Función Pública

Sentencia 2014-01251 de 2021 Consejo de Estado

RECONOCIMIENTO DE LA PRIMA TÉCNICA A EMPLEADO EN PROVISIONALIDAD – Improcedencia
El demandado no había consolidado el derecho al pago de la prima técnica prevista en los Decretos 1661 y 2164 de 1991, como tampoco en los Decretos 1016 y 1624 del mismo año que consagraban la prima técnica automática por el hecho de ocupar el cargo de jefe de la sección de pagaduría, grado 09 del Senado de la República, puesto que el acto administrativo que reconoció aquella prerrogativa desconoció las normas en que debía fundarse al haber dado aplicación a una regulación derogada tácitamente, en adición a que a pesar de que aquel ha desempeñado dicho empleo por varios años, su nombramiento es en provisionalidad, lo cual no se contempla como condición susceptible para ser titular de la mentada prestación por los factores de evaluación del desempeño, al igual que de formación avanzada y experiencia altamente calificada, en tanto uno de los requisitos para ello es que el funcionario se encuentre vinculado en propiedad para materializar la esencia de tal emolumento, tendiente a conservar al personal especializado de la entidad. En todo caso, el paso del tiempo en el ejercicio de la referida plaza por parte del demandado en cumplimiento de las funciones que le son propias, no es una circunstancia que deba primar sobre la acreditación de las exigencias para acceder a tal derecho prestacional, pues no se configura una vulneración al principio de la prevalencia de la realidad sobre las formas ni de la igualdad, en tanto la diferencia de tratamiento entre un servidor público en propiedad y en provisionalidad, halla un sustento constitucional superior como lo es el mérito en clave de garantía de la estructura funcional del Estado.
FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 1661 DE 1991 / DECRETO 2164 DE 1991 / DECRETO 854 DE 2012 – ARTÍCULO 6

CONDENA EN COSTAS EN EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE LESIVIDAD – Improcedencia

La condena en costas implica una valoración objetiva valorativa que excluye como criterio de decisión la mala fe o la temeridad de las partes. En efecto, el Artículo 188 del CPACA regula que tratándose de costas en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en la sentencia el juez tiene la obligación de pronunciarse sobre dicho aspecto, con excepción de los asuntos en los que se ventile un interés público, tal como acontece en el presente caso en el que una entidad estatal promovió el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en la modalidad de lesividad con el fin de proteger el erario, por lo que no hay lugar a condena en costas a ninguna de las partes en esta instancia.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 188 / LEY 1564 DE 2012 – ARTÍCULO 365

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá, D.C., trece (13) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

Radicación número: 25000-23-42-000-2014-01251-02(4267-19)

Actor: NACIÓN, CONGRESO DE LA REPÚBLICA, SENADO DE LA REPÚBLICA

Demandado: GUSTAVO ALFREDO FORERO RIVEROS

Temas: Prima técnica para empleados del Congreso de la República. Funcionario nombrado en provisionalidad. No vulneración del Artículo 53 Constitucional por declaratoria de nulidad del acto de reconocimiento del derecho prestacional a pesar de la permanencia en el cargo.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

Ley 1437 de 2011

O-088-2021

ASUNTO

Decide la Subsección el recurso de apelación formulado por la parte demandada contra la sentencia proferida el 6 de febrero de 2019 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

La Nación, Congreso de la República, Senado de la República en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que consagra el Artículo 138 de la Ley 1437 del 2011[1], formuló en síntesis las siguientes:

Pretensiones (Folios 43 a 44)

1. Que se declare la nulidad del acto presunto a través del cual se reconoció a favor del demandado, el pago de una prima técnica automática en su condición de jefe de la Sección de Pagaduría del Senado de la República, calculada en un porcentaje de hasta el 50% del salario devengado.

2. Como consecuencia de lo anterior, se declare que el señor Forero Riveros no tenía derecho al pago de la prima técnica por haber sido nombrado y continuar vinculado como empleado en provisionalidad, dado que no cumplía con los requisitos previstos para el reconocimiento de tal prestación, contemplados en los Decretos 1661 y 2164 de 1991.

3. Que a título de restablecimiento del derecho, se ordene cesar el pago de la prima técnica reconocida al demandado y que este reintegre los valores recibidos por dicho concepto con la correspondiente actualización.

Supuestos fácticos relevantes (Folios 44 a 46)

1. El señor Gustavo Alfredo Forero Riveros fue vinculado inicialmente al Senado de la República mediante las Resolución 1855 del 22 de julio de 2002 en la Unidad de Trabajo Legislativo del senador Juan Manuel Corzo Román. Posteriormente, a través de la Resolución 700 del 17 de agosto de 2011, aquel fue nombrado en provisionalidad en la planta de personal de la referida corporación bajo el empleo denominado jefe de la Sección de Pagaduría, grado 09. Dicha vinculación fue prorrogada en la misma condición hasta que se expidieran las correspondientes listas de elegibles producto del concurso de méritos de conformidad con la autorización contenida en la Comunicación 0-2012EE5829 del 9 de febrero de 2012, suscrita por el presidente de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

2. El cargo de jefe de sección de pagaduría, grado 09 del Senado de la República está previsto como una plaza de carrera administrativa. No obstante, el demandado ha ocupado dicha vacante en provisionalidad, dado que este no ha adquirido derechos de carrera al no haber participado en concurso alguno para tal efecto.

3. El Decreto 1336 del 27 de mayo de 2003 prevé que la prima técnica solo puede asignarse por cualquiera de los criterios existentes a quienes se encuentren nombrados con carácter permanente. Sin embargo, a pesar de dicho requerimiento, la entidad demandante le ha pagado por concepto de aquella prestación al señor Forero Riveros los siguientes valores:

«AÑO 2012:

Valor Técnica:	$21.489.600.00
Otros conceptos que afectan la prima técnica:	$2’410.741.00
Aportes patronales y parafiscales:	$6.451.608.00
Valor de cesantías por prima técnica:	$1’991.695.00

AÑO 2013:

Valor Técnica:	$22.228.848.00
Otros conceptos que afectan la prima técnica:	$3´554.266.00
Aportes patronales y parafiscales:	$6.868.190.00
Valor de cesantías por prima técnica:	$2.148.593.00

AÑO 2014:

Valor Técnica:	$1.852.404.00
Otros conceptos que afectan la prima técnica:	$0.00
Aportes patronales y parafiscales:	$556.129.00
Valor de cesantías por prima técnica:	$154.367.00»

DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL

La fijación del litigio es la piedra basal del juicio por audiencias de allí que la relación entre ella y la sentencia es la de «tuerca y tornillo»[2], porque es guía y ajuste de esta última. De esta manera se preserva la congruencia que garantiza el debido proceso, razón por la cual el juez al proferir la sentencia debe resolver el litigio en forma concordante con los hechos, las pretensiones, las excepciones; puntos que fueron condensados y validados por las partes al precisar el «acuerdo sobre el desacuerdo» en la audiencia inicial. De allí que los problemas jurídicos adecuadamente formulados y aceptados por las partes se convierten en una eficiente guía para el decreto de las pruebas, las alegaciones, la sentencia y sustentación de los recursos pertinentes. Por lo dicho, la audiencia inicial es el punto de partida más legítimo y preciso para fundamentar adecuadamente la sentencia.

Fecha de la audiencia inicial: 29 de noviembre de 2017.

Resumen de las principales decisiones

Excepciones previas (art. 180-6 CPACA)

En el acta se consignó lo siguiente al momento de decidir las excepciones:

«[…] El Magistrado indicó que teniendo en cuenta que en la audiencia inicial de 18 de mayo de 2016, el Despacho decretó pruebas de oficio, necesarias para resolver sobre la posible configuración de la excepción de inepta demanda, las cuales fueron practicadas el 08 de junio de 2016 y las documentales fueron aportadas a folios 110 a 116 y 156 a 160 del expediente, procedería a pronunciarse respecto de la citada excepción.

Señaló que en el presente caso no puede hablarse de acto ficto o presunto, pues su existencia depende de la configuración del silencio administrativo negativo, cuya naturaleza no es otra que la de permitir al administrado, ante la omisión o negligencia de las autoridades en responder las solicitudes que se les presentan, acudir a la jurisdicción en busca del restablecimiento del derecho que considera le está siendo conculcado, circunstancia que, no es congruente con la situación que nos ocupa, en la cual la entidad demanda sus propias decisiones.

Sin embargo, indicó que en virtud de las pruebas decretadas de oficio, se aportó copia del Oficio DRH-1371-05-12 de 31 de mayo de 2012, visible a folio 159 del expediente, expedido por el Jefe División de Recursos Humanos del Senado de la República, en el cual envió el listado de funcionarios beneficiarios de la prestación que aquí se cuestiona, para que el Administrador del Sistema de Nómina Hominis, les asignara la referida prima técnica, fundamentándose en el concepto expedido por la Asesora División Recursos Humanos del Senado de la República según el cual para otorgar la prima técnica no se requiere de ningún procedimiento especial, ya que su reconocimiento es automático.

Entonces, como dentro del listado, que hace parte integral del Oficio DRH-1371-05-12 del 31 de mayo de 2012, se encuentra relacionado el señor Gustavo Alfredo Forero Riveros, el Despacho entendió que este es el acto administrativo que creó la situación jurídica favorable al servidor, y el cual será objeto de control de legalidad por parte de esta jurisdicción, dentro del presente proceso.

Teniendo en cuenta lo visto, se aclaró que si bien en el *sub examine* la actuación desarrollada no se enmarca dentro de los presupuestos para configuración (sic) del acto ficto, pero no se presentan los requisitos de la ineptitud sustantiva de la demanda en razón a la existencia de un acto administrativo expreso y escrito que puede ser controvertido en sede judicial, y que será respecto del cual se pronunciará la Sala al momento de decidir sobre el fondo del asunto. (sic).

Por último, el Despacho no observa hechos constitutivos de alguna excepción previa que deba ser decretada de oficio. […]». (Folios 191 a 192 y CD a folio 190 del plenario).

Se notificó la decisión en estrados y las partes no interpusieron recursos.

Fijación del litigio (art. 180-7 CPACA)

El litigio se fijó en los siguientes términos:

«[…] La presente controversia se contrae a determinar, si el Oficio DRH-1371-05-12 de 31 de mayo de 2012 se encuentra viciado de nulidad, en tanto incluyó a Gustavo Forero Riveros como beneficiario del reconocimiento de prima técnica, como servidor del Senado de la República. Y en caso afirmativo, si se debe ordenar suspender el pago del reajuste de la prima técnica a su favor, así como a la devolución de los valores pagados por dicho reconocimiento prestacional. […]». (Folio 192 y CD que reposa a folio 190 del expediente).

Medida cautelar de suspensión provisional

Se destaca en este punto que la entidad demandante formuló solicitud de medida cautelar de suspensión provisional (folios 1 a 3, C1 del proceso con número interno 2486-2015[3]), ello en contra inicialmente del acto administrativo presunto cuestionado con el libelo. No obstante, debido a que el *a quo* al momento de resolver lo propio, consideró que no existía la decisión en comento, sino que los efectos en litigio debían producirse a partir de una manifestación expresa de la autoridad libelista, estimó que el reconocimiento de la prima técnica a favor del demandado, derivaba de los actos administrativos de nombramiento y prórroga de aquel, esto es, de las Resoluciones 700 del 17 de agosto de 2011 y 1410 del 21 de febrero de 2012.

Al realizar el examen de procedibilidad de la cautela en comento frente a los mentados actos administrativos, el tribunal de primera instancia profirió auto del 24 de abril de 2015 (folios 31 a 33, C1, *ídem*), por medio del cual decretó la suspensión provisional de los efectos de las referidas resoluciones, puntualmente en lo que respecta al reconocimiento y pago de la prima técnica en cuestión. Por su parte, el señor Forero Riveros interpuso recurso de apelación en contra de la decisión precitada (Folios 37 a 40, C1, *ídem*), para lo cual alegó que por haber ocupado el cargo de jefe de sección de pagaduría del Senado de la República en provisionalidad por más de 3 años, había consolidado el derecho al pago de todas las acreencias propias del empleo como si lo desempeñara en propiedad.

Dicha alzada fue conocida en segunda instancia por esta Subsección bajo el proceso con radicado 25000-23-42-000-2014-01251-01 (2486-2015). Al respecto, en su momento se profirió auto del 16 de abril de 2020, a través del cual se confirmó la providencia recurrida. Sobre el particular, se precisa que en dicha oportunidad se tuvo en cuenta como cuestión previa el hecho de que los actos administrativos suspendidos

correspondían a las resoluciones de nombramiento y prórroga del demandado en el mentado cargo, circunstancia respecto de la cual no hubo oposición alguna de ninguna de las partes en el trámite de la apelación del aludido auto, razón por la cual el estudio del *ad quem* se circunscribió a dichos actos, más aun en el entendido de que en el momento de la impugnación no se había llevado a cabo la audiencia inicial celebrada el 29 de noviembre de 2017 en la que se resolvió que el acto administrativo realmente reprochable era el Oficio DRH-1371-05-12 del 31 de mayo de 2012, según las pruebas que se practicaron en aquella etapa (folios 191 a 192, C1).

Al margen de lo anterior, lo cierto es que la medida cautelar decretada en primera instancia y confirmada por la Subsección A, recaía sobre la decisión administrativa de reconocimiento y pago de la prima técnica a favor del demandado, por lo que no se presenta ninguna ineficacia ni contradicción sobre la providencia que en su momento se adoptó y la que se vaya a proferir en esta actuación respecto de la sentencia censurada, a pesar de que el análisis se centre en diferentes actos administrativos, pues los efectos suspendidos y verificados en esta etapa son los mismos.

SENTENCIA APELADA
(Folios 221 a 228)

El *a quo* profirió sentencia escrita el 6 de febrero de 2019, por medio de la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la entidad demandante con fundamento en las siguientes consideraciones:

Inicialmente, el Tribunal de primera instancia manifestó que según el ordenamiento jurídico, tienen derecho a percibir prima técnica por autorización expresa contenida en los decretos salariales anuales, los siguientes empleados públicos del Congreso de la República: el secretario general del Senado de la República y de la Cámara de Representantes, los subsecretarios generales, los directores administrativos, los secretarios y subsecretarios generales de las Comisiones Constitucionales y Legales Permanentes del Congreso de la República, los coordinadores de unidad, subsecretarios auxiliares, jefes de división, jefes de oficina, jefes de sección, secretarios privados, subcoordinadores de unidad, subsecretarios de comisión, jefes de unidad y coordinadores de comisión.

Al respecto, aclaró que dichos decretos prevén expresamente que los mencionados funcionarios tendrán derecho a la prestación en comento de que tratan los Decretos 1661 y 2164 de 1991, normas que hacen referencia a la prima técnica por los criterios de estudios de formación avanzada y experiencia altamente calificada y, evaluación de desempeño, no a la prima técnica automática, cuya regulación estaba consagrada en los Decretos 1016 y 1624 de 1991, los cuales perdieron vigencia a partir de la publicación de la Ley 4.ª de 1992.

Seguidamente, recalcó que la finalidad de la prima técnica es la de atraer y mantener al servicio del Estado al personal altamente especializado y calificado, mediante un incentivo económico que compense diferencias salariales con el sector privado, por lo que no es suficiente que el empleado desempeñe uno de los cargos enlistados en las referidas normas, toda vez que no se trata de una prestación automática, sino que requiere cumplir los presupuestos de reconocimiento de formación avanzada y experiencia altamente calificada o de evaluación de desempeño, en adición a que para cada caso se exige que el cargo sea de carrera y que esté ejercido en propiedad.

Frente al caso concreto, adujo que se encuentra demostrado que el Oficio DRH-1371-05-12 del 31 de mayo de 2012 carece de motivación, pues la jefe de la División de Recursos Humanos del Senado de la República, de manera equivocada, basada en conceptos de la División de Recursos Humanos del Congreso de la República, asimiló la prima técnica conferida a algunos empleados de la corporación, a la prima automática prevista en los Decretos 1016 y 1624 de 1991, lo cual desconoce las exigencias propias del reconocimiento de aquella prestación pero en las modalidades del Decreto 1661 del mismo año.

Con base en lo expuesto, precisó que el acto administrativo demandado adolece de falta de motivación y además se contrapone a la normativa que consagra los requisitos de obtención de la prima técnica, así como a la jurisprudencia desarrollada sobre el punto, habida cuenta de que se reconoció dicha prestación al demandado, quien ha ocupado un cargo de carrera administrativa con un nombramiento en provisionalidad, a pesar de que la exigencia para la consolidación de tal derecho es que el empleo sea ejercido en propiedad.

Por último, en lo atinente a la pretensión de reembolso de las sumas de dinero recibidas por el señor Forero Riveros a título de prima técnica, aseguró que resulta improcedente al no haberse demostrado la mala fe por parte de este, en el entendido de que se presume que las percibió bajo el precepto del Artículo 164, numeral 1. °, literal c) del CPACA.

Acorde con los anteriores razonamientos, el tribunal de primera instancia profirió sentencia en el sentido de declarar la nulidad del Oficio DRH-1371-05-12 del 31 de mayo de 2012 y denegar las demás pretensiones de la entidad libelista.

RECURSO DE APELACIÓN
(Folios 234 a 238)

La parte demandada formuló recurso de apelación contra la decisión reseñada anteriormente y solicitó que esta sea revocada a fin de denegar las pretensiones de la autoridad demandante. Para ello argumentó que la prima técnica fue creada para retener en la entidad a los funcionarios que demuestren tener ciertas calidades especiales como asegura es su caso, debido a que es un profesional especializado con amplia experiencia en el manejo de los recursos del Senado de la República.

Adicionalmente indicó que por haber laborado durante 8 años consecutivos en la entidad libelista y a la vez devengar la prima técnica por ese lapso, le fue generado al señor Forero Riveros la creencia legítima de tener el derecho al reconocimiento de dicha prestación. Sostuvo que el hecho de que el Senado de la República pretenda desconocer la mentada prerrogativa al aducir que no era un empleado nombrado en propiedad, desconoce el Artículo 2. ° de la Ley 4.ª de 1992 que contempla que en ningún caso se pueden desmejorar los salarios y prestaciones sociales.

Adicionalmente, precisó que a lo largo del referido tiempo, el demandado ha cumplido con las funciones propias del cargo de carrera administrativa como si lo ocupara en propiedad, por lo que debe darse aplicación al principio de a trabajo igual, salario igual bajo la égida del Artículo 53 Constitucional.

Asimismo, planteó que el *a quo* no analizó que sobre el señor Forero Riveros pesa una responsabilidad muy importante como lo es realizar los pagos de la nómina del Senado de la República, los contratos y las decisiones judiciales en contra de la entidad. Igualmente indicó que las circunstancias particulares de su empleador por las cuales no ha implementado la carrera administrativa al interior de la corporación, no pueden ser transferidas al demandado para valerse de su propio error a fin de solicitar que se revoque el acto presunto de reconocimiento de la prima técnica con violación del Artículo 2. ° de la Ley 4.ª de 1992 y el canon 53 Superior.

Finalmente, aseveró que al declararse la nulidad del acto administrativo de reconocimiento de la prestación en litigio, se vulneraría el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas, en tanto no puede existir una diferencia entre un trabajador nombrado en propiedad y uno en provisionalidad, en adición a que en este caso, la realidad ha superado a la formalidad del tipo de vinculación, toda vez que al haber pasado más de 9 años con el pago de la respectiva prima técnica, se ha configurado una verdadera relación legal y reglamentaria de la cual se desprende una contraprestación que debe ser regulada por la normativa más favorable, por lo que tiene que aplicarse a su situación jurídica en orden de que continúe con la prestación concedida.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante (índice 13 de SAMAI): solicitó que se confirme el fallo impugnado y se ordene al demandado la devolución de los pagos efectuados por concepto de prima técnica. En esta oportunidad reiteró los argumentos de su demanda y en esencia recordó que la entidad libelista no tiene la obligación legal de convalidar el pago de la aludida prestación reconocida al señor Forero Riveros en su calidad de jefe de la sección de pagaduría del Senado de la República, pues se demostró que aquel se encontraba nombrado en provisionalidad y no tenía la condición de permanencia exigida por la ley para tener derecho al referido beneficio económico. Por esta razón, al declararse la nulidad del acto administrativo demandado, necesariamente debe ordenarse el reembolso de los valores abonados con fundamento en dicha decisión, toda vez que aquella se soportaba en un acto sin sustento legal.

La parte demandada y el Ministerio Público guardaron silencio en esta etapa procesal según la constancia secretarial visible a folio 262 del plenario.

CONSIDERACIONES

Competencia

De conformidad con el Artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto. De igual forma, según el Artículo 328 del Código General del Proceso, el juez de segunda instancia debe pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos en la respectiva alzada. En el presente caso solo presentó la impugnación vertical la parte demandada.

Cuestión Previa

En primer lugar, la Sala advierte que si bien las pretensiones anulatorias de la demanda bajo estudio se dirigían inicialmente en contra de un acto presunto, lo cierto es que dicho enfoque cambió al momento de fijar el litigio en desarrollo de la audiencia inicial celebrada el 29 de noviembre de 2017 (Folio 192). Tal como lo estimó el *a quo*, no era viable predicar la existencia de un acto como el que había sido cuestionado, al aducir que era este el que reconoció la prima técnica a favor del demandado.

Efectivamente, la figura del silencio administrativo negativo o positivo respecto de una petición determinada, es la única que permite considerar creada una manifestación volitiva presunta de la administración con efectos de decisión definitiva pasible de control judicial. Por ello, no es procedente que la propia autoridad alegue en la modalidad de lesividad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la ilegalidad de un acto inexistente.

Por esta razón, el tribunal de primera instancia decretó pruebas de oficio tendientes a determinar cuál fue el verdadero acto administrativo que creó la situación jurídica para el señor Forero Riveros que ahora se controvierte. Al respecto, se observa que en la oportunidad para resolver excepciones previas, se evidenció que mediante el Oficio DRH-1371-05-12 del 31 de mayo de 2012 (folios 159 a 160), la entidad demandante indicó al área de nómina el listado de personas a las cuales debía pagárseles la prima técnica, dentro de las cuales se encontraba el actual demandado.

Bajo este entendido, el *a quo* consideró que dicho pronunciamiento expreso implicaba en esencia la decisión que materializó el derecho prestacional objeto de debate, de suerte que determinó aquel acto administrativo como el realmente demandable en el *sub iudice*, lo cual se planteó en la fijación del litigio respecto de la cual las partes estuvieron de acuerdo, al punto de que la sentencia impugnada declaró la nulidad del mentado oficio y no del aludido acto presunto.

Bajo este contexto, se precisa antes de abordar de fondo la apelación que, en efecto, el acto administrativo que será objeto de control de legalidad y análisis en esta oportunidad, será igualmente el Oficio DRH-1371-05-12 del 31 de mayo de 2012, frente al cual en todo caso recae la decisión recurrida y por consiguiente los argumentos de defensa de la parte demandada en su alzada.

De otra parte, según los alegatos de conclusión de segunda instancia presentados por la entidad libelista, aquella solicita que en caso de confirmar el fallo impugnado, se ordene al señor Gustavo Alfredo Forero Riveros reembolsar los dineros percibidos por concepto de prima técnica. Pues bien, sobre este punto la Subsección reitera que conforme a la competencia del *ad quem* indicada previamente, el marco de estudio para este asunto es solamente el delimitado por los argumentos de apelación de la parte demandada, quien fue la única que presentó el respectivo recurso, esto en atención al Artículo 328 del CGP.

Por lo expuesto, debido a que las alegaciones finales no constituyen el medio de impugnación ni la posibilidad de controvertir decisiones no censuradas, y en tanto el Congreso de la República, Senado de la República no formuló oposición alguna a la sentencia de primera instancia, tal pedimento no será materia de pronunciamiento.

Problema jurídico

En ese orden, el problema jurídico que se debe resolver en esta instancia se circunscribe a los aspectos planteados en el recurso de apelación, los cuales se resumen en la siguiente pregunta:

¿El señor Gustavo Alfredo Forero Riveros había consolidado el derecho al pago de la prima técnica prevista en los Decretos 1661 y 2164 de 1991 para empleados públicos por ocupar el cargo de jefe de la sección de pagaduría, grado 09 del Senado de la República, esto bajo el entendido de que si bien su nombramiento ha sido en provisionalidad, cumple con las funciones y responsabilidades de dicha plaza como si lo fuera en propiedad, al punto de que esta situación deba primar sobre los requisitos normativos para acceder a tal derecho prestacional por prevalencia de la realidad sobre las formas?

La Subsección sostendrá la siguiente tesis: el demandado no había consolidado adecuadamente el derecho a percibir la prima técnica que le fue reconocida, dado que el hecho de que ocupe un cargo susceptible de recibir tal pago por un largo período o en cumplimiento de las funciones que le son propias, no enerva la condición de su nombramiento en provisionalidad ni lo torna en uno en propiedad, por lo que tampoco satisface las exigencias para devengar dicha prestación, tal como se expone a continuación:

- Marco normativo de la prima técnica y sus requisitos

Al respecto, el Artículo 1. ° del Decreto Ley 1661 de 1991[4] precisó los criterios de definición y aplicación de la referida prestación para los empleados públicos, así:

«ARTICULO 1. DEFINICION Y CAMPO DE APLICACION. La Prima Técnica es un reconocimiento económico para atraer o mantener en el servicio del Estado a funcionarios o empleados altamente calificados que se requieran para el desempeño de cargos cuyas funcionen demanden la aplicación de conocimientos técnicos o científicos especializados o la realización de labores de dirección o de especial responsabilidad, de cuerdo (sic) 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.

-4216-4093-8B61-9747BB737C1B>Tendrán derecho a gozar de este estímulo, según se determina más adelante, los funcionarios o empleados de la Rama Ejecutiva del Poder Público.». (Negrillas intencionales).

Por su parte, el Artículo 2. ° *ibídem* contempló la formación avanzada y la experiencia altamente calificada, así como la evaluación del desempeño como criterios para acceder al reconocimiento de la prima técnica. Para ello, la norma señaló que debían tenerse en cuenta los requisitos adicionales a los básicos exigidos para el ejercicio del cargo, como se señala a continuación:

«ARTICULO 2. CRITERIOS PARA OTORGAR PRIMA TECNICA. 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 de 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.».

De acuerdo con la norma en cita, el derecho a la prima técnica se puede consolidar de dos formas: i) la primera con la acreditación de título de estudios de formación avanzada más experiencia altamente calificada en el ejercicio profesional (o en la investigación técnica o científica) en áreas relacionadas con las funciones propias del cargo por un término no menor de 3 años, y que según el primer inciso del Artículo, excedan los requisitos mínimos fijados para el cargo desempeñado; ii) y la segunda, por medio de una evaluación de desempeño.

A diferencia de estos dos supuestos, es preciso indicar que en el año de 1991 se había contemplado la creación de una prima técnica automática regulada por los Decretos 1016 y 1624 del mismo año. Dicha normativa preveía lo siguiente respectivamente:

«ARTÍCULO 1.- *Cuantía.* Establécese una Prima Técnica a favor de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, de los Consejeros de Estado y de los Magistrados del Tribunal Disciplinario, equivalente al 60% del sueldo básico y los gastos de representación asignados a dichos funcionarios, en atención a las calidades excepcionales que exigen para el ejercicio de las funciones propias de esos empleos.

En ningún caso la Prima Técnica constituirá factor salarial, ni estará incluida en la base de liquidación de aportes a la Caja Nacional de Previsión Social. […]».

«ARTÍCULO 1.- Adiciónase el Decreto 1016 de 1991, en el sentido de establecer, en las mismas condiciones, la prima técnica de que trata dicho Decreto a favor de los siguientes funcionarios:

a) Jefes de Departamento Administrativo, Viceministros, Subjefes de Departamento Administrativo, Consejeros del Presidente de la República, Secretarios de la Presidencia de la República, Secretario Privado del Presidente de la República, Subsecretario General de la Presidencia de la República, Secretarios Generales de Ministerios y Departamentos Administrativos, Superintendentes, Superintendentes Delegados, Gerentes, Directores o Presidentes de Establecimientos Públicos, Subgerentes, Vicepresidentes o Subdirectores de Establecimientos Públicos, Rectores de Universidad, Vicerrectores o Directores Administrativos de Universidad, Directores Generales de Ministerios y Departamentos Administrativos;

b) Director Nacional de Instrucción Criminal;

c) Procurador General de la Nación, Viceprocurador General de la Nación, Procurador Auxiliar, Fiscales del Consejo de Estado, Procuradores Delegados y Secretario General de la Procuraduría;

d) Contralor General de la República, Contralor Auxiliar, Asistente del Contralor y Secretario General de la Contraloría;

e) Registrador Nacional del Estado Civil y Secretario General de la Registraduría. El monto de esta prima será del cincuenta por ciento (50%) del total de lo que devenguen los funcionarios relacionados en el Artículo 1o. de este Decreto, por concepto de sueldo y gastos de representación.

PARÁGRAFO. - Los Ministros del Despacho tendrán derecho a la prima de que trata este Artículo, cuando tramiten la respectiva solicitud ante el Jefe del Departamento Administrativo del Servicio Civil. En tal caso bastará que este funcionario así lo certifique.»

No obstante, tal como lo precisó la Corte Constitucional en sentencia C-279 del 24 de junio de 1996[5], con la expedición de la Ley 4.ª de 1992, específicamente en su Artículo 15, se creó una prima especial de servicios para el mismo listado de funcionarios previstos en los Decretos 1016 y 1624 de 1991, a fin de igualar su asignación a las de los congresistas y sin que aquella superara la de estos últimos, razón por la cual se derogó tácitamente la mentada prima técnica automática, que en todo caso, no se observa que hubiese estado prevista para funcionarios en cargos como el que ostentó el demandante.

Ahora bien, bajo el entendido de que solo resulta válida la prima técnica de que trata el Decreto 1661 de 1991, debe resaltarse que el Artículo 3.° de la norma *ejusdem*, previó que para ser beneficiario de la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada, regulada en el literal a) del Artículo 2.°, debía desempeñarse en un cargo de nivel profesional, ejecutivo, asesor o directivo, mientras que la prima técnica por evaluación de desempeño podía asignarse en todos los niveles.

Posteriormente, el Artículo 3. ° del Decreto 2164 de 1991, por el cual se reglamentó parcialmente la normativa en cita, hizo precisiones importantes en torno a la reglamentación de la prima técnica, en el sentido de fijar los criterios para la asignación de la prestación aludida, así:

«[…] La prima técnica podrá otorgarse alternativamente por:

a) Título de estudios de formación avanzada y tres (3) años de experiencia altamente calificada; o

b) Terminación de estudios de formación avanzada y seis (6) años de experiencia altamente calificada; o

c) Por evaluación de desempeño.».

De igual forma, el Artículo 4. ° del decreto reglamentario en mención, previó que para el otorgamiento de la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada se requería que el empleado desempeñara cargos en propiedad de cualquiera de los niveles susceptibles para su asignación, para lo cual señaló:

«[…] De la prima técnica por formación avanzada y experiencia. Por este criterio tendrán derecho a prima técnica los empleados que desempeñen, en propiedad, cargos de los niveles profesional, ejecutivo, asesor o directivo, que sean susceptibles de asignación de prima técnica de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 7º del presente Decreto y que acrediten 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.

El título de estudios de formación avanzada podrá compensarse por tres (3) años de experiencia en los términos señalados en el inciso anterior, siempre y cuando se acredite la terminación de estudios en la respectiva formación.

PARÁGRAFO. - La experiencia a que se refiere este Artículo será calificada por el jefe del organismo, con base en la documentación que el empleado acredite. […]»[6]. (Negrilla fuera del texto original).

De acuerdo con las normas referidas, se observa que la prima técnica se reconoce en favor de quienes desempeñaron cargos en propiedad en los niveles allí indicados, y con la posibilidad de compensar el título de formación avanzada con 3 años de experiencia, siempre que se acredite la terminación de estudios de posgrado.

Posteriormente, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1724 de 1997, por el cual se modificó el régimen de prima técnica para los empleados públicos[7], para lo cual determinó en su Artículo 1.º que la prestación en cita únicamente sería reconocida, por cualquiera de los criterios existentes, a aquellos empleados y funcionarios nombrados con carácter permanente en cargos de niveles directivo, asesor o ejecutivo.

El régimen de prima técnica previsto en las normas citadas fue modificado nuevamente por el Decreto 1335 del 22 de julio de 1999[8], principalmente en lo relativo a los niveles beneficiarios (Artículo 2), en virtud de lo estipulado en el Decreto 1724 de 1997, es decir, reiteró su limitación a quienes se encontraran nombrados en propiedad de manera permanente en cargos de los niveles directivo, asesor o ejecutivo; y eliminó como criterio de asignación la «[…] Terminación de estudios de formación avanzada y seis (6) años de experiencia altamente calificada […]» regulado en el literal b) del Artículo 3 del Decreto 2164 de 1991.

Para el año 2003 se expidió el Decreto 1336, «por el cual se modifica el régimen de Prima Técnica para los empleados públicos del Estado», con el que se introdujo una modificación en cuanto a los cargos que serían susceptibles de su reconocimiento, y que en su Artículo 1.º lo limitó «[…] a quienes estén nombrados con carácter permanente en los cargos del nivel Directivo, Jefes de Oficina Asesora y a los de Asesor cuyo empleo se encuentre adscrito a los despachos de los siguientes funcionarios: Ministro, Viceministro, Director de Departamento Administrativo, Superintendente y Director de Unidad Administrativa Especial […]».

Luego, el Artículo 1.º del Decreto 2177 del 29 de junio de 2006[9] modificó una vez más los criterios para tener derecho a la prima técnica, con lo cual, «[…] además de ocupar un cargo en uno de los niveles señalados en el Artículo 1º del Decreto 1336 de 2003 […]», se aumentó a cinco los años de experiencia altamente calificada.

Ahora, puntualmente para el caso de los empleados del Congreso de la República vinculados para la época de los hechos de la demanda (2012 a 2014), el Decreto 0854 del 25 de abril de 2012 (visible de folios 10 a 13), en su Artículo 6.° previó que, en efecto los jefes de sección podrían acceder al reconocimiento y pago de la prima técnica de que tratan los Decretos 1661 y 2164 de 1991, tal como se extrae de la siguiente transcripción:

«ARTÍCULO 6. El Secretario General del Senado de la República y de la Cámara de Representantes, los Subsecretarios Generales, los Directores Administrativos, los Secretarios Generales y Subsecretarios de las Comisiones Constitucionales y Legales Permanentes del Congreso de la República, Coordinadores de Unidad, Subsecretarios Auxiliares, Jefes de División, Jefes de Oficina, Jefes de Sección, Secretarios Privados, Subcoordinadores de Unidad, Subsecretarios de Comisión, Jefes de Unidad y Coordinadores de Comisión, tendrán derecho a la prima técnica de que tratan los Decretos 1661 y 2164 de 1991 y demás normas que los modifiquen o adicionen.». (Negrita fuera del texto).

De conformidad con este marco regulatorio sobre el asunto bajo estudio, se desprende con claridad que el análisis sobre el cumplimiento de requisitos y exigencias de la prima técnica objeto de litigio, se delimita en los presupuestos de los Decretos 1661 y 2164 de 1991 por expresa remisión y teleología de la regulación específica de los funcionarios del Congreso de la República y no en los Decretos 1016 y 1624 del mismo año que consagraban la prima técnica automática sobre la cual se alude que fue sustentado el reconocimiento prestacional en debate.

- De análisis específico sobre la situación creada al demandado

Sobre este punto, en primer lugar deberán verificarse los elementos probatorios recaudados y practicados en el presente proceso judicial, los cuales se enlistan de la siguiente forma:

> - Resolución 700 del 17 de agosto de 2011, por medio de la cual el director general del Senado la República nombró provisionalmente por un término de 6 meses al señor Gustavo Alfredo Forero Riveros en el empleo denominado jefe de la sección de pagaduría, grado 09 de dicha corporación. Para tal fin, en el mentado acto administrativo se precisó como motivación la siguiente: «[…] Que el empleo denominado JEFE DE LA SECCIÓN DE PAGADURÍA GRADO 09 DEL SENADO DE LA REPÚBLICA, es de carrera y se encuentra en vacancia definitiva y por necesidades del Servicio se hace necesario proveerlo mediante un nombramiento en provisionalidad. […] Que por lo anterior, esta Dirección tramitó autorización ante la Comisión Nacional del Servicio Civil para realizar el nombramiento provisional, por cuanto no existen funcionarios de carrera con derecho a ser encargados en el empleo denominado JEFE DE LA SECCIÓN DE PAGADURÍA GRADO 09 DEL SENADO DE LA REPÚBLICA. […] Que mediante Oficio 0-2011 EE 30551 de fecha 10 de Agosto de 2010, suscrito por el doctor FRIDOLE BALLEN DUQUE, Presidente de la Comisión Nacional del Servicio Civil, autorizó el nombramiento provisional por un término no superior a seis (6) meses. […]» (Negrilla y mayúscula conforme a la transcripción. Folios 6 a 7).
>
> - Resolución 1410 del 21 de febrero de 2012, a través de la cual el director general del Senado de la República prorrogó el referido nombramiento en provisionalidad del señor Forero Riveros en el cargo de jefe de la sección de pagaduría, grado 09 del Senado de la República, ello hasta que se expidieran las correspondientes listas de elegibles derivadas del concurso de méritos para proveer dicha plaza. (Folios 8 a 9).

- Concepto del 11 de mayo de 2012 suscrito por el asesor de la División de Recursos Humanos del Senado de la República, con el que dicho funcionario expuso lo siguiente sobre la procedencia del reconocimiento de la prima técnica para empleados de la referida corporación: «[…] El Departamento Administrativo de la Función Pública en la Cartilla Prima Técnica de Empleados Públicos, 2da. Versión actualizada al año 2011, Concepto Marco de la Prima Técnica, define que "La Prima Técnica automática es la otorgada en atención a las calidades excepcionales que se exigen para el ejercicio de las funciones propias de los empleos de altos funcionarios, la cual se concede durante el tiempo en que permanezcan en el desempeño de su cargo. Se establece también la Regulación Legal en el Decreto 1016 del 17 de Abril de 1991, Decreto 1624 del 26 de Junio de 1991 y Decretos anuales de incrementos Salariales. Refiriéndose a la cuantía dice que el monto de la Prima Técnica será el 50% del total de lo que devenguen los funcionarios relacionados en el Decreto 1624 de 1991 y en los Decretos Salariales emitidos anualmente. Procedimiento para otorgarla: No se requiere de ningún procedimiento especial, ya que el soporte legal para su pago es el respectivo decreto donde el Gobierno Nacional lo asignó (Decretos 1016 y 1624 de 1991 y el Decreto salarial anual respectivo.

El decreto 854 del 25 de Abril de 2012, por el cual se fija la escala salarial para los empleos públicos del Congreso de la República y se dictan otras disposiciones en materia salarial en el Artículo 6° establece: "El Secretario General del Senado de la República y de la Cámara de Representantes, los Subsecretarios Generales, los Directores Administrativos, los Secretarios Generales y Subsecretarios de las Comisiones Constitucionales y Legales Permanentes del Congreso de la República, Coordinadores de Unidad, Subsecretarios Auxiliares, Jefes de División, Jefes de Oficina, Jefes de Sección, Secretarios Privados, Subcoordinadores de Unidad, Subsecretarios de Comisión, Jefes de Unidad y Coordinadores de Comisión, tendrán derecho a la prima técnica de que tratan los Decretos 1661 y 2164 de 1991 y demás normas que los modifiquen o adicionen.". De la norma antes descrita se observa que a los funcionarios que ocupan los empleos relacionados, son beneficiarios de la Prima Técnica Automática establecida en el Decreto Salarial de los Funcionarios del Congreso correspondiente al año 2012. […]». (Folios 14 a 15).

- Oficio DRH-1371-05-12 del 31 de mayo de 2012, con el cual la jefe de la División de Recursos Humanos del Senado de la República puso en conocimiento del administrador del Sistema de Nómina Hominis de dicha corporación el concepto emitido por la asesora de la misma división, relacionado con la aplicación del Artículo 6. ° del Decreto 854 del 25 de abril de 2012 en lo que respecta al pago de la «prima técnica automática» a favor de los empleados de la entidad. Para ello, se anexó un listado de los funcionarios a quienes se les tendría que abonar la referida prestación, dentro del cual se encuentra el señor Gustavo Alfredo Forero Riveros. (Folios 159 a 160).

- Certificado del 11 de marzo de 2014 emitido por la Sección de Registro y Control del Senado de la República, en el que se indica que el señor Forero Riveros percibió los siguientes valores acumulados por concepto de prima técnica: para el año 2012= $21.489.600, para el año 2013= $22.228.848 y para el año 2014 con corte al 31 de enero= $1.852.404. (Folio 21).

- Reportes mensuales de devengados y deducciones del demandado para los años 2012 a 2016 por el cargo de jefe de sección de pagaduría del Senado de la República, en los cuales se observa que aquel ha percibido prima técnica desde junio de la primera anualidad. (Folios 122 a 126).

Con base en lo anterior y en el entendido que la decisión administrativa objeto de control de legalidad en esta oportunidad es el Oficio DRH-1371-05-12 del 31 de mayo de 2012 y no el acto presunto inicialmente demandado como se precisó en la cuestión previa de esta providencia, la Sala encuentra la primera irregularidad en su motivación que lo torna pasible de anulación.

Al respecto, basta con verificar el contenido de aquella manifestación, la cual pese a que en un primer acercamiento podría concebirse como un acto de ejecución, en esencia es asimilable a uno definitivo, en la medida en que este realmente se fundamenta en el concepto del 11 de mayo de 2012 suscrito por el asesor de la División de Recursos Humanos del Senado de la República relativo al reconocimiento de la prima técnica, ello para crear una situación jurídica a favor del señor Forero Riveros, pues técnicamente le reconoce dicha prestación y ordena al área responsable efectuar el pago respectivo.

Bajo dicha intelección, al analizar el referido concepto de la División de Recursos Humanos de la entidad demandante, se encuentra con claridad una motivación errada al haber considerado que los empleados enlistados en el Artículo 6. ° del Decreto 854 del 25 de abril de 2012, dentro de los cuales se encuentra el cargo de jefe de sección que ocupaba el demandado, tenían derecho a percibir la prima técnica automática consagrada en su momento en los Decretos 1016 y 1624 de 1991.

Lo anterior, por cuanto se presenta una falta de correspondencia jurídica entre lo previsto en la primera de las normas en cita y lo materializado por la autoridad libelista, toda vez que claramente aquella indica que la prestación susceptible de reconocimiento es la regulada en los Decretos 1661 y 2164 de 1991 que prevé la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada, así como la de evaluación del desempeño, no así la denominada automática.

En todo caso, lo cierto es que si en gracia de discusión la prestación asignada por la normativa especial de los empleados del Congreso de la República, hubiese sido la mentada prima técnica automática, esta tampoco se habría consolidado como derecho en favor del señor Forero Riveros, habida cuenta de que aquella fue consagrada solo para determinados servidores públicos «[…] en atención a las calidades excepcionales que exigen para el ejercicio de las funciones propias de esos empleos […]»[10], dentro de los cuales no figuraba el cargo de jefe de sección en la mentada corporación.

Adicionalmente, se recuerda que según la Corte Constitucional en sentencia C-279 del 24 de junio de 1996, con la expedición de la Ley 4.ª de 1992, los decretos que crearon la referida prestación se entienden derogados tácitamente, al punto de no poder ser aplicables, mucho menos para el año 2012 cuando se expidió el Decreto 854 del 25 de abril del mismo año.

Por lo expuesto, se advierte con claridad la contradicción y falta de cohesión jurídica del concepto del 11 de mayo de 2012, con base en el cual se fundamentó el Oficio DRH-1371-05-12 del 31 de mayo de dicha anualidad que reconoció la prima técnica al señor Gustavo Alfredo Forero Riveros, de manera que se presenta una infracción de las normas en que aquel acto debía fundarse, lo que enerva su legalidad e impide que surta efectos.

Ahora, sin perjuicio de lo anterior, al analizar la situación concreta del demandado en lo que respecta al cumplimiento de los requisitos contemplados en los Decretos 1661 y 2164 de 1991 para acceder a la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada, o a la de evaluación del desempeño, a fin de verificar si de alguna manera este había adquirido aquel derecho prestacional, se encuentra que aquel definitivamente no satisfizo las exigencias para lo propio, por lo que tampoco habría sido posible convalidar la prerrogativa creada con el acto administrativo cuestionado.

Sobre el particular se resalta que, puntualmente el requisito señalado en el Artículo 4. ° del Decreto 2164 de 1991, relativo a la acreditación de un nombramiento en propiedad para obtener el reconocimiento y pago del emolumento mencionado, ha sido y actualmente es una exigencia *sine que non* para configurar ese derecho. Se precisa que la naturaleza jurídica de la prima técnica obedece a la necesidad de mantener o retener en la planta interna de una institución al personal altamente calificado, lo cual dependerá precisamente de la voluntad del trabajador para continuar o no al servicio del Estado.

Dicha situación no podría predicarse de un empleado nombrado en provisionalidad, cuya relación legal y reglamentaria es o debe ser transitoria así se prorrogue o se extienda en el tiempo, más aun cuando ese vínculo no será permanente si se tiene en cuenta que en algún momento el titular de dicha plaza será nombrado en propiedad al haber sido elegido como resultado de un concurso público de méritos. Por ello, el funcionario provisional no podrá someter la duración de su nombramiento a la percepción del referido incentivo económico, debido a que no se cumpliría el fin de la aludida prima que es conservar al trabajador.

La posición esbozada se planteó por parte de la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia del 8 de marzo de 2018[11] y del 17 de octubre de 2019[12], cuando en un caso con similitud jurídica al *sub examine* (respecto a la naturaleza del nombramiento del reclamante de la prima técnica), se precisó que:

«[…] Según el parágrafo 1º del Artículo 11 de la Resolución MD 1101 de 28 de junio de 2010, demandada, los funcionarios de la planta administrativa de la Cámara de Representantes designados en encargo, también tienen derecho a la prima técnica señalada para el empleo que desempeñan temporalmente en calidad de encargados, mientras su titular no la esté devengando. De acuerdo con el marco normativo fijado por el Gobierno Nacional para regular lo relacionado con el régimen de prima técnica en todas las entidades públicas del orden nacional, dicha prestación sólo se otorgará a los servidores (…), siempre que estén designados con carácter permanente o en propiedad, lo cual excluye, en virtud del principio de identidad, a quienes estén designados en calidad de provisionales o en encargo. […]» (Negrita fuera del texto).

Pues bien, en el caso concreto se verificó que por medio de la Resolución 700 del 17 de agosto de 2011 (visible de folios 6 a 7), la autoridad demandante nombró provisionalmente al señor Gustavo Alfredo Forero Riveros en el cargo de jefe de sección de pagaduría grado 09, y posteriormente se extrae de la Resolución 1410 del 21 de febrero de 2012 (que reposa de folios 8 a 9), que su vinculación fue prorrogada y a la vez limitada hasta el día en que se expidan las listas de elegibles derivadas del concurso de méritos para los cargos de carrera del Congreso de la República, autorizado por la Comisión Nacional del Servicio Civil según comunicación 0-2012 EE 5829 del 9 de febrero de 2012.

Como se observa, el demandado fue nombrado en provisionalidad en la plaza plurimencionada, la cual corresponde a un cargo de carrera administrativa que en esencia, debe ser ocupado con carácter permanente por un funcionario nombrado en propiedad. Sobre este punto, se destaca que el señor Forero Riveros nunca manifestó ni demostró haber sido vinculado bajo esta última modalidad, sino que, en efecto, su relación legal y reglamentaria permaneció como provisional, lo cual normativamente impide reconocer la prima técnica en litigio, habida cuenta de que contraviene la naturaleza propia de dicha prestación.

Ahora, el hecho de que el referido nombramiento se hubiese prorrogado en el tiempo hasta que se expidiera la lista de elegibles para suplir la vacante, y que el demandado se haya desempeñado en tal empleo por varios años, no cambia ni transforma su clase de vínculo con el Estado ni le otorga derechos de carrera administrativa, toda vez que ello solo ocurre en virtud del principio del mérito, el cual no se configura por la experiencia y las funciones cumplidas a cabalidad, sino por la superación de un concurso público que lo acredite como el mejor candidato para ser titular del cargo en mención.

Bajo este entendido, se evidencia para el caso *sub lite* que el hecho de que el señor Forero Riveros devengue la prima técnica a pesar de que fue nombrado en el cargo de jefe de sección de pagaduría en provisionalidad, constituye una infracción de las normas que regulan dicha prestación, de tal suerte que el derecho reconocido en virtud del acto administrativo demandado, resulta contrario al precepto de legalidad que lo cobijaba.

- De la supuesta vulneración de garantías constitucionales del demandado con la declaratoria de nulidad de la decisión cuestionada

Acerca de este planteamiento impugnativo, se observa que el señor Forero Riveros esgrimió que el hecho de anular el acto administrativo por medio del cual se fundamenta el pago de la prima técnica a su favor, vulneraría su derecho fundamental a la igualdad y al principio superior de prevalencia de la realidad sobre las formas consagrado en el Artículo 53 constitucional, en razón a que se ha desempeñado en un cargo en

provisionalidad por más de 9 años bajo las mismas condiciones de responsabilidad que tendría quien fuera nombrado en propiedad para dicho empleo.

Sobre lo afirmado *ut supra*, se considera en primer lugar que el principio de prevalencia de la realidad sobre las formas, no se encuentra vulnerado en el *sub lite* con base en la aseveración del demandado relativa a que no le fue dado un criterio de parangón al tiempo transcurrido con el nombramiento en provisionalidad y el que este habría consolidado en caso de haber sido vinculado en propiedad, puesto que al margen de que aquel ejecute las mismas labores con idéntico nivel de responsabilidad como las tendría un empleado titular del cargo, esa circunstancia carece de la entidad suficiente para enervar la razón jurídica que el legislador previó en orden de diferenciar los tipos de relación laboral reglamentaria.

Lo anterior quiere decir que la existencia de una naturaleza disímil entre los nombramientos en propiedad y en provisionalidad dentro del marco de la función pública, obedece a una justificación de origen legal e incluso constitucional, basada en que la segunda modalidad de vinculación se creó solo con el fin temporal y finito de que no permaneciera vacante una plaza pendiente de ser suplida de manera definitiva por una persona que supere satisfactoriamente todas las etapas de un concurso público de méritos, y que en razón de este se vuelva titular de sendos derechos de carrera con vocación de perennidad y ascenso en una misma entidad pública, aspectos que caracterizan y diferencian precisamente el primer tipo de vinculación al que formal y realmente detenta el demandado.

Con fundamento en esta formulación argumentativa, se observa que la esencia jurídica y teleológica de un nombramiento en propiedad, de ninguna manera podría asimilarse o conmutarse en igual medida para el caso de un empleado en provisionalidad que invoque la aplicación del principio contenido en el Artículo 53 constitucional, toda vez que la formalidad en cuanto a la clase de relación reglamentaria, no busca ocultar o hacer nugatoria la realidad laboral de quien ocupa un cargo de manera temporal, sino por el contrario, garantizar el principio superior del mérito como forma preferente de acceso a los empleos públicos de carrera administrativa previsto en el canon 125 *ibídem.*

De conformidad con este contexto, resulta coherente precisar que el solo paso del tiempo en una vacante desempeñada como funcionario provisional, a pesar de ser una realidad factual que no debería ocurrir, tampoco implica una transgresión al derecho sustancial del trabajador en comento, sino una forma de protección del modelo estructural de la función pública diseñado por la propia Constitución Política.

En la medida en que se pretende evitar que quien no ha concursado y ganado la titularidad del cargo a través de un proceso reglado y basado en el mérito, adquiera todos los derechos que obtendría la persona que sí satisfaga ese requisito general y material, más aun cuando asumir lo contrario se traduciría en la transgresión de un principio que soporta el engranaje funcional del Estado y que debe prevalecer sobre una situación particular como la del apelante, debido a que en clave de ponderación, el primer postulado corresponde un interés general preferente.

Por otro lado y bajo el entendido de que la vinculación del señor Forero Riveros no puede ser asimilada a la de un empleado en propiedad, se estima que la supuesta vulneración de su derecho a la igualdad tampoco se configura en el *sub iudice,* en atención a que sería improcedente la realización del test respectivo desarrollado por la Corte Constitucional para verificar dicha vulneración[13], porque que no se cumple el primer supuesto de procedibilidad correspondiente a que las situaciones a comparar tengan condiciones y características similares o equiparables con fines de evidenciar un tratamiento desigual injustificado para alguno de los casos.

Ello por cuanto como se reseñó anteriormente, el nombramiento en propiedad dista con respaldo legal y constitucional del nombramiento en provisionalidad, de suerte que pretender hallar una discriminación cuando no se predica igualdad entre iguales resulta inocua en esta oportunidad.

A esta afirmación se arriba adicionalmente si se tiene en cuenta que como fue esbozado con antelación, el *quid* del asunto relacionado con la imposibilidad de que un empleado en provisionalidad como el demandado pueda percibir la prima técnica, tiene sustento en que el fin de aquella prestación que busca la retención del personal en propiedad con conocimientos técnicos importantes para la entidad, solo es predicable para los funcionarios vinculados en razón de una elección derivada del resultado de un concurso público de méritos, con base en el cual estos hayan consolidado una vocación de permanencia y derechos de carrera, y no para quienes ocupan el cargo de manera temporal hasta que acontezca ese hecho, situación que refuerza la diferencia entre ambos casos y la improcedencia de considerar una presunta vulneración del principio de igualdad como lo aseguraba el apelante.

Aunado a lo anterior, se destaca el hecho de que el test en comento no podría efectuarse sobre la base de un acto administrativo que infringe la normativa que le es aplicable, pues no sería una situación válida de comparación en clave de igualdad al tratarse de una manifestación irregular de la administración. Ello, por cuanto la decisión cuestionada no reconoció una prima técnica por experiencia altamente calificada ni por evaluación de desempeño, sino que de manera arbitraria, concedió el pago de una prestación sustentada en un marco regulatorio que ha desaparecido del ordenamiento jurídico y que en todo caso, no preveía tal beneficio para el cargo desempeñado por el demandado.

Aquel hecho junto a la falta de material probatorio relacionado con el desempeño del señor Forero Riveros o la acreditación de una experiencia especializada en temas técnicos de la entidad, evidencia la imposibilidad de al menos haber analizado el cumplimiento de tales requisitos para verificar la procedencia del reconocimiento de la prima técnica de que trata el Artículo 2.° del Decreto 1661 de 1991 y las demás normas complementarias.

Por último, debe tenerse en cuenta que si eventualmente se hubiesen respaldado los argumentos de la parte demandada y apelante en orden de mantener indemne el acto administrativo cuestionado, se habría convalidado judicialmente una situación irregular que sistemáticamente ha advertido el Congreso de la República, en tanto para la época, dicha entidad reconoció la referida prestación a varios funcionarios en provisionalidad que no habían adquirido el derecho a devengar tal emolumento por las razones expuestas en esta providencia, más aún cuando el fundamento de ello fue una normativa derogada tácitamente que de cualquier modo tampoco contemplaba tal beneficio a favor de empleados

como el señor Gustavo Alfredo Forero Riveros, quien ejercía un cargo que no ha sido provisto a través de un concurso de méritos conforme lo ordena la Constitución y la Ley.

En conclusión: el demandado no había consolidado el derecho al pago de la prima técnica prevista en los Decretos 1661 y 2164 de 1991, como tampoco en los Decretos 1016 y 1624 del mismo año que consagraban la prima técnica automática por el hecho de ocupar el cargo de jefe de la sección de pagaduría, grado 09 del Senado de la República, puesto que el acto administrativo que reconoció aquella prerrogativa desconoció las normas en que debía fundarse al haber dado aplicación a una regulación derogada tácitamente, en adición a que a pesar de que aquel ha desempeñado dicho empleo por varios años, su nombramiento es en provisionalidad, lo cual no se contempla como condición susceptible para ser titular de la mentada prestación por los factores de evaluación del desempeño, al igual que de formación avanzada y experiencia altamente calificada, en tanto uno de los requisitos para ello es que el funcionario se encuentre vinculado en propiedad para materializar la esencia de tal emolumento, tendiente a conservar al personal especializado de la entidad.

En todo caso, el paso del tiempo en el ejercicio de la referida plaza por parte del señor Forero Riveros en cumplimiento de las funciones que le son propias, no es una circunstancia que deba primar sobre la acreditación de las exigencias para acceder a tal derecho prestacional, pues no se configura una vulneración al principio de la prevalencia de la realidad sobre las formas ni de la igualdad, en tanto la diferencia de tratamiento entre un servidor público en propiedad y en provisionalidad, halla un sustento constitucional superior como lo es el mérito en clave de garantía de la estructura funcional del Estado.

Decisión de segunda instancia
Según lo expuesto, se impone confirmar la sentencia proferida el 6 de febrero de 2019 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, ello habida cuenta de que no prosperan los argumentos del recurso de apelación formulado por el demandado.

De la condena en costas de segunda instancia

Esta subsección en providencia de 7 de abril de 2016[14], sobre la condena en costas en vigencia del CPACA, determinó el criterio objetivo-valorativo, para la imposición de condena en costas, bajo los siguientes fundamentos:

a) «El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio *«subjetivo» –CCA-* a uno *«objetivo valorativo» –CPACA-*.

b) Se concluye que es *«objetivo»* porque en toda sentencia se «dispondrá» sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.

c) Sin embargo, se le califica de *«valorativo»* porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).

e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.

f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP[15], previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.»

De lo anterior se colige que la condena en costas implica una valoración objetiva valorativa que excluye como criterio de decisión la mala fe o la temeridad de las partes. En efecto, el Artículo 188 del CPACA regula que tratándose de costas en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en la sentencia el juez tiene la obligación de pronunciarse sobre dicho aspecto, con excepción de los asuntos en los que se ventile un interés público[16], tal como acontece en el presente caso en el que una entidad estatal promovió el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en la modalidad de lesividad con el fin de proteger el erario, por lo que no hay lugar a condena en costas a ninguna de las partes en esta instancia.

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

FALLA

Primero: Confirmar la sentencia proferida el 6 de febrero de 2019 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, en el proceso que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento

del derecho promovió la Nación, Congreso de la República, Senado de la República contra el señor Gustavo Alfredo Forero Riveros.
Segundo: Sin condena en costas en esta instancia.
Tercero: Reconocer personería adjetiva para actuar como apoderados principal y sustituta de la entidad demandante respectivamente, a los abogados Julián Andrés Prada Betancourt, identificado con cédula de ciudadanía n.° 80.226.416 y tarjeta profesional 173.071 del Consejo Superior de la Judicatura; así como a Martha Isabel Gómez Gil, identificada con cédula de ciudadanía n.° 43.869.269 y tarjeta profesional 236.460 de la referida autoridad, ello conforme a los memoriales de poder obrantes a folio 258 del plenario y en el índice 13 del registro en SAMAI.
Cuarto: Ejecutoriada esta providencia, devolver el expediente al tribunal de origen, previas las anotaciones pertinentes en el programa SAMAI.
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Subsección en la sesión de la fecha.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Firmado electrónicamente

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS
Firmado electrónicamente

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Firmado electrónicamente

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

1. «Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo», o CPACA.

2. Ver: Hernández Gómez William. Módulo Audiencia inicial y audiencia de pruebas. EJRLB. (2015).

3. Este proceso corresponde al expediente de la apelación del auto que decretó la medida cautelar de suspensión provisional y que corresponde al siguiente radicado: 25000-23-42-000-2014-01251-01 (2486-2015), del cual tuvo conocimiento y resolvió esta misma Subsección en auto del 16 de abril de 2020.

4. «Por el cual se modifica el régimen de Prima Técnica, se establece un sistema para otorgar estímulos especiales a los mejores empleados oficiales y se dictan otras disposiciones.»

5. Corte Constitucional. Sentencia C-279 del 24 de junio de 1996. Expediente. D-002, acumulados D-204 y D-817. Sobre el punto se indicó lo siguiente: «[…] El decreto ley 1016 de 1991, establece en el Artículo primero una prima técnica para los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, Consejeros de Estado y Magistrados del Tribunal Disciplinario, según se puede establecer de la lectura del texto de la norma demandada, transcrita en el capítulo II, numeral 1, de esta sentencia. En el Artículo 2 indica cuales de los funcionarios a los que se acaba de aludir tienen derecho a la prima; y señala que ésta no se tendrá en cuenta para determinar la remuneración de otros funcionarios de la rama judicial y el Ministerio Público. En el Artículo 3 se regula el tiempo durante el cual los beneficiarios podrán percibir la prima.

Con posterioridad a este decreto y para desarrollar el Artículo 150, numeral 19, literales "e" y "f" de la nueva Constitución Política, el Congreso expidió la ley 4 de 1992. En su Artículo 1 se dispuso que el Gobierno fijaría el régimen salarial y prestacional de diferentes servidores públicos, entre ellos los de la rama judicial, con sujeción a las normas de la ley. El Artículo 15 estableció una "prima especial de servicios", sin carácter salarial, para los magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, de la Corte Suprema de Justicia, de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado y para otros altos funcionarios del Estado. El monto de la prima resultaría definido por una comparación entre los ingresos de estos funcionarios y los de los miembros del Congreso, sin que en ninguna caso puedan superar éstos.

Al tener en cuenta que la ley 4 se expidió para ser el marco dentro del cual se defina todo el régimen salarial y prestacional del sector público, y que, en cuanto a la remuneración de los funcionarios a los que se refería el decreto 1016 de 1991, creó directamente una prima para igualarla a la remuneración de los miembros del Congreso, al tiempo que prohibió que la de aquellos superara la de éstos es forzoso entender que las normas que establecieron la "prima técnica" regulada en el decreto 1016 de 1991 fueron derogadas tácitamente. […]».

6. Modificado por el Artículo 2.º del Decreto 1335 de 1999.

7. Derogado por el Decreto 1336 de 2003.

8. «Por el cual se modifican los Artículos 3 y 4 del Decreto 2164 de 1991.»

9. «Por el cual se establecen modificaciones a los criterios de asignación de prima técnica y se dictan otras disposiciones sobre prima técnica»

10. Según Artículo 1.° del Decreto 1016 de 1991.

11. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 8 de marzo de 2018. Radicado: 11001-03-25-000-2013-00171-00(0415-13).

12. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 17 de octubre de 2019. Radicado: 25000234200020130150250 1 (3596-2015).

13. En este punto la Subsección se refiere al denominado test de igualdad conceptuado por la Corte Constitucional en variada jurisprudencia sobre el particular, específicamente en la sentencia C-127 del 21 de noviembre de 2018, proferida por la Sala Plena de la corporación en el expediente Expediente D-12269, donde se precisó lo siguiente: «[…] La Corte Constitucional colombiana, en concordancia con la jurisprudencia comparada, desarrolló un conjunto de herramientas denominado juicio o test de igualdad, cuyo objeto es verificar la existencia de una violación al respectivo principio. El modelo colombiano hace uso de una mixtura entre los modelos europeos y norte americano, a fin de garantizar, de la mejor forma posible el respeto por la igualdad. En primer lugar, el carácter *relacional* del derecho a la igualdad supone una comparación entre sujetos, situaciones y medidas. Por ello, el uso del juicio o test implica la identificación de tres presupuestos principalmente, a saber: (i) los sujetos a comparar; (ii) el bien, beneficio o ventaja respecto del cual se da el tratamiento desigual; y (iii) el criterio relevante que da lugar al trato diferenciado. Ha sido sostenido por la jurisprudencia constitucional, que el juicio integrado de igualdad tiene tres etapas de análisis, distribuidas de la siguiente manera: (i) establecer el criterio de comparación: patrón de igualdad o *tertium comparationis,* esto es, precisar si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se comparan sujetos de la misma naturaleza; (ii) definir si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales; y (iii) averiguar si la diferencia de trato está constitucionalmente justificada, es decir, si las situaciones objeto de la comparación ameritan un trato diferente desde la Constitución. […]» (Líneas de la Sala).

14. Al respecto ver sentencia de 7 de abril de 2016, expedientes: 4492-2013, demandante: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, demandante: José Francisco Guerrero Bardi.

15. «ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obedecimiento a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas: […]».

16. Regula la norma lo siguiente: "[…] salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil […].»

Fecha y hora de creación: 2025-06-17 20:43:55