

PRIMA TECNICA – Evolución normativa. Su reglamentación es competencia del presidente de la república. Beneficiarios / PRIMA TECNICA – reglamentación. Criterios de asignación / DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL – No impide el reconocimiento de la prima técnica / INEXISTENCIA DEL CERTIFICADO DE DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL - No imposibilita su otorgamiento

La prima técnica en principio fue creada como un reconocimiento económico para atraer o mantener al servicio del Estado a funcionarios o empleados altamente calificados, requeridos para el desempeño de cargos cuyas funciones demanden la aplicación de conocimientos técnicos o científicos especializados o para la realización de labores de dirección y de especial responsabilidad, de acuerdo con las necesidades específicas de cada Organismo. Con la expedición de la Ley 60 de 1990 el Congreso de la República confirió facultades extraordinarias al Presidente para modificar el régimen de prima técnica en las distintas Ramas y Organismos del Sector Público, a fin de que se regulara su concesión no solo bajo el criterio de formación avanzada y experiencia calificada sino que además se permitiera su pago ligado a la evaluación de desempeño, facultades que se extendieron a la definición del campo de aplicación de dicho reconocimiento, al procedimiento y a los requisitos para su asignación a los empleados del Sector Público del Orden Nacional. Por su parte, el Decreto Reglamentario 2164 de 1991 precisó, que tendrían derecho a la prima técnica bajo los criterios anteriormente mencionados los empleados de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos, Empresas Industriales y Comerciales del Estado y Unidades Administrativas Especiales, de donde se concluye en primer lugar que los empleados del Departamento Administrativo de la Función Pública, Organismo del Nivel Central del Orden Nacional, son destinatarios directos de dicha normatividad y pueden ser objeto del otorgamiento del beneficio allí consagrado en cualquiera de sus modalidades. En aras del reconocimiento de dicho beneficio en cada Entidad de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, el Gobierno ordenó a cada una de éstas en el artículo 9° del Decreto 1661 de 1991 y su reglamentario (artículo 7°), la expedición, dentro de los límites consagrados en dicha normatividad general, de regulaciones internas (resoluciones o acuerdos de juntas, consejos directivos o consejos superiores), dirigidas a adoptar las medidas pertinentes para aplicar el régimen de prima técnica para sus empleados de acuerdo con las necesidades específicas de cada Entidad u Organismo y la política de personal que adopten. Al respecto, debe precisarse la Sala que si bien las normas citadas parecieran condicionar el reconocimiento de la prima técnica de un lado a las necesidades específicas de cada Entidad y de otro a la disponibilidad presupuestal existente para su pago, lo cierto es que ninguno de tales aspectos constituye óbice para que una vez configurados los requisitos para su otorgamiento, es decir, cumplidos cada uno de los elementos definidos en la norma para la asignación de la prima técnica, se expida el respectivo acto administrativo. En efecto, la autorización otorgada a las Entidades para regular el régimen de prima técnica se encuentra completamente sujeta al marco general de consagración del derecho desarrollado por el Gobierno Nacional, en donde se encuentran definidos los criterios de asignación, los niveles y cargos susceptibles de su otorgamiento, los requisitos específicos en cada caso para su consolidación, la cuantía límite de asignación y el procedimiento a solicitud de parte que debe adelantar quien configure el derecho a su favor en aras de su reconocimiento, de manera que su otorgamiento no es facultativo por parte del Jefe del Organismo respectivo, y la potestad reguladora atribuida en tales casos, se circunscribe únicamente a la precisión y adaptación de dicho régimen general a las condiciones especiales de cada estructura y planta de personal en las Entidades del Orden Nacional inicialmente mencionadas y a la definición de la cuantía dentro del rango señalado en la norma general. Asimismo, la previsión respecto de la existencia de certificado de disponibilidad presupuestal previo

otorgamiento de la prima técnica, no impide la configuración legal del derecho ni su reconocimiento, pues como en otras oportunidades lo ha manifestado esta Corporación, ello constituye un procedimiento obligatorio de orden presupuestal que obedece al principio constitucional de legalidad en el gasto público, cuya finalidad es garantizar la existencia de recursos para el pago de la prima técnica dentro de la respectiva vigencia presupuestal, pero no un requisito adicional o condición legal para su reconocimiento.

FUENTE FORMAL: LEY 60 DE 1990 / DECRETO LEY 1661 DE 1991 / DECRETO REGLAMENTARIO 2164 DE 1991

NOTA DE RELATORIA: Cita sentencia de la Corte Constitucional, Exp. C-018 de 1996.

PRIMA TECNICA POR EVALUACION DE DESEMPEÑO – Requisitos de asignación. Perdida

Por su parte, el Decreto Reglamentario 2164 de 1991 precisó en su artículo 4º, que tendrían derecho a la prima técnica por evaluación del desempeño los empleados que ejerzan en propiedad cargos en los niveles directivo, asesor, ejecutivo, profesional, técnico, administrativo y operativo, o sus equivalentes en los sistemas especiales, que obtuvieren un porcentaje correspondiente al 90% como mínimo del total de puntos de cada una de las calificaciones de servicios realizadas en el año inmediatamente anterior a la solicitud de otorgamiento. En síntesis los requisitos para su asignación se concretan en: i) el desempeño del empleo en propiedad, ii) que el cargo desempeñado se encuentre dentro de los niveles directivo, asesor, ejecutivo, profesional, técnico, administrativo y operativo, y iii) que en la calificación de servicios anual se obtenga más del 90% del total de puntos posibles.

PRIMA TECNICA POR EVALUACION DE DESEMPEÑO – Perdida. Restricción en el campo de aplicación

el artículo 11 del Decreto en mención previó las condiciones para la pérdida del derecho, y precisó la temporalidad de su goce. Concretamente señaló que el derecho a la prima técnica por evaluación de desempeño se perdería: a). Por retiro del empleado de la Entidad a la cual presta sus servicios; b). Por la imposición de sanción disciplinaria de suspensión en el ejercicio de las funciones, caso en el cual el empleado sólo podrá volver a solicitarla transcurridos dos (2) años, contados a partir de la fecha de ejecutoria de la providencia mediante la cual se impuso la sanción, siempre y cuando el empleo continúe siendo susceptible de asignación de prima técnica; y c). Por obtener el empleado calificación de servicios en porcentaje inferior al establecido en el artículo 5º de este Decreto o porque hubieren cesado los motivos por los cuales se asignó. Ocurredida alguna de las causales mencionadas, el goce de la prima técnica por evaluación de desempeño operaría de manera automática, es decir, una vez en firme el acto de retiro del servicio, el de imposición de la sanción disciplinaria, o efectuada la respectiva calificación de servicios, lo que supone la anualidad del goce de dicha prestación económica, por virtud de la periodicidad que observa el sistema de calificación de servicios. Ahora, con la expedición del Decreto 1724 de 1997, el Gobierno Nacional modificó el régimen general y las normas especiales existentes en materia de prima técnica restringiendo su campo de aplicación a los niveles directivo, asesor y ejecutivo únicamente, lo que implicó en cuanto a la prima

técnica por evaluación de desempeño la eliminación de los niveles profesional, administrativo, técnico y operativo, como susceptibles de su asignación.

PRIMA TECNICA POR EVALUACION DE DESEMPEÑO – Régimen de transición. Derecho adquirido

No obstante, el mencionado Decreto preservó el derecho a la prima técnica por evaluación de desempeño de quienes a la fecha de su entrada en vigencia lo habían consolidado de conformidad con la normatividad anterior, para el caso concreto, a la luz de las disposiciones contenidas en los Decretos 1661, 2164 de 1991 y el Acuerdo 024 de 1991, al precisar en su artículo 4° lo siguiente: ARTÍCULO 4o. Aquellos empleados a quienes se les haya otorgado prima técnica, que desempeñen cargos de niveles diferentes a los señalados en el presente Decreto, continuarán disfrutando de ella hasta su retiro del organismo o hasta que se cumplan las condiciones para su pérdida, consagradas en las normas vigentes al momento de su otorgamiento. Así, el régimen de transición allí previsto permitió que quienes hubiesen reunido los requisitos para acceder a la prima técnica con anterioridad al 11 de julio de 1997, preservaran o continuaran disfrutando de dicho beneficio económico hasta su retiro de la Entidad o hasta que se cumpliera alguna de las condiciones para su pérdida. Al respecto, debe precisarse que la expresión “otorgado” contenida en la norma transcrita no contrae los efectos del régimen de transición únicamente a quienes se encontraran disfrutando efectivamente de una prima técnica, a quienes tuviesen un acto expreso de reconocimiento de la misma, o a quienes hubiesen reclamado con anterioridad de su vigencia el derecho, como equivocadamente se ha entendido, sino que abarca a todos aquellos empleados que aun sin acto de reconocimiento o sin haber elevado la solicitud pertinente, hubiesen consolidado su derecho con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 1724, el 11 de julio de 1997 de conformidad con la normatividad general o especial que les venía cobijando.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN “A”

CONSEJERO PONENTE: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

Bogotá D.C., diez (10) de noviembre de dos mil diez (2010).-

Radicación No. 25000 2325 000 2006 02826 01 (2273-07)

Actor: CONSUELO ARIAS TRUJILLO.

**Demandado: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA
-D.A.F.P.-.**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 5 de julio de 2007, en la que se denegaron las pretensiones de la demanda interpuesta por la señora Consuelo Arias Trujillo contra el Departamento Administrativo de la Función Pública -D.A.F.P.-, en procura del reconocimiento y pago de la prima técnica por evaluación de desempeño.

I. ANTECEDENTES

1. LA ACCIÓN

La actora, mediante apoderado judicial y en ejercicio de la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., demandó ante el Tribunal la nulidad: i) del Oficio del 7 de julio de 1995, por medio del cual el Director Nacional del Departamento Administrativo de la Función Pública -D.A.F.P.- le informó la imposibilidad de atender su solicitud de asignación de prima técnica en ausencia de presupuesto dentro de la Entidad para tal efecto; ii) del acto ficto negativo configurado respecto del derecho de petición elevado el 24 de junio de 2002, en el que se solicitó nuevamente el reconocimiento de la prima técnica por evaluación de desempeño, y iii) del Oficio No. 2005EE9700 del 25 de octubre de 2005, en el que el Director Nacional del Departamento Administrativo de la Función Pública -D.A.F.P.- negó definitivamente el reconocimiento y pago de la prima técnica por evaluación de desempeño reclamada mediante diversos derechos de petición desde el 5 de julio de 1995 (fl. 2).

A título de restablecimiento del derecho, solicitó que se condene a la demandada al reconocimiento de la prima técnica por evaluación de desempeño desde el año 1995, de conformidad con lo dispuesto en la Resolución No. 8793 del 29 de mayo del 1992 expedida por el Departamento Administrativo de la Función Pública, así como al pago de las sumas causadas por dicho concepto desde el día en que la actora obtuvo el derecho y mientras demuestre la continuidad del mismo a la luz de lo establecido en el Decreto Ley 1661 de 1991; demandó además el pago de los intereses de mora respectivos, el reajuste de la condena y el cumplimiento de la sentencia favorable en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A..

2. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Se presentaron como sustento de las pretensiones los siguientes hechos:

La señora Consuelo Arias Trujillo prestó sus servicios al Departamento Administrativo de la Función Pública -D.A.F.P.-, en forma ininterrumpida desde el 2 de septiembre de 1986, hasta la fecha.

Durante el tiempo de servicios prestados desempeñó en propiedad diferentes cargos del Nivel Profesional en los que obtuvo la respectiva inscripción en el Escalafón de Carrera Administrativa.

Con la expedición de los Decretos 1661 y 2164 de 1991, el Gobierno Nacional creó y reglamentó la prima técnica en la modalidad de evaluación de desempeño, con lo que se generó el derecho para los empleados del Nivel Profesional que reunieran los requisitos allí establecidos. En cumplimiento de las mencionadas disposiciones, el Departamento Administrativo del Servicio Civil, hoy de la Función Pública, expidió la Resolución No. 8793 el 29 de mayo de 1992, modificada por la Resolución No. 774 del 20 de diciembre de 2002, adoptando y regulando la asignación de la prima técnica por evaluación de desempeño para los empleados de la Entidad.

En vigencia de las disposiciones citadas, la actora elevó ante el Departamento Administrativo de la Función Pública, múltiples solicitudes de reconocimiento y pago de la prima técnica en mención, la primera de ellas el 5 de julio de 1995, respecto de la cual se le informó la realización de los trámites pertinentes ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público con el fin de obtener los recursos

presupuestales para atender su petición; luego, mediante escrito del 24 de junio del 2002, se reiteró la petición anterior sin que se obtuviese respuesta alguna al respecto. Por último, con Oficio del 23 de junio de 2005 se elevó nuevamente petición en aras del reconocimiento aludido, resuelto de fondo por la Administración a través del acto ahora demandado -Oficio No. 2005EE9700 del 25 de octubre 2005-, en el que se negó definitivamente el otorgamiento de la prima técnica por evaluación de desempeño reclamada, por ausencia de presupuesto para tal efecto.

La demandante desde el año 1994 y sucesivamente, ha obtenido calificaciones superiores al 90% que acreditan su derecho a la prima técnica por evaluación de desempeño, salvo en los años 2001 a 2002, 2002 a 2003 y 2003 a 2004, periodos en los que no fue calificada con ocasión de situaciones de encargo pero que finalmente no impiden la continuidad del derecho reclamado, toda vez que las normas de carrera ordenan que en tales casos la calificación definitiva del periodo anual corresponderá a la última obtenida en el cargo de carrera, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 107 (parágrafo 2º) y 108 del decreto 1572 de 1998, normatividad vigente durante las citadas anualidades.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Manifiesta que con los actos acusados se violaron las siguientes disposiciones constitucionales y legales: artículos 2º, 6º, 13 y 25 de la Constitución Política; del 1º al 6º lit. c) del Decreto 1661 de 1991; 1º, 5º y 9º inc. 3º del Decreto 2164 de 1991; 1º inc. 3º del Decreto 2573 de 1991 y demás disposiciones concordantes.

Afirma que la Administración violó las normas supralegales y legales citadas al desconocer el derecho de la demandante a la prima técnica por evaluación de desempeño, pues al cumplir los supuestos de hecho que éstas consagran (90% en su calificación de servicios) debió proceder al reconocimiento respectivo y no privarla injustificadamente del incentivo mensual consolidado so pretexto de ausencia de disponibilidad presupuestal para tal efecto.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto del 16 de mayo del 2006 (fl. 77) y surtidas las notificaciones de rigor (fl. 79 y 95 vto), la parte demandada acudió oportunamente a dar contestación al libelo (fl. 63).

Propuso como excepciones la caducidad de la acción, la ineptitud sustantiva de la demanda, la falta de competencia y la prescripción e inexistencia del derecho reclamado, debidamente sustentadas dentro del escrito de oposición.

Señaló que respecto del Oficio del 5 de julio de 1995 y el acto presunto demandado configurado debía declararse la caducidad de la acción por su ejercicio extemporáneo.

Ahora, que de conformidad con los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo, 151 del Código de Procedimiento Laboral y 41 del Decreto 3135 de 1968, el término de prescripción para el cobro de los derechos laborales es de 3 años, por lo que los derechos que eventualmente se hubiesen consolidado a favor de la actora se encuentran prescritos.

Dijo además, que la demanda era inepta por cuanto no se precisaron los cargos de inconstitucionalidad e ilegalidad que se le imputaban a los actos administrativos demandados y que además estos no integraban una proposición jurídica completa, al no demandarse la nulidad del acto presunto negativo que resolvió de manera definitiva la petición formulada por la actora el 5 de julio de 1995.

En cuanto a la falta de competencia, afirmó que ésta correspondía en primera instancia a los Juzgados Administrativos por virtud de la cuantía del negocio discriminada en el hecho 2.5 del libelo demandatorio.

En cuanto al derecho en discusión afirmó que el cargo profesional desempeñado por la actora fue excluido de aquellos susceptibles del reconocimiento de prima técnica por evaluación de desempeño a partir del Decreto 1724 de 1997, razón por la que resultaba improcedente cualquier reconocimiento al respecto durante los años reclamados.

II. LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró parcialmente probada la excepción de caducidad respecto del Oficio del 7 de julio de 1995 y el acto presunto negativo derivado de la solicitud del 24 de junio del 2002, adelantó el juicio de legalidad propuesto únicamente frente al acto administrativo contenido en el Oficio No. 2005EE9700 del 25 de octubre del 2005 y luego del análisis de fondo del asunto, negó las súplicas de la demanda (fl. 140).

Del examen normativo aplicable al caso concreto y de las pruebas allegadas al expediente concluyó que si bien la actora pudo haber sido beneficiaria del régimen de transición contenido en el Decreto 1724 de 1997, en virtud del cual se le preservaría el régimen de prima técnica anterior resultando viable su reconocimiento, perdió dicho beneficio al no demandar en tiempo los actos que le negaron el derecho o guardaron silencio respecto del mismo, de manera que al no acudir oportunamente ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa no puede darse aplicación a dicha preceptiva.

Señaló además, que para la fecha en que la demandante elevó su tercera solicitud, resuelta mediante el Oficio 2005EE9700 del 25 de octubre de 2005, es decir, para el 23 de junio del mismo año, se encontraba vigente el Decreto 1336 de 2003 que modificó el régimen de prima técnica, otorgándola en sus diferentes modalidades únicamente para quienes se desempeñaran en los empleos de los Niveles Directivo, Jefe de Oficina Asesora y Asesor, adscritos a los despachos del Ministro, Viceministro, Director de Departamento Administrativo, Superintendente y Director de Unidad Administrativa Especial o sus equivalentes, lo que excluía el nivel profesional ostentado por la actora de dicho beneficio.

Así, precisó que al reclamarse el derecho en vigencia del Decreto 1336 de 2003 que no preveía prima técnica para el Nivel Profesional y al no encontrarse amparada la situación de la actora por alguno de los regímenes de transición previstos tanto en la normatividad en mención como en el Decreto 1724 de 1997, se tornaban improcedentes las pretensiones incoadas.

III. DE LA APELACIÓN

La parte demandante, inconforme con la decisión de primera instancia la apela a fin de que sea revocada y en su lugar se acceda a las súplicas de la demanda (fl. 172).

Insiste en la procedencia del reconocimiento de la prima técnica por evaluación de desempeño en razón del cabal cumplimiento de los requisitos legales establecidos para su concesión.

Afirma la imposibilidad de declarar la caducidad de la acción respecto de los actos acusados, toda vez que entrándose de una prestación periódica se configura la excepción a la regla general de los cuatro (4) meses establecida en el artículo 136 del C.C.A., permitiéndose su impugnación en cualquier tiempo aun cuando su contenido haya sido negativo respecto del derecho en discusión.

Así, desvirtuada la caducidad respecto de los actos demandados, precisa la incursión de la actora dentro del régimen de transición contenido en el artículo 4° del Decreto 1724 de 1997, que le permite acceder y mantener el derecho a la prima técnica por evaluación de desempeño durante los años reclamados en razón a la consolidación del derecho con anterioridad a la expedición de dicha preceptiva.

Por último, solicita que se tenga en cuenta que al no darse por parte de la Entidad demandada una negativa expresa frente a los derechos de petición elevados por la demandante en procura del reconocimiento de la prima técnica, se produjo un aplazamiento de la decisión prolongado en el tiempo, aduciendo ilegalmente la ausencia de presupuesto para adoptar la decisión correspondiente.

El recurso de apelación fue admitido mediante providencia del 29 de febrero de 2008 (fl. 181); luego, por medio de auto del 30 de mayo de 2008 (fl. 183), se corrió traslado para alegatos de conclusión, término del que hicieron uso oportunamente las partes para reiterar su posición jurídica dentro de la litis. Posteriormente, se expidió auto de mejor proveer el 24 de septiembre de 2009, solicitando algunos documentos a fin de esclarecer puntos dudosos necesarios para la resolución de fondo del asunto propuesto (fl. 211).

Surtido el trámite legal, allegados los documentos requeridos y al no observarse causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir el mérito del asunto.

V. CONSIDERACIONES

1. CUESTIÓN PREVIA

Propone la parte apelante en primer lugar la improcedencia de la excepción de caducidad declarada por el a quo respecto de algunos de los actos acusados. Así, previo a abordar el fondo del asunto procede la Sala a emitir pronunciamiento al respecto, en aras de verificar el presupuesto procesal de oportunidad en el ejercicio de la acción y de delimitar en últimas el objeto del juicio de legalidad subjetivo propuesto.

El marco del litigio planteado dentro del libelo introductorio por la demandante persigue en síntesis la nulidad de los siguientes actos administrativos: i) Oficio del 7 de julio de 1995, por medio del cual el Director Nacional del Departamento Administrativo de la Función Pública -D.A.F.P.- informó a la actora la imposibilidad de atender su solicitud de asignación de prima técnica en ausencia de presupuesto dentro de la Entidad para tal efecto; ii) Acto ficto negativo configurado respecto del derecho de petición elevado por ésta el 24 de junio de 2002, en el que solicitó nuevamente el reconocimiento de la prima técnica por evaluación de desempeño, y iii) Oficio No. 2005EE9700 del 25 de octubre de 2005, en el que el Director Nacional del Departamento Administrativo de la Función Pública -

D.A.F.P.- negó definitivamente el reconocimiento y pago de la prima técnica por evaluación de desempeño reclamada mediante diversos derechos de petición desde el 5 de julio de 1995 (fl. 2).

La demanda propuesta fue presentada por la parte actora el 27 de febrero de 2006, según se observa a folio 59 del expediente.

La situación procesal anterior llevó al a quo a afirmar la caducidad de la acción respecto de los dos primeros actos demandados, es decir, frente al Oficio del 7 de julio de 1995 y al Acto ficto negativo derivado del derecho de petición elevado el 24 de junio de 2002 por la actora, por virtud de la excesiva extemporaneidad de su ejercicio en atención de la regla general contenida para las acciones de Nulidad y Restablecimiento en el artículo 136 del C.C.A..

Lo primero que debe precisar la Sala al respecto es, que a diferencia de lo expresado por el a quo, en el presente caso se configura en razón del derecho en discusión, la excepción a la regla general de caducidad contenida en el numeral 2° del artículo 136 del C.C.A que impone el ejercicio de la acción subjetiva de anulación dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto particular y concreto demandado.

En efecto, **tratándose la prima técnica por evaluación de desempeño de una prestación periódica**, la nulidad tanto de los actos que reconocen como de los que niegan tal derecho pueden ser demandada en cualquier tiempo sin perjuicio en cada caso de la prescripción de los pagos causados y no reclamados oportunamente. Dicha posición responde a la reinterpretación del artículo en mención, efectuada dentro de la sentencia del 2 de octubre de 2008 por la Sección Segunda-Subsección A de ésta Corporación y acogida en diversos pronunciamientos a partir de la fecha,¹ en donde se concluyó que la excepción a la regla de caducidad que durante años se aplicaba únicamente a aquellos actos que **reconocían** en sentido estricto una prestación periódica, debía aplicarse indiscutiblemente también a los actos que las negaban, desplazando la interpretación literal que hasta ahora se había impuesto a dicha regla procedimental y remplazándola por una más razonable y armónica en función de la materialización del derecho sustancial y en armonía con las normas constitucionales que amparan los derechos laborales.

Así las cosas, queda desvirtuada la extemporaneidad en el ejercicio de la acción que impidió al a quo revisar los actos mencionados y analizar el derecho en discusión desde el año 1995.

Ahora, superada la excepción de caducidad que equívocamente encontró configurada el a quo, observa la Sala que tanto el Oficio del 7 de julio de 1995 como el acto ficto negativo demandado no pueden ser objeto de pronunciamiento judicial, como quiera que el primero no constituye acto administrativo pues de su contenido se infiere que se trata de un acto de carácter informativo que no contiene decisión de fondo ni definitiva respecto del derecho a la prima técnica en discusión, toda vez que la Administración se abstuvo de resolver el asunto en ausencia de disponibilidad presupuestal difiriendo la oportunidad para hacerlo; y en cuanto al segundo operó la extinción de los presupuestos que le configuraron y

¹ Sentencia del 2 de octubre de 2008, Rad. Interno 0363-08; Sentencia del 12 de febrero de 2009, Rad. Interno 1971-06; Sentencia del 26 de marzo de 2009, Rad. Interno 0710-08. C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Sentencia del 29 de enero de 2009, Rad. Interno 2008-0827. C.P. Luís Rafael Vergara Quintero. **Sentencia del 10 de septiembre de 2009, Rad. Interno 2009-00655-00. C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.** Sentencia del 19 de noviembre de 2009, Rad. Interno 0055-08, C.P. Alfonso Vargas Rincón. **Auto del 16 de julio de 2009. Rad. Interno 0888-09, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.**

de la ficción jurídica que representa, al mediar acto expreso posterior que resolvió de fondo la solicitud y materializó la voluntad de la Administración respecto de las diferentes peticiones elevadas por la actora desde el 5 de julio de 1995, contenido en el Oficio 2005EE9700 del 25 de octubre de 2005.

Evidentemente, la actuación administrativa adelantada por la actora inicio mediante derecho de petición el 5 de julio de 1995 (fl. 9), en procura del reconocimiento y pago de la prima técnica por evaluación de desempeño de conformidad con lo dispuesto en los Decretos 1661 y 2164 de 1991 como prestación de tracto sucesivo, sin que en últimas recibiera respuesta afirmativa o negativa al respecto, tal como se observa en el Oficio del 7 de julio de 1995 (fl. 4), en donde el pronunciamiento expreso de la Administración frente al derecho reclamado quedó en suspenso en procura de la obtención de los recursos para atender la solicitud; posteriormente, la actora reiteró su derecho de petición mediante escrito del 24 de junio de 2002 (fl. 10) sin que recibiera respuesta por parte de la entidad demandada. Por último, mediante derecho de petición del 23 de junio de 2005 insistió en una respuesta expresa frente al derecho solicitado desde el año 1995 y pidió superar el asunto presupuestal que había impedido el despacho favorable de su reclamación, frente a lo cual el Director del Departamento Administrativo de la Función Pública con Oficio 2005EE9700 del 25 de octubre de 2005 decidió responder desfavorablemente, negando expresamente el derecho a la prima técnica por evaluación de desempeño reclamada por la actora desde el año 1995, tal como se observa a folio 2 del expediente.

Lo anterior permite concluir a la Sala en aras de esclarecer el marco real de análisis judicial frente a la litis: 1) la imposibilidad de adelantar control de legalidad respecto del Oficio del 7 de julio de 1995, por tratarse éste de un acto de trámite que no puso fin a la actuación administrativa iniciada por la interesada, 2) la extinción del acto ficto negativo acusado por virtud de la manifestación expresa de la voluntad de la Administración mediante el Oficio del 25 de octubre de 2005, pues de conformidad con el artículo 60 del C.C.A., la Administración puede emitir pronunciamiento frente a cualquier solicitud pese a la configuración del silencio administrativo negativo, mientras el interesado no haya acudido ante la jurisdicción de los contencioso administrativo, 3) que el acto que efectivamente resolvió la solicitud de la señora Consuelo Arias Trujillo y puso fin a la actuación administrativa por ésta adelantada decidiendo de fondo su pretensión laboral, fue el Oficio 2005EE9700 del 25 de octubre de 2005, razón por la que es frente a éste que debe agotarse el análisis judicial demandado, y 4) que las diferentes solicitudes elevadas por la actora hacen parte de una sola actuación administrativa hasta el momento en que la Administración resolvió de fondo el asunto.

Bajo las consideraciones anteriormente expuestas, la Sala revocará la decisión del a quo respecto de los actos acusados, para en su lugar proferir decisión inhibitoria frente al Oficio del 7 de julio de 1995 y al acto ficto negativo demandados, abordando el estudio de legalidad del Oficio No. 2005EE9700 del 25 de octubre de 2005, en función del derecho a la prima técnica reclamado desde el año 1995.

2. PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde a la Sala revisar la legalidad del Oficio 2005EE9700 del 25 de octubre de 2005, en orden a determinar si asiste o no derecho a la demandante al reconocimiento y pago de la prima técnica por evaluación de desempeño durante los años 1995, 1996, 1997, 1998, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004 y 2005 de conformidad con las normas aplicables y los documentos aportados para acreditar su derecho.

El problema jurídico expuesto, impone revisar la normatividad general y especial que consagra éste beneficio, en aras de definir su ámbito de aplicación, los requisitos y las restricciones que permitan esclarecer la existencia del derecho en el sub examine, para lo cual se discurrirá de la siguiente manera:

3. MARCO NORMATIVO DE LA PRIMA TECNICA- CRITERIOS GENERALES PARA SU ASIGNACIÓN.

La prima técnica en principio fue creada como un reconocimiento económico para atraer o mantener al servicio del Estado a funcionarios o empleados altamente calificados, requeridos para el desempeño de cargos cuyas funciones demanden la aplicación de conocimientos técnicos o científicos especializados o para la realización de labores de dirección y de especial responsabilidad, de acuerdo con las necesidades específicas de cada Organismo.

Con la expedición de la Ley 60 de 1990 el Congreso de la República confirió facultades extraordinarias al Presidente para modificar el régimen de prima técnica en las distintas Ramas y Organismos del Sector Público, a fin de que se regulara su concesión no solo bajo el criterio de formación avanzada y experiencia calificada sino que además se permitiera su pago ligado a la evaluación de desempeño, facultades que se extendieron a la definición del campo de aplicación de dicho reconocimiento, al procedimiento y a los requisitos para su asignación a los empleados del Sector Público del Orden Nacional.²

En ejercicio de las facultades conferidas, el Presidente de la República expidió el Decreto Ley 1661 de 1991, por medio del cual se modificó el régimen de prima técnica existente y se definió el campo de aplicación de dicho beneficio económico, concretando como criterios para su asignación en primer lugar el de formación avanzada y experiencia calificada y en segundo lugar el óptimo desempeño en el cargo, determinado por la evaluación de desempeño, lo que quedó consignado en los siguientes términos:

“ARTICULO 1o. DEFINICION Y CAMPO DE APLICACION. La Prima Técnica es un reconocimiento económico para atraer o mantener en el servicio del Estado a funcionarios o empleados altamente calificados que se requieran para el desempeño de cargos cuyas 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.”

² **LEY 60 DE 1990 Artículo 2o.** De conformidad con el ordinal 12 del artículo 76 de la Constitución Política, revítese 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 medidas en relación con los empleos de las distintas ramas y organismos del poder público. (...)

3o. 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.

La prima técnica se reformuló entonces como un estímulo económico exclusivamente para los servidores públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional a fin de garantizar su permanencia al servicio del Estado como consecuencia de su alto perfil para el ejercicio de cargos que demanden tal especialidad o como reconocimiento al desempeño en el cargo.

Por su parte, el Decreto Reglamentario 2164 de 1991 precisó, que tendrían derecho a la prima técnica bajo los criterios anteriormente mencionados los empleados de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos, Empresas Industriales y Comerciales del Estado y Unidades Administrativas Especiales, de donde se concluye en primer lugar que los empleados del Departamento Administrativo de la Función Pública, Organismo del Nivel Central del Orden Nacional,³ son destinatarios directos de dicha normatividad y pueden ser objeto del otorgamiento del beneficio allí consagrado en cualquiera de sus modalidades.

Ahora, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4° del Decreto Ley 1661 de 1991 y 10° del Decreto Reglamentario 2164 del mismo año, el beneficio de la prima técnica una vez reunidos los requisitos para su asignación, en cualquiera de sus dos modalidades pero de manera excluyente en tanto media la prohibición de asignar más de una prima técnica, es netamente económico y consiste en el otorgamiento de un porcentaje de la asignación básica mensual que corresponda al empleo del funcionario o empleado al que se concede, que no podrá ser superior al 50% de la misma, reajutable en la misma proporción en que varíe la asignación básica mensual de acuerdo a los reajustes salariales que ordene el Gobierno.

En aras del reconocimiento de dicho beneficio en cada Entidad de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, el Gobierno ordenó a cada una de éstas en el artículo 9° del Decreto 1661 de 1991 y su reglamentario (artículo 7°), la expedición, dentro de los límites consagrados en dicha normatividad general, de regulaciones internas (resoluciones o acuerdos de juntas, consejos directivos o consejos superiores), dirigidas a adoptar las medidas pertinentes para aplicar el régimen de prima técnica para sus empleados de acuerdo con las necesidades específicas de cada Entidad u Organismo y la política de personal que adopten.

Asimismo, en los artículos 5° y 6° *ibidem* se estableció como competente para asignar dicho beneficio al Jefe de cada Organismo, quien luego de la solicitud y verificación de los requisitos exigidos según el criterio respectivo, debe proferir la Resolución de asignación debidamente motivada, previa expedición del respectivo certificado de disponibilidad presupuestal.

Al respecto, debe precisar la Sala que si bien las normas citadas parecieran condicionar el reconocimiento de la prima técnica de un lado a las necesidades específicas de cada Entidad y de otro a la disponibilidad presupuestal existente para su pago, lo cierto es que ninguno de tales aspectos constituye óbice para que una vez configurados los requisitos para su otorgamiento, es decir, cumplidos cada uno de los elementos definidos en la norma para la asignación de la prima técnica, se expida el respectivo acto administrativo.

En efecto, la autorización otorgada a las Entidades para regular el régimen de prima técnica se encuentra completamente sujeta al marco general de consagración del derecho desarrollado por el Gobierno Nacional, en donde se encuentran definidos los criterios de asignación, los niveles y cargos susceptibles de su otorgamiento, los requisitos específicos en cada caso para su consolidación,

³ Artículo 8 de la Ley 19 de 1958. Artículos 38, 39 y 65 de la Ley 489 de 1998.

la cuantía límite de asignación y el procedimiento a solicitud de parte que debe adelantar quien configure el derecho a su favor en aras de su reconocimiento, de manera que **su otorgamiento no es facultativo por parte del Jefe del Organismo respectivo, y la potestad reguladora atribuida en tales casos, se circunscribe únicamente a la precisión y adaptación de dicho régimen general a las condiciones especiales de cada estructura y planta de personal en las Entidades del Orden Nacional inicialmente mencionadas y a la definición de la cuantía dentro del rango señalado en la norma general.**

Asimismo, la previsión respecto de la existencia de certificado de disponibilidad presupuestal previo otorgamiento de la prima técnica, no impide la configuración legal del derecho ni su reconocimiento, pues como en otras oportunidades lo ha manifestado esta Corporación,⁴ ello constituye un procedimiento obligatorio de orden presupuestal que obedece al principio constitucional de legalidad en el gasto público, cuya finalidad es garantizar la existencia de recursos para el pago de la prima técnica dentro de la respectiva vigencia presupuestal, pero no un requisito adicional o condición legal para su reconocimiento. Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-018 de 1996, al estudiar la constitucionalidad del parágrafo único del artículo 6° del Decreto Ley 1661 de 1991, declaró exequible tal disposición, precisando lo siguiente:

“De esa forma, el certificado de que trata el parágrafo acusado, tiene como fundamento jurídico, asegurar la existencia de recursos para el reconocimiento de la prima técnica, con lo que se hacen efectivos los principios superiores de legalidad y de la disponibilidad presupuestal.

Por lo tanto, al exigirse el certificado de disponibilidad presupuestal, en el caso de la prima técnica, no resultan vulneradas las normas constitucionales, ya que si bien ésta se traduce en un reconocimiento económico con el cumplimiento de los requisitos legales pertinentes, debe sujetarse a las normas presupuestales tanto constitucionales como legales anteriormente citadas, sin que ello implique tampoco desmedro o desconocimiento del derecho de sus beneficiarios a percibirlo.

*Cabe advertir finalmente, que de conformidad con lo señalado en el literal c) del artículo 6o. del Decreto materia de examen constitucional, **cuando el candidato cumple con los requisitos respectivos, el Jefe del organismo está en la obligación de proferir en todo caso, la correspondiente resolución de asignación de prima técnica; desde luego que el pago solamente puede hacerse efectivo en los términos del parágrafo demandado, previa la expedición del certificado de disponibilidad presupuestal, de acuerdo con lo expuesto en esta providencia.**” (Resalta la Sala)*

Lo anterior excluye el certificado de disponibilidad presupuestal como límite para el reconocimiento de la prima técnica en sus diversas modalidades de asignación, lo que permite preestablecer para el sub examine que cumplidos los requisitos de índole subjetivo establecidos en la Ley general y dentro del marco de ésta, las reglas establecidas al interior de cada Entidad, surge para el empleado el derecho a la prima técnica, bien por el criterio de formación avanzada y experiencia calificada o bien por el factor de desempeño en el cargo, definible a partir de la calificación obtenida en la respectiva evaluación del desempeño, cuyo reconocimiento mediante acto administrativo y definición del porcentaje aplicable corresponde al Jefe del Organismo respectivo, previa solicitud del empleado sujeto del derecho.⁵

⁴ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 3 de mayo de 2001, Exp. 1326-01, C.P. Augusto Trejos Jaramillo. Sección Segunda, Subsección A, Sentencias del 17 de abril de 2008 y del 21 de octubre de 2009, Rads. 2351-06 y 2356-07 respectivamente, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

⁵ Artículo 6° del Decreto 1661 de 1991.

3. MARCO NORMATIVO ESPECÍFICO DE LA PRIMA TÉCNICA POR EVALUACIÓN DE DESEMPEÑO.

Como ya se expresó, el Decreto 1661 de 1991 estableció dicho reconocimiento como estímulo al desempeño del cargo en todos los niveles de empleo de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, en donde se encuentra ubicado orgánicamente el Departamento Administrativo de la Función Pública -D.A.F.P.-.

Por su parte, el Decreto Reglamentario 2164 de 1991 precisó en su artículo 4°, que tendrían derecho a la prima técnica por evaluación del desempeño los empleados que ejerzan en propiedad cargos en los niveles directivo, asesor, ejecutivo, profesional, técnico, administrativo y operativo, o sus equivalentes en los sistemas especiales, que obtuvieren un porcentaje correspondiente al 90% como mínimo del total de puntos de cada una de las calificaciones de servicios realizadas en el año inmediatamente anterior a la solicitud de otorgamiento.

En síntesis los requisitos para su asignación se concretan en: i) el desempeño del empleo en propiedad, ii) que el cargo desempeñado se encuentre dentro de los niveles directivo, asesor, ejecutivo, profesional, técnico, administrativo y operativo, y iii) que en la calificación de servicios anual se obtenga más del 90% del total de puntos posibles.

Ahora, el artículo 11 del Decreto en mención previó las condiciones para la pérdida del derecho, y precisó la temporalidad de su goce. Concretamente señaló que el derecho a la prima técnica por evaluación de desempeño se perdería:

- a). Por retiro del empleado de la Entidad a la cual presta sus servicios;
- b). Por la imposición de sanción disciplinaria de suspensión en el ejercicio de las funciones, caso en el cual el empleado sólo podrá volver a solicitarla transcurridos dos (2) años, contados a partir de la fecha de ejecutoria de la providencia mediante la cual se impuso la sanción, siempre y cuando el empleo continúe siendo susceptible de asignación de prima técnica; y
- c). Por obtener el empleado calificación de servicios en porcentaje inferior al establecido en el artículo 5° de este Decreto o porque hubieren cesado los motivos por los cuales se asignó.

Ocurrida alguna de las causales mencionadas, el goce de la prima técnica por evaluación de desempeño operaría de manera automática, es decir, una vez en firme el acto de retiro del servicio, el de imposición de la sanción disciplinaria, o efectuada la respectiva calificación de servicios, lo que supone la anualidad del goce de dicha prestación económica, por virtud de la periodicidad que observa el sistema de calificación de servicios.

En cuanto a su otorgamiento, resulta necesario aclarar que el derecho aludido no depende de la facultad discrecional de la autoridad competente en cada Entidad para su asignación, ni de la expedición del certificado de disponibilidad presupuestal, sino que, una vez constatado el cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley, se impone su reconocimiento y la expedición del acto administrativo respectivo, tal como se precisó inicialmente.

Ahora, con la expedición del Decreto 1724 de 1997, el Gobierno Nacional modificó el régimen general y las normas especiales existentes en materia de prima técnica restringiendo su campo de aplicación a los niveles directivo, asesor y ejecutivo únicamente, lo que implicó en cuanto a la prima técnica por evaluación de

desempeño la eliminación de los niveles profesional, administrativo, técnico y operativo, como susceptibles de su asignación.

No obstante, el mencionado Decreto preservó el derecho a la prima técnica por evaluación de desempeño de quienes a la fecha de su entrada en vigencia lo habían consolidado de conformidad con la normatividad anterior, para el caso concreto, a la luz de las disposiciones contenidas en los Decretos 1661, 2164 de 1991 y el Acuerdo 024 de 1991, al precisar en su artículo 4° lo siguiente:

ARTÍCULO 4o. Aquellos empleados a quienes se les haya otorgado prima técnica, que desempeñen cargos de niveles diferentes a los señalados en el presente Decreto, continuarán disfrutando de ella hasta su retiro del organismo o hasta que se cumplan las condiciones para su pérdida, consagradas en las normas vigentes al momento de su otorgamiento. (Se resalta)

Así, el régimen de transición allí previsto permitió que quienes hubiesen reunido los requisitos para acceder a la prima técnica con anterioridad al 11 de julio de 1997, preservaran o continuaran disfrutando de dicho beneficio económico hasta su retiro de la Entidad o hasta que se cumpliera alguna de las condiciones para su pérdida.

Al respecto, debe precisarse que la expresión “**otorgado**” contenida en la norma transcrita no contrae los efectos del régimen de transición únicamente a quienes se encontraran disfrutando efectivamente de una prima técnica, a quienes tuviesen un acto expreso de reconocimiento de la misma, o a quienes hubiesen reclamado con anterioridad de su vigencia el derecho, como equivocadamente se ha entendido, sino que abarca a todos aquellos empleados que aun sin acto de reconocimiento o sin haber elevado la solicitud pertinente, hubiesen consolidado su derecho con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 1724, el 11 de julio de 1997 de conformidad con la normatividad general o especial que les venía cobijando.

Así las cosas, pese a la restricción del derecho a la prima técnica por evaluación de desempeño a partir del año 1997, los empleados que consolidaron su derecho antes del 11 de julio del mismo año, aunque no les haya sido reconocido por la Administración, cuentan con un derecho adquirido que ingresó a su patrimonio por el cumplimiento de los requisitos establecidos en la norma, que pueden exigir y mantener a la luz de la normatividad anterior, siempre y cuando no se encuentren afectados por las causales de pérdida del derecho anteriormente referidas, con observancia en cuanto a su reclamación del fenómeno prescriptivo, desde luego.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto y para efectos de la resolución del asunto planteado en el sub examine, debe anotarse además, que a partir de la expedición del Decreto 1724 de 1997 y salvo el régimen de transición explicado, el Nivel Profesional que ostentaba en propiedad la actora según se precisará más adelante, desapareció de aquellos susceptibles de otorgamiento de prima técnica por evaluación de desempeño. En efecto, regulaciones posteriores como el Decreto 1335 de 1999 vigente a partir del 26 de julio del mismo año, y el Decreto 1336 de 2003 vigente desde el 27 de mayo de 2003, no lo contemplan, manteniéndose restringido el ámbito de aplicación de la prima técnica por evaluación de desempeño, en los cargos inferiores al Nivel Ejecutivo, lo que implica que la actora quien ocupaba un cargo del Nivel Profesional, sólo podría ser acreedora del derecho reclamado durante los años 1995 a 2005 por su eventual incursión en el régimen de transición que le permitiría obtener y mantener el

derecho en aplicación de la normatividad anterior que regulaba la materia y que permitía el acceso a la prima técnica por evaluación de desempeño en todos los niveles de empleo.

Ahora, si bien al interior del Departamento Administrativo de la Función Pública - D.A.F.P.- se reglamentó con anterioridad al Decreto 1724 de 1997 el tema de la prima técnica por evaluación del desempeño dentro de la resolución No. 8793 del 29 de mayo de 1992, dicho ordenamiento especial no se observará en el sub examine más que en cuanto al porcentaje y cuantía de asignación en caso de ser viable el derecho, como quiera que establece su concesión como una facultad discrecional propia del Director de dicho organismo y sujeta a la existencia de disponibilidad presupuestal para tal efecto, excediendo la potestad conferida por el Gobierno Nacional en los Decretos 1661 y 2164 de 1991, tal como se aclaró en párrafos precedentes, razón por la que se inaplicará su contenido al respecto y se tendrán en cuenta las normas generales y los criterios jurisprudenciales definidos al respecto.

Bajo las anteriores precisiones de orden normativo, se estudiarán los documentos obrantes dentro del expediente a fin de establecer si en efecto la actora reunía los requisitos para acceder al beneficio demandado por virtud del régimen de transición referido.

4. CASO CONCRETO.

Reclama la actora el reconocimiento de la prima técnica por evaluación de desempeño por los años 1995, 1996, 1997, 1998, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004 y 2005.

Se encuentra probado dentro del expediente que la señora Consuelo Arias Trujillo fue vinculada en propiedad al Departamento Administrativo de la Función Pública - D.A.F.P.-, e inscrita en el Escalafón de Carrera Administrativa mediante Resolución No. 8531 el 14 de junio de 1994. (fl. 11)

Asimismo, que para los años 1996, 1997 y 1998 desempeñó los cargos de Profesional Especializado Código 3010 Grado 14, Profesional Especializado Grado 16 y Profesional Especializado Grado 18, frente a los cuales se realizó la respectiva inscripción y actualización en el Escalafón y Registro Público de la Carrera Administrativa. (fl. 11)

A partir del 14 de agosto del 2000 y hasta el 21 de septiembre de 2004, fue nombrada sucesivamente bajo la modalidad de encargo como Profesional Especializada Código 3010 Grado 20, Jefe de la Oficina Asesora Jurídica Código 1045 Grado 15, Asesor Código 1020 Grado 10 y como Profesional Especializada Código 3010 Grado 22. (fl. 31 a 43)

En el sub examine, se encuentra establecido entonces que con anterioridad al 11 de julio de 1997 la actora desempeño en propiedad cargos del Nivel Profesional, lo que a la luz de la normatividad mencionada, es decir, la vigente con anterioridad al Decreto 1724 de 1997, la ubica dentro de aquellos empleos susceptibles de reconocimiento de la prima técnica por factor de evaluación del desempeño de conformidad con el artículo 5° del Decreto 2164 de 1991.

Para respaldar su incursión dentro del régimen de transición del Decreto 1724 de 1997, fueron aportadas las siguientes calificaciones de servicios: (fls. 12 a 20)

Del 28 de abril de 1994 a 28 de febrero de 1995, 90.71%

Del 1° de marzo de 1995 a 29 de febrero de 1996, 90.51%
Del 1° de marzo de 1996 a 28 de febrero de 1997, 93.4%.
 Del 1° de febrero 1997 al 28 de febrero de 1998, 97.2%.
 Del 1° de marzo de 1998 al 28 de febrero de 1999, 96.5%.
 Del 1° de marzo de 1999 al 29 de febrero de 2000, 98.5%.
 Del 1° de marzo de 2000 al 14 de agosto de 2000, 99.7%. (calif. parcial)*
 Del 21 de septiembre de 2004 al 28 de febrero de 2005, 99.5%. (calif. parcial)

*Si bien la actora reclama el derecho adicionalmente por los años 2001, 2002, 2003 y 2004 es necesario anotar en primer lugar que no obran las calificaciones de servicios respectivas, lo que obedece a la situación administrativa de encargo que ostentó a partir del 14 de agosto del 2000 y hasta el 21 de septiembre de 2004, fecha en la que se reanudaron (fl. 31 a 43).

Ahora, previo a realizar la valoración pertinente debe aclarar la Sala que a diferencia de la prima técnica por formación avanzada, la prima técnica por evaluación de desempeño es un derecho de causación anual, razón por la que **efectuada la calificación anual respectiva o promediadas las calificaciones parciales** realizadas durante el periodo respectivo (del 1° de marzo al último día de febrero del año siguiente)⁶ con porcentaje superior al 90% establecido legalmente, el empleado tiene derecho a gozar de dicha prestación **durante el año siguiente a la calificación**, cuya continuidad o culminación se determina por la siguiente evaluación anual, pues de conformidad con las normas estudiadas el derecho se extingue automáticamente una vez obtenida la calificación inferior en el periodo sucesivo.

De acuerdo con lo anterior, se observa que el promedio de la calificación obtenida por la actora entre marzo de 1996 y febrero de 1997, fue superior al 90% que exige la norma, lo que sin duda alguna consolidó a su favor el beneficio de la prima técnica por evaluación de desempeño durante el periodo siguiente, esto es, del 1° de marzo de 1997 al 28 de febrero de 1998, fecha de vencimiento del periodo de calificación respectivo, **razón por la que se encuentra inmersa en el régimen de transición del artículo 4° del Decreto 1724 de 1997, que habilitaba la continuidad del derecho hasta el momento en que operara alguna de las causales de pérdida del derecho de conformidad con el ordenamiento anterior -Decretos 1661 y 2164 de 1991-**, pues su contenido legal de amparo se activaba a favor de quienes tenían causado el derecho o se encontraban disfrutando del mismo para el momento de su entrada en vigencia el 11 de julio de 1997.

Así las cosas, por virtud del régimen de transición establecido, la demandante conservaría su derecho al abrigo de los ordenamientos señalados mientras sucesivamente mantuviese el porcentaje de calificación exigido en el artículo 5° del Decreto 2164 de 1991, no fuese sancionada disciplinariamente y no fuera retirada del servicio.

En efecto, se observa que durante los años siguientes ésta mantuvo calificaciones superiores al 90% del total de puntos posibles hasta la calificación efectuada el 29 de febrero del 2000, lo que **en principio** concreta el derecho al goce de la prima técnica de manera continua desde el 1° de marzo de 1995 hasta el vencimiento de la última calificación realizada el 29 de febrero de 2000, esto es, hasta el 1° de marzo de 2001.

Debe precisar la Sala que la comisión de estudios adelantada por la actora entre el año 1998 y 1999 no obstruye ni el goce ni el mantenimiento del derecho a la

⁶ Decreto 1222 de 1993 y artículo 112 del Decreto 1572 de 1998.

prima técnica por evaluación de desempeño, como equivocadamente lo arguye la Entidad demandada, por cuanto para tal periodo la actora ya tenía causado el derecho a su favor y además, la situación administrativa en mención no impidió el adelantamiento de la evaluación de desempeño respectiva, ni restringe en manera alguna la percepción de salarios y prestaciones que correspondan al empleado.⁷

Ahora, se observa con toda claridad que con posterioridad al periodo comprendido entre el 1° de marzo de 1999 y el 29 de febrero del 2000, la actora obtuvo **evaluación parcial** entre el 1° de marzo del 2000 y el 14 de agosto del mismo año.

Si bien, el reconocimiento de la prima técnica por evaluación de desempeño surge a partir de la calificación **anual** superior, lo cierto es que la evaluación parcial obtenida previa a su incursión en situación administrativa de encargo, debe ser tomada en cuenta para la anualidad inmediatamente posterior, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 108 del Decreto 1572 de 1998, que establece en estos casos que:

“ARTICULO 108. Si la fecha del vencimiento del período a calificar estuviere comprendida dentro del término de duración de alguna de estas situaciones, la calificación definitiva del período anual será la correspondiente al tiempo laborado hasta la fecha de iniciación de dicha situación administrativa.”

De acuerdo con lo anterior, en tanto el siguiente periodo a calificar vencía el 28 de febrero del 2001, fecha para la cual la actora se encontraba en encargo, corresponde entonces tener en cuenta como calificación del periodo respectivo la calificación parcial obtenida hasta la fecha de iniciación de la situación administrativa aludida, es decir, la obtenida el 14 de agosto del 2000.

Así, en tanto dicha calificación corresponde a 99.7% y supera ampliamente el porcentaje mínimo establecido para el mantenimiento de la prima técnica por evaluación de desempeño, resulta forzoso concluir que por la siguiente anualidad, la actora, pese a la situación de encargo, mantuvo el goce de dicho beneficio económico, es decir, por el periodo comprendido entre el 1° de marzo del 2001 y el 28 de febrero del 2002, teniendo en cuenta que la calificación obtenida otorga el derecho a la prima técnica durante el año posterior.

Ahora, como inicialmente se precisó, las calificaciones correspondientes a los periodos del 1° de marzo del 2001 al 28 de febrero de 2002, del 1° de marzo del 2002 al 28 de febrero del 2003, del 1° de marzo de 2003 al 28 de febrero de 2004 no se efectuaron con ocasión de la situación de encargo en la que se vio inmersa la actora a partir del 15 de agosto del 2000 y durante los años siguientes, razón por la que ésta reclama la continuidad en el pago de la prima técnica por evaluación de desempeño durante la situación administrativa acaecida, hasta su culminación y la ocurrencia de la próxima evaluación de desempeño en el cargo en propiedad que ostentaba que definiera la continuidad o no de su derecho.

La pretensión anterior amerita para la Sala la siguiente reflexión:

El encargo es la designación temporal de un empleado en carrera para asumir total o parcialmente las funciones de otro empleo por falta temporal o definitiva de su titular, desvinculándose o no de las funciones propias de su cargo. De conformidad con la Ley 443 de 1998 y el Decreto 1572 del mismo año, dicha situación es una forma de proveer transitoriamente los empleos mientras se adelanta el proceso de selección respectivo mediante concurso y constituye un

⁷ Artículos 84 a 91 de Decreto 1950 de 1973; 104, 105, 111 y 117 Decreto 1572 de 1998.

derecho preferencial para el empleado en carrera, quien podrá ser designado para su desempeño siempre y cuando acredite los requisitos para su ejercicio.

En el caso de la actora, el encargo se dio de manera total, es decir, que implicó para ésta la separación total del empleo en carrera de que era titular, situación que por necesidades del servicio y ante la imposibilidad de agotar los concursos respectivos,⁸ se prolongó permanentemente durante los años siguientes.

Ahora, si bien la situación de encargo no interrumpe la continuidad ni la antigüedad en el empleo de que se es titular y tampoco puede afectar la situación del empleado en carrera de conformidad con el artículo 36 del Decreto 1950 de 1973 aplicable por integración normativa,⁹ lo cierto es que sí tiene efectos frente a la continuidad de la prima técnica en tanto impide la ejecución de la evaluación del desempeño.

En efecto, la evaluación del desempeño como instrumento que permite determinar los logros institucionales alcanzados mediante la gestión del servidor público, determinando el nivel de cumplimiento de los objetivos y funciones inherentes al cargo, solo se efectúa, por expresa disposición legal, a los empleados de carrera y se materializa en la respectiva calificación de servicios. La calificación es entonces el resultado de la evaluación del desempeño laboral del empleado en carrera de todo el periodo anual establecido o del promedio ponderado de las evaluaciones parciales que durante éste periodo haya sido necesario realizar.

De conformidad con el artículo 107 del Decreto 1572 de 1998, deben efectuarse evaluaciones parciales a los empleados de carrera:

1. Por cambio de jefe.
2. Por cambio definitivo de empleo como resultado de traslado.
3. **Cuando el empleado deba separarse temporalmente del ejercicio de las funciones del cargo por suspensión o por asumir por encargo las funciones de otro, o con ocasión de licencia o de vacaciones, en caso de que el término de duración de estas situaciones sea superior a treinta (30) días calendario.**
4. La que corresponda al lapso comprendido entre la última evaluación parcial, si la hubiere, y el final del periodo a calificar.

Estas evaluaciones parciales deben realizarse dentro de los quince (15) días calendario, siguientes a la fecha en que se produzca la situación que las origine en este caso el encargo, y no harán parte de la hoja de vida del evaluado.

Asimismo, el parágrafo 2º del artículo en mención dispone que el término de duración de las situaciones administrativas en las que pueda encontrarse un empleado de carrera, cualquiera que éste sea, **no se tendrá en cuenta para la evaluación o la calificación.**

⁸ Con ocasión de la Sentencia C-372 de 1999 de la Corte Constitucional, a partir del 12 de julio de 1999, las Entidades y Organismos Públicos regidos por la Ley 443 de 1998 entre ellos el Departamento Administrativo de la Función Pública -D.A.F.P.-, perdieron competencia para convocar los procesos de selección tendientes a proveer los cargos de carrera administrativa, quedando como una competencia exclusiva de la Comisión Nacional del Servicio Civil, que a su vez desapareció como quiera que las disposiciones que la organizaban y reglamentaban - artículos 44, 46 y 47 de la Ley 443 de 1998-, fueron retirados del ordenamiento con ocasión de su revisión de constitucionalidad, razón por la que se paralizó la provisión de los empleos mediante concurso de méritos.

⁹ Decreto 1950 de 1973. Artículo 36. El encargo no interrumpe el tiempo para efectos de la antigüedad en el empleo de que es titular, ni afecta la situación de funcionario de carrera.

De acuerdo con lo anterior, la calificación de servicios se efectúa únicamente a empleados de carrera que se encuentren en desempeño de sus cargos, con una periodicidad anual, inhibiéndose la posibilidad de realizarla cuando estos se encuentren en situaciones administrativas como el encargo, caso en el cual debe realizarse la respectiva calificación parcial al momento de inicio de la misma.

Lo anterior, explica entonces la legítima ausencia de calificaciones de servicio a partir del 14 de agosto del 2000, pues el tiempo laborado bajo la modalidad de encargo, que se prolongó sucesivamente a partir de tal fecha, no podía tenerse en cuenta para tal efecto ni obligaba a la Administración a su ejecución.

Así, de acuerdo con las normas que regulan la calificación de servicios y los requisitos que habilitan el reconocimiento de la prima técnica por evaluación del desempeño, no hay lugar en el sub examine a dicha prestación durante los periodos en que la actora se desempeñó bajo encargo exactamente con posterioridad al 28 de febrero de 2002, fecha hasta donde la evaluación anterior logró consolidar el beneficio aludido a favor de la actora, en primer lugar porque son presupuestos del derecho a la prima técnica por evaluación del desempeño, el ejercicio de un empleo en propiedad y en este caso el empleo se desempeñó en encargo durante los periodos en discusión; en segundo lugar, por la inexistencia de calificaciones que dieran continuidad al goce del derecho y la restricción legal de efectuarlas bajo situación de encargo; y en tercer lugar, porque la prima técnica por evaluación del desempeño es un derecho de causación anual de manera que el derecho que venía ostentando la actora no podía prolongarse por un término mayor al que le otorgaba la ley, cuya prórroga se encontraba sujeta ineludiblemente a la existencia periódica de calificación de servicios en porcentaje superior al 90%.

En efecto, la prima técnica por evaluación de desempeño es una prestación periódica de tracto sucesivo, de manera que su consolidación como derecho adquirido esta sujeta a la anualidad respectiva y se renueva únicamente luego de la obtención de la nueva calificación superior so pena de su extinción, de manera que esta constituye presupuesto esencial para su causación y/o mantenimiento. Así al no desempeñarse cargo en propiedad, al no existir calificación de servicios y siendo su goce anual, mal podría extenderse dicho beneficio indefinidamente durante todo el periodo en que la actora estuvo bajo situación de encargo pues se postergaría un derecho sin causa jurídica que lo sustente, es decir, sin la configuración de los supuestos de hecho y de derecho que dan lugar al mismo.

Ahora, si bien el encargo es una situación objetiva derivada de las necesidades del servicio, circunstancia no atribuible a la actora, no existe ningún elemento legal con fundamento en el cual se pueda postergar su goce, pues si la percepción del estímulo económico se encuentra ligada estrechamente a la calificación de servicios superior, que a su vez se obtiene por el ejercicio de un cargo en propiedad, en ausencia de tales supuestos se torna imposible su continuidad aun cuando no haya operado alguna de las causales taxativas para su extinción.

Sin embargo, teniendo en cuenta que la actora venía siendo beneficiaria de un régimen de transición frente al cual nunca se configuraron los supuestos legales de pérdida del derecho y teniendo en cuenta que el encargo no puede afectar la situación del empleado en carrera, la Sala definirá el asunto a favor de la actora no con el alcance económico pretendido, el cual resultaría carente de sustento jurídico, pero sí preservando el régimen de transición referido por el tiempo en que

duró la situación de encargo y difiriendo el goce del derecho hasta que se efectúe la próxima calificación de servicios que defina la continuidad del derecho u opere alguna de las demás causales para su extinción.

Lo anterior implica que aun cuando la actora entró en situación administrativa de encargo no sea afectado el régimen que le ampara y pueda preservarlo hasta que concluido el encargo, opere de pleno derecho su pérdida de conformidad con las normas que le son aplicables, bien por la obtención material de una calificación inferior al 90%, por la aplicación de una sanción disciplinaria o por el retiro del servicio.

En el sub examine, se encuentra probado que luego de la culminación de la situación de encargo la actora obtuvo nuevamente calificación superior por el periodo comprendido entre el 21 de septiembre de 2004 y el 28 de febrero de 2005, en porcentaje del 99.5%, razón por la que bajo las consideraciones anteriormente expuestas, debe garantizársele la continuidad de su derecho de conformidad con el régimen de transición que le cobija, lo que habilita la reanudación y concesión de su derecho durante la siguiente anualidad en el porcentaje que corresponda de acuerdo con las normas establecidas para tal efecto en la Resolución No. 8793 del 29 de mayo de 1992 y en adelante mientras mantenga sucesivamente la calificación superior, siempre y cuando no se configure alguna de las causales de pérdida del derecho previstas en los Decretos 1661 y 2164 de 1991, tal como se expuso en párrafos precedentes.

Bajo las anteriores consideraciones la Sala revocará la providencia del a quo, que descartó la prosperidad de las pretensiones incoadas, declarando la nulidad del acto administrativo acusado y ordenando a título de restablecimiento del derecho el reconocimiento de la prima técnica por evaluación de desempeño por el periodo comprendido entre el 1° de marzo de 1995 y el 28 de febrero de 2002, y desde el 1° de marzo de 2005 y el 28 de febrero de 2006 de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de providencia, negando las pretensiones incoadas respecto de los periodos intermedios por las razones expuestas.

La cuantía del derecho reconocido corresponderá al porcentaje establecido en la Resolución No. 8793 del 29 de mayo de 1992, aplicado a la asignación mensual del cargo desempeñado por la actora en cada anualidad evaluada, observando el porcentaje de calificación obtenido en cada periodo.

Asimismo se ordenará preservar el régimen de transición que le ampara hasta el momento en que acaezca alguna de las situaciones que generan la pérdida del derecho, de acuerdo con lo dispuesto en los Decretos 1661 y 2164 de 1991.

No hay lugar en este caso a la aplicación del fenómeno prescriptivo como quiera que desde el año 1995 la actora inicio la actuación administrativa respectiva en procura de la materialización de su derecho, la cual, como se concluyó inicialmente, se definió luego de diversas peticiones hasta el año 2005 con la expedición del acto administrativo enjuiciado, razón por la que no puede afectarse el legítimo derecho que se reclama por virtud de la prolongada y difusa acción de la Administración.

En cuanto al restablecimiento que se ordena, la Entidad demandada deberá "actualizar" los valores que resulten determinados del punto anterior de conformidad con lo establecido en el artículo 178 ibidem y la fórmula señalada a continuación:

$$R = rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es lo dejado de percibir por la parte actora por concepto de la prima técnica, desde la fecha a partir de la cual se hace exigible la obligación decretada hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial, vigente para la fecha en que debió hacerse el pago de la suma adeudada.

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

La administración dará cumplimiento a lo dispuesto en esta providencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A..

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

FALLA

REVÓCASE la decisión proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 5 de julio de 2007, dentro del proceso instaurado por la señora Consuelo Arias Trujillo contra el Departamento Administrativo de la Función Pública -D.A.F.P.-. En su lugar, se DISPONE:

1. DECLÁRASE INHIBIDA la Sala para emitir pronunciamiento de fondo frente al Oficio del 7 de julio de 1995 y el acto ficto acusado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

2. DECLÁRASE LA NULIDAD del Oficio No. 2005EE9700 del 25 de octubre de 2005, proferido por el Director del Departamento Administrativo de la Función Pública -D.A.F.P.-, por medio del cual se negó el reconocimiento y pago de la prima técnica por evaluación de desempeño a la señora Consuelo Arias Trujillo.

3. Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, **ORDÉNASE** al Departamento Administrativo de la Función Pública -D.A.F.P.- reconocer y pagar a la señora Consuelo Arias Trujillo, la prima técnica por evaluación del desempeño por el periodo comprendido entre el 1° de marzo de 1995 y el 28 de febrero de 2002, y del 1° de marzo de 2005 hasta el 28 de febrero de 2006, en la cuantía que corresponda anualmente de conformidad con los salarios devengados en cada periodo evaluado y lo dispuesto en la Resolución No. 8793 del 29 de mayo de 1992.

4. ORDÉNASE al Departamento Administrativo de la Función Pública -D.A.F.P.-, reconocer y pagar el derecho a la prima técnica por evaluación de desempeño a favor de la actora de conformidad con el régimen de transición que le ampara consagrado en el artículo 4° del Decreto 1724 de 1997, mientras mantenga la calificación superior y demás requisitos legales exigidos en los Decretos 1661 y 2164 de 1991 y hasta que ocurra alguna de las causales de pérdida del derecho expuestas en la parte motiva de esta providencia.

5. INDÉXESE LA CONDENA, en los términos señalados en párrafos precedentes.

6. CÚMPLASE la sentencia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del C.C.A..

7. NIÉGANSE las demás súplicas de la demanda.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Radicación No. 25000 2325 000 2006 02826 01 (2273-07). Actor: Consuelo Arias Trujillo.