

**CONSEJO DE ESTADO****SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO****SECCIÓN QUINTA****Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ**

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

Radicación número: 11001-03-15-000-2017-02232-01**Actora: LILIANA ASTRID MEJÍA PAZ****Demandado: CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B****Asunto: Fallo de segunda instancia. Tutela contra providencia judicial¹**

La Sala decide la impugnación interpuesta por la DIAN, por intermedio de apoderado, contra el fallo del 23 de noviembre de 2017, proferido por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, que amparó los derechos fundamentales invocados por la actora.

El amparo constitucional fue interpuesto por la señora **LILIANA ASTRID MEJÍA PAZ** el 29 de agosto de 2017, a través de apoderado (fl. 16), contra el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, en protección de sus derechos fundamentales al debido proceso y la igualdad.

I. ANTECEDENTES**1.1. Hechos**

La petición de amparo se fundamentó en los supuestos fácticos, que la Sala sintetiza así:

La actora indicó que adelantó el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) para que fuera declarada la nulidad de los actos administrativos que negaron el reconocimiento y pago de la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada.

¹ En el mismo sentido puede consultarse la sentencia del 15 de febrero de 2018, Radicación número: 11001-03-15-000-2017-02634-01, Actora: Jannette Gómez Velásquez. C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez



La primera instancia fue decidida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda Subsección B, que profirió sentencia del 15 de marzo de 2013 en la que negó las pretensiones de la demanda.

La actora presentó recurso de apelación que llevó a que el 16 de marzo de 2017 el Consejo de Estado Sección Segunda, Subsección B, confirmara la sentencia dictada por el *a quo*. El principal sustento de la decisión fue que la actora no reúne los requisitos para acceder a la prestación, ya que no es posible aplicar el Decreto 1724 de 1997, pues éste fue derogado de manera expresa por el artículo 6º del Decreto 1336 de 27 de mayo de 2003.

1.2. Fundamentos de la solicitud

La actora expone que la autoridad judicial demandada no valoró la Resolución 2453 del 30 de mayo de 1990, que demostraba que la señora **LILIANA ASTRID MEJÍA PAZ** fue nombrada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en el marco de un concurso de méritos y que por ende, daba por acreditado el desempeño del cargo en propiedad.

Señaló que la tutelada concluyó que la actora no desempeñó el cargo en propiedad por haber sido incorporada automáticamente por lo dispuesto en el Decreto 2117 del 29 de diciembre de 1992, pero no tuvo en cuenta que dicho decreto fue posterior a la incorporación a la planta de personal, que se hizo el 30 de marzo de 1990, por lo que los derechos de carrera administrativa fueron adquiridos con anterioridad a la expedición del mentado decreto, esto en vigencia de los Decretos 1661 y 2164 de 1991, lo que la hace beneficiaria del régimen de transición establecido en el Decreto 1724 de 1997.

1.3. Pretensiones

En concreto, formuló las siguientes pretensiones²:

“1. Se ordene al CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN “B”, DEJAR SIN EFECTOS la sentencia proferida el 16 de marzo de 2017, dentro del

² Folios 23 y 24 del expediente.



expediente 25000 2342000 2012-01313-01 Magistrado Ponente: Dr. CESAR PALOMINO CORTÉS.

2. Que la Sección Segunda, Subsección "B" de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, deberá realizar las gestiones necesarias para dictar una nueva sentencia en la que se tenga en cuenta todo el material probatorio existente en el expediente."

1.4. Trámite en primera instancia y contestaciones

La Sección Cuarta de esta Corporación, en auto del 31 de agosto de 2017 (fl. 51), admitió la acción de tutela y ordenó notificar al Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B y al Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda, Subsección B, y como terceros con interés a la DIAN y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

Remitidos los oficios correspondientes (folios 52 a 58) respondieron los siguientes sujetos:

1.4.1- Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B

El Magistrado Israel Soler Pedroza efectuó una síntesis de los hechos y los argumentos de las partes. Detalló cuáles fueron las pautas normativas que se tuvieron en cuenta para determinar los requisitos de la prima técnica y destacó que se realizó una valoración de la pruebas obrantes en el proceso, en el que se pudo constatar que la actora se vinculó a la DIAN desde el 15 de junio de 1990, no obstante fue vinculada automáticamente en la planta de personal de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos Nacionales hasta el año 1993 mediante la Resolución No. 1206 del 31 de mayo del mismo año, como consecuencia de lo previsto en el Decreto 2117 de 1993, norma que consagró el acceso a cargos públicos a través de un proceso público de selección.

Agregó que el argumento expuesto en el escrito de tutela consistente en que la actora fue vinculada a la entidad el 15 de junio de 1990 como consecuencia de un concurso de méritos realizado por el Ministerio de Hacienda, **no fue objeto de debate en el proceso ordinario**, pues tal situación no fue planteada en la demanda, razón por la cual no se le vulneró ningún derecho.



1.4.2.- DIAN

Esta entidad se opuso a las pretensiones de la acción de tutela e indicó cuál es la naturaleza de la prima técnica y qué requisitos son exigibles en todos los casos. Enfatizó que en el proceso ordinario la actora no acreditó que desempeñara el cargo en propiedad, que estuviera inscrita en la carrera administrativa y que se cumplieran las exigencias del Decreto 1661 de 1991. Refirió que la inscripción automática en la carrera es contraria al artículo 125 Superior, para lo cual citó la sentencia T-808 de 2007, que estudió un caso de un servidor de la DIAN.

Señaló que la sentencia de unificación del 19 de mayo de 2016³, dictada por la Sala Plena de la Sección Segunda, explicó que la incorporación automática a la planta de personal de la DIAN no otorgaba, para efectos del reconocimiento de la prima técnica, derechos de carrera.

Precisó que en virtud del artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, las autoridades judiciales están en el deber de tener en cuenta las sentencias de unificación del Consejo de Estado, deber que, justamente, acató la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado.

Bajo esas condiciones concluyó que no se configura el defecto sustantivo pues no existió una interpretación contraria a la razonabilidad del sistema jurídico.

El Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección B, pese a ser notificado en debida forma (Fl. 58), guardó silencio.

1.5. Decisión en primera instancia

La Sección Cuarta del Consejo de Estado, mediante sentencia del 23 de noviembre de 2017 (fls. 91 a 96) amparó los derechos fundamentales invocados por la actora al considerar que las autoridades judiciales accionadas incurrieron en defecto fáctico, porque omitieron valorar la Resolución 02453 del 30 de mayo de 1990, que acreditaba que el ingreso de la señora **LILIANA ASTRID MEJÍA PAZ** se dio por méritos y, por ende, sí acreditó que ocupaba

³ Expediente 05001-23-33-000-2012-00791-01.



un cargo en propiedad.

1.6. Impugnación

La DIAN, a través de su apoderado, impugnó la decisión tomada por la Sección Cuarta de esta Corporación. Luego de realizar un resumen de la sentencia impugnada, señaló las pruebas aportadas en el proceso ordinario y precisó que la Resolución 2453 del 30 de mayo de 1990 no fue allegada al acervo probatorio ni debatida por los jueces de conocimiento de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Indicó que *“al no allegarse la certificación solicitada por el tribunal, ni figurar en su hoja de vida esta acreditación, mal se hace en este momento dar relevancia jurídica a un documento que no fue relacionado como prueba en ese proceso”*

Después de citar la sentencia unificación proferida por la Sala Plena de la Sección Segunda del 19 de mayo de 2016, dentro del radicado 2012-00791-01, solicitó negar las pretensiones de la acción de tutela.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Esta Sala es competente para asumir el conocimiento de la impugnación presentada, según lo establecido por el Decreto No. 2591 de 1991⁴, el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto No. 1069 de 2015⁵ y por el artículo 2º del Acuerdo 55 de 2003⁶ de la Sala Plena del Consejo de Estado.

2. Problema Jurídico

Corresponde a la Sala determinar, conforme al escrito de impugnación, si la sentencia de primera instancia debe confirmarse, revocarse o modificarse. Esto implica establecer si se configura el defecto fáctico sobre la decisión enjuiciada.

⁴ “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”.

⁵ “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho”

⁶ “Por medio del cual se modifica el reglamento del Consejo de Estado”.



3. Generalidades de la acción de tutela contra providencias judiciales

Según el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un mecanismo preferente y sumario, que permite a cualquier persona reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos fundamentales siempre que sean violados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares en los precisos casos que indica el Decreto Ley 2591 de 1991.

Este instrumento de defensa se caracteriza por su trámite preferente, su residualidad y su subsidiariedad, a la luz del precepto superior que la consagra y del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 que la reglamenta, lo que permite advertir que el ejercicio de la tutela no es absoluto, está limitado por las causales de improcedencia allí contenidas, entre otros motivos, la relativa a la existencia de otros mecanismos de defensa judicial para garantizar la protección del derecho que se alega amenazado o vulnerado.

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de 31 de julio de 2012⁷, unificó la diversidad de criterios que la Corporación tenía sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales⁸, y en ella concluyó:

“si bien es cierto que el criterio mayoritario de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha sido el de considerar improcedente la acción de tutela contra providencias judiciales, no lo es menos que las distintas Secciones que la componen, antes y después del pronunciamiento de 29 de junio de 2004 (Expediente AC-10203), han abierto paso a dicha acción constitucional, de manera excepcional, cuando se ha advertido la vulneración de derechos constitucionales fundamentales, de ahí que se modifique tal criterio radical y se admita, como se hace en esta providencia, que debe acometerse el estudio de fondo, cuando se esté en presencia de providencias judiciales que resulten violatorias de tales derechos, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento Jurisprudencialmente”. Negrilla fuera de texto.

⁷ Sala Plena. Consejo de Estado. Ref.: Exp. No. 11001-03-15-000-2009-01328-01. ACCIÓN DE TUTELA - Importancia jurídica. Actora: NERY GERMANIA ÁLVAREZ BELLO. Consejera Ponente: María Elizabeth García González.

⁸ El recuento de esos criterios se encuentra en las páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñado.



Conforme al anterior precedente, es claro que la Corporación modificó su criterio sobre la procedencia de la acción de tutela y, en consecuencia, conforme a él, es necesario estudiar las acciones de tutela que se presenten contra providencia judicial y analizar si ellas vulneran algún derecho fundamental, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento por la jurisprudencia, como expresamente lo indica la decisión de unificación.

En efecto, sabido es que la tutela es un mecanismo residual y excepcional para la protección de derechos fundamentales como lo señala el artículo 86 constitucional y, por ende, la procedencia de esta acción constitucional contra providencia judicial no puede ser ajena a esas características.

La Corte Constitucional se ha referido en forma amplia⁹ a unos requisitos generales y otros específicos de procedencia de la acción de tutela, sin distinguir cuáles dan origen a que se conceda o niegue el derecho al amparo -procedencia sustantiva- y cuáles impiden efectivamente adentrarnos en el fondo del asunto -procedencia adjetiva.

Finalmente, se debe tener en cuenta que a partir de la sentencia del 16 de mayo de 2017 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo,¹⁰ se hace necesario estudiar en segunda instancia el cumplimiento de los requisitos generales de procedibilidad (procedencia adjetiva), aun si éstos no han sido objeto de impugnación.¹¹

4. Del defecto fáctico

En cuanto al defecto fáctico esta Sección, en desarrollo de las tesis jurisprudenciales de la Corte Constitucional, ha determinado el cumplimiento de unos deberes demostrativos a cargo de la parte actora tendientes a concretar en qué consiste la anomalía que

⁹ Entre otras en las sentencias T-949 del 16 de octubre de 2003; T-774 del 13 de agosto de 2004 y C-590 de 2005.

¹⁰ Ver Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 16 de mayo de 2017. Expediente 11001-03-15-000-2015-03386-01. Actor: Amadeo Tamayo Morón. C.P.: Dra. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

¹¹ Ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Sentencias del 19 de julio de 2017. Radicación 11001-03-15-000-2017-00139-01. Actor: Municipio de Palmira, Valle del Cauca. Fallo del 30 de noviembre de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 11001-03-15-000-2017-01471-01. Actor: Marco Fidel Rodríguez González y otros.



afectaría el debido proceso. Al respecto, se ha reiterado lo siguiente¹²:

“Esta Sala de Sección {sic} en decisión del 12 de noviembre del 2015 precisó los alcances y requisitos que deben atenderse al momento de alegarse la ocurrencia de un defecto fáctico en una providencia judicial, los cuales son traídos a colación en la presente decisión:

Los eventos de configuración del defecto fáctico son: i) omisión de decretar o practicar pruebas indispensables para fallar el asunto; ii) desconocimiento del acervo probatorio determinante para identificar la veracidad de los hechos alegados por las partes; iii) valoración irracional o arbitraria de las pruebas aportadas; y iv) dictar sentencia con fundamento en pruebas obtenidas con violación del debido proceso, los cuales tienen las siguientes características:

Evento	Características
Omisión de decreto y de práctica de pruebas indispensables para fallar el asunto	<p>Se da cuando la parte, con el fin de probar los hechos que alega, solicita al juez el decreto de una prueba relevante para resolver el problema jurídico sometido a consideración, y ésta fue negada; ello sin desconocer la facultad del juez ordinario de negar pruebas que no atiendan los requisitos de conducencia, pertinencia e idoneidad. Así las cosas, es importante considerar que no toda negativa a un decreto de pruebas abre la posibilidad a la configuración del defecto, ya que éste procederá cuando se rechace el decreto y práctica de la prueba que, solicitada oportunamente, no cumpla con los parámetros arriba señalados.</p> <p>De esta manera, se requiere:</p> <ul style="list-style-type: none">a) Que la parte identifique el elemento probatorio que solicitób) Que la parte demuestre que lo solicitó en oportunidad legalc) Se expongan las razones por las cuales la prueba solicitada era conducente, pertinente o idónea.d) Señalar de manera razonada la razón por la cual, de haberse decretado la prueba, el sentido de la decisión hubiere sido otro.
Desconocimiento del acervo	Se presenta cuando, obrando los elementos de convicción en el expediente, y estos resultan

¹² “Radicación No. 11001-03-15-000-2015-01471-01, Accionante: Jaime Rodríguez Forero; Accionado: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”. **Consejera Ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez**”. Negrilla es del original.



Evento	Características
probatorio determinante para identificar la veracidad de los hechos alegados por las partes	decisivos frente a los hechos que se pretenden probar, éstos no son tenidos en cuenta por el fallador ordinario. En este punto, se requiere que de forma específica, se concrete en el escrito de amparo, cuales pruebas, aportadas oportuna y legalmente, fueron desconocidas por el juez. Así las cosas, se configura siempre que: a) Se identifiquen los elementos de prueba no valorados por el juez. b) Se demuestre que éstos fueron aportados en forma legal y oportunamente al proceso c) Señale las razones por las cuales eran relevantes para la decisión d) Se precise, razonadamente, la incidencia de los mismos para variar el sentido del fallo.
Valoración irracional o arbitraria de las pruebas aportadas	Procede cuando, a la luz de los postulados de la sana crítica, la apreciación efectuada por el fallador, resulta manifiestamente equivocada o arbitraria, y por ello, el peso otorgado a la prueba se entiende alterado. Se requiere entonces que: a) La parte precise cuál o cuáles de las pruebas fueron objeto de indebida valoración por el juez b) La razón del por qué, en cada caso en particular, la consideración del operador judicial se aleja de las reglas de la lógica, la experiencia y la sana crítica. El segundo de los elementos señalados, resulta de vital importancia, pues es claro que un sencillo desacuerdo en relación con la conclusión a la cual arribó el juez de instancia, en ninguna manera puede ser razón para ordenar el amparo constitucional por este aspecto. Aceptar lo contrario, implicaría una sustitución arbitraria del juez natural.
Dictar sentencia con fundamento en pruebas obtenidas con violación del debido proceso	Refiere al supuesto cuando el fallador de instancia decide el asunto con base en pruebas que no observaron los requisitos legales para su producción o introducción al proceso. Así las cosas, el juez no ignora la prueba ni se equivoca en su apreciación, pero yerra al haberla tenido en cuenta para decidir el problema jurídico que le fue planteado, al ser ésta una prueba que



Evento	Características
	<p>desconoce el debido proceso de las partes.</p> <p>Para su configuración corresponde:</p> <ul style="list-style-type: none">a) Señalar con claridad los elementos probatorios aportados con violación al artículo 29 constitucional.b) Exponer las razones que sustentan dicha vulneración.c) Demostrar que estos elementos de convicción fueron el sustento de la decisión.

Como se ve en los elementos señalados, la parte accionante debe precisar mínimamente en su escrito el cargo que plantea, para demostrar no solo la configuración del defecto, sino también, su incidencia en la decisión judicial.

Lo anterior se suma a la exigencia de una carga argumentativa razonable para lograr la prosperidad del cargo, toda vez que, en el caso de una tutela contra una providencia judicial, están en juego valores importantes para el ordenamiento jurídico, como lo son la cosa juzgada y los derivados de los artículos 1º, 2º, 4º, 5º y 6º de la Constitución.”

De acuerdo a los argumentos de la demanda y la impugnación, se deduce que en este asunto se ha alegado la tipología de defecto fáctico relativa al “*Desconocimiento del acervo probatorio determinante para identificar la veracidad de los hechos alegados por las partes*”. Así las cosas, se comprueba que en este caso la actora identificó el elemento de prueba que se habría ignorado y demostró que el documento fue aportado de manera legal y oportuna al proceso de nulidad y restablecimiento del derecho.

En efecto, la Sección evidencia que la Resolución 2453 de 1990 se solicitó en la audiencia inicial que se llevó a cabo el 26 de julio de 2013¹³ y fue aportada¹⁴ en la audiencia de pruebas del 11 de julio del mismo año.¹⁵

5. Análisis del caso concreto

La DIAN en el escrito de impugnación, alegó que la Resolución 2453 del 30 de mayo de 1990 no fue allegada al acervo probatorio ni

¹³ Folios 152 al 155 del expediente en préstamo.

¹⁴ Resolución visible a folios 169 al 171 del expediente en préstamo.

¹⁵ Folios 160 al 162 del expediente ordinario.



debatida por los jueces de conocimiento de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Mientras que, en síntesis, la inconformidad de la parte accionante radica, en que la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que promovió contra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), no valoró la Resolución 2453 de 1990 en la que se demuestra que la actora fue incorporada a la planta de personal desde el 15 de junio de 1990, después de haber superado un concurso de méritos.

A juicio de la Sala, la parte demandante con el anterior motivo de inconformidad pretende acreditar la configuración de un defecto fáctico por desconocimiento de acervo probatorio, para lo cual cumplió con la carga mínima que le corresponde, pues señaló la prueba que considera desconocida, es decir la Resolución 2453 de 1990¹⁶, documento que valga la pena resaltar, que en la audiencia inicial¹⁷ se solicitó, a la parte demandante, que allegara al proceso certificación de los tiempos de ingreso y los cargos que había desempeñado, documento que se aportó en la audiencia de pruebas¹⁸ y con el cual se allegó la Resolución 2453 de 1990 y otras resoluciones, las cuales fueron puestas en conocimiento de la Dian sin que esta entidad hiciera ninguna objeción al respecto, lo que corrobora que su incorporación al expediente del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho se dio en cumplimiento de lo establecido en el artículo 212 del C.P.A.C.A. Mientras que la parte tutelada, ahora impugnante, intenta debatir una prueba que fue allegada en debida forma, situación que no refutó dentro del proceso ordinario.

En tal sentido se evidencia, que la peticionaria ilustró cómo a partir de la mencionada resolución, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público llamó a curso - concurso abierto mediante invitación 04765 del 4 de octubre de 1989, para proveer los cargos de profesional universitario 3020, grado 06 y coordinador 5005, grado 20 de la División de Fiscalización de las Administraciones de Impuestos y Aduanas Nacionales de las personas jurídicas y personas naturales

¹⁶ Documento visible a folios 169 al 171 del expediente en préstamo.

¹⁷ Folio 152 al 155 del expediente ordinario.

¹⁸ Folio 160 al 161 del expediente en préstamo.



de Bogotá, Cali, Medellín y Barranquilla de la Dirección General de Impuestos Nacionales y hechas las anteriores consideraciones, el artículo 2 de la mencionada resolución dispuso nombrar con carácter ordinario, en el cargo de coordinador 5005, grado 20 de la Dirección General de Impuestos Nacionales a la señora **LILIANA ASTRID MEJÍA PAZ**, en la ciudad de Bogotá.

Se evidencia con lo anterior, que la señora **LILIANA ASTRID MEJÍA PAZ** con la prueba dejada de valorar podría demostrar que ingresó por méritos al cargo de coordinador 5005, grado 20 de la Dirección General de Impuestos Nacionales antes de la incorporación dispuesta por el artículo 116¹⁹ del Decreto 2117 de 1992, *“por el cual se fusionan la Dirección de Impuestos Nacionales y la Dirección de Aduanas Nacionales en la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y se dictan otras disposiciones”*.

En la providencia judicial atacada se señaló como material probatorio estudiado el siguiente:

“Teniendo en cuenta el material probatorio allegado al expediente, advierte la Sala a folio 57 y siguientes del expediente copia de la Resolución núm. 1206 de 31 de mayo de 1993 por medio de la cual el Director de Impuestos y Aduanas Nacionales ordenó la incorporación de un número de empleados, entre ellos a la hoy demandante, a la planta de personal de la Unidad Administrativa Especial - Dirección de Impuestos

¹⁹ ARTICULO 116. PLANTA DE PERSONAL E INCORPORACIÓN DE FUNCIONARIOS. La planta de personal que se expida para la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, deberá recoger las plantas de las dos entidades que se fusionan, más los cargos necesarios para el cumplimiento de las funciones que en materia de control cambiario y de impuestos territoriales se asumen.

La planta seguirá la nomenclatura señalada en el Decreto 1865 de 1992, en cuanto a los funcionarios de carrera.

Los cargos de secretario general se asimilan al cargo de subdirector, los cargos de subsecretarios se asimilan al de jefe de oficina para efectos del reconocimiento de prima de dirección.

Para efectos de la incorporación a la nueva planta de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, que se entenderá realizada el primero de junio de 1993, los funcionarios de las Direcciones de Impuestos Nacionales y de Aduanas Nacionales, quedarán automáticamente incorporados e incluidos en carrera, sin ninguna formalidad ni requisito adicional.

La dirección de Impuestos Nacionales previamente a la fecha de incorporación a la nueva entidad, adoptará la nomenclatura y clasificación señalada en los incisos anteriores. Con el concepto previo y favorable de la Dirección General del Presupuesto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Para efectos de esta incorporación no se tendrán en cuenta los requisitos para ingreso, escalafonamiento, y el sistema de concursos de que trata el Decreto 1647 de 1991 y sólo se exigirá para la posesión la firma de la respectiva acta



Nacionales en virtud a lo dispuesto en el artículo 116 del Decreto 2117 de 1992.

En estos términos se lee el citado documento:

"[...] El Director de Impuestos y Aduanas Nacionales de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos Nacionales, en uso de las facultades conferidas mediante los artículos 15, 17, 22 y 23 del Decreto 1647 de 1991 y artículo 116 del Decreto 2117 de 1992.

Resuelve:

Artículo 1.- Incorpórase a la planta de personal de la Unidad Administrativa Especial – Dirección de Impuestos Nacionales, en los cargos que a continuación se relacionan, a las siguientes personas:

[...]

Profesional en Ingresos Públicos II, nivel 31, grado 21.

[...] Mejía Paz, Liliana Astrid 51810948 niv. 31 gr. 21 [...]."

Así mismo, a folio 26 y siguientes del expediente, se advierte copia del escrito de 14 de febrero de 2012 a través del cual la hoy demandante le solicitó a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, el reconocimiento y pago de una prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada de conformidad con lo previsto en los Decretos 1661 de 1991 y 2164 de 1991.

El 13 de abril de 2012, a través de Oficio núm. 100000202-000662, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, negó la referida petición argumentado que la Señora Liliana Astrid Mejía Paz no tenía derecho al reconocimiento del incentivo técnico previsto para los empleos públicos de los niveles directivo, asesor y jefe de oficina asesora de la administración en el orden nacional (fols. 2 a 9 del expediente).

La anterior decisión fue confirmada en todas sus partes por el Director General de la Unidad Administrativa Especial, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, a través de la Resolución núm. 4168 de 7 de junio de 2012, al resolver el recurso de reposición formulado en su contra por la hoy accionante (fols. 10 a 18 del expediente)²⁰

Como se evidencia la Resolución 2453 de 1990 no fue tenida en cuenta al momento de tomar la decisión de declarar que en "el caso concreto la vinculación laboral de la señora Liliana Astrid Mejía Paz no obedece a un nombramiento en propiedad toda vez que, su incorporación a la planta de personal de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, no estuvo precedida de un proceso público de selección a través del cual haya demostrado en igualdad de condiciones respecto de otros participantes su

²⁰ Folios 384 al 395 del expediente en préstamo.



idoneidad para desempeñar un empleo público en la referida Unidad Administrativa Especial.”²¹

Por lo tanto, la Sala estima que la autoridad judicial demandada incurrió en defecto fáctico, porque omitió valorar la Resolución 02453 del 30 de mayo de 1990, que acreditaba que el ingreso de la señora **LILIANA ASTRID MEJÍA PAZ** se dio por méritos y, por ende, sí acreditó que ocupaba un cargo en propiedad.

Por la misma razón, la falta de valoración del acervo probatorio significó para la parte accionante la vulneración de sus derechos al debido proceso y a la igualdad, pues sin tener en cuenta la fecha en la que la demandante ingresó a la Dian, se decretó su incorporación de forma automática y confirmó la sentencia de primera instancia que había negado las pretensiones de la demanda.

Por otro lado, es pertinente analizar que si bien en el escrito de impugnación no se hace referencia al defecto sustantivo alegado por la tutelante, al ordenar a la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado dictar una sentencia de reemplazo en la que se tenga en cuenta la prueba desconocida, es necesario que esta sea analizada a la luz de las normas que regulan la materia.

Se señala en el escrito de tutela que para la autoridad judicial accionada la actora no desempeño el cargo en propiedad por haber sido incorporada automáticamente por lo dispuesto en el Decreto 2117 del 29 de diciembre de 1992, sin tener en cuenta que dicho decreto fue posterior a la incorporación a la planta de personal, que se hizo el 30 de mayo de 1990, por lo que los derechos de carrera administrativa fueron adquiridos con anterioridad a la expedición del mentado decreto, esto en vigencia de los Decreto 1661 y 2164 de 1991, lo que la hace beneficiaria del régimen de transición establecido en el Decreto 1724 de 1997.

Pues bien, es necesario que la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado, al momento de estudiar la prueba desconocida, entre a analizar si la señora **LILIANA ASTRID MEJÍA PAZ** adquirió los derechos de carrera con la Resolución 2453 del 30 de mayo de 1990 y así las normas que regulan su situación son los Decretos Decreto 1661 y 2164 de 1991.

²¹ Folio 393 reverso del expediente ordinario.



Para la Sala es claro que, en cuanto al régimen de transición establecido en el Decreto 1724 de 1997²², al que hace referencia la parte actora, este solo aplica para aquellos empleados a quienes se les otorgó la prima técnica antes de su entrada en vigencia, requisito que en este caso no cumple la actora, ya que lo pretendido por ella, es precisamente el reconocimiento de esta.

Advertida la ocurrencia del defecto fáctico invocado, le corresponde a la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado, como juez natural del asunto y teniendo en cuenta **todo** el material probatorio solicitado en la audiencia inicial y aportado en la de pruebas, celebradas en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, verificar si la señora **LILIANA ASTRID MEJÍA PAZ** adquirió los derechos de carrera administrativa con anterioridad a la expedición del Decreto 2117 de 1992 y si cumple todos los requisitos para ser beneficiaria de la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada.

Se señala que la anterior es una actuación de competencia exclusiva de la corporación judicial accionada, pues aunque al juez de tutela le corresponde adoptar las medidas pertinentes cuando se advierte la configuración de alguna de las causales especiales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencia, ello no lo habilita para remplazar al juez natural del asunto en la adopción de las decisiones de su competencia.

Sobre la base de las consideraciones anteriores, y dado que la autoridad judicial demandada incurrió en defecto fáctico, habrá de confirmarse la decisión de 23 de noviembre de 2017 proferida por la Sección Cuarta.

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

²² 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 ella hasta su retiro del organismo o hasta que cumplan las condiciones para su pérdida, consagrada en las normas vigentes al momento de su otorgamiento.



FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de 23 de noviembre de 2017, dictada por la Sección Cuarta de esta Corporación, que amparó los derechos fundamentales de la señora **LILIANA ASTRID MEJÍA PAZ**, por las razones expuestas en esta providencia

SEGUNDO: NOTIFICAR a las partes y a los intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, **REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Presidente

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero

