

PRIMA TECNICA – Beneficiarios sólo los empleados del orden nacional / SENTENCIA DE NULIDAD- Efectos / PRIMA TECNICA – No fijación de criterios de asignación por la entidad / PRIMA TECNICA – No es factor de liquidación de cesantías cuando su reconocimiento es ilegal / CESANTIAS – No inclusión de prima técnica obtenida por medios legales

El demandante no tenía derecho a la prima técnica, por cuanto el Hospital San Diego de Cereté no adoptó, mientras tuvo la oportunidad de hacerlo, los criterios para su asignación. Tampoco tendría derecho el actor a la prima técnica los años previos a su retiro, porque mediante providencias de 23 de agosto de 1995, 25 de octubre de 1995 y 19 de marzo de 1998, esta Corporación suspendió y anuló, respectivamente, el artículo 13 del decreto reglamentario 2164 de 1991, normativa que hacía extensiva esta prerrogativa a las entidades territoriales y a sus entes descentralizados. Lo anterior, porque la intención del legislador ordinario, al conferir las potestades extraordinarias, fue únicamente englobar o comprender a los empleos del sector público del orden nacional. Concluido y corroborado con el recuento anterior que el demandante no tenía derecho a la prima técnica, es ilógico que éste se escude únicamente en el pago ilegal que se efectuó de ese emolumento y de otras acreencias (disponibilidades y viáticos), el cual fue reprochado disciplinariamente, para obtener la reliquidación de las cesantías definitivas. Para la Sala es absurdo fundar unas pretensiones sobre un derecho obtenido por medios ilegales, por cuanto el efecto justo que se persigue debe tener una causa, igualmente, justa. De otro lado, si bien es cierto, como lo indicó el a-quo, que la prima técnica es un factor de salario para la liquidación de las cesantías (artículo 45 del decreto 1045 de 1978), también lo es que no se puede desconocer, en aras de respetar la presunción de legalidad de un acto administrativo inexistente en este caso, que esa acreencia no ingresó al patrimonio del actor con arreglo a la ley.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1661 DE 1991 / DECRETO 2164 DE 1991

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "A"

Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Bogotá D.C., veintisiete (27) de enero de dos mil once (2011)

Radicación número: 23001-23-31-000-2000-02309-01(0154-07)

Actor: ANTONIO JOSE CAMARGO MERCADO

Demandado: HOSPITAL SAN DIEGO DE CERETE

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la Empresa Social del Estado – Hospital Sandiego de Cereté contra la sentencia de 24 de mayo de 2006, proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba.

ANTECEDENTES

Antonio José Camargo Mercado, a través de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, solicita que se declare la nulidad de la resolución 812 de 14 de mayo de 1999 y del acto ficto producto del silencio en que incurrió la Empresa Social del Estado - Hospital Sandiego de Cereté frente al recurso de reposición interpuesto contra la decisión anterior, por cuanto no tuvieron en cuenta en la liquidación de las cesantías definitivas factores efectivamente devengados.

A título de restablecimiento del derecho reclama que se ordene a la Empresa Social del Estado - Hospital Sandiego de Cereté reconocer y pagar las diferencias resultantes de incluir en la liquidación de las cesantías definitivas lo correspondiente a disponibilidades, prima técnica y viáticos, así como la indemnización por mora prevista en la ley 244 de 1995. Finalmente, pide que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos del C.C.A.

El demandante, como hechos en los cuales fundamenta sus pretensiones, relata que estuvo vinculado al Hospital Sandiego de Cereté desde el 1º de enero de 1971 hasta el 23 de diciembre de 1998 y que el último cargo desempeñado en esa entidad fue el de Gerente.

Señala que como no le fueron reconocidas oportunamente las cesantías a las que tenía derecho con ocasión del retiro, debió acudir a la acción de tutela para que la administración se pronunciara.

Explica que a pesar de haber devengado de buena fe disponibilidades, prima técnica y viáticos, estos factores de salario no fueron tenidos en cuenta en la liquidación de las cesantías definitivas, omisión que una vez fue advertida, mediante el recurso de reposición precedente, no fue objeto de resolución alguna por parte de la demandada.

Asevera que para hacer efectivo el reconocimiento parcial que se le hizo de las cesantías, fue necesario iniciar un proceso ejecutivo laboral.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Córdoba declaró la nulidad de los actos acusados, ordenó pagar la suma de \$140.295.419, obtenida de promediar en la liquidación de las cesantías definitivas lo correspondiente a la prima técnica, y denegó las demás pretensiones de la demanda (fls. 437 y 438).

Precisó que si bien es cierto no hay lugar a incluir en la liquidación de las cesantías lo correspondiente a disponibilidades y viáticos, también lo es que no se podía excluir la prima técnica, por cuanto esta prerrogativa es un factor de salario que efectivamente devengó el actor (artículo 45 del decreto 1045 de 1978).

Consideró que la circunstancia de que no obre en el plenario el acto administrativo que reconoció y ordenó el pago de la prima técnica, no implica que

este no goce de presunción de legalidad. Añadió que no puede “desconocerse un factor salarial cuyo pago se hizo en virtud de un acto administrativo protegido por la presunción de legalidad” (fl. 435).

Por último, sostuvo que no hay lugar a pagar la sanción moratoria prevista en la ley 244 de 1995.

FUNDAMENTO DEL RECURSO

La Empresa Social del Estado – Hospital Sandiego de Cereté solicita que se revoque en lo pertinente el fallo apelado, para que así queden, en su totalidad, denegadas las pretensiones de la demanda (fl. 443).

Advierte que el demandante fue sancionado disciplinariamente con destitución e inhabilidad para ejercer cargos públicos por un periodo de cinco años, porque se asignó varios emolumentos y privilegios sin tener derecho a ellos (disponibilidades, auxilios de capacitaciones, prima técnica y viáticos). Señala que obtener “un fallo a favor en estas condiciones, sobre la base de la mala fe, es a todas luces contrario al ordenamiento legal y constitucional” (fl. 440).

Concluye con relación al pago ilegal que se efectuó por varios años de la prima técnica, que este no puede ser fuente de derechos.

Agotado el trámite de rigor de la segunda instancia y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

En este caso se controvierte la legalidad de la resolución 812 de 14 de mayo de 1999 y del acto ficto producto del silencio en que incurrió la Empresa Social del Estado - Hospital Sandiego de Cereté frente al recurso de reposición interpuesto contra la decisión anterior, por cuanto no tuvieron en cuenta en la liquidación de las cesantías definitivas del actor factores efectivamente devengados por éste.

En el sub-lite se encuentra acreditado que:

- Antonio José Camargo Mercado prestó sus servicios a la Empresa Social de Estado - Hospital Sandiego de Cereté desde el 1º de enero de 1971 hasta el 23 de diciembre de 1998 y que el último empleo que desempeñó en esa entidad fue el de Gerente (fls. 45, 163, 224).

- Con ocasión del retiro, el demandante solicitó el pago oportuno de cesantías y salarios a que tenía derecho (fls. 28 a 30), petición que debió ser reforzada, para su resolución, con una acción de tutela que fue decidida a su favor (fls. 193 a 196 – fallo del Tribunal Administrativo de Córdoba de 15 de abril de 1999).

- **Mediante resolución acusada 812 de 14 de mayo de 1999**, el Hospital Sandiego de Cereté no incluyó dentro de la liquidación de las cesantías definitivas del actor lo correspondiente a disponibilidades, prima técnica y viáticos, porque estos emolumentos habían sido devengados de forma anómala e ilegal.

Por el detrimento que representó para la entidad esa situación, en dicho acto se instó al demandante a reintegrar la suma de \$94.336.123 (fls. 12 a 17, 35 a 40).

- Contra la anterior decisión, el actor interpuso recurso de reposición (fls. 21 a 23, 159 a 161), el cual al no haber sido decidido, **configuró el acto ficto enjuiciado**.

- El monto que se le asignó al demandante, supuestamente de forma parcial, por concepto de cesantías (fls. 16, 39 **\$99.642.116.00** - **resolución aludida 812 de 1999**), fue ampliamente cubierto (fl. 239 - **\$99.442.232.33** título judicial 0006228645 – fl. 242 - **\$120.000.000.00** título judicial 0004534569) en el trámite de un proceso ejecutivo laboral (fls. 220, 225 a 242).

- La Comisión Anticorrupción de la Procuraduría Seccional de Córdoba sancionó al actor con destitución e inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas por el término de cinco años (fls. 87 a 140, 316 a 374 – fallo de 30 de mayo de 2001). La anterior decisión, porque se estableció que el demandante recibió, aprovechando su condición de ordenador del gasto (Gerente) y con pleno conocimiento de causa, disponibilidades, auxilios de capacitación, prima técnica y viáticos sin tener derecho a ello.

El Tribunal accedió parcialmente a las pretensiones, porque considera que al ser, en particular, **la prima técnica** un factor de salario para la liquidación de las cesantías (artículo 45 del decreto 1045 de 1978), este emolumento, por haber sido efectivamente devengado por el actor, debe ser incluido y promediado. Precisa que no puede desconocerse que **la prima técnica** fue reconocida por un acto administrativo que, si bien no se conoce en el plenario, goza de presunción de legalidad.

La Empresa Social del Estado - Hospital Sandiego de Cereté, por su parte, señala que un emolumento obtenido de forma ilegal, como ocurrió con **la prima técnica** y otras acreencias (disponibilidades, auxilios de capacitaciones y viáticos) no puede ser fuente de derechos.

Como primera medida es necesario señalar que el demandante no tenía derecho a **la prima técnica**, por cuanto el Hospital Sandiego de Cereté no adoptó, mientras tuvo la oportunidad de hacerlo, los criterios para su asignación. A esta conclusión llegó la Sala en un caso similar al debatido:

“En su origen, se entendió la prima técnica (artículo 4º del decreto 1661 de 1991 y 10º del decreto reglamentario 2164 de 1991) como un porcentaje de la asignación básica mensual cuya cuantía define la respectiva entidad empleadora según criterios propios y atendiendo a las condiciones personales del funcionario.

Por ello se debe entender que, si bien la creación del derecho objetivo a prima técnica fue un acto de competencia exclusiva del legislador; la ‘asignación’ o concesión del derecho a los empleados de una determinada entidad constituye una determinación exclusiva de ésta y concretamente, del funcionario u organismo que haya sido investido de competencia por la ley para establecer las condiciones particulares y los porcentajes de asignación del derecho.

Sobre el particular, el artículo 9 del decreto 1661 de 1991 señala:

‘Artículo 9. Otorgamiento de la prima técnica en las entidades descentralizadas. Dentro de los límites consagrados en el presente decreto, las entidades y organismos descentralizados de la rama ejecutiva, mediante resolución o acuerdo de sus juntas, consejos directivos o consejos superiores, tomarán las medidas pertinentes para aplicar el régimen de prima técnica, de acuerdo con sus necesidades específicas y la política de personal que adopten’.

En el mismo sentido, el decreto reglamentario 2164 de 1991 estipuló lo siguiente:

‘Artículo 7. De los empleos susceptibles de asignación de prima técnica. El jefe del organismo y en las entidades descentralizadas, las juntas o consejos directivos o superiores, conforme con las necesidades específicas del servicio, con la política de personal que se adopte y con sujeción a las

disponibilidad presupuestal, determinarán, por medio de resolución motivada o de acuerdo, según su caso, los niveles, las escalas o los grupos ocupacionales, las dependencias y los empleos susceptibles de asignación de prima técnica, teniendo en cuenta la restricción establecida en el artículo 3 del decreto ley 1661 de 1991, y los criterios con base en los cuales se otorgará la referida prima, señalados en el artículo 3 del presente decreto’.

’Artículo 8. Ponderación de los factores. La ponderación de los factores que determine el porcentaje asignable al empleado, por concepto de prima técnica, será establecida mediante resolución, por el Jefe del Organismo, o por acuerdo o resolución de las Juntas o de los Consejos Directivos o Superiores, en las entidades descentralizadas, según el caso.

Para los efectos del otorgamiento de la prima técnica por formación avanzada y experiencia se entenderá como título universitario, de especialización todo aquel que se haya obtenido como resultado de estudios de postgrado no inferiores a un (1) año académico de duración, en universidades nacionales o extranjeras, debidamente reconocido u homologado de acuerdo con las normas legales que regulan la materia.

Para el otorgamiento de la prima técnica por evaluación del desempeño, los Jefes de los organismos y, en las entidades descentralizadas, las Juntas, o los Consejos Directivos o Superiores establecerán el monto de la prima con base en los puntajes obtenidos en la calificación de servicios, salvo lo dispuesto en el párrafo del artículo 5o del presente Decreto, para los empleados que ocupen cargos de los niveles directivo, asesor y ejecutivo’.

De acuerdo con lo anterior, y en presencia de una entidad descentralizada de orden departamental, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creada por la asamblea departamental de Córdoba el 21 de diciembre de 1994 (folio 8 y siguientes del expediente) y en concordancia con el artículo 194 de la ley 100 de 1993, la competencia para asignar el derecho a la prima técnica corresponde a la respectiva entidad descentralizada por medio del organismo dotado de competencia para tal fin en sus propios estatutos:

’LEY 100 DE 1993. Artículo 194. Naturaleza. La prestación de servicios de salud en forma directa por la nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las Empresas Sociales del Estado, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la Ley o por las asambleas o concejos, según el caso, sometidas al régimen jurídico previsto en este capítulo’.

En este orden de ideas, cuando el decreto 1661 de 1991 defirió a los consejos directivos de las entidades descentralizadas, la facultad de adoptar las reglas pertinentes a la asignación de la prima técnica de sus empleados, las excluyó de la reglamentación general que sobre

el particular dicten los Organismos Administrativos a los que se encuentran adscritas, porque reservó dicha facultad a la autonomía administrativa que a la entidad corresponde.

Por ello, la ‘prima técnica’ del demandante, empleado de planta que desempeñaba el cargo de médico anesthesiólogo de una Empresa Social del Estado, no pudo materializarse como un derecho subjetivo adquirido mientras tuvo vigencia el decreto 1661 de 1991, en la medida en que el órgano de dirección de la institución no adoptó una decisión respecto de los criterios propios para su asignación” (resaltado y subrayas fuera del texto)¹.

Esta ausencia de reglamentación de **la prima técnica**, así como de actos administrativos de reconocimiento, fue certificada por el Tecnólogo de Recursos Humanos de la demandada, así:

“Que revisados los archivos que se llevan en la oficina de recursos humanos de la institución **no se encontró acto administrativo o reglamentación alguna relacionada con el pago de prima técnica a los médicos especialistas ni a ningún otro profesional trabajador de la entidad incluido el Doctor Antonio José Camargo Mercado en calidad de Gerente de la entidad**” (fls. 80, 81 – resaltado y subrayas fuera del texto).

Además de lo anterior, tampoco tendría derecho el actor a **la prima técnica** los años previos a su retiro, porque mediante providencias de 23 de agosto de 1995, 25 de octubre de 1995 y 19 de marzo de 1998², esta Corporación suspendió y anuló, respectivamente, el artículo 13 del decreto reglamentario 2164 de 1991, normativa que hacía extensiva esta prerrogativa a las entidades territoriales y a sus entes descentralizados. Lo anterior, porque la intención del legislador ordinario, al conferir las potestades extraordinarias, fue únicamente englobar o comprender a los empleos del sector público del orden nacional:

¹ Sentencia de 21 de junio de 2007, expediente No. 363-2006, actor: Agustín Martorel Ibáñez, demandada: Empresa Social del Estado – Hospital Sandiego de Cereté, M.P. Dra. Ana Margarita Olaya Forero.

² Expediente No. 11955, actor: Félix Hoyos Lemus, demandado: Gobierno Nacional, M.P. Dr. Silvio Escudero Castro.

“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.

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

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

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

Concluido y corroborado con el recuento anterior que el demandante no tenía derecho a **la prima técnica**, es ilógico que éste se escude únicamente en el pago ilegal que se efectuó de ese emolumento y de otras acreencias (disponibilidades y viáticos), el cual fue reprochado disciplinariamente, para obtener la reliquidación de las cesantías definitivas.

Para la Sala es absurdo fundar unas pretensiones sobre un derecho obtenido por medios ilegales, por cuanto el efecto justo que se persigue debe tener una causa, igualmente, justa.

De otro lado, si bien es cierto, como lo indicó el a-quo, que **la prima técnica** es un factor de salario para la liquidación de las cesantías (artículo 45 del decreto 1045 de 1978), también lo es que no se puede desconocer, en aras de respetar la presunción de legalidad de un acto administrativo inexistente en este caso, que esa acreencia no ingresó al patrimonio del actor con arreglo a la ley.

Como sólo los derechos obtenidos con arreglo a la ley, es decir con justo título, tienen la entidad suficiente de ofrecer el restablecimiento dispuesto por el Tribunal (reliquidación de las cesantías definitivas con inclusión de la prima técnica), se habrá de revocar ese pronunciamiento para, en su lugar, denegar las súplicas de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub Sección “A” administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A

REVÓCASE PARCIALMENTE la sentencia de veinticuatro (24) de mayo de dos mil seis (2006), proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba, en el proceso promovido por Antonio José Camargo Mercado contra la Empresa Social del Estado – Hospital Sandiego de Cereté. En su lugar, se dispone:

DENIEGÁNSE las pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

La anterior providencia la estudió y aprobó la Sala en sesión de la
fecha.

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Expediente No. 154-2007 Actor: Antonio José Camargo Mercado

ANEXO
RELIQUIDACIÓN DE CESANTÍAS DEFINITIVAS CON LA INCLUSIÓN DE FACTORES DEVENGADOS ILEGALMENTE (DISPONIBILIDADES, PRIMA TÉCNICA Y VIÁTICOS) – SANCION DISCIPLINARIA POR ESTA CAUSA

EXPEDIENTE No.: 154-2007
ACTOR: ANTONIO JOSÉ CAMARGO MERCADO
DEMANDADO: EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL - SANDIEGO DE CERETÉ (CÓRDOBA)

ACTOS DEMANDADOS: Resolución 812 de 14 de mayo de 1999 y acto ficto producto del silencio en que incurrió la demandada frente al recurso de reposición interpuesto contra la decisión anterior, por cuanto no tuvieron en cuenta en la liquidación de las cesantías definitivas del demandante factores efectivamente devengados por éste (disponibilidades, prima técnica y viáticos).

TRIBUNAL: Córdoba
MAGISTRADO: Regulo Torralvo Suárez
DECISION: **Accedió parcialmente**, pues dispuso la reliquidación de las cesantías con la inclusión sólo de **la prima técnica**.

RECURSO: La Empresa Social del Estado considera que un emolumento obtenido de forma ilegal, como ocurrió con **la prima técnica** y otras acreencias (disponibilidades, auxilios de capacitaciones y viáticos), no puede ser fuente de derechos.

PROYECTO DE DECISION: Se **REVOCA PARCIALMENTE** la decisión del Tribunal y, en su lugar, se **DENIEGAN** las súplicas de la demanda. Lo anterior, con fundamento en las siguientes argumentaciones:

Concluido y corroborado en el proyecto que el demandante no tenía derecho a **la prima técnica**, es ilógico que éste se escude únicamente en el pago ilegal que se efectuó de ese emolumento y de otras acreencias (disponibilidades y viáticos), el cual fue reprochado disciplinariamente, para obtener la reliquidación de las cesantías definitivas.

Para la Sala es absurdo fundar unas pretensiones sobre un derecho obtenido por medios ilegales, por cuanto el efecto justo que se persigue debe tener una causa, igualmente, justa.

Finalmente, si bien es cierto, como lo indicó el a-quo, que **la prima técnica** es un factor de salario para la liquidación de las cesantías (artículo 45 del decreto 1045 de 1978), también lo es que no se puede desconocer, en aras de respetar la presunción de legalidad de un acto administrativo inexistente en este caso, que esa acreencia no ingresó al patrimonio del actor con arreglo a la ley.

Como sólo los derechos obtenidos con arreglo a la ley, es decir con justo título, tienen la entidad suficiente de ofrecer, el restablecimiento dispuesto por el a-quo (reliquidación de las cesantías definitivas con inclusión de la prima técnica), se revoca ese pronunciamiento para, en su lugar, denegar las súplicas de la demanda.

Cordialmente,

NYDIA CERINZA

