



Sentencia 2016-00769 de 2022 Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter

Bogotá, D. C., doce (12) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Medio de control: Nulidad

Expediente: 73001-23-33-000-2016-00769-01 (5323-2018)

Demandante: Universidad del Tolima

Interviniente: Universidad del Tolima - consejo superior

Coadyuvantes: Yasmith de los Ríos Bermúdez, María Consuelo Botero Bermúdez, Luis Alfredo Lozano Botache, Carlos Eduardo Montealegre Hernández, Henry Rengifo Sánchez, Hugo Ernesto Ovalle Rodríguez, Francisco Javier Álzate Santos, Juan Carlos Ferrero Otero y Andrés Felipe Velásquez Mosquera.

Tema: Nulidad del artículo 64 del Acuerdo 1 de 29 de enero de 1996 expedido por el consejo superior de la Universidad del Tolima (prima técnica)

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por los señores Yasmith de los Ríos Bermúdez, María Consuelo Botero Bermúdez, Luis Alfredo Lozano Botache, Carlos Eduardo Montealegre Hernández, Henry Rengifo Sánchez, Hugo Ernesto Ovalle Rodríguez, Francisco Javier Álzate Santos, Juan Carlos Ferrero Otero y Andrés Felipe Velásquez Mosquera, en condición de coadyuvantes, contra la sentencia de 23 de febrero de 2018 proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, mediante la cual accedió a las súplicas de la demanda dentro del proceso del epígrafe.

ANTECEDENTES

1.1 Medio de control (ff. 1 a 15). La Universidad del Tolima, por intermedio de apoderada, ocurre ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo a incoar medio de control de nulidad, conforme al artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), para que se acojan las pretensiones que en el apartado siguiente se precisan.

1.2 Pretensiones. Se declare la nulidad del artículo 64 del Acuerdo 1 de 29 de enero de 1996 del consejo superior de la Universidad del Tolima, que creó la prima técnica por evaluación del desempeño, al expedir el estatuto para el personal administrativo de ese ente de educación superior.

1.3 Fundamentos fácticos. Relata la actora que, a través de Acuerdo 1 de 29 de enero de 1996, el consejo superior de la Universidad del Tolima fijó «[...] el Estatuto para el Personal Administrativo de [esta]», en el que estableció en el artículo 64, título IX de estímulos y distinciones, el derecho a percibir prima técnica para todo el personal no docente [...], para los niveles directivo, asesor, ejecutivo, profesional y para todos los demás niveles de acuerdo a la evaluación de desempeño y los criterios definidos en los Decretos 1661 y 2164 de 1991» (sic).

Que el Consejo de Estado, en fallo de 19 de marzo de 1998, «[...] declaró la nulidad del [artículo 13 del Decreto 2164 de 1991], al considerar que el Presidente de la República se había extralimitado en sus funciones, como quiera que no atendió el espíritu de la norma, esto es, la ley 60 de 1990, la cual solo establece y regula la prima técnica para empleados de orden nacional [...]» (sic).

1.4 Disposiciones presuntamente violadas y su concepto. Cita como normas violadas por el acto censurado el artículo 9 del Decreto ley 1661 de 1991 y la Ley 60 de 1960.

Dice que «[...] la norma que permitía el reconocimiento y pago de la prima técnica a los empleados del orden departamental y municipal, esto es, el artículo 13 del Decreto 2164 de 1991, salió del mundo jurídico mediante sentencia del Consejo de Estado, que decretó la nulidad del mismo, por lo cual, no existe una base normativa que sustente [su] pago [...] a empleados diferentes a los del orden nacional».

1.5 Medida cautelar. La accionante, junto con el escrito de demanda, solicitó suspender provisionalmente el acto administrativo enjuiciado; medida cautelar negada con auto de 22 de febrero de 2017 por el Tribunal Administrativo del Tolima (ff. 96 a 100 vuelto).

1.6 Contestación de la demanda. La parte interviniente guardó silencio en esta oportunidad procesal.

1.7 La providencia apelada (ff. 136 a 146). El Tribunal Administrativo del Tolima, mediante sentencia de 23 de febrero de 2018, accedió a las súplicas de la demanda, al considerar que (i) de conformidad con el artículo 150 (numeral 19) la Carta Política y la Ley 4ª de 1992, la función de fijar los regímenes salarial y prestacional de los servidores públicos (incluidos los «[...] no docentes o mejor administrativos de los entes universitarios [...]») reside de manera exclusiva en el Congreso de la República y el Gobierno nacional; y (ii) el artículo 13 del Decreto 2164 de 1991, norma que dio pábulo al reconocimiento ahora analizado, fue anulado por el Consejo de Estado el 19 de marzo de 1998, por cuanto el presidente de la República excedió los límites de la potestad reglamentaria al extender el beneficio de la prima técnica a los empleados de los entes territoriales y sus entidades descentralizadas, cuando está restringida a quienes estén vinculados a la Administración en el orden nacional.

1.8 El recurso de apelación (ff. 154 a 161). Inconformes con el anterior fallo, los coadyuvantes interpusieron recurso de apelación, al estimar que el principio de autonomía universitaria previsto en la Constitución Política y la Ley 30 de 1992, «[...] no se circunscribe de manera exclusiva a los aspectos netamente educativos, si no que va más allá, pues la voluntad del legislador [...] fue el de entregar el conjunto de potestades requeridas a las Universidades para todo su funcionamiento, dotándolas de autonomía absoluta para el cumplimiento de sus objetivos [...]» (sic).

Que si bien el máximo tribunal de lo contencioso-administrativo decretó la nulidad del artículo 13 del Decreto 2164 de 1991, en todo caso «[...] la restante reglamentación aún se mantiene vigente, en especial lo dispuesto en el artículo 2 [...]» *ibidem*, según el cual «La prima técnica de que trata el Decreto-Ley 1661 de 1991 no se aplicará [...]» al personal docente «[...] de los distintos organismos de la Rama ejecutiva, salvo al de las universidades», lo que, además, no incluye a los empleados administrativos de estas.

Aduce que el a quo no «[...] revisó el impacto de la eventual decisión de nulidad frente a derechos tales como el mínimo vital acorde con los requerimientos de un nivel de vida ajustado a la dignidad y la justicia, así como la irreversibilidad y menoscabo de los derechos laborales, y la obligatoria aplicación del principio de progresividad de los derechos sociales, amén de los que amparan la igualdad, el debido proceso y el acceso efectivo al Sistema de la Seguridad Social Integral, entre otros» (sic).

II. TRÁMITE PROCESAL

El recurso de apelación fue concedido mediante proveído de 15 de agosto de 2018 (ff. 195 a 198) y admitido por esta Corporación a través de auto de 15 de octubre de 2020 (ff. 206 y 207), en el que se dispuso la notificación personal al agente del Ministerio Público y a las partes por estado, en cumplimiento de los artículos 198 (numeral 3) y 201 del CPACA.

2. Alegatos de conclusión. Admitida la alzada, se continuó con el trámite regular del proceso en el sentido de correr traslado a las partes y al Ministerio Público, por medio de providencia de 10 de febrero de 2022 (f. 209), para que aquellas alegaran de conclusión y este conceptuara, oportunidad aprovechada por la demandante y los coadyuvantes.

2.1.1 Parte actora. Pide confirmar la decisión de primera instancia, toda vez que (i) «[...] es insuficiente y equivocado asegurar que la expresión «autonomía» permitía, por sí misma, y sin la habilitación especial dada por el Gobierno Nacional a través del Decreto 2164 de 1991, disponer la creación de una prima técnica especial para personal administrativo al interior de la Universidad del Tolima»; (ii) el artículo 64 del Acuerdo 1 de 1996 «[...] fue expedido en contravía de lo dispuesto por la Ley 60 de 1990, el Decreto Ley 1661 de 1991 y el Decreto 2164 de 1991 (normas que sólo habilitaban el reconocimiento de prima técnica respecto servidores del orden nacional). Por ende, los reconocimientos que se hicieron bajo su fundamento no pueden constituir derechos adquiridos» (sic); y (iii) «[...] el pago de la prima técnica en favor de algunos empleados, como hecho, no constituye argumento válido para soportar la legalidad de una norma jurídica. El debate que se desarrolla en el marco de una acción de nulidad simple es diferente. En este proceso se define la correspondencia de la norma demandada con el ordenamiento jurídico

superior al que está sujeta» (sic).

2.1.2 Coadyuvantes. Solicitan la revocación del fallo impugnado o, en su defecto, se «[...] *morigere* [n sus] efectos [...] frente a los servidores beneficiarios del Acuerdo declarado nulo», para lo cual reiteran los argumentos consignados en el escrito de alzada.

Por otra parte, acusan a la accionante de actuar «[...] *de manera precipitada en tanto que pasó por alto que la sentencia que declaró la Nulidad de su propio acto administrativo demandado es una decisión que no está en firme, lo que significa que aún no produce efectos jurídicos por cuanto no se encuentra ejecutoriada, razón por la que el contenido del acto administrativo general mantiene la totalidad de sus efectos, siendo de obligatorio cumplimiento, dada la presunción de legalidad que el mismo conserva, al tenor de lo dispuesto en el artículo 88 del CPACA*»; motivo por el cual, en sede de apelación, resulta necesario ordenar «[...] *el restablecimiento temporal de [sus] derechos [...] por el periodo comprendido entre la fecha de suspensión del pago de la prima técnica y la fecha de ejecutoria de la providencia que resuelva el presente asunto*».

III. CONSIDERACIONES

3.1 Competencia. Conforme a la preceptiva del artículo 150 del CPACA, esta Corporación es competente para conocer del presente litigio, en segunda instancia.

3.2 Problema jurídico. De acuerdo con el recurso de apelación, corresponde en esta oportunidad a la Sala determinar si los consejos superiores de universidades del orden territorial son competentes para crear, con cargo al presupuesto de estas, la denominada prima técnica por evaluación del desempeño a favor del personal administrativo (no docente); o si, por el contrario, dicho reconocimiento debe ser respetado y mantenido, por comportar un derecho adquirido.

3.3 Caso concreto.

3.3.1 Acto administrativo objeto de pretensión de nulidad. Mediante Acuerdo 1 de 29 de enero de 1996 (ff. 46 a 66), el consejo superior de la Universidad del Tolima «[...] *expid[ió] el Estatuto para el Personal Administrativo [...]*» (sic) de esa *alma mater*, en cuyo artículo 64 (enjuiciado) creó una prima técnica, así:

ARTÍCULO 1.- Expedir el Estatuto Administrativo, por el cual se establece el sistema de vinculación, permanencia, retiro, derechos y deberes del Personal Administrativo de la Universidad del Tolima, en función del cumplimiento de la misión, la visión, los principios, los propósitos y los objetivos de la Institución.

[...]

TÍTULO IX+

DE LOS ESTÍMULOS Y DISTINCIONES

ARTÍCULO 64.- Tendrán derecho a percibir prima técnica, los servidores públicos no docentes de la Universidad del Tolima, pertenecientes a los niveles directivo, asesor, ejecutivo, profesional y para todos los demás niveles de acuerdo a la evaluación del desempeño, utilizando para tal efecto los criterios previstos por los Decretos 1661 y 2164 de 1991 y todas las demás normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan.

[...] (sic para toda la cita).

3.3.2 Naturaleza jurídica de la prima técnica por evaluación del desempeño concedida al personal administrativo (no docente) de la Universidad del Tolima. En primer lugar, resulta necesario precisar la naturaleza del citado emolumento (factor salarial o prestacional) para, seguidamente, establecer si, como lo alega la parte demandante, fue creado por el consejo superior universitario de dicha institución educativa sin tener competencia para ello.

De conformidad con el artículo 42 del Decreto 1042 de 7 de junio de 1978, «*Además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios*», sin perjuicio de la denominación que se le dé (esto es, prima, bonificación, incentivo, etc.); y a renglón seguido prevé que también «*Son factores salario*» los incrementos por antigüedad (artículos 49 y 97 *ibidem*), (ii) los gastos de representación, (iii) las primas técnica y de servicios, (iv) los auxilios de transporte y alimentación, (v) la bonificación por servicios prestados y (vi) los viáticos devengados en comisión.

Por su parte, las prestaciones sociales fueron creadas por el legislador para cubrir o «[...] *amparar las contingencias a que suele verse sometida la persona que labora al servicio de un empleador*», las cuales pueden estar representadas en dinero, servicios u otros beneficios.

De acuerdo con lo anotado, las prestaciones sociales y salariales devienen de los servicios subordinados que se prestan al empleador, es decir, de la relación laboral; sin embargo, cuentan con características que las diferencian, verbigracia, las primeras no retribuyen propiamente la actividad del trabajador (como sí las segundas), sino que cubren los riesgos, infortunios o necesidades a los que este puede verse enfrentado.

En tal sentido, la sala de consulta y servicio civil del Consejo de Estado, en concepto 1393 de 18 de julio de 2002 (C. P. Flavio Augusto Rodríguez Arce), sostuvo:

3. Factores salariales de los servidores públicos del orden nacional y distrital.

El artículo 3° de la ley 4ª de 1992 establece que “el sistema salarial de los servidores públicos estará integrado por los siguientes elementos: la estructura de los empleos, de conformidad con las funciones que se deban desarrollar y la escala y tipo de remuneración para cada cargo o categoría de cargos.” Y el artículo 2.j) *ibídem* dispone que para la fijación del régimen salarial - y prestacional también - se tendrá en cuenta “el nivel de los cargos, esto es, la naturaleza de las funciones, sus responsabilidades y las calidades exigidas para su desempeño.”

Para la Sala, ante todo, es necesario precisar los conceptos de salario, sueldo, factor salarial, asignación básica, emolumentos y escalas de remuneración.

El salario “... aparece (...) como la remuneración social más inmediata o directa que el trabajador recibe por la transmisión que hace de su fuerza de trabajo para ponerla a disposición del empleador...”. En efecto, según el artículo 127 del Código Sustantivo de Trabajo (subrogado por el artículo 14 de la ley 50 de 1990) “constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.” En similar sentido el artículo 42 del decreto 1042 de 1978 establece que “además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios.”

El sueldo, tal y como lo precisó esta Sala en Consulta 705 de 1995, es una noción restringida que coincide con la asignación básica fijada por la ley para los diversos cargos de la administración pública, mientras que el salario es una noción amplia que comprende todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios. La asignación básica correspondiente a cada empleo, según el artículo 13 del decreto 1042 de 1978, está determinada por sus funciones y responsabilidades, así como por los requisitos de conocimientos y experiencia requeridos para su ejercicio, según la denominación y el grado establecidos en la nomenclatura y la escala del respectivo nivel.

Según el artículo 42 *ibídem* son factores de salario, y por ende deben entenderse como una retribución o contraprestación directa por los servicios que presta el trabajador: la asignación básica, el valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, los incrementos por antigüedad, los gastos de representación, la prima técnica, el auxilio de transporte, el auxilio de alimentación, la prima de servicio, la bonificación por servicios prestados y los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión.

Emolumento lo define el Diccionario de la Lengua Española como “Gaje, utilidad o propina que corresponde a un cargo o empleo.”

Por último, la escala de remuneración, o tabla salarial, “...consiste en un ordenamiento numérico contentivo de los diferentes grados de remuneración que pueden existir, ubicados desde el inferior hasta el superior, para hacerles corresponder a cada uno de ellos determinadas consecuencias económicas, las que se reconocen por unidad de tiempo de servicio.”

Ahora bien, en lo atinente a la prima técnica, esta Corporación, en fallo de 20 de marzo de 2014 (C. P. Gerardo Arenas Monsalve), concluyó:

Para resolver la cuestión, en primer lugar, precisa la Sala que la prima técnica *no constituye una prestación social* sino un factor salarial para atraer o mantener personal calificado en la función pública, razón por la cual dicho complemento salarial no está cobijado por las disposiciones del artículo 1 del Decreto 1919 de 2002, mediante el cual se hizo extensivo al orden territorial, el régimen de prestaciones sociales establecido para los empleados públicos del orden nacional, como erróneamente lo interpretó el actor.

Agrégase a lo anotado, que el citado Decreto 1042 de 1978, en su artículo 55 («*Del criterio de asignación*»), dispuso que «*La prima técnica se pagará mensualmente y constituye factor de salario*».

Conforme a lo anterior, se colige que la prima técnica concedida a los empleados administrativos de la Universidad del Tolima constituye factor salarial, pues es evidente que comporta una contraprestación o retribución por el servicio prestado, sufragada al colmar los respectivos requisitos.

3.3.3 Competencia para fijar el régimen salarial del personal administrativo de las universidades públicas del orden territorial. En principio, la Constitución Nacional de 1886, en su texto original, sometió a reserva legal la fijación de los empleos y sus «*respectivas dotaciones*» (ordinal 7 del artículo 76); empero, el Acto legislativo 3 de 1910 extendió dicha facultad a las asambleas, al permitirles determinar «[...] *el número de empleados departamentales, sus atribuciones y sueldos*» (artículo 54), función que se mantuvo en el Acto legislativo 1 de 1945 (artículo 83).

Por su parte, la Ley 6ª de 1945 otorgó la potestad al Gobierno nacional para

«[...] *señalar [...] por medio de decreto las prestaciones que hayan de pagar a los empleados y obreros [...]*» de los departamentos y municipios (así como de las intendencias y comisarías que para entonces hacían parte de la división política del país), es decir, que las entidades territoriales no tenían competencia para establecer prestaciones sociales.

A través de los artículos 11 y 57 del Acto legislativo 1 de 11 de diciembre de 1968, el constituyente dejó en cabeza del Congreso de la República la responsabilidad de «*Determinar la estructura de la administración nacional mediante la creación de Ministerios, Departamentos Administrativos y Establecimientos Públicos, y fijar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, así como el régimen de sus prestaciones sociales*» (se destaca).

Por consiguiente, desde la expedición del Acto legislativo 1 de 1968, el régimen prestacional de los empleados públicos es del resorte del legislador.

Acerca de este tema, el Consejo de Estado, en sentencia de 24 de mayo de 2012, expuso:

Con lo que se tiene que a partir del año 1968, el régimen prestacional de los empleados públicos del nivel seccional y local, al igual que del nacional, era exclusivamente del resorte legal, sin que fuera posible su reconocimiento por medio de actos jurídicos de contenido diferente, tales como los acuerdos u ordenanzas.

Finalmente, la Carta Política de 1991, en el numeral 19 (letras e y f) del artículo 150, le asigna al Congreso de la República la tarea de dictar las normas generales, desde luego a través de leyes, a las cuales debe sujetarse el Gobierno nacional, entre otras materias, en punto a fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, así como la regulación del régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales.

En ejercicio de las anteriores atribuciones, se expidió la Ley 4ª de 1992, por medio de la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso y de la fuerza pública, así como de las prestaciones sociales de los trabajadores oficiales, que en su artículo 12 previó:

El régimen prestacional de los servidores públicos de las entidades territoriales será fijado por el Gobierno Nacional, con base en las normas, criterios y objetivos contenidos en la presente Ley.

En consecuencia, no podrán las corporaciones públicas territoriales arrogarse esta facultad.

PARÁGRAFO. El Gobierno señalará el límite máximo salarial de estos servidores guardando equivalencias con cargos similares en el orden nacional.

Es decir, que la atribución de establecer el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos está reservada para el Congreso de la República y el Gobierno nacional, pero este último bajo los lineamientos de aquel.

Ahora bien, aunque el artículo 69 de la Constitución Política garantiza a los entes de educación superior la «*autonomía universitaria*», esta se refiere a la capacidad de disponer, de acuerdo con la misma Carta y la ley, de su organización interna, como la posibilidad de darse sus propios reglamentos, estatutos y directivas, por lo que la función de fijar el régimen salarial y prestacional de sus empleados les está vedada, pues, como se dejó anotado, es una facultad propia del legislador por mandato superior. En este sentido, se pronunció la Corte Constitucional, en sentencia C-53 de 4 de marzo de 1998, magistrado ponente Fabio Morón Díaz:

Primero, porque como lo ha señalado con insistencia esta Corporación, la autonomía universitaria no sólo sí admite la imposición de límites por parte del legislador, los cuales deben ser excepcionales y expuestos, sino que los considera necesarios a efectos de armonizar y articular el

funcionamiento de esas entidades con las demás que conforman la estructura del Estado, siempre y cuando ellos no desvirtúen o afecten el núcleo esencial de dicho principio:

[...]

En segundo lugar, porque si bien la Corte fue enfática en señalar que el control de tutela, tal como está diseñado en el ordenamiento legal para los establecimientos públicos, no es aplicable a las universidades oficiales en razón de que por sus singulares objetivos y funciones ello implicaría vulnerar su autonomía, también lo fue al manifestar que ello no se traduce en una emancipación absoluta de esas instituciones, que hacen parte del Estado, el cual tiene la obligación, no solo de asignarles los recursos para mantenerlas, sino de contribuir y participar con sus políticas a su crecimiento y fortalecimiento:

[...]

Claro como está que el legislador tiene plena capacidad para imponer, por medio de la ley, límites y restricciones a las universidades, siempre que no afecten el núcleo esencial de la autonomía con que las dotó el Constituyente, la pregunta que surge, en el caso que se analiza, es si la restricción impuesta a través de la norma impugnada a los entes universitarios de cualquier nivel, en materia de salarios y prestaciones sociales, vulnera o no la autonomía de dichas instituciones públicas.

Veamos: Las universidades públicas, como se ha dicho, son órganos autónomos del Estado, que por su naturaleza y funciones gozan de esa condición y están sujetas a un régimen legal especial que en la actualidad está consagrado en la ley 30 de 1992; dada esa caracterización sus servidores son servidores públicos, que se dividen entre docentes empleados públicos, empleados administrativos y trabajadores oficiales, cuyos salarios y prestaciones sociales cubre el Estado a través del presupuesto nacional, específicamente de asignaciones para gastos de funcionamiento.

Es decir, que en principio, la intervención del legislador en materia de salarios y prestaciones sociales en las universidades oficiales, encuentra fundamento en el literal e) del numeral 19 del artículo 150 de la C.P., que le atribuye al Congreso la responsabilidad de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos.

Esa facultad, que se ha entendido como la obligación del legislador de expedir normas “marco” que regulen ese importante aspecto, actualmente, como se anotó antes, se encuentra desarrollada en la ley 4a. de 1992, mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, y para la fijación de las prestaciones sociales de los trabajadores oficiales.

[...]

No obstante que el artículo 1 de la ley 4a. de 1992 establece que el Gobierno Nacional fijará, con base en las disposiciones de dicha norma, el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos de la Rama Ejecutiva Nacional, cualquiera que sea su sector, denominación o régimen jurídico, de la rama legislativa y de la judicial, así como de la fuerza pública y los organismos de control y fiscalización del orden nacional, es decir que no incluye expresamente a las universidades públicas, las cuales dado su carácter de órganos autónomos no pertenecen a ninguna de las ramas del poder público, ellas, cualquiera sea su nivel, en la medida en que reciben del presupuesto nacional los recursos necesarios para cubrir sus gastos de funcionamiento, se encuentran sujetas a sus disposiciones.

[...]

El reconocimiento de las universidades públicas como órganos autónomos que no pertenecen a ninguna de las ramas del poder público, no las exime del cumplimiento de normas legales que sin afectar el núcleo esencial del principio de autonomía expida para ellas el legislador, y en el caso que se analiza, no sirve de argumento para excluirlas de un mandato de la ley anual de presupuesto, que en un aspecto específico, el salarial y prestacional, las articula a la estructura del Estado, con el objetivo de consolidar en esa materia una política macroeconómica coherente y equilibrada, sin menoscabar su capacidad de autodeterminación para el cumplimiento de sus objetivos esenciales [destaca la subsección].

Por su parte, el artículo 77 de la Ley 30 de 1992, que organiza el servicio público de la educación superior, prevé que «El régimen salarial y prestacional de los profesores de las universidades estatales u oficiales se regirá por la Ley 4a de 1992, los Decretos Reglamentarios y las demás normas que la adicionan y complementan».

Pese a que la anterior norma se contrajo al régimen salarial y prestacional de los maestros, y no al del cuerpo administrativo, ha de entenderse que se hace extensiva a los segundos; así lo precisó la subsección A de esta sección, en sentencia de 19 de abril de 2007, expediente

25000-23-25-000-2002-01397-01 (444-05), consejero ponente Alberto Arango Mantilla, al colegir:

Cuando la norma de rango legal (artículo 77 de ley 30 de 1992) mencionó solamente a los empleados docentes, lo hizo precisamente para zanjar cualquier duda que se pudiera suscitar sobre la competencia del Gobierno Nacional para fijar el salario de los profesores universitarios -que cumplen una función eminentemente académica-, frente a la autonomía universitaria,

En este orden de ideas y acudiendo al criterio lógico sistemático de interpretación judicial que busca encontrar las relaciones que existen entre el ordenamiento Constitucional y las normas legales, encuentra la Sala un argumento a fortiori de aplicación incuestionable: si el legislador entendió que la autonomía universitaria no se extiende a la facultad de regulación propia y autónoma del régimen salarial de los docentes, con mayor razón debe entenderse dicha limitación a la autonomía universitaria respecto de los funcionarios administrativos de las universidades, para quienes concurren razones menos claras y imperiosas que soportarían el argumento contrario.

En efecto, la autonomía universitaria gira en torno del concepto clásico de las universidades como corporaciones académicas o científicas, universales y autónomas y por ello las limitaciones impuestas por el ordenamiento al manejo administrativo de sus docentes se deben entender igualmente, frente a los empleados administrativos que cumplen funciones que por esencia se encuentran más distantes de los objetivos académicos que estas instituciones por esencia desarrollan.

Así las cosas, las normas de carácter municipal o departamental que crearon en vigor de la Carta Política de 1991 factores salariales a favor de los empleados públicos de los respectivos entes territoriales y de sus organismos descentralizados (incluido el personal docente y administrativo de las universidades oficiales de tales niveles), resultan inconstitucionales, por razones de incompetencia al momento de su expedición, pues, se reitera, es un asunto que solo puede ser determinado por el legislador o por el presidente de la República.

3.3.4 La prima técnica; posibilidad de otorgarla al personal adscrito a las universidades del orden territorial. Dicho emolumento, en un primer escenario y bajo el imperio de la Constitución Nacional de 1886, fue concebida por el Gobierno nacional, a través del Decreto 2285 de 2 de septiembre de 1968 (valga advertir, en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 65 de 1967), como un reconocimiento económico «[...] *destinad[o] a atraer o mantener personal altamente calificado para cargos de especial responsabilidad o superior especialización técnica*» dentro de los ministerios, departamentos administrativos y superintendencias; esto es, un incentivo para procurar la vinculación o permanencia de servidores con un destacado nivel profesional en la Administración.

Posteriormente, el artículo 14 del Decreto 1950 de 24 de septiembre de 1973 mantuvo esta prerrogativa para todos los empleados de la rama ejecutiva y la extendió a los cargos de los niveles técnico y ejecutivo.

Luego, por medio de la Ley 60 de 28 de diciembre de 1990, el Congreso de la República asignó al Gobierno nacional «[...] *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 del orden nacional y se dictan otras disposiciones*», entre ellas, modificar el régimen de la prima técnica (numeral 3 del artículo 2).

En tal virtud, se emitió el Decreto ley 1661 de 27 de junio de 1991, «*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*», que, sobre las características y destinatarios de esa prestación, preceptuó:

ARTÍCULO 1.- *Definición y campo de aplicación.* La Prima Técnica es un reconocimiento económico para atraer o mantener en el servicio del Estado a funcionarios o empleados altamente calificados que se requieran para el desempeño de cargos 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 este estímulo, según se determina más adelante, los funcionarios o empleados de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

[...]

ARTÍCULO 5.- *Competencia para asignar Prima Técnica.* Será competente para asignar la Prima Técnica el jefe del organismo respectivo.

[...]

ARTÍCULO 9.- *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.

ARTÍCULO 10.- *Excepciones a la aplicación de este Capítulo.* Lo dispuesto en los anteriores artículos no se aplicará:

[...]

b)- Al personal docente de los distintos organismos de la Rama Ejecutiva, salvo las universidades;

[...] (se subraya).

La anterior norma fue reglamentada, entre otros Decretos, con el 2164 de 17 de septiembre de 1991, así:

ARTÍCULO 1.- *Definición y campo de aplicación.* [...]

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.

ARTÍCULO 2.- *Excepciones a su aplicación.* La prima técnica de que trata el Decreto-Ley 1661 de 1991 no se aplicará:

[...]

b) Al personal docente de los distintos organismos de la Rama ejecutiva,

salvo al de las universidades; [...]

ARTÍCULO 5. *De la prima técnica por evaluación del desempeño.* Por este criterio tendrán derecho a prima técnica los empleados que desempeñen, en propiedad, los cargos del nivel Directivo, Jefes de Oficina Asesora y de Asesor cuyo empleo se encuentre adscrito a los Despachos de los siguientes funcionarios: Ministro, Viceministro, Director de Departamento Administrativo, Subdirector de Departamento Administrativo, Superintendente, Director de Establecimiento Público, Director de Agencia Estatal y Director de Unidad Administrativa Especial o sus equivalentes en los diferentes órganos y Ramas del Poder Público, y que obtuvieren un porcentaje correspondiente al noventa por ciento (90%), como mínimo, del total de la última evaluación del desempeño, correspondiente a un período no inferior a tres (3) meses en el ejercicio del cargo en propiedad.

[...]

ARTÍCULO 13.- *Otorgamiento de la prima técnica en las entidades territoriales y sus entes descentralizados.* 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.

[...] (destaca la subsección).

De conformidad con lo anotado, de la lectura desprevenida de la normativa trascrita se advierte que, en principio, la prima técnica puede ser reconocida a todos los empleados públicos, incluidos los vinculados a los entes territoriales y sus entidades descentralizadas, desde luego, siempre que colmen los respectivos requisitos.

Sin embargo, esta Corporación, en fallo de 19 de marzo de 1998, anuló el artículo 13 del Decreto 2164 de 1991, al concluir que la frase «y se dictan otras disposiciones», contenida «tanto en el rótulo de la Ley 60 de 1990 como en el del Decreto 1661 de 1991», debe entenderse en cuanto a que están dirigidas exclusivamente a los servidores públicos del orden nacional, puesto que es el contenido lógico de dichos apartes:

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 del orden nacional”. [...]

En desarrollo de las anteriores disposiciones el Presidente de la República expidió Decreto 1661 de 1991 [...]

Una interpretación gramatical, sistemática, coherente, histórica y teleológica de los anteriores preceptos, lleva a establecer que cuando el artículo 9° 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.

[...]

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, [...] 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 de Legislador ordinario, al conferir las potestades extraordinarias, fue únicamente englobar o comprender a los empleos del sector público del orden nacional.

[...] se anota que la frase “y se dictan otras disposiciones”, contenida tanto en el rótulo de la Ley 60 de 1990 como en el del Decreto 1661 de 1991, debe descifrarse en el entendido de que las mismas deben ligarse y relacionarse con el orden nacional, pues, es el contenido lógico de dicho concepto.

En este orden de ideas, esta Colegiatura ha decantado que el querer del Congreso de la República, a través de la Ley 60 de 1990, fue crear una prima técnica para los servidores públicos «*del orden nacional*», sin que fuera dable por el presidente de la República (en virtud de la potestad reglamentaria) extender su alcance a quienes están vinculados laboralmente a los entes territoriales o a sus entidades descentralizadas, incluidas las universidades públicas, máxime cuando, como se explicó en líneas precedentes, constituye una facultad reservada para el Congreso de la República o, en su defecto, el Gobierno nacional, siempre que lo autorice aquel.

En el asunto *sub examine*, en el escrito de alzada los recurrentes alegan que (i) el a *quo* no prestó mientes al principio de autonomía universitaria, que permite a los centros de educación superior oficiales contar con regímenes especiales, que ellos mismos se dan, por intermedio de los consejos superiores universitarios; (ii) aunque el Consejo de Estado decretó la nulidad del artículo 13 del Decreto 2164 de 1991, no significa que el Acuerdo acusado haya perdido su sustento legal, «[...] *precisamente porque las normas regulatorias de derechos del personal administrativo de las universidades, son de carácter nacional, sin que se tenga que dar un trato diferenciado así se trate de un ente de creación departamental*»; (iii) los Decretos 1919 de 2002 y 1336 de 2003 prevén que la primas técnicas que se hubieran reconocido con fundamento en normas vigentes, deben ser sufragadas hasta la desvinculación del empleado del cargo que cuenta con dicha prerrogativa, o al perder los respectivos requisitos, de lo que se deduce que constituye un derecho adquirido; y (iv) no hubo una verificación del impacto negativo que la suspensión del pago de la referida prima ocasionaría a sus actuales y potenciales beneficiarios.

Frente al primero de los aludidos reparos, se reitera que la autonomía universitaria, de que trata el artículo 69 de la Carta Política, garantiza a los entes educativos la capacidad de disponer de su organización interna (de ahí que se defina como régimen especial, no por otra razón), lo que no comporta la posibilidad de fijar el régimen salarial y prestacional de sus empleados, pues ello está restringido al legislador, potestad que, valga decir, la Ley 30 de 1992 no modificó o varió. Es más, esta última norma consagró expresamente que tales temas están sometidos a las previsiones de la Ley 4ª de 1992, sin que dentro de las facultades asignadas a las autoridades universitarias haya alguna en ese sentido.

Agrégase a lo expuesto que los apartes trascritos, en el recurso de apelación, del artículo 65 de la Ley 30 de 1992, que, a juicio de los coadyuvantes, autorizan al consejo superior universitario para definir aspectos inherentes a salarios y prestaciones de sus trabajadores, solo mencionan atribuciones de índole administrativo y presupuestal, sin que de ellas se infiera, como procuran sugerirlo ellos, su competencia para crear la prima técnica que ahora nos ocupa.

Por otra parte, deviene desacertado el argumento, según el cual como el Consejo de Estado solo anuló el artículo 13 del Decreto 2164 de 1991, los demás apartes de este siguen vigentes, particularmente el artículo 2 *ibidem*, de acuerdo con el cual «*La prima técnica de que trata el Decreto-Ley 1661 de 1991 no se aplicará [...]*» al «[...] *personal docente de los distintos organismos de la Rama ejecutiva, salvo al de las universidades*» (se subraya), grupo del que los coadyuvantes no hacen parte.

Dicha tesis, como la anterior, es resultado de la búsqueda infructuosa, pero absolutamente errada, de los apelantes para convencer a esta sala de decisión de revocar el fallo de primera instancia, dado que, además de que ellos no conforman el grupo de profesores adscritos a la Universidad del Tolima (que, en todo caso, no pueden devengar la mencionada prima técnica, por su condición de empleados de un ente universitario del nivel departamental), lo cierto es que el análisis de aquella norma no puede ser limitada y parcial, sino que debe efectuarse en armonía con la Ley 60 de 1990 y el Decreto ley 1661 de 1991, que inspiraron la redacción del Decreto 2164 de 1991.

Resulta importante recordar que la lectura de la normativa exige tanto su interpretación exegética como acudir al método sistemático, es decir,

su armonización con otras normas, fines o principios, de modo que no existan contradicciones, incompatibilidad o incongruencia entre ellas, bajo el entendido de que el «[...] *ordenamiento jurídico puede ser concebido bajo la idea de un sistema, de allí, entonces, que la coherencia y unidad se califiquen como sus características [...], pues toda disposición ha sido proferida en el marco de un amplio conjunto de disposiciones de igual jerarquía, con las que debe operar de manera consonante*».

Y es que aplicar de manera desprevénida, aislada y literal el artículo 2 del Decreto 2164 de 1991, significaría desconocer no solo la facultad exclusiva del legislador y el Gobierno nacional para fijar el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos, sino que la prima técnica fue concebida por la Ley 60 de 1990 como una prebenda dirigida exclusivamente a quienes laboren en la rama ejecutiva del orden nacional.

3.3.5 Efectos del fallo de nulidad de actos administrativos de carácter general; consecuencia frente a situaciones particulares causadas con fundamento en actos anulados. Dicen los coadyuvantes que la eventual decisión, en el sentido de eliminar el pago de la prima técnica que devengan, resultaría injusta y atentaría contra su dignidad, por lo que consideran imperativo promover el respeto de los derechos adquiridos que estiman se consolidaron e ingresaron al patrimonio del personal administrativo de la Universidad del Tolima; además, las sentencias de nulidad no pueden «[...] *afectar las situaciones particulares y concretas nacidas con anterioridad a ella; por tanto, la Administración deberá garantizar la continuidad en su pago [...]*».

Sobre el particular, cabe recordar que, aunque, en principio, ha sido regla general que los efectos de los fallos de nulidad proferidos por la jurisdicción contencioso-administrativa son *ex tunc*, es decir, retiran del mundo jurídico el respectivo acto desde su nacimiento y se retrotraen las cosas al estado anterior, por cuanto el estudio de legalidad se remite a su origen, no ha sido una posición pacífica en el seno del Consejo de Estado.

Sin embargo, esta sala de decisión, luego de analizar el devenir histórico de dicha discusión y las consecuencias que conlleva disponer efectos *ex nunc* o *ex tunc* al fallo que anula el acto administrativo de naturaleza general, coligió:

Efectos de las sentencias de nulidad en lo contencioso administrativo

La nulidad de un acto administrativo es declarada por la jurisdicción contenciosa cuando se comprueba que en su expedición, es decir, desde que nació a la vida jurídica, se presentaron algunos de los vicios legalmente establecidos. Ahora bien, normalmente ocurre, que antes perder su presunción de legalidad, eventualmente un acto administrativo ha producido consecuencias en el tráfico jurídico, porque sus disposiciones pudieron haber concretado en los particulares un derecho o una garantía; por lo que surge entonces la controversia sobre cuál debe ser el alcance temporal de la decisión anulatoria, particularmente en cuanto a si los efectos del acto administrativo acaecidos mientras estuvo vigente se mantienen y conservan su validez o si también siguen la suerte del acto administrativo anulado.

En ese sentido, la jurisdicción de lo contencioso administrativo tradicionalmente se ha preguntado, si la declaratoria de nulidad solamente puede tener efectos hacia el futuro, es decir «*ex nunc*», o si por el contrario los efectos de la decisión pueden retrotraerse hasta el momento de expedición del acto, o sea, «*ex tunc*». De entrada aclara la Sala, que las respuestas a este interrogante han sido puras construcciones jurisprudenciales, puesto que no ha existido una fuente normativa positiva que regule la materia.

[...]

La anterior presentación, aunque elaborada de manera sucinta permite comprender la dificultad que plantea adoptar reglas absolutas para conceder o no efectos retroactivos a las sentencias de nulidad, pues, la tensión permanente de principios como la cosa juzgada y la seguridad jurídica frente a la igualdad, la justicia y en últimas la supremacía material de la Constitución y el derecho legislado frente a los actos administrativos, enfrentan al operador jurídico a la necesidad de valorar en cada caso las circunstancias específicas a fin de adoptar la decisión que mejor se ajuste a los mandatos Supremos. Como se ha visto, no sólo es difícil concebir un único modelo, sino que, además, cada caso plantea circunstancias diferentes que obligan al juez contencioso a considerar todas las alternativas posibles y con criterios de flexibilidad para ponderar los alcances, consecuencias o efectos de cada fallo a la luz de la Constitución.

Se concluye entonces, que en 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.

En tal virtud, dado que los criterios sentados por esta Corporación hasta ahora no tienen la posibilidad de agotar las variadas y extremas posibilidades que puede presentar cada controversia sometida a control del juez contencioso-administrativo, resulta necesario estudiar el caso concreto a partir de las condiciones particulares de quienes pueden verse afectados por la anulación del acto administrativo de carácter general.

Con fundamento en los anteriores lineamientos, esta Colegiatura ha decidido demandas en consideración al tipo de emolumento reconocido, el derecho

concernido, las consecuencias que la decisión judicial pueda tener en los diferentes ámbitos de la vida nacional o local, como la estabilidad institucional y económica; la naturaleza y contenido del acto administrativo anulado; la razón, vicio o causal por el cual fue anulado; y la existencia comprobada de situaciones jurídicas consolidadas, entre otros aspectos.

Con el propósito de dilucidar el argumento de apelación, se destaca que, de conformidad con el artículo 58 de la Carta Política, los derechos adquiridos «*Se garantizan [...] con arreglo a las leyes civiles [...]*», lo que significa que son prerrogativas que, de entrada, deben y debieron respetar el ordenamiento jurídico para que obtengan esa connotación.

Asimismo, de acuerdo con el artículo 95 superior, «*Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes*», al paso que el 9 del Código Civil (Ley 84 de 26 de mayo de 1873) preceptúa que «*La ignorancia de las leyes no sirve de excusa*».

Desde la anterior perspectiva, en la medida en que, se reitera, el acto administrativo por el que el consejo superior de la Universidad del Tolima otorgó la prima técnica a los empleados administrativos nació viciado, toda vez que para el 29 de enero de 1996 la facultad para crear factores salariales (por mandato constitucional) recaía (y aún recae) en el legislador y, excepcionalmente, en el Gobierno nacional, no puede desconocer la Sala que el pago actual de ese emolumento a quienes lo tienen reconocido (que piden los recurrentes se mantenga) y el que se cause a futuro comporta un perjuicio de gran magnitud para las finanzas del Estado, máxime cuando proviene de una decisión ilegítima que desconoce la Carta Política y la Ley 4ª de 1992.

En suma, la garantía del derecho adquirido de no ser desconocido depende, entre otras exigencias, de que se hubiese alcanzado con respaldo en el marco legal, «*[...] lo cual quiere decir que debe existir un justo título por lo que «solo pueden tener la entidad suficiente para ofrecer la garantía que se comenta, los actos que respetan el ordenamiento jurídico»*».

En este orden de ideas, si bien la Sala en pretéritas controversias ha dicho que no es viable ignorar situaciones jurídicas consolidadas a favor de servidores públicos a los cuales estaba dirigido el acto administrativo anulado y, por contera, obviar derechos adquiridos de buena fe, ello ha sido en asuntos en los que, por ejemplo, resultaría gravoso excluir o revocar nombramientos en período de prueba o en propiedad de participantes que han superado concursos de méritos.

En consecuencia, se estima, en esta oportunidad, que los efectos que se deben aplicar ante la nulidad del artículo 64 del Acuerdo 1 de 1996 del consejo superior de la Universidad del Tolima son «*desde entonces*» (esto es, *ex tunc*), y se retrotraen al momento en que se dictó, por lo que las cosas vuelven al estado en que se encontraban antes de su expedición; entonces, las situaciones no consolidadas a la fecha de esta sentencia anulatoria son afectadas, así como aquellas que ya se habían afianzado, pues lo fueron con ocasión de un acto que no atendió el marco constitucional y menoscaba la economía estatal al autorizar pagos improcedentes, circunstancia que sin duda perjudica injustificadamente el erario, por lo que debe ser enmendado.

Sobre el particular, resulta importante advertir que la sala de consulta y servicio civil del Consejo de Estado, al resolver la petición formulada por el Ministerio de Educación Nacional, en la que pidió orientación de cómo ejecutar y acatar [...] *la sentencia dictada por la Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado el 2 de mayo de 2013 dentro del proceso radicado con el número 1999 00297 02*», que «*[...] anuló el Acuerdo 015 del 2 de mayo de 1994 [del consejo superior de la Universidad de La Guajira] y que contenía el pago de la prima de antigüedad a los empleados públicos docentes de [esta] en los términos que establecía la Ordenanza 019 de 1981*», precisó:

3. *¿Con base en el fallo proferido por el Consejo de Estado fechado el 02 de mayo de 2013, la Universidad de La Guajira debe suspender en forma inmediata el pago de la prima de antigüedad a docentes de planta y con base en el fallo del Tribunal Administrativo de la Guajira que declaró la nulidad de la Ordenanza 019 de 1981, lo debe hacer con los funcionarios de planta e iniciar las acciones que permitan el reintegro de los dineros entregados a los beneficiarios?*

Con la sentencia de anulación del Acuerdo 015 de 1994 se configura el fenómeno de pérdida de ejecutoriedad de cada uno de los actos administrativos de reconocimiento y pago de la prima de antigüedad de los docentes que tengan como fundamento dicho acuerdo.

Igual sucede con los actos de reconocimiento y pago de la prima a los funcionarios de planta de la universidad que se encontraban amparados en la Ordenanza 019 de 1981, con ocasión, esta vez, de la sentencia anulatoria del 6 de marzo de 2003 dictada por el Tribunal Contencioso Administrativo de La Guajira.

En consecuencia, debe procederse a suspender el pago de la prima.

[...] (se destaca).

Así las cosas, no es dable continuar con el pago de la prima técnica que en la hora actual se sufraga a los empleados públicos de la planta administrativa de la Universidad del Tolima, y, desde luego, concederla a quienes la han solicitado o su derecho está en disputa (en sedes administrativa o judicial), no solo por carecer de justo título para su acceso, sino porque, como se explicó, atenta contra el deber y obligación de todos los ciudadanos de defender el patrimonio de la Nación, el cual exige «[...] que los recursos públicos sean administrados de manera eficiente, oportuna y responsable, de acuerdo con las normas presupuestales, con lo cual se evita el detrimento patrimonial [...], es preciso resaltar que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reconocido que el derecho a la defensa del patrimonio público ostenta doble finalidad: “la primera, el mantenimiento de la integridad de su contenido, es decir prevenir y combatir su detrimento; y la segunda, que sus elementos sean eficiente y responsablemente administrados; todo ello, obviamente, conforme lo dispone la normatividad respectiva”».

Por consiguiente, por sustracción de materia, la Sala se releva de pronunciarse frente al reclamo de los recurrentes en cuanto a la presunta suspensión que, *motu proprio* y sin quedar en firme el fallo de primera instancia, ordenó la demandante de la citada prestación, toda vez que, además de que no aportaron pruebas que den cuenta de su dicho, lo cierto es que carecían del derecho que pretenden conservar.

De igual modo, se precisa que, aunque el artículo 4 del Decreto 1336 de 27 de mayo de 2003 prevé que «*Aquellos empleados a quienes se les haya otorgado prima técnica, que desempeñen cargos de niveles diferentes a los señalados en el presente decreto o cargos de asesor en condiciones distintas a las establecidas en el artículo 1, 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*», ello no significa que en casos como el aquí analizado haya lugar a continuar con el pago que hasta ahora reciben los servidores administrativos de la Universidad accionante, por cuanto esa normativa lo que quiso garantizar fue que, ante los cambios dirigidos a limitar el reconocimiento de esa prima a algunos niveles de la Administración, no se afectara la situación de quienes habían adquirido el derecho antes de su expedición, supuestos que difieren a los aquí planteados, en los que no se cuestionan los niveles de sus destinatarios (directivo, asesor, profesional, técnico y asistencial), sino la posibilidad de devengarla.

Sin perjuicio de lo anotado, se advierte que lo anterior no implica o supone la posibilidad de que la Administración recupere los dineros ya pagados, puesto que, al tenor del artículo 83 de la Carta Política, la buena fe se presume en todas las gestiones que los particulares adelantan ante las autoridades públicas, máxime cuando sus beneficiarios obtuvieron la referida prima con fundamento en un acuerdo que, bajo la presunción de legalidad que la amparaba para entonces (que se desvirtúa en el *sub lite*), así lo autorizaba.

A guisa de corolario de lo que se deja consignado, el consejo superior de la Universidad del Tolima no estaba habilitado constitucional o legalmente para crear la prima técnica para los servidores de la planta administrativa, comoquiera que el constituyente estatuyó que es una facultad reservada para el legislador y el Gobierno nacional.

Con fundamento en los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más disquisiciones sobre el particular, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia, que accedió a las súplicas de la demanda; y (ii) la adicionará para precisar que sus efectos son *ex tunc*, es decir, desde la expedición del acto acusado, lo que impone la suspensión del pago que por concepto de prima técnica se haya reconocido a los servidores que hacen parte del personal administrativo de la Universidad del Tolima, en virtud del aludido artículo 64 del Acuerdo 1 de 29 de enero de 1996 del consejo superior de dicha *alma mater*.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, sala de lo contencioso- administrativo, sección segunda, subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

1. Confírmase la sentencia de 23 de febrero de 2018 proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, que accedió a las súplicas de la demanda dentro del proceso de nulidad instaurado por la Universidad del Tolima, por las razones expuestas en la parte motiva.

2. Adiciónase el fallo objeto de alzada, en el sentido de precisar que sus efectos son *ex tunc*, es decir, desde la expedición del acto acusado, lo que impone la suspensión del pago que por concepto de prima técnica se haya reconocido a los servidores que hacen parte del personal administrativo de la Universidad del Tolima, en virtud del artículo 64 del Acuerdo 1 de 29 de enero de 1996 del consejo superior de esa institución, por lo indicado en la motivación del presente fallo.

3. Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de la fecha.

Firmado electrónicamente

CARMELO PERDOMO CUÉTER

Firmado electrónicamente

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Firmado electrónicamente

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Mediante auto de 15 de agosto de 2018, el *a quo* admitió su intervención como coadyuvantes (ff. 195 a 198).

2 Los alegatos de conclusión allegados reposan en expediente digital contenido en la herramienta electrónica para la gestión judicial denominada SAMAI.

3 Según el artículo 328 del Código General del Proceso, «*El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley*»; asimismo, «*El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella*».

4 «*Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones*».

5 Según el Diccionario de la Lengua Española, actualización 2021, de la Real Academia Española (<https://dle.rae.es/primo#UBQk8bX>), entre las acepciones de la palabra «*prima*» se encuentra la de «*Cantidad extra de dinero que se da a alguien a modo de recompensa, estímulo, agradecimiento, etc.*».

6 Consejo de Estado, sección segunda, subsección A, sentencia del 13 de febrero de 2014, radicación: 66001- 23-31-000-2011-00117-01 (798-2013).

7 “(Del lat. *Salarium*, de *sal*, sal.) m. Estipendio, remuneración de un trabajo o servicio. // 2. En especial, cantidad de dinero con que se retribuye a los trabajadores manuales.” (Diccionario de la Lengua Española, vigésima edición, 1984).

8 Sentencia del 12 de febrero de 1993, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Magistrado Ponente Dr. Hugo Suescún Pujols.

9 Esta Sala en Consulta del 6 de diciembre de 1967 dijo: “Tanto en el sector público como en el privado, debe considerarse como sueldo o salario para los efectos legales, toda retribución cuya naturaleza sea, por su habitualidad, propósito y circunstancias, la de remunerar los servicios personales del trabajador en beneficio directo y principal de éste, aunque otra sea su denominación y el pago se descomponga en diferentes partidas.” En consultas 705 de 1995 y 785 de 1996, también se estudió el tema.

10 "(Del lat. Solidus.) m 3. Remuneración asignada a un individuo por el desempeño de un cargo o servicio profesional." Remuneración: "Acción y efecto de remunerar. // 2. Lo que se da o sirve para remunerar." Remunerar "Recompensar, premiar, galardonar." (diccionario citado). La ley 83 de 1831, dispuso en su artículo 24 que "Los sueldos y salarios deberán ser pagados por períodos iguales y vencidos, en moneda legal.

11 YOUNES MORENO, Diego. Derecho Administrativo Laboral. Editorial Temis. Bogotá, 1998, p. 94

12 Sección segunda, subsección B, consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve, expediente 68001-23-31-000- 2008-00362-01 (1919-13). Ver también, de la subsección A, sentencia de 1 de febrero de 2018. C. P. Rafael Francisco Suárez Vargas, radicación 73001-23-33-000-2014-00146-01 (4772-14).

13 Artículo 42 Decreto 1042 de 1978.

14 Que modificaron los artículos 6 (numeral 9) y 197 (numeral 5) de la Constitución Nacional de 1886, en su orden.

15 Publicado en el Diario oficial 32.673 de 17 de diciembre de 1968.

16 Subsección A, C. P. Luis Rafael Vergara Quintero, expediente: 15001-23-31-000-2008-00551-01 (0359-11).

17 «Se garantiza la autonomía universitaria. Las universidades podrán darse sus directivas y regirse por sus propios estatutos, de acuerdo con la ley.

La ley establecerá un régimen especial para las universidades del Estado.

[...]».

18 «Por el cual se fija el régimen de clasificación y remuneración de los empleos de los Ministerios, Departamentos Administrativos y Superintendencias».

19 «por la cual se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias para modificar la remuneración y régimen de prestaciones de las Fuerzas Militares, se provee al fortalecimiento de la administración fiscal, se dictan otras disposiciones relacionadas con el mejor aprovechamiento de las partidas presupuestales destinadas a gastos de funcionamiento y se crea una nueva Comisión Constitucional Permanente en las Cámaras Legislativas».

20 «Por el cual se reglamentan los Decretos-Leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil».

21 «Artículo 2. De conformidad con el ordinal 12 del artículo 76 de la Constitución Política, revístese al Presidente de la República de facultades extraordinarias por el término de seis (6) meses, contados a partir de la vigencia de la presente Ley, para adoptar las siguientes medias en relación con los empleos de las distintas ramas y organismos del poder público.

[...]

3. 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.

[...]».

22 Sección segunda, C. P. Silvio Escudero Castro, expediente 11955, actor: Félix Hoyos Lemus.

23 Decreto 2164 de 1991. Recuérdese que de acuerdo con el numeral 11 del artículo 189 de la Carta Política,

«Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa [...]», entre otras funciones, «Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y ordenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes».

24 Asimismo, el artículo 28 de la Ley 30 de 1992 dispone que «*La autonomía universitaria consagrada en la Constitución Política de Colombia y de conformidad con la presente Ley, reconoce a las universidades el derecho a darse y modificar sus estatutos, designar sus autoridades académicas y administrativas, crear, organizar y desarrollar sus programas académicos, definir y organizar sus labores formativas, académicas, docentes, científicas y culturales, otorgar los títulos correspondientes, seleccionar a sus profesores, admitir a sus alumnos y adoptar sus correspondientes regímenes [valga anotar, de los estudiantes] y establecer, arbitrar y aplicar sus recursos para el cumplimiento de su misión social y de su función institucional*».

De igual modo, los incisos 1 y 3 del artículo 57 *ibidem* prevén que «*Las universidades estatales u oficiales deben organizarse como entes universitarios autónomos, con régimen especial y vinculados al Ministerio de Educación Nacional en lo que se refiere a las políticas y la planeación del sector educativo*» (se subraya), y

«*El carácter especial del régimen de las universidades estatales u oficiales comprenderá la organización y elección de directivas, del personal docente y administrativo, el sistema de las universidades estatales u oficiales, el régimen financiero y el régimen de contratación y control fiscal, de acuerdo con la presente Ley*».

25 Artículo 77.

26 «*Son funciones del Consejo Superior Universitario:*

a) *Definir las políticas académicas y administrativas y la planeación institucional.*

b) *Definir la organización académica, administrativa y financiera de la Institución.*

[...]

f) *Aprobar el presupuesto de la institución.*

[...]».

27 Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección tercera, subsección C, C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, fallo de 19 de mayo de 2014, radicación: 11001-03-26-000-2014-00037-00 (50219). Ver también sentencia de 15 de octubre de 1963, expediente 2633.

Asimismo, la Corte Constitucional, en providencia C-32 de 1999, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa, dijo que la interpretación sistemática «[...] *considera la norma como parte de un todo cuyo significado y alcance debe entonces fijarse en función del sistema jurídico al cual pertenece*».

28 Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, subsección B, sentencia de 27 de abril de 2017, radicación 11001-03-25-000-2013-01087-00 (2512-13).

29 Diccionario panhispánico del español jurídico, de la Real Academia Española (<https://dpej.rae.es/lema/ex-nunc>): «*Gral. Desde ahora. Expresión utilizada para determinar que las leyes, los contratos y los actos no tienen, ordinariamente, eficacia hacia el pasado.*

[...]».

30 *Ibidem* <https://dpej.rae.es/lema/ex-tunc>: «*Gral. Desde el inicio, desde entonces. Expresión que se utiliza para determinar el tiempo que comprende la eficacia de determinadas normas, actos o contratos*».

31 Fallo de 18 de mayo de 2018, C. P. César Palomino Cortés, expediente 05001-23-31-000-2004-06740-01 (1416-15): «*Dicho esto, corresponde a la Sala determinar los efectos que surtirá esta providencia; en ese sentido, se observa que el Acuerdo 036 de 16 de noviembre de 1995, respecto del cual de decretará la nulidad, actualmente no se encuentra vigente, sin embargo, no se puede desconocer que durante su vigencia se consolidaron situaciones jurídicas a favor de los servidores públicos a los cuales estaba dirigido el acto administrativo, por lo que no es pertinente los derechos adquiridos de buena fe que surgieron en razón de ello. En consecuencia, la presente sentencia de nulidad tendrá efectos «ex tunc», o sea, desde el momento mismo de la expedición del Acuerdo 036 de 1995; no obstante, se respetarán los derechos adquiridos por los servidores públicos del Municipio de Medellín a los que se dirige el acto demandado*».

32 Sentencia de 27 de abril de 2017, expediente 11001-03-25-000-2013-01087-00 (2512-13):

«SEGUNDO. - La presente sentencia de nulidad tendrá los siguientes efectos:

a) *Ex nunc*, es decir, hacia futuro, respecto de aquellos participantes que han sido incluidos en listas de elegibles o que ya han sido nombrados en período de prueba o en propiedad en el cargo de Dragoneante, Código 4114, Grado 11.

b) *Ex tunc*, es decir, con efectos retroactivos, desde el momento mismo de la expedición del Acuerdo 168 de 21 de febrero de 2012, respecto de las listas de elegibles que se encuentren pendientes por elaborar, para las cuales no se podrá aplicar el aparte normativo demandado».

33 Sentencia de 21 de agosto de 2008, expediente 11001-03-25-000-2007-00058-00 (1185-07): «[...] la modulación se hace necesaria en este caso, porque de no producirse dicha modulación; de una parte, podrían verse afectadas las situaciones jurídicas consolidadas de carácter individual y de otra parte, se podrían afectar intereses de la Administración, que están ligados íntimamente al interés general, en cuanto que implicaría la creación de una carga onerosa, inútil e irracional».

34 Providencia de 3 de septiembre de 2018, C. P. César Palomino Cortés, expediente 11001-03-25-000-2013- 00543-00 (1060-2013): «Es así como, esta Subsección declarará la nulidad del artículo 2 del Decreto 1858 de 2012, no sin antes advertir que los efectos otorgados a esta sentencia serán de carácter *ex tunc*, es decir, desde entonces, y se retrotraen al momento en que nació el acto, y como consecuencia de ello, las cosas se vuelven al estado en que se encontraban antes de la expedición del mismo, por lo que las situaciones no consolidadas entre el momento de la expedición del acto y la sentencia anulatoria del mismo, son afectadas por la decisión que en esta última se tome [...].

Por otro lado, respecto de los efectos económicos que puedan generar la decisión que acá se toma y su posible afectación al principio de sostenibilidad fiscal, que si bien es un principio constitucional introducido en el artículo 334 Superior mediante el Acto Legislativo 03 de 2011, que se ha constituido como un criterio de orientación para los diversos órganos del poder público y como tal le preocupa a la Sala su imperativa observancia; se debe precisar que no pueden entenderse como un condicionamiento a los jueces para responder al modelo económico del Estado sin importar la transgresión a los Derechos que los compela a modificar o retardar los efectos de las sentencias que han dispuesto su necesaria protección» (se subraya).

35 Sentencia de 31 de mayo de 1994, sección segunda, consejera ponente Dolly Pedraza de Arenas, expediente 7245: «En efecto, el acto se cometió y fue sancionado bajo la vigencia de dicho Acuerdo, y la resolución respectiva no ha sido anulada por la jurisdicción; los efectos de la nulidad del Acuerdo en cita produjeron efectos erga omnes, pero sólo para el futuro, no para situaciones que ya se encontraban consolidadas».

Fallo de 24 de marzo de 2000, expediente 9551, C. P. Delio Gómez Leyva: «Sobre los efectos de los fallos de nulidad ha sido abundante la jurisprudencia de la Sala en el sentido de que, en relación con las situaciones jurídicas no consolidadas, son *ex- tunc*, es decir, desde entonces, y se retrotraen al momento en que nació el acto, y como consecuencia de ello, las cosas se retrotraen al estado en que se encontraban antes de la expedición del mismo, por lo que las situaciones no consolidadas entre el momento de la expedición del acto y la sentencia anulatoria del mismo, son afectadas por la decisión que en esta última se tome (expediente No 4614 del 21 de enero de 1994)».

36 En similares términos, el artículo 31 de la Constitución Nacional de 1886 preveía: «Los derechos adquiridos con justo título con arreglo a las leyes civiles por personas naturales o jurídicas, no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores» (subraya la subsección).

37 Del latín *Ignorantia juris non excusat* o *ignorantia legis neminem excusat*.

38 Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, subsección A, C. P. Rafael Francisco Suárez Vargas, fallo de 9 de julio de 2020, expediente 25000-23-42-000-2013-00499-01 (3558-17). 39 Sentencia de 27 de abril de 2017, expediente 11001-03-25-000-2013-01087-00 (2512-13).

40 Concepto 2195 de 5 de junio de 2014, C. P. Germán Alberto Bula Escobar, radicado 11001-03-06-000-2013- 00544-00.

41 Ver, del Consejo de Estado, fallos de (i) 6 de septiembre de 2001, radicación 163, C. P. Jesús María Carrillo; 31 de mayo de 2002, radicación 13601, C. P. Ligia López Díaz; (iii) 13 de febrero de 2006, radicación AP- 15P94; (iv) 12 de octubre de 2006, radicación 857, C. P. Ruth Stella Correa Palacio; (v) 21 de febrero de 2007, radicación 2004-0413, C. P. Mauricio Fajardo Gómez; y (vi) 21 de mayo de 2008, radicación 1423, C. P. Ramiro Saavedra Becerra, entre otros. Asimismo, de la Corte Constitucional, sentencia T-540 de 2013.

42 «Por el cual se modifica el régimen de Prima Técnica para los empleados públicos del Estado».