad Católica de Colombia.

Teniendo en cuenta lo anterior, el 3 de septiembre de 2010 presentó solicitud ante el Subsecretario de Personal de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, el reconocimiento y pago de la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada, teniendo en cuenta que a su juicio tenía derecho al reconocimiento por haber cumplido los presupuestos establecidos en los Decretos 1661 y 2167 de 1991 y en la Resolución No. 3682 del 16 de agosto de 1994 de la DIAN.

La anterior solicitud fue resuelta por la Subdirección de Gestión de Personal de la DIAN mediante Resolución No. 00214-06626 del 9 de septiembre de 2010, en la cual se negó el reconocimiento y pago de la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada.

La accionante interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación contra el acto administrativo indicado, los cuales fueron resueltos mediante Resoluciones 0011537 del 8 de noviembre de 2010, expedida por la Subdirección de Gestión de Personal de la DIAN y 0012873 del 6 de diciembre de 2010 de la Dirección de Gestión de Recursos y Administración Económica de la DIAN, confirmándose la negativa de reconocimiento y pago de la prima técnica solicitada.

Teniendo en cuenta lo anterior, la accionante presentó demanda en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos señalados, para lo cual indica que allegó la totalidad de los documentos que prueban la experiencia y requisitos para acceder a la prima técnica.

El conocimiento de la controversia correspondió por reparto al Juzgado Veinticuatro Administrativo de Bogotá, quien mediante sentencia del 27 de abril de 2012 negó las pretensiones de la demanda al considerar que los tres años de experiencia altamente calificada se debe contar a partir de la obtención del título de especialista, lo cual en el presente caso ocurrió el 15 de marzo de 1996.

Contra la anterior decisión, la parte demandante interpuso recurso de apelación, el cual fue resuelto por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F mediante sentencia del 31 de octubre de 2012, en la que se confirmó lo dispuesto en la sentencia de primera instancia.

Afirma la actora que existen varios pronunciamientos previos al emitido en

segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en los cuales se ha reconocido la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada a empleados de la DIAN, con fundamento en interpretaciones diferentes, proferidas por las Subsecciones B y D de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, así como en sentencias dictadas por los Tribunales Administrativos del Atlántico y de Santander, según las cuales la experiencia altamente calificada se empieza a contar a partir de la fecha en que se obtuvo el título profesional en el cargo respectivo.

### 3. Intervenciones

Mediante providencia del 30 de octubre de 2013, se ordenó la notificación a la parte accionada y se puso en conocimiento la admisión de la demanda de tutela a los terceros interesados en las resultas del proceso (fls. 27 y 28).

Surtidas las comunicaciones de rigor, **el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F** (fls. 35-44) señala en primer lugar los hechos que dieron origen a la controversia planteada ante esa Corporación en el proceso ordinario.

Igualmente, señala que una vez analizadas las pruebas dentro del proceso ordinario, así como los lineamientos jurisprudenciales sobre la prima técnica, concluyó ese tribunal que la actora no cumplía con los requisitos exigidos normativamente para ser beneficiaria de dicha prestación.

Afirma que de acuerdo a lo considerado por el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil y Sala Contenciosa Administrativa, los empleados que estimen ser beneficiarios de la prima técnica deben acreditar el cumplimiento de todos los requisitos exigidos para su otorgamiento, por lo que al no demostrarse por la interesada dentro del proceso ordinario, los jueces de conocimiento concluyeron que no había lugar a acceder a las pretensiones de la demanda.

Asimismo, indica que aunque existen casos proferidos por la misma Corporación en los cuales se han accedido a las pretensiones de la demanda, cada asunto es particular y la prosperidad de las pretensiones depende de que se acredite el cumplimiento de los requisitos para el reconocimiento de la prestación indicada anteriormente.

Asevera que lo pretendido en el presente caso por la actora es generar una tercera instancia en la cual se estudien nuevamente sus argumentos al encontrarse inconforme con las decisiones adoptadas por los jueces naturales del proceso.

Por su parte, **la Subdirectora de Gestión de Representación Externa de la Dirección de Gestión Jurídica de la UAE - Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales**, mediante escrito del 21 de noviembre de 2013 (fls. 47-51 vto.) expuso que la acción de tutela contra providencias judiciales resulta improcedente salvo en los eventos excepcionales en los cuales se cumplan los requisitos generales de procedibilidad y que a su juicio no están presentes en el caso de tutela.

## **II. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

### **1. Competencia**

La Sala es competente para conocer de la presente acción ejercida contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y el Juzgado Veinticuatro Administrativo de Bogotá, en virtud de lo dispuesto en el Decreto 1382 de 2000, el cual establece reglas para el reparto de la acción de tutela.

### **2. Generalidades de la acción de tutela**

Según lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona puede hacer uso de la acción de tutela para reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando quiera que sean violados o amenazados por la acción o la omisión de las autoridades, o de particulares en los casos que señala la ley, y procede sólo cuando el afectado no disponga de otro medio judicial de defensa, salvo que la utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Esta acción tiene dos particularidades esenciales a saber: la subsidiariedad y la inmediatez; la primera, por cuanto sólo resulta procedente cuando el perjudicado no disponga de otro medio de defensa judicial, a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable y; la segunda, porque se trata de un instrumento jurídico de

protección inmediata que es viable cuando se hace preciso administrar la guarda efectiva, concreta y actual del derecho fundamental sujeto a vulneración o amenaza.

### **3. La acción de tutela contra decisiones judiciales.**

El debate jurisprudencial sobre la procedencia de la tutela contra decisiones judiciales tiene génesis en la sentencia C-543 de 1992 de la Corte Constitucional que declaró la inexecutable del artículo 40 del Decreto 2591 de 1991. Más adelante, mediante sentencias de tutela, la misma Corte permitió de forma excepcional y frente a la amenaza de derechos fundamentales, el reexamen de la decisión judicial en sede de tutela, con la finalidad de establecer si el fallo judicial se adoptó, en apariencia revestida de forma jurídica, cuando en realidad envolvía una vía de hecho.

La vía de hecho entendida como una manifestación burda, flagrante y desprovista de todo vestigio de legalidad, es el principio que inspiró la posibilidad de instaurar la acción de tutela contra decisiones judiciales, pues no obstante el reconocimiento al principio de autonomía funcional del juez, quien la administra quebranta, bajo la forma de una providencia judicial, derechos fundamentales.

La evolución de la jurisprudencia condujo a que desde la sentencia T-231 de 1994 se determinaran cuáles defectos podían conducir a que una sentencia fuera calificada como vía de hecho, indicando que ésta se configura cuando se presenta, al menos, uno de los siguientes vicios o defectos protuberantes: (1) defecto sustantivo, que se produce cuando la decisión controvertida se funda en una norma indiscutiblemente inaplicable; (2) defecto fáctico, que ocurre cuando resulta indudable que el juez carece de sustento probatorio suficiente para proceder a aplicar el supuesto legal en el que se sustenta la decisión; (3) defecto orgánico, se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello; y, (4) defecto procedimental, que aparece en aquellos eventos en los que se actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

Esta doctrina constitucional ha sido precisada y reiterada en varias decisiones de unificación proferidas por la Sala Plena de la Corte Constitucional, entre las cuales se encuentran las sentencias SU-1184 de 2001 y SU-159 de 2002.

En la referida sentencia SU-1184 de 2001, la Corte Constitucional precisó el ámbito de la vía de hecho por defecto fáctico y señaló que la violación al debido proceso ha de ser grave porque el juez de tutela tiene el deber de respetar, en el mayor grado posible, la valoración que del material probatorio hace el juez natural.

De ahí que se fijaron las siguientes pautas para constituir el anterior defecto:

*“cuando se omite la práctica o consideración de pruebas decisivas<sup>2</sup>, las pruebas existentes se valoran de manera contra-evidente<sup>3</sup>, se consideran pruebas inadmisibles<sup>4</sup> o cuando la valoración resulta abiertamente contraria a los postulados constitucionales. Empero, tal como lo sostuvo la Corporación en la sentencia T-025 de 2001<sup>5</sup>, las pruebas omitidas o valoradas indebidamente, “deben tener la capacidad inequívoca de modificar el sentido del fallo”, de suerte que si las pruebas en cuestión no son determinantes para la decisión, al juez de tutela le está vedado entrar a analizar la valoración que de ellas hizo el juez”.*

Y en la sentencia SU -159 de 2002 se dijo:

*“Finalmente, la Corte debe advertir, en concordancia con su propia jurisprudencia, que sólo es factible fundar una acción de tutela cuando se observa que de una manera manifiesta aparece arbitraria la valoración probatoria hecha por el juez en la correspondiente providencia. El error en el juicio valorativo de la prueba “debe ser de tal entidad que sea ostensible, flagrante y manifiesto, y el mismo debe tener una incidencia directa en la decisión, pues el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto, según las reglas generales de competencia”<sup>6</sup>.*

En otros de los apartes de la sentencia anterior, se efectúa la distinción entre el debido proceso de alcance constitucional del simplemente legal para referir que el primero de ellos comprende no solamente las garantías previstas en el artículo 29 de la C.P. sino agrupa todos los derechos constitucionales fundamentales:

---

<sup>2</sup> Sobre el particular ver, entre otras, sentencias SU-477 de 1997, T-329 de 1996. Sobre la omisión de práctica de pruebas decisivas ver sentencias T-488 de 1999, T-452 de 1998, T-393 de 1994, entre otras

<sup>3</sup> Sobre el particular ver, entre otras, la sentencia T-452 de 1998:

“en relación con la valoración que hacen los jueces de la pruebas dentro de un proceso, la posible configuración de una vía de hecho en la misma requiere de un comportamiento del funcionario que la adelanta, claramente irregular, en donde se impone su voluntad, en contravía de lo que puede arrojar objetivamente el cuaderno de pruebas allegado o solicitado para su práctica...”

<sup>4</sup> El artículo 29 de la Carta dispone que “[E]s nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”. En la sentencia T-008 de 1998 la Corte señaló al respecto:

“Esta Sala no puede menos que indicar que sólo en aquellos casos en los cuales la prueba nula de pleno derecho constituya la única muestra de culpabilidad del condenado, sin la cual necesariamente habría de variar el juicio del fallador, procedería la tutela contra la decisión judicial que la tuvo en cuenta, siempre y cuando se cumplan, por supuesto, los restantes requisitos de procedibilidad de la acción.”

<sup>5</sup> M.P. Eduardo Montealegre Lynett. En similar sentido T-329 de 1996 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

<sup>6</sup>Cfr. sentencia T-442 de 1994 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

*“El constituyente no abordó todas las posibles violaciones al debido proceso, de carácter legal, si no sólo aquellos elementos que forman parte del ámbito de protección constitucional”.*

El ámbito del debido proceso constitucional acorde a la referida sentencia, comprende “las formalidades legales esenciales”. En ese sentido, se adujo que correspondía al juez constitucional examinar si a pesar de la irregularidad que presente una prueba, pueden subsistir otras con fundamento en las cuales pudo adoptarse la decisión; vale decir, siempre que no haya sido determinante para la misma, a la prueba irregular se le resta importancia.

Igualmente aplicando los estrictos términos del artículo 86 de la C.P., es pertinente examinar la procedencia de la acción de tutela cuando aún existiendo medios de defensa judicial, aquélla se utilice como MECANISMO TRANSITORIO para evitar un perjuicio irremediable.

La evolución jurisprudencial, condujo a proferir la sentencia C-590/05, en la cual la Corte Constitucional resaltó el carácter sumamente excepcional de la acción de tutela, vale decir cuando de forma protuberante se vulneren o amenacen derechos fundamentales. La regla general de improcedencia de la acción de tutela contra tales decisiones, se expone en la anterior providencia al destacar que incluso las sentencias judiciales constituyen ámbitos ordinarios de reconocimiento y realización de los derechos fundamentales y además, porque el valor de cosa juzgada de las sentencias, la garantía del principio de seguridad jurídica y la autonomía e independencia son principios que caracterizan a la jurisdicción en la estructura del poder público.

En otro aparte la mencionada decisión, precisó:

*“...22. Con todo, no obstante que la improcedencia de la acción de tutela contra sentencias es compatible con el carácter de ámbitos ordinarios de reconocimiento y realización de los derechos fundamentales inherente a los fallos judiciales, con el valor de cosa juzgada de las sentencias y con la autonomía e independencia que caracteriza a la jurisdicción en la estructura del poder público; ello no se opone a que en supuestos sumamente excepcionales la acción de tutela proceda contra aquellas decisiones que vulneran o amenazan derechos fundamentales...”.*

En ese orden, se elaboró el test de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales, con la finalidad de destacar los eventos excepcionales de aplicación, los cuales deben satisfacerse plenamente en la tarea de identificar

cuándo una sentencia judicial puede someterse al examen de orden estrictamente constitucional, en aras de establecer si con la actuación se afectan derechos de relevancia constitucional o si la misma no alcanza a vulnerar tales derechos porque se profirió dentro del marco de actuación propio de los órganos judiciales ordinarios.

Tales presupuestos son: (a) Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional: lo anterior porque el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones. (b) Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable: señala la Corte Constitucional que de no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales. (c) Que se cumpla el requisito de la inmediatez: es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración. (d) Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora: con fundamento en este presupuesto, se precisa que la irregularidad debe comportar grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad; la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio. (e). Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible: indica la Corte que esta exigencia es comprensible, pues sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos. (f). Que no se trate de sentencias de tutela: lo anterior se justifica bajo el riguroso proceso de selección que hace la Corporación.

Igualmente, bajo el rótulo de las CAUSALES DE PROCEDIBILIDAD se rediseñó el ámbito de comprensión de la acción de tutela contra sentencias judiciales, superando la noción de VÍA DE HECHO por la de DECISIÓN ILEGÍTIMA con la finalidad de resaltar la excepcionalidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales, la cual solamente cuando tenga eminente relevancia constitucional resulta procedente.

Al respecto, indica los defectos o vicios que debe presentar la decisión que se juzga: (a) Defecto orgánico: que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia (b) Defecto procedimental absoluto: que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido. (c) Defecto fáctico: que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión. (d) Defecto material o sustantivo: como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión. (e) Error inducido: que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales. (f) Decisión sin motivación: que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones. (g) Desconocimiento del precedente: según la Corte Constitucional, en estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado. (h) Violación directa de la Constitución: procede cuando la decisión judicial supera el concepto de vía de hecho, es decir, en eventos en los que si bien no se está ante una burda trasgresión de la Carta, si se trata de decisiones ilegítimas que afectan derechos fundamentales.

La Sala se ha detenido en el análisis de la posición de la Corte Constitucional respecto de la procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales, no porque considere que deba seguir estrictamente sus criterios interpretativos, sino por otras importantes razones:

La primera es que en este aspecto, comparte plenamente la idea cardinal de que en el Estado Social de Derecho la prevalencia de los derechos fundamentales

compromete la actuación de “cualquier autoridad pública” (C. P. artículo 86) incluidos desde luego los jueces de la República de todas las jurisdicciones y rangos y sus respectivos órganos de cierre.

En segundo lugar, se trae a colación la jurisprudencia constitucional respecto de la tutela contra decisiones judiciales por cuanto muestra que ha sido la misma jurisdicción constitucional la que se ha encargado de destacar, que si bien la acción resulta procedente, ella es absolutamente excepcional y no puede significar, en modo alguno, una prolongación indefinida del debate jurídico.

En tercer lugar porque la metodología contenida en la jurisprudencia constitucional para verificar si una decisión judicial debe o no ser tutelada, constituye un valioso mecanismo para resolver el asunto, cuya adopción facilita el análisis de este complejo problema.

Finalmente es pertinente destacar, que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, que había sostenido que la acción de tutela es improcedente para controvertir decisiones judiciales<sup>7</sup>, rectificó su posición mediante la sentencia del 31 de julio de 2012<sup>8</sup>, en el sentido de disponer que la acción constitucional es procedente contra providencias, cuando vulneren derechos fundamentales, observando los parámetros fijados jurisprudencialmente, así como los que en el futuro determine la Ley y la Jurisprudencia, parámetros que esta Subsección con anterioridad al fallo antes señalado viene aplicando en los términos arriba expuestos<sup>9</sup>.

#### **4. Problema jurídico**

Corresponde a la Sala establecer si con la decisión proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y el Juzgado Veinticuatro Administrativo de

---

<sup>7</sup> Sobre el particular pueden consultarse las siguientes providencias de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado: **1)** 29 Ene. 1992, r AC – 009, Dolly Pedraza de Arenas. **2)** 31 Ene. 1992, r AC – 016, Guillermo Chahín Lizcano. **3)** 3 Feb. 1992, r AC – 015, Luis Eduardo Jaramillo. **4)** 27 Ene. 1993, r AC-429, Carlos Arturo Orjuela Góngora. **5)** 29 Jun. 2004, e 2000-10203-01, Nicolás Pájaro Peñaranda. **6)** 2 Nov 2004. e 2004-0270-01, Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. **7)** 13 Jun. 2006, e 2004-03194-01, Ligia López Díaz. **8)** 16 Dic. 2009, e 2009-00089-01, Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta.

<sup>8</sup> Expediente 11001-03-15-000-2009-01328-01. C.P. María Elizabeth García González.

<sup>9</sup> Entre otras, de esta Subsección pueden consultarse la siguiente providencias: **1)** 28 Ago. 2008, e 2008-00779-00, Gerardo Arenas Monsalve. **2)** 22 Oct. 2009, e 2009-00888-00, Victor Hernando Alvarado Ardila. **3)** 22 Oct. 2009, e 2009-00889-00, Victor Hernando Alvarado Ardila. **4)** 3 Feb. 2010, e 2009-01268-00, Gerardo Arenas Monsalve. **5)** 25 Feb. 2010, e 2009-01082-01, Victor Hernando Alvarado Ardila. **6)** 19 May. 2010, e 2010-00293-00, Gerardo Arenas Monsalve. **6)** 28 Jun. 2011, e 2010-00540-00, Gerardo Arenas Monsalve. **7)** 30 Nov. 2011, e 2011-01218-00, Victor Hernando Alvarado Ardila. **8)** 2 Feb. 2012, e 2011-01581-00, Gerardo Arenas Monsalve. **9)** 23 Feb. 2012, e 2011-01741-00, Victor Hernando Alvarado Ardila. **10)** 15 Mar. 2012, e 2012-00250-00, Gerardo Arenas Monsalve.

Bogotá dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por la hoy accionante, contra la DIAN, se vulneraron los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad, al considerar que no se logró demostrar el cumplimiento del requisito de experiencia altamente calificado requerido para el reconocimiento de la prima técnica.

#### **5. Análisis del caso concreto**

Al analizar los argumentos expuestos por la accionante, observa la Sala que en síntesis plantea que con las decisiones adoptadas por el Juzgado Veinticuatro Administrativo de Bogotá y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por Fanny Cecilia Otálora de Eslava contra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, se vulneran sus derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad.

Lo anterior, porque afirma que los jueces de conocimiento al resolver la controversia planteada decidieron negar las pretensiones de la demanda al considerar que la demandante no demostró el cumplimiento del requisito de experiencia altamente calificada para que se pudiera ordenar el reconocimiento y pago de la prima técnica.

A juicio de la accionante, las decisiones acusadas desconocen sus derechos fundamentales, ya que no tienen en cuenta que el cumplimiento de ese requisito no debe contarse a partir de la fecha en que se obtiene el título como especialista, sino desde que se obtiene el título profesional.

Igualmente, señala que en este sentido se han pronunciado otros tribunales, y por lo tanto han accedido a las pretensiones de la demanda, al considerar que sí había lugar a reconocer la prima técnica contando el tiempo para el cumplimiento del requisito de experiencia altamente calificada a partir de la fecha en que el interesado obtiene el título profesional en el cargo respectivo.

Visto lo anterior, considera la Sala que debe revisarse en primer lugar el contenido de las sentencias acusadas proferidas dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por la hoy actora.

- **Sentencia del 27 de abril de 2012 proferida por el Juzgado Veinticuatro Administrativo de Bogotá.**

*"(...) Ahora, en lo que tiene que ver con la experiencia altamente calificada, se precisa que, tal requisito va ligado íntimamente a la formación avanzada. De manera tal que el tiempo exigido debe contarse a partir de la obtención del respectivo título.*

*Constata el despacho que este último requisito no está satisfecho por la accionante, pues es a partir del 15 de marzo de 1996 (fecha de obtención del título de especialista) que empieza a contarse los tres (3) años de experiencia requeridos.*

*En ese orden de ideas, puede válidamente afirmarse que la demandante no cumplía los requisitos para ser beneficiaria del otorgamiento de la prima técnica por el criterio en mención. Ya que a la fecha de entrada en vigencia del decreto 1724 de 1997, ella no cumplía con los requisitos exigidos para, ser beneficiaria del régimen de transición y excepciones hechas en esta norma, para tener derecho a la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada en su cargo profesional. (...)"*

- **Sentencia del 31 de octubre de 2012 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F.**

*"(...) Conforme a la pauta jurisprudencial, y a la certificación obrante a folios 4 a 14, donde constan los cargos y funciones desempeñadas por la actora, no indican que en el ejercicio del cargo de profesional, hubiese tenido una experiencia altamente calificada, antes de entrada en vigencia el decreto 1724 de 1997, solo indica que desarrolló las funciones propias del cargo, sin asomo de un ejercicio especial, difícil, excelente y arduo. Toda vez, que la experiencia demostrada, es la experiencia normal para el ejercicio del cargo de profesional, es decir, el conocimiento de las habilidades y las destrezas adquiridas (sic) a través del ejercicio del empleo, dentro de la misma entidad, común atribuible a los demás empleados que ejercen cargos similares al de la demandante. Por lo tanto, la actora solo acreditó tener una basta experiencia en el ejercicio normal de su cargo en el nivel profesional, más no una experiencia altamente calificada en este, durante el término de vigencia del Decreto 1661 de 1991, esto es, antes del 11 de julio de 1997, fecha en que entro en vigencia el Decreto 1724 de 1997.*

*Se precisa, que la prima técnica no es un beneficio general para todo tipo de personal, aun dentro del mismo nivel de empleo, porque tiene el carácter de selectivo, buscando retener en el servicio público a funcionarios de las más altas calidades profesionales, por lo tanto, el sólo ejercicio de las funciones del cargo no significa experiencia altamente calificada.*

*En estas condiciones, de conformidad con la jurisprudencia en el sentido que para ser beneficiario de la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada, se debe acreditar tanto el título de formación avanzada y la experiencia altamente calificada, concluye la Sala que la Señora FANNY CECILIA OTALORA DE ESLAVA, no tiene derecho al*

*reconocimiento y pago de la prima técnica por formación avanzada, debido a que no logró acreditar los requisitos antes de entrar en vigencia el Decreto 1724 de 1997. En consecuencia, habrá de confirmarse la sentencia del 27 de abril de 2012, proferida por el Juzgado Veinticuatro Administrativo de Descongestión del Circuito de Bogotá que negó las súplicas de la demanda. (...)*”

Visto el contenido de las sentencias acusadas se resalta en primer lugar, que los jueces de conocimiento negaron las pretensiones de la demanda al considerar que la señora Fanny Cecilia Otálora de Eslava no logró demostrar el cumplimiento del requisito de tres años de experiencia altamente calificada antes de la entrada en vigencia del Decreto 1724 de 1997.

Se observa que como fundamento de dicha decisión el juez de segunda instancia cita el concepto 2081 dictado por el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil del 2 de febrero de 2012, M.P. William Zambrano Cetina; sin embargo, al momento de concluir el asunto no realiza ningún análisis respecto al contenido de dicho concepto, pues en las consideraciones solo se hace su transcripción pero no se precisa el por qué para el caso, se considera que la experiencia adquirida por la accionante en el cargo de profesional no puede tenerse en cuenta para satisfacer éste requisito, máxime cuando de acuerdo a jurisprudencia de esta Sección sobre el tema, es posible acreditar el requisito de experiencia altamente calificada con el desempeño de funciones en el cargo para el cual solicita el reconocimiento, situación que no analizó el tribunal, pasando por alto que de acuerdo a lo probado en el proceso, la actora excede en dos años el cumplimiento de los requisitos mínimos para el desempeño del cargo que ocupa desde 1993.

De otra parte, al proceso ordinario se aportó copia de la Resolución No. 3682 del 16 de agosto de 1994 “Por medio de la cual se establece el procedimiento para otorgar Prima Técnica en la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales”, la cual fue también citada en la decisión de segunda instancia; omitiendo analizar por el juez al momento de decidir el contenido total del artículo 5º de dicho acto, en el cual se establece:

“Artículo 5. – PROCEDIMIENTO

(...)

4. Para el estudio individual de méritos se tendrá en cuenta además de lo establecido en la Ley los contemplados a continuación:

A. EN CUANTO A LA EXPERIENCIA:

Se entenderá por tal, los conocimientos, las habilidades, y las destrezas adquiridas a través del ejercicio del empleo y la práctica profesional en el ejercicio de cargos en entidades públicas o privadas, y el ejercicio independiente de la profesión.

Será aceptada como experiencia profesional altamente calificada, en primer lugar, la adquirida en el desempeño de los cargos del sector hacendario, (Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos Nacionales, la Unidad Administrativa Especial Dirección de Aduanas Nacionales, la Superintendencia de Control de Cambios y la actual Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales). En segundo lugar, la adquirida en el desempeño de cargos públicos o privados con posterioridad a la terminación de los estudios universitarios y en tercer lugar, la experiencia anterior a la terminación de estudios universitarios en el sector privado o público, caso en el cual deberá ser calificada por el Director.

La experiencia deberá acreditarse mediante certificados o constancias escritas, expedidas por las personas competentes. El ejercicio independiente de la profesión se acreditará con dos (2) declaraciones extrajuicio.

Los certificados o constancias sobre experiencia laboral deberá contener:

- Nombre o razón social de la entidad respectiva.
- Fechas de ingreso y retiro.
- Cargos desempeñados.
- Motivo del retiro.

Cuando se trate de declaraciones extrajuicio, éstas indicarán la actividad profesional, el tiempo y sitio del ejercicio de la misma. En todo caso este ejercicio deberá ser posterior a la obtención del título universitario.

(...)"

Visto lo anterior, concluye la Sala que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca no consideró que de acuerdo a lo señalado en la Resolución 3682 de 1994, se puede acreditar la experiencia profesional altamente calificada, entre otras formas, con el desempeño de cargos del sector hacendario, dentro del cual se encuentra la DIAN, por lo que al omitir realizar un pronunciamiento al respecto se vulneran los derechos fundamentales alegados por la accionante.

Ahora bien, se observa que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F al resolver el recurso de apelación consideró que con las pruebas allegadas al proceso no se logró establecer que la actora en el ejercicio del cargo de profesional hubiera tenido una experiencia altamente calificada, pues concluyó que las funciones que realizaba eran las propias del cargo, sin que se pudiera encontrar un ejercicio especial, difícil, excelente y arduo en el desarrollo de las mismas.

A juicio de la Sala, los anteriores calificativos empleados por el juez de segundo instancia constituyen un requisito adicional que no se encuentra contemplado en las normas que regulan la prima técnica; así como tampoco en la jurisprudencia proferida sobre la materia<sup>10</sup>.

Asimismo, se tiene que si bien el tribunal al momento de resolver la controversia tuvo en cuenta el contenido de la certificación laboral expedida por la Subdirectora de Gestión de Personal de la U.A.E. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, no realizó ningún análisis ni consideró lo dispuesto en el artículo 5º, numeral 4º, literal A de la Resolución No. 3682 de 1994, según la cual no exige una calificación especial en los datos contenidos en la certificación con la que se busca acreditar el requisito de experiencia altamente calificada, por lo que como se indicó en el párrafo anterior, la exigencia realizada por el juez resulta excesiva, toda vez que la misma entidad al regular el procedimiento para otorgar la prima técnica no exigió esa formalidad.

Teniendo en cuenta lo expuesto, se encuentra demostrada la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad de la accionante, razón por la cual se accederá al amparo invocado.

Bajo los argumentos que anteceden, se tutelarán los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso invocados por la señora Fanny Cecilia Otálora de Eslava; y en consecuencia se dejará sin efectos la sentencia proferida el 31 de octubre de 2012 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F; y se ordenará a dicha Corporación que dicte una nueva sentencia como juez de segunda instancia del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, en la que se analicen los aspectos que aquí se señalaron.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

---

<sup>10</sup> Sobre el reconocimiento de la prima técnica esta Subsección en sentencia del 27 de junio de 2013 (NI. 1880-2012), M.P. Gerardo Arenas Monsalve, indicó que la experiencia altamente calificada se puede adquirir por el funcionario en el desempeño de las funciones del cargo respecto del cual se exigen los requisitos para su reconocimiento.

## **FALLA**

**PRIMERO: TUTÉLANSE** los derechos al debido proceso y a la igualdad de Fanny Cecilia Otálora de Eslava, por las razones expuestas en esta providencia.

**SEGUNDO: DÉJESE SIN EFECTOS** la sentencia de 31 de octubre de 2012 dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho presentado por Fanny Cecilia Otálora de Eslava contra la DIAN, radicación No. 2011-00299.

**TERCERO: ORDÉNASE** al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F que en el término de 20 días contados a partir del recibo del expediente del proceso ordinario, dicte como juez de segunda instancia, una nueva sentencia, teniendo en cuenta los lineamientos que sobre el particular se expresaron en esta providencia.

**CUARTO:** Por Secretaría, devuélvase el expediente allegado en préstamo que contiene la acción de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por Fanny Cecilia Otálora de Eslava contra la DIAN, radicación No. 2011-00299

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Si no fuere recurrida, envíese a la CORTE CONSTITUCIONAL para su eventual revisión.

Discutida y aprobada en sesión de la fecha.

**GERARDO ARENAS MONSALVE**

**BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ**