

13001-33-33-011-2016-00190-01

Cartagena de Indias D. T. y C., veintitrés (23) de noviembre de dos mil veinte (2020)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13001-33-33-011-2016-00190-01
Accionante	MYRIAM ESTHER CHAMORRO QUINTANA ariasmontesinoandres@hotmail.com
Accionada	DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR contactenos@bolivar.gov.co SECRETARÍA EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR sedbolivar@sedbolivar.gov.co
Tema	PRIMA DE TÉCNICA - NIEGA
Magistrado Ponente	JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL

TURNO AL DESPACHO: REITERACIÓN LÍNEA JURISPRUDENCIAL PRIMA TECNICA

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala fija de decisión No. 01 del Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia de fecha veintiocho (28) de marzo de dos mil diecinueve (2019)¹, proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA.²

1.1. Hechos relevantes planteados por el accionante.

Se señalan como fundamentos fácticos de la demanda los que se relatan a continuación:

1. El 10 de abril de 1992, la señora Myriam Esther Chamorro Quintana ingresó a laborar como Auxiliar de Servicios Generales en la Institución Educativa Benjamín Herrera, del Municipio de Arjona (Bolívar).

¹ Folios 256-260 cdr.2

² Folios 1-17 cdr.1

13001-33-33-011-2016-00190-01

2. Mediante Resolución No. 161 de marzo 16 de 1995 expedida por el Departamento Administrativo del Servicio Civil, se inscribió a la señora Myriam Esther Chamorro Quintana en el escalafón de la carrera administrativa, y se afirma que en esa misma época adquirió la prima técnica.
3. Que la señora Myriam Esther Chamorro Quintana solicitó la reactivación y pago de la prima técnica por considerar que cumplía con todos los requisitos exigidos.
4. La Administración Departamental le negó las solicitudes en todas las ocasiones.
5. Para el año de 1994, la Secretaría de Educación del Departamento de Bolívar, otorgó la prima técnica a sus empleados, dejando por fuera a la señora Myriam Esther Chamorro Quintana, sin justificación razonable.
6. A la señora Myriam Esther Chamorro Quintana le fue reconocida la prima técnica mediante Resolución No. 520 del 1º de abril de 2003, adicionada con la Resolución No. 1601 del 8 de septiembre de 2003. En una segunda oportunidad se le reconoció mediante la Resolución No. 1394 del 25 de octubre de 2005, expedidas por la Gobernación de Bolívar.

1.2. Pretensiones de la demanda.

La demanda se dirige concretamente a que se declare:

- (i) La nulidad de los actos administrativos conformados por los actos administrativos sin número del 27 de abril de 2016, mediante el cual se negó la reactivación y el pago de la prima técnica más los intereses de los 4 meses del año 2007, y los años completos del 2008 al 2015 y años subsiguientes con sus respectivos intereses moratorios.

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho solicita que:

- (i) Se ordene a la entidad demandada a la asignación, reactivación y pago de la prima técnica de los 4 meses del año 2007, y los años completos del 2008 al 2015 y años subsiguientes con sus respectivos intereses moratorios.

13001-33-33-011-2016-00190-01

- (ii) Se pague el retroactivo de manera indexada, y además se condene al pago de intereses moratorios desde el momento en que se debió cancelar la prima técnica hasta que se dicte la respectiva sentencia.
- (iii) Se ordene la reliquidación de las prestaciones sociales del demandante, teniendo en cuenta la prima técnica como un factor salarial.

1.3. Normas violadas y concepto de violación.

La parte demandante señala como normas violadas las siguientes: los artículos 2 y 13 de la Constitución Política; artículo 39 de la Ley 200 de 1995; Decreto 1661 de 1991; Decreto 2164 de 1991; Resolución 3528 de 1993; Resolución 5737 de 1994.

Argumenta, que el Ministerio de Educación Nacional es un organismo que hace parte de la rama ejecutiva del Poder Público y se asignó la prima técnica para los funcionarios de esta planta, autorizándose además a través de la Resolución No. 3528 de 1993 el reconocimiento de la prima técnica para los Fondos Educativos Regionales, Colegios Nacionalizados, entre otros.

Añade que, en Resoluciones expedidas por la Gobernación de Bolívar se le reconoció y pagó a la demandante la prima técnica, por tanto es un derecho adquirido que no debió dejar de pagarse sin justificación. Asimismo, arguye que la demandante ingresó a la administración pública en 1992, antes que se expidiera el Decreto 1724 de 1997, siendo esta última legislación el principal argumento de la Gobernación de Bolívar para negarle la prima técnica.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.³

La Gobernación de Bolívar contestó la demanda, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones esbozadas en el escrito de demanda, por cuanto son debate en el presente proceso.

Fundamenta su defensa bajo los argumentos de (i) improcedencia de la prima técnica para funcionarios que laboran en las entidades territoriales; (ii) prima técnica reclamada no es un derecho adquirido; (iii) prima técnica no constituye factor salarial; (iv) inaplicabilidad material de las Resoluciones Nos. 520 del 01 de abril de 2003 y 1394 del 25 de octubre de

³ Folios 100-110 cdr 2

2005.

Afirma que para que se consolide el derecho al reconocimiento de la prima técnica, es necesario que se cumplan los requisitos establecidos en la Resolución 3528 de 1993, expedida por el Ministerio de Educación y modificado por el Decreto 1724 de 1997, el cual establece que para adquirir el mencionado derecho, el servidor debe ostentar un cargo en los niveles directivo, ejecutivo o asesor, y en el caso en concreto el nivel jerárquico que ostenta la demandante es ASISTENCIAL, por lo cual debe resolverse negativamente su solicitud.

3. ACTUACIÓN PROCESAL.

3.1. Sentencia de Primera Instancia.

Mediante sentencia de fecha veintiocho (28) de marzo de dos mil diecinueve (2019), el Juzgado Décimo Primero Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, negó las pretensiones de la demanda, por considerar que hubo un exceso en el otorgamiento del régimen de prima técnica a las entidades territoriales y a sus entes descentralizados, motivo por el cual fue declarado nulo en sentencia de 19 de marzo de 1998 del Consejo de Estado, el artículo 13 del Decreto 2164 de 1991. Siendo este último la base sobre la cual se edifica el derecho pretendido resulta ilegítimo, por lo tanto no se está en presencia de un derecho adquirido que merezca protección judicial.

3.2. Recurso de apelación.⁴

La parte demandante interpuso recurso de apelación, solicitando que se revoque la sentencia de primera instancia, y en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda; al respecto indicó que aunque la demandante no estaba en el cargo requerido por el Decreto Nacional 1724 de 1997, este último aclara que a quienes se les haya otorgado Prima Técnica, que desempeñen cargos de niveles diferentes a los señalados, continuarán disfrutando de la misma hasta su retiro del organismo. Es decir, mientras estuvo vigente el Decreto 1661 de 1991 la demandante reunía los requisitos para ostentar la prima técnica: 1) Estar inscrito en Carrera Administrativa o ser empleado de libre nombramiento y remoción 2) Haber sido evaluado satisfactoriamente; y 3) no haber sido sancionado disciplinariamente.

⁴ Folios 263-270 cdr.2

3.3. Trámite procesal segunda instancia.

A través del auto de fecha dos (02) de agosto de dos mil diecinueve (2019)⁵, el Despacho admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante. Mediante auto de fecha veinticuatro (24) de enero de dos mil veinte (2020)⁶, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.

3.4. ALEGACIONES.

La entidad demandada⁷ presentó alegatos finales.

La parte demandante no presentó alegatos de conclusión.

3.5. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El Ministerio Público no rindió concepto de fondo.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales se ejerció el control de legalidad ordenado por el artículo 207 CPACA. Por ello y como en esta instancia no se observan vicios que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede a resolver la alzada.

V.- CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA, el Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

En el caso concreto, la Sala precisa que limitará el análisis a lo decidido en la sentencia de primera instancia y a los argumentos expuestos en el escrito de apelación, en virtud de lo dispuesto por el artículo 328 del Código General del Proceso, de conformidad con el cual *“el juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos*

⁵ Folio 4 cdr.3

⁶ Folio 9 cdr.3

⁷ Folios 10 - 14 cdr.3

13001-33-33-011-2016-00190-01

expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley”.

2. ASUNTO DE FONDO

2.1. Problema jurídico.

La Sala encuentra que el problema jurídico se concreta en el siguiente cuestionamiento:

¿Tiene derecho la demandante al reconocimiento y pago de la prima técnica por evaluación de desempeño al ser empleado público del orden territorial y desempeñar un cargo de auxiliar en el Departamento de Bolívar?

En caso de resultar positivo el anterior cuestionamiento, se revocará el fallo apelado, de ser contrario se confirmará.

2.2. Tesis de la Sala.

La Sala confirmará la sentencia de primera instancia, por cuanto no le asiste el derecho a la parte demandante al reconocimiento de la prima técnica, toda vez que esta prerrogativa se dispuso para los empleados de nivel nacional y no para empleados de nivel territorial, a su vez, la demandante desempeñaba un cargo de auxiliar, el cual no está incluido en la ley para ser beneficiarios del derecho.

3. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.

3.1. La prima técnica por evaluación de desempeño.

En uso de las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 2 de la Ley 60 del 28 de diciembre de 1990, el presidente de la República expidió el Decreto Ley 1661 de 27 de junio de 1991, en cuyo artículo primero definió a la prima técnica como *«un reconocimiento económico para atraer o mantener en el servicio del Estado a funcionarios o empleados altamente calificados que se requieran para el desempeño de cargos cuyas funciones demanden la aplicación de conocimientos técnicos o científicos especializados o la realización de labores de dirección o de especial responsabilidad, de acuerdo con las necesidades específicas de cada organismo. Asimismo, será un reconocimiento al desempeño en el cargo, en los términos que se establecen en este Decreto»*. Se señaló además que tendrán derecho a gozar de este estímulo, según se

13001-33-33-011-2016-00190-01

determina más adelante, los funcionarios o empleados de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

El artículo 2 del mencionado decreto estableció dos criterios alternativos para el otorgamiento de la prima técnica, en los siguientes términos:

"Artículo 2.- Criterios para otorgar Prima Técnica. Para tener derecho a Prima Técnica serán tenidos en cuenta alternativamente uno de los siguientes criterios, siempre y cuando, en el primer caso, excedan de los requisitos establecidos para el cargo que desempeñe el funcionario o empleado. a)- Título de estudios de formación avanzada y experiencia altamente calificada en el ejercicio profesional o en la investigación técnica o científica en áreas relacionadas con las funciones propias del cargo durante un término no menor de tres (3) años; o, b)- Evaluación del desempeño. Parágrafo 1.- Los requisitos contemplados en el literal a) podrán ser reemplazados por experiencia altamente calificada en el ejercicio profesional o en la investigación técnica o científica en áreas relacionadas con las funciones propias del cargo durante un término no menor de seis (6) años. PARÁGRAFO 2.- La experiencia a que se refiere este artículo será calificada por el jefe de la entidad con base en la documentación que el funcionario acredite."

El artículo 3 ibídem señaló que para tener derecho a la prima técnica por el criterio de formación avanzada y experiencia altamente calificada se requiere estar desempeñando un cargo en los niveles profesional, ejecutivo, asesor o directivo; en tanto que la prima técnica por evaluación del desempeño podría asignarse en todos los niveles. A su vez, el parágrafo del mencionado artículo señaló que «En ningún caso podrá un funcionario o empleado disfrutar de más de una Prima Técnica».

Posteriormente, el Decreto Reglamentario 2164 de 17 de septiembre de 1991 señaló como beneficiarios de la prima técnica a «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».

En cuanto a la prima técnica por evaluación de desempeño, el artículo 5° dispuso:



13001-33-33-011-2016-00190-01

"ARTÍCULO 5. De la prima técnica por evaluación del desempeño. Por este criterio 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 del presente 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.

PARÁGRAFO.- Para el caso de los empleados que ocupen cargos de los niveles directivo, asesor y ejecutivo, a excepción de quienes ocupen empleos de jefes de sección, o asimilables a estos últimos, el desempeño se evaluará según el sistema que adopte cada entidad. Su cuantía será determinada por el jefe del organismo y en las entidades descentralizadas por las Juntas o Consejos Directivos o Superiores, según el caso."

Y en su artículo 13 estableció el otorgamiento de la prima técnica en las entidades territoriales en los siguientes términos:

"ARTICULO 13.- Dentro de los límites consagrados en el Decreto-ley de 1991 y en el presente Decreto, los Gobernadores y los Alcaldes, respectivamente, mediante decreto, podrán adoptar los mecanismos necesarios para la aplicación del régimen de prima técnica, a los empleados públicos del orden departamental y municipal, de acuerdo con las necesidades específicas y la política de personal que se fije para cada entidad."

De la lectura de la disposición en comento, se encuentra que el ejecutivo extendió el beneficio de la prima técnica, que en principio fue para los empleados del orden nacional, a los funcionarios del orden departamental y municipal y sus entidades descentralizadas.

Sin embargo; el Consejo de Estado en la sentencia del 19 de marzo de 1998, Consejero Ponente Silvio Escudero Castro⁸ declaró la nulidad de la citada disposición con base en los siguientes argumentos:

⁸ Radicado No. 11995. Sentencia de 19 de marzo de 1998.



13001-33-33-011-2016-00190-01

"[...] La potestad reglamentaria, que tiene un origen constitucional, ha sido concebida como la actividad que realiza el Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, en orden a desarrollar la ley para su correcta aplicación, cumplida ejecución y desenvolvimiento, facilitando su inteligencia, debiendo para ello, obrar dentro de los límites de su competencia sin sobrepasar, ni limitar, ni modificar los parámetros establecidos en aquella (...). El decreto que se expida en su ejercicio debe limitarse a dar vida práctica a la ley que tiene que desarrollar y solo puede desenvolver lo que explícita o implícitamente esté comprendido en la ley y, por tanto, no puede introducir normas que no se desprendan natural y lógicamente de sus disposiciones (...).

La Ley 60 del 28 de diciembre de 1990, revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias para modificar la nomenclatura, escalas de remuneración, el régimen de comisiones, viáticos y gastos de representación y tomar otras medidas en relación con los "empleos del sector público nacional". En concreto, frente a aspectos que interesan dentro del presente proceso, lo habilitó en el numeral 3 del artículo 21 para "Modificar el régimen de la prima técnica, para que además de los criterios existentes en la legislación actual, se permita su pago ligado a la evaluación del desempeño y sin que constituya factor salarial. Para el efecto, se determinará el campo y la temporalidad de su aplicación, y el procedimiento, requisitos y criterios para su asignación...". En desarrollo de las anteriores disposiciones el Presidente de la República expidió el Decreto 1661 de 1991, por medio del cual se modificó el régimen de prima técnica, señalándose en el artículo 9 lo siguiente:

"Otorgamiento de la Prima Técnica en las entidades descentralizadas. Dentro de los límites consagrados en el presente Decreto, las entidades y organismos descentralizados de la Rama Ejecutiva, mediante resolución o acuerdo de sus Juntas, Consejos Directivos o Consejos Superiores, tomarán las medidas pertinentes para aplicar el régimen de Prima Técnica, de acuerdo con sus necesidades específicas y la política de personal que adopten".

Una interpretación gramatical, sistemática, coherente, histórica y teleológica de los anteriores preceptos, llevar a establecer que cuando el artículo 91 del Decreto 1661 de 1991, se refiere al otorgamiento de la prima técnica de las entidades descentralizadas, abarca única y exclusivamente a las del orden nacional, habida cuenta que, se reitera, la Ley de facultades en su epígrafe es diáfana al respecto.

Ahora, bien, el Decreto 2164 de 1991, por el cual se reglamentó parcialmente el Decreto - ley 1661 de 1991, en su artículo 13 indicó:

13001-33-33-011-2016-00190-01

"Otorgamiento de la prima técnica en las entidades territoriales y sus entes descentralizados. Dentro de los límites consagrados en el Decreto-ley 1661 de 1991 y en el presente Decreto, los Gobernadores y los Alcaldes, respectivamente, mediante decreto, podrán adoptar los mecanismos necesarios para la aplicación del régimen de prima técnica, a los empleados públicos del orden departamental y municipal, de acuerdo con las necesidades específicas y la política de personal que se fija para cada entidad."

Al confrontar el texto de la Ley 60 de 1990 y del Decreto 1661 de 1991, en específico de su artículo 9, con el artículo 13 del Decreto 2164 de 1991, se advierte, sin lugar a equívocos, como se indicó en la providencia que decretó la suspensión provisional y en el auto que confirmó tal, determinación, que se desbordaron los límites de la potestad reglamentaria, al hacerse extensivo el otorgamiento del régimen de prima técnica a las entidades territoriales y a sus entes descentralizados, cuando en realidad de verdad, la intención del Legislador ordinario, al conferir las potestades extraordinarias, fue únicamente englobar o comprender a los empleos del sector público del orden nacional (...).

De acuerdo con lo expuesto, se encuentra que el gobierno Nacional con la expedición del artículo 13 del Decreto 2164 de 1991, extralimitó la facultad extraordinaria que la Ley 60 de 1990 le confirió al Presidente de la República, pues, éste solo podía modificar la nomenclatura, escalas de remuneración, el régimen de viáticos y gastos de representación relacionados con los empleos del sector público del orden nacional, y no para hacer extensiva la prima técnica a los empleados de los departamentos y municipios, por tal razón, la citada norma fue retirada del ordenamiento jurídico.

Ahora bien, el Decreto 1919 de 2002 «Por el cual se fija el Régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos y se regula el régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial», dispuso una homologación en materia de prestaciones sociales en el orden local con el sector Nacional, de manera que en el sector territorial no es procedente el reconocimiento de prestaciones diferentes a las ordenadas para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional. Al respecto su artículo 1 estableció:

"Artículo 1. A partir de la vigencia del presente decreto todos los, empleados públicos vinculados o que se vinculen a las entidades del sector central y descentralizado de la Rama Ejecutiva de los niveles departamental, distrital y municipal, a las asambleas



13001-33-33-011-2016-00190-01

departamentales, a los concejos distritales y municipales, a las contralorías territoriales, a las personerías distritales y municipales, a las veedurías, así como el personal administrativo de empleados públicos de las juntas administradoras locales, de las instituciones de educación superior, de las instituciones de educación primaria, secundaria y media vocacional, gozarán del régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional.

Las prestaciones sociales contempladas en dicho régimen serán liquidadas con base en los factores para ellas establecidas."

Del análisis del artículo anterior, el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia ha señalado lo siguiente:⁹

"No se discute que con la entrada en vigencia del Decreto, 1919 de 2002 se extendió a todos los empleados públicos vinculados o que se vinculen a las entidades del sector central y descentralizado de la Rama Ejecutiva de los niveles Departamental, Distrital y Municipal, así como el personal administrativo de empleados públicos de las Instituciones de Educación Superior del mismo orden, la aplicación del régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional contempladas en los Decretos 1042 y 1045 de 1978, lo que permite afirmar en principio que a partir de la vigencia del Decreto 1919 de 2002, resultarían aplicables a los empleados de las Instituciones de Educación Superior del nivel territorial los regímenes prestacionales de los empleados del orden nacional.

Sin embargo, es necesario decir que -aún con la equiparación realizada por el artículo 1 del Decreto 1919- la bonificación por servicios y la prima de antigüedad constituyen factores de salario conforme se deriva de los literales a) y g) del artículo 42 del Decreto 1042 de 1978, y corolario de ello no podrían regirse por el Decreto 1919 de 2002, por cuanto lo único que extendió éste al orden territorial fue el régimen de prestaciones sociales del nivel nacional.

De acuerdo con lo anterior, se tiene que no es viable tener como prestaciones sociales aquellas que han sido establecidas como factores salariales a través del Decreto 1042 de 1978, como es el caso de la prima técnica, sumado el hecho, como lo ha sostenido el Consejo de Estado, que la facultad de crear o extender al orden territorial prestaciones sociales o salariales, únicamente compete al Gobierno Nacional según lo dispuesto en la Ley 4ª de 1992, y no a las instituciones municipales, departamentales o distritales."

⁹ Sentencias del 28 de octubre de 2015. expediente: 2445-2014 Consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

13001-33-33-011-2016-00190-01

Consecuentemente, la Corte Constitucional en la sentencia C-402 del 3 de julio de 2013 declaró la exequibilidad de la expresión «del orden nacional» contenida en el artículo 1. Del Decreto 1042 de 1978, que por vía de excepción de inconstitucionalidad el Consejo de Estado venía inaplicando por estimar que vulneraba el derecho a la igualdad consagrado en el Art. 13 de la Carta Política, y por esa vía se tornaba factible el reconocimiento de prestaciones sociales dispuestos en el Decreto 1042 de 1978 a empleados públicos del orden territorial.

La sentencia de exequibilidad de la Corte Constitucional es posterior a todas las providencias del Consejo de Estado que constituían en cierta medida un precedente sobre la materia, con lo cual quedó zanjada la discusión, pues conforme al artículo 243 Superior «los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional».

4. CASO CONCRETO.

4.1. Hechos probados.

- Respuesta sin número de radicado de fecha 27 de abril de 2016, donde se niega la pretensión de la demandante a reactivar el pago de una prima técnica.¹⁰
- Certificado expedido por la Coordinadora de Grupo de Nómina y Novedades de la Secretaría de Educación de Bolívar donde se certifica que la demandante no presenta liquidación por concepto de prima técnica.¹¹
- Acta de posesión del 10 de abril de 1992 en el cargo de Operario simple de la demandante para prestar sus servicios en la Institución Educativa Benjamín Herrera de Arjona (Bolívar).¹²
- Acto Administrativo de 27 de junio de 1995 mediante el cual se inscribe en la Carrera Administrativa a la demandante en el empleo de Auxiliar de Servicios generales en Institución Educativa Benjamín Herrera de Arjona (Bolívar).¹³
- Resolución 520 de 01 de abril de 2003 mediante la cual se asigna Prima técnica a la demandante.¹⁴
- Certificados de evaluación del desempeño laboral, técnico, asistencial y operativo, donde consta la calificación de la

¹⁰ Folios 19-22 cdr.1

¹¹ Folio 23 cdr.1

¹² Folios 25 cdr.1

¹³ Folios 26 cdr.1

¹⁴ Folios 35-39 cdr.1

demandante.¹⁵

4.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.

Aterrizando al caso en estudio, considera la Sala que, no le asiste razón al demandante, cuando pretende que se ordene la asignación y reactivación del pago de la prima técnica, con el argumento que era un derecho adquirido.

Teniendo en cuenta la normatividad referida, se estableció en el **DECRETO 1661 DE 1991** lo siguiente:

“ARTÍCULO 9º.- Otorgamiento de Prima Técnica en las entidades descentralizadas. Dentro de los límites consagrados en el presente Decreto, las entidades y organismos descentralizados de la Rama Ejecutiva, mediante resolución o acuerdo de sus juntas, consejos directivos o consejos superiores, tomarán las medidas pertinentes para aplicar el régimen de Prima Técnica, de acuerdo con sus necesidades específicas y la política de personal que adopten.”

Adicionalmente, se reglamentó el Decreto anterior, mediante el **DECRETO 2164 DE 1991**, el cual estableció:

“ARTICULO 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.” (Subrayado fuera de texto).

¹⁵ Folios 137-215 cdr.1

13001-33-33-011-2016-00190-01

Sin embargo, tal como se precisó en el acápite anterior: “la Sección segunda del Consejo de Estado mediante sentencia del 19 de marzo de 1998 dentro del expediente No. 11955 y cuyo consejero ponente era el doctor Silvio Escudero Castro, declaró la nulidad del artículo ibídem, precisando que la expresión “*las entidades descentralizadas de la Rama Ejecutiva*”, contenida en el artículo 9 del Decreto 1661 de 1991, se refería a órganos del orden nacional.”¹⁶

Es menester destacar que en reiteradas jurisprudencias del Consejo de Estado se declaró los efectos “*ex nunc*” de la declaratoria de nulidad referida:

“No obstante a lo anterior, jurisprudencialmente el Consejo de Estado ha establecido que tendrán derecho a la prima técnica aquellos empleados territoriales que cumplan con los requisitos para la época en que estuvo vigente el artículo 13 del Decreto 2164 de 1991, es decir, hasta el 19 de marzo de 1998, fecha en la cual se declaró la nulidad del citado artículo, ya que después de esta fecha se presenta la pérdida de fuerza ejecutoria del acto de reconocimiento, por haber sido declarada nula la norma que lo regulaba.”¹⁷

*“La jurisprudencia del Consejo de Estado actualmente se mantienen vigentes dos posturas generales respecto de los efectos de las sentencias de nulidad, a las cuales puede acudir el operador judicial al momento de determinar los alcances de su decisión. La primera tesis jurisprudencial se refiere a las posibles consecuencias que la decisión judicial pueda tener sobre los efectos anteriores a ella que hayan sido producidos por los actos administrativos generales anulados. Así, los efectos «*ex tunc*» implican la eficacia retroactiva de la sentencia que decreta la nulidad de un acto administrativo. La segunda tesis se concreta en los efectos «*ex nunc*» e implica la carencia de esa eficacia, con lo que los efectos del acto administrativo anulado, producidos con anterioridad a la decisión judicial, se mantienen y conservan plena validez. Finalmente anota la Corporación, que la anterior sistematización y descripción de los criterios o pautas elaborados por el Consejo de Estado para atribuir determinados efectos a las sentencias de nulidad de los actos administrativos generales no pretende ser taxativa, sino meramente enunciativa, pues, los criterios examinados nunca agotarán las posibilidades de la realidad, por lo que siempre será necesario un análisis de cada caso en concreto. Por lo tanto, los efectos de la presente sentencia, tal y como se vio en el estudio realizado con anterioridad, respecto a las personas que tienen reconocido el derecho a la prima técnica por evaluación de desempeño, serán «*ex**

¹⁶ Concepto 120051 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública

¹⁷ Ibídem.



13001-33-33-011-2016-00190-01

nunc), o sea hacia futuro, toda vez que se deben respetar y proteger sus derechos al debido proceso y a la seguridad jurídica, siempre y cuando no concurren las causales de pérdida contenidas en las normas jurídicas que regían para el momento de su reconocimiento."¹⁸(Subrayado fuera de texto).

A su vez, es necesario realizar el estudio de otro de los requisitos para acceder a la prima técnica, estipulados en la siguiente legislación:

DECRETO 1661 DE 1991:

"ARTÍCULO 3º.- Niveles en los cuales se otorga Prima Técnica. 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". (Subrayado fuera de texto).

DECRETO 2164 DE 1991:

"ARTICULO 5º. De la prima técnica por evaluación del desempeño. Por este criterio 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 7º del presente 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.

PARAGRAFO. Para el caso de los empleados que ocupen cargos de los niveles directivo, asesor y ejecutivo, a excepción de quienes ocupen empleos de jefes de sección, o asimilables a estos últimos, según concepto del Departamento Administrativo del Servicio Civil, el desempeño se evaluará según el sistema que adopte cada entidad.

Su cuantía será determinada por el jefe del organismo y en las entidades descentralizadas por las Juntas o Consejos Directivos o Superiores, según el caso." (Subrayado fuera de texto).

DECRETO 1724 DE 1997:

"Artículo 1º. 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

¹⁸ Sentencia 01192 de 2018 Consejo de Estado. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN B. Consejera Ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ Bogotá D.C., veintiséis (26) de julio de dos mil dieciocho (2018)

13001-33-33-011-2016-00190-01

niveles Directivo, Asesor, o Ejecutivo, o sus equivalentes en los diferentes Organos y Ramas del Poder Público. (...)

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 se cumplan las condiciones para su pérdida, consagradas en las normas vigentes al momento de su otorgamiento."
(Subrayado y negrilla fuera de texto).

En el caso en estudio, la demandante se posesionó como operario simple en la Institución Educativa Benjamín Herrera en el año 1992¹⁹ y fue inscrita en la Carrera Administrativa en el empleo de auxiliar de servicios generales en la misma institución, en el año 1995²⁰, y según los formatos de calificación anexados mantuvo puntajes altos en sus evaluaciones. Sin embargo, solo le fue reconocida y asignada la prima técnica hasta el día el **01 de abril de 2003** mediante Resolución No. 520²¹, es decir, en vigencia del Decreto 1724 de 1997, el cual especifica que solo puede asignarse la prima técnica a los empleados que estén en el cargo de **Directivo, Asesor, o Ejecutivo, o sus equivalentes en los diferentes Órganos y Ramas del Poder Público**, por tal razón, el artículo 4º de este decreto no es aplicable en el caso en estudio, por cuanto, mientras tuvo vigencia el DECRETO 2164 DE 1991, a la demandante, la cual ostenta un cargo de auxiliar, no se le había otorgado la prima técnica, es decir, aún no había adquirido el derecho.

En ese orden de ideas, al no tener reconocido el derecho a recibir una prima técnica ANTES DE 1998 (año en que se declaró la nulidad antes esbozada) y ANTES DE 1997 (año en que limitó la prima técnica a unos cargos específicos), la Sala observa que le asiste razón al demandado al negar la reactivación y pago de la prima técnica mediante los actos administrativos acusados.

Así las cosas, estima la Sala que se debe confirmar la sentencia de primera instancia que denegó las pretensiones de la demanda.

5. CONDENA EN COSTAS.

De conformidad con lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicado por remisión del artículo 188 del CPACA, esta Corporación condenará en costas a la parte demandante a quien se le resuelve desfavorablemente el recurso de apelación, las cuales serán

¹⁹ Folio 25, cdr 1

²⁰ Folio 26 cdr.1

²¹ Folios 35-39 cdr.1

13001-33-33-011-2016-00190-01

liquidadas por el juez de primera instancia de acuerdo con lo señalado en el artículo 366 del CGP.

6. LA DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia proferida el veintiocho (28) de marzo de dos mil diecinueve (2019) por el Juzgado Décimo Primero Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, de conformidad a lo señalado en la parte motiva de este proveído.

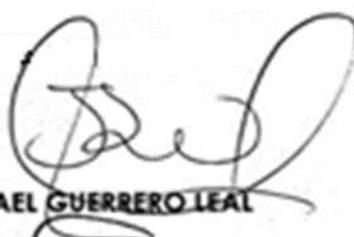
SEGUNDO: Condenar en costas a la parte demandante, las cuales serán liquidadas por el juez de primera instancia de acuerdo a lo señalado en los artículos 365 y 366 del CGP.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, previas las anotaciones de rigor, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de la presente providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

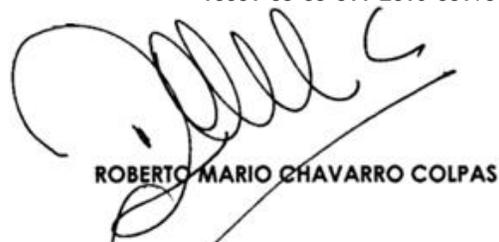


JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL



13001-33-33-011-2016-00190-01


LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ


ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13001-33-33-011-2016-00190-01
Accionante	MYRIAM ESTHER CHAMORRO QUINTANA ariasmontesinoandres@hotmail.com
Accionada	DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR contactenos@bolivar.gov.co SECRETARÍA EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE BOLÍVAR sedbolivar@sedbolivar.gov.co
Tema	PRIMA DE TÉCNICA - NIEGA
Magistrado Ponente	JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL