

PRIMA TÉCNICA O AUTOMÁTICA DE LOS MAGISTRADOS DE ALTAS CORTES - No tiene carácter salarial

De acuerdo con el Decreto 1016 de 1991, **(i)** los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y del extinto Tribunal Disciplinario, también tenían derecho a una prima técnica durante el tiempo que permanezcan en el desempeño de sus cargos; **(ii)** sin carácter salarial; **(iii)** equivalente al 60% de la sumatoria del sueldo y de los gastos de representación; y **(iv)** en atención a las calidades excepcionales exigidas para el ejercicio de las funciones propias de esos empleos. Esta prima ha sido denominada por el Departamento Administrativo de la Función Pública, como prima automática, pues, se disfruta de manera automática por el sólo hecho de ser seleccionado como magistrado de alta corte

PRIMA TÉCNICA POR FORMACIÓN AVANZADA Y EXPERIENCIA ALTAMENTE CALIFICADA – Beneficiarios

La prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada se otorga, con efectos salariales, a los empleados que desempeñen con carácter permanente, cargos del Nivel Directivo, Jefes de Oficina Asesora y los de Asesor adscritos a los despachos de los siguientes servidores: Ministro, Viceministro, Director de Departamento Administrativo, Subdirector de Departamento Administrativo, Superintendente y Director de Unidad Administrativa Especial o sus equivalentes en los diferentes Órganos y Ramas del Poder Público y que acrediten un título de estudios de formación avanzada y 5 años de experiencia altamente calificada, que se evaluarán según el sistema que adopte cada entidad. Los requisitos exigidos para acceder a la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada son adicionales a los que el empleado acredita para desempeñar el cargo. El título de estudios de formación avanzada no podrá compensarse por experiencia, y deberá estar relacionado con las funciones del cargo.

PRIMA TÉCNICA POR EVALUACIÓN DE DESEMPEÑO – Beneficiarios / PRIMA TÉCNICA POR EVALUACIÓN DE DESEMPEÑO – Puntaje superior al 90 por ciento / PRIMA TÉCNICA POR EVALUACIÓN DE DESEMPEÑO – No tiene carácter salarial

Es la que se otorga a los empleados que desempeñen en propiedad, los cargos del nivel Directivo, Jefes de Oficina Asesora y de Asesor adscritos a los Despachos de los siguientes empleados: Ministro, Viceministro, Director de Departamento Administrativo, Subdirector de Departamento Administrativo, Superintendente, Director de Establecimiento Público, Director de Agencia Estatal y Director de Unidad Administrativa Especial o sus equivalentes en los diferentes órganos y Ramas del Poder Público, y que obtuvieren un porcentaje correspondiente como mínimo al 90% del total de la última evaluación del desempeño, correspondiente a un periodo no inferior a 3 meses en el ejercicio del cargo en propiedad. La prima técnica por evaluación del desempeño no constituye factor salarial para ningún efecto.

PÉRDIDA DE FUERZA EJECUTORIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO POR DEROGATORIA DE LA NORMA QUE SIRVIÓ DE SUSTENTO / DECAIMIENTO DEL ACTO ADMINISTRATIVO / CONTROL DE LEGALIDAD- Procedencia

Respecto del Decreto 1661 de 1991 y sus decretos reglamentarios 2164 y 2573 del mismo año, operó el fenómeno del decaimiento en virtud de su derogatoria tácita ante las modificaciones introducidas en materia de cargos susceptibles del

reconocimiento de la prima técnica y de los requisitos que para ello que deben reunir sus beneficiarios. No obstante, el acto administrativo parcialmente demandado continúa surtiendo efectos, máxime si se tiene en cuenta que el Decreto 1724 de 1997 estableció un régimen de transición en favor de aquellos funcionarios que no ocupaban en propiedad los nuevos cargos si eran destinatarios de la prima técnica, esto es, los del nivel directivo, asesor o ejecutivo; para que, en cumplimiento de ciertos requisitos, pudieran continuar disfrutando la prestación mencionada, siempre que no concurrieran las causales de pérdida contenidas en las normas jurídicas que regían para el momento de su reconocimiento, ante lo cual se hace necesario para la Sala realizar el estudio de legalidad de la disposición demandada. **NOTA DE RELATORÍA:** Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 14 de enero de 1991, C.P. Carlos Gustavo Arrieta Alandete, rad S-157.

PRIMA TÉCNICA / RÉGIMEN DE TRANSICIÓN

Resulta claro para la Sala que al existir una transición establecida en el artículo 4º del Decreto 1724 de 1997, que protege los derechos consolidados y no reclamados en vigencia del Decreto 1661 de 1991, en razón a que la nueva normatividad excluyó algunos empleos como beneficiarios de la prima técnica por formación avanzada o experiencia calificada y por evaluación de desempeño; resulta improcedente considerar que la derogatoria de los Decretos 1661 y 2164 de 1991, surtida a través de los Reglamentarios 1336 de 2003, 2177 de 2006 y 1164 de 2012 comporte el desconocimiento de los derechos de aquellos servidores públicos a quienes les fue otorgada la prima técnica, que desempeñen cargos de niveles diferentes a los señalados en dicha norma, quienes continuarían 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.

PRIMA TÉCNICA POR EVALUACIÓN DE DESEMPEÑO DE LOS EMPLEADOS DEL INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS- ENVÍAS / PORCENTAJE DE LA CALIFICACIÓN DE SERVICIO- Superior al legal / FACULTAD REGLAMENTARIA- Vulneración

Del contenido de la norma transcrita [Decreto 2164 de 1991, en su artículo 7] se infiere que, la facultad reglamentaria atribuida al Jefe del organismo y, en las entidades descentralizadas, a las Juntas o Consejos Directivos o Superiores en materia de prima técnica fue conferida con el fin de que determinaran los niveles, escalas o grupos ocupacionales, las dependencias y los empleos susceptibles de su asignación; razón por la cual, no podía hacerse extensiva a la fijación de los porcentajes de las calificaciones de servicios realizadas en el año inmediatamente anterior que los beneficiarios de dicho incentivo debían acreditar para su obtención por el criterio de evaluación de desempeño.(...) se impone la obligación de declarar la nulidad del aparte enjuiciado,[artículo 7º literal a) de la Resolución 001229 del 18 de marzo de 1994] toda vez que su contenido contraría lo previsto por el Decreto 2164 de 1991 en cuanto establece unas exigencias superiores para el reconocimiento del incentivo económico de la prima técnica por evaluación de desempeño, lo cual, desborda los límites de la norma general objeto de reglamentación.(...).

PRIMA TÉCNICA POR EVALUACIÓN DE DESEMPEÑO DE LOS EMPLEADOS EN PROPIEDAD DEL INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS- ENVÍAS / PORCENTAJE DE LA CALIFICACIÓN DE SERVICIO – Superior al legal / PRIMA TÉCNICA POR EVALUACIÓN DE DESEMPEÑO DE LOS EMPLEADOS

DE LIBRE NOMBRAMIENTO DEL INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS INVÍAS – Igual al legal / DERECHO A LA IGUALDAD - Vulneración

Del contenido de la norma transcrita, [el artículo 8º de la Resolución 1229 de 1994] se colige que los empleados de libre nombramiento y remoción del INVIAS, tienen derecho al reconocimiento de la prima técnica por evaluación de desempeño siempre y cuando ocupen cargos de los niveles asesor, ejecutivo, profesional, técnico, administrativo y operativo, y obtengan evaluación satisfactoria con un puntaje superior al 90% del total máximo de puntos de la escala. No obstante lo anterior, y al contrastar lo previsto por la norma analizada frente a lo que establece el aparte demandado, esto es, el literal a) del artículo 7º de la Resolución 001229 del 18 de marzo de 1994, la Sala advierte que aquella prevé unas condiciones más favorables para el otorgamiento del citado incentivo económico en pro de los empleados de libre nombramiento y remoción, mientras que en lo concerniente a los demás servidores del INVIAS la resolución demandada establece el requisito de acreditar la obtención de más del 95% del total de puntos de cada una de las calificaciones de servicios, realizadas en el año inmediatamente anterior a la solicitud de otorgamiento. Lo que en criterio de la Sala vulnera el derecho a la igualdad de éstos últimos servidores a quienes se le impone una exigencia mayor sin que exista una justificación para ello, y con lo cual se desconoce la finalidad de la prima técnica que es precisamente atraer o mantener al 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.

SENTENCIA DE NULIDAD – Efectos / EX –TUNC - Definición / EX – NUNC - Definición / EFECTO DE LA SENTENCIA DE NULIDAD - No taxatividad / EFECTO DE LA SENTENCIA DE NULIDAD – Desarrollo jurisprudencial

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

SENTENCIA DE NULIDAD – Efecto / PRIMA TÉCNICA POR EVALUACIÓN DE DESEMPEÑO DE LOS EMPLEADOS DEL INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS-INVÍAS

Los efectos de la presente sentencia, tal y como se vio en el estudio realizado con anterioridad, respecto a las personas que tienen reconocido el derecho a la prima técnica por evaluación de desempeño, serán «*ex nunc*», o sea hacia futuro, toda vez que se deben respetar y proteger sus derechos al debido proceso y a la seguridad jurídica, siempre y cuando no concurran las causales de pérdida contenidas en las normas jurídicas que regían para el momento de su reconocimiento. De otro lado, y para el caso de las solicitudes de reconocimiento del incentivo económico por evaluación de desempeño que se presenten con posterioridad a la ejecutoria de la presente decisión, deberán tramitarse y atenderse conforme los lineamientos del Decreto Reglamentario 1164 de 2012; según el cual por este criterio tendrán derecho a prima técnica los empleados que desempeñen, en propiedad, los cargos del nivel Directivo, Jefes de Oficina Asesora y de Asesor cuyo empleo se encuentre adscrito a los Despachos de los siguientes funcionarios: Ministro, Viceministro, Director de Departamento Administrativo, Subdirector de Departamento Administrativo, Superintendente, Director de Establecimiento Público, Director de Agencia Estatal y Director de Unidad Administrativa Especial o sus equivalentes en los diferentes órganos y Ramas del Poder Público, y que obtuvieren un porcentaje correspondiente al 90%, como mínimo, del total de la última evaluación del desempeño, correspondiente a un período no inferior a 3 meses en el ejercicio del cargo en propiedad.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2164 DE 1991 – ARTÍCULO 7 / LEY 60 DE 1990 / DECRETO 1016 DE 1991 / DECRETO 1661 DE 1991/ DECRETO REGLAMENTARIO 2164 DE 1991 / DECRETO REGLAMENTARIO 2164 DE 1991 / LEY 4 DE 1992 / DECRETO REGLAMENTARIO 1335 DE 1999 / DECRETO REGLAMENTARIO 1336 DE 2003 / DECRETO REGLAMENTARIO 2177 DE 2006 / DECRETO REGLAMENTARIO 1164 DE 2012 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 91

NORMA DEMANDADA: RESOLUCIÓN 1229 DE 1994, ARTÍCULO 7, LITERAL A (Nulo)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

Consejera Ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D.C., veintiséis (26) de julio de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 11001-03-25-000-2014-01192-00(3850-14) y 11001-03-25-000-2015-00733-00(2379-15)

Actor: LILIA BEATRÍZ ROJAS GONZÁLEZ Y LEONOR RAMÍREZ RODRÍGUEZ

Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VIAS

Tema: Prima Técnica
Decisión: Se declara la nulidad de una expresión contenida en el literal a) del artículo 7° de la Resolución 1229 de 18 de marzo de 1994, «*Por la cual se reglamenta el otorgamiento de la Prima Técnica para los empleados públicos del Instituto Nacional de Vías*».

La Sala conoce el proceso de la referencia con informe de la Secretaría¹ para proferir fallo de única instancia, por lo que con miras a lograr una mejor comprensión del caso, a continuación se resuman los fundamentos de hecho y de derecho.

I. LA DEMANDA

Se trata del medio de control de Nulidad, promovido por Lilia Beatriz Rojas González y Leonor Ramírez Rodríguez, con el propósito de obtener la anulación de la expresión contenida en el literal a) del artículo 7° de la Resolución 1229 de 18 de marzo de 1994, por la que el mencionado instituto «*reglamenta el otorgamiento de la prima técnica*» a sus empleados; aparte normativo según el cual, los funcionarios de la entidad que ocupen cargos de los niveles técnico, administrativo y operativo, tendrán derecho a la referida prestación, por evaluación de desempeño, en cuantía del 15% de la asignación básica, siempre «*que hayan obtenido más del 95% el total de los puntos de cada una de las calificaciones de servicios realizadas en el año inmediatamente anterior a la solicitud de otorgamiento*».

A continuación la Sala transcribirá la norma demandada:

«Artículo 7°. Para la asignación de la Prima Técnica, por evaluación del desempeño, se establecen los siguientes porcentajes de la asignación básica mensual:

- a) Hasta el 15% para los empleados que ocupen cargos de los niveles técnico, administrativo y operativo que hayan obtenido más del 95% del total de puntos de cada una de las calificaciones de servicios, realizadas en el año inmediatamente anterior a la solicitud de otorgamiento.»*

Contra el aparte normativo señalado, las demandantes formularon los siguientes cargos, censuras o reparos:

1.1. DESCONOCIMIENTO DEL ARTÍCULO 5.º DEL DECRETO REGLAMENTARIO 2164 DE 1991.

En sustento de este repara, las accionantes señalan que el aparte demandado trasgrede el artículo 5º del Decreto Reglamentario 2164 de 1991,² que establece

¹ De 23 de febrero de 2018, visible a fl. 181 del expediente 3850-14.

² Por el cual se reglamenta parcialmente el Decreto-Ley 1661 de 1991.

que tendrán derecho a la prima técnica por evaluación de desempeño los empleados que desempeñen cargos en propiedad de los niveles, directivo, asesor, ejecutivo, profesional, técnico, administrativo y operativo, *«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 ese sentido, las accionantes explican que el porcentaje mínimo requerido por la Resolución 1229 de 1994 establecido en más del 95% del total de puntos, excede del porcentaje mínimo legal del 90% previsto por el Decreto 2164 de 1991³ para el otorgamiento de la prima técnica por evaluación de desempeño, y en tal virtud carece de efecto al tenor de lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 4ª de 1992.⁴

1.2. VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD.

Las accionantes también acusan el aparte demandado de vulnerar el postulado constitucional de la igualdad, reparo que sustentan alegando que el artículo 8.º de la misma Resolución 1229 de 1994,⁵ preceptúa que los empleados de libre nombramiento y remoción del INVÍAS tendrán derecho a prima técnica por el mismo criterio obteniendo *«evaluación satisfactoria con un puntaje superior al 90% del total máximo de puntos de la escala»*; circunstancia que en su sentir constituye un trato discriminatorio injustificado para los servidores de carrera administrativa, respecto de los de libre nombramiento y remoción.

II. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

El instituto Nacional de Vías, INVÍAS, se opone a las pretensiones de la demanda alegando que el porcentaje del 90% establecido en el Decreto Reglamentario 2164 de 1991,⁶ constituye un tope mínimo, por lo que es posible que las diferentes entidades oficiales, exijan en sus reglamentaciones internas una calificación mínima diferente para acceder a la prima técnica por evaluación de desempeño.

III. AUDIENCIA INICIAL

La audiencia inicial, celebrada el 7 de febrero de 2018, se adelantó con el rigor procesal establecido en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011,⁷ y con aplicación de los principios de inmediatez y concentración, entre otros.

En dicha diligencia, los apoderados de las partes procesales y la representante del Ministerio Público solicitaron que se analizara si el INVÍAS excedió la facultad reglamentaria que el artículo 7º del Decreto 2164 de 1991,⁸ le confirió a los jefes de los organismos, y a las juntas o Consejo Directivos o Superiores de las entidades descentralizadas en los siguientes términos:

³ Por el cual se reglamenta parcialmente el Decreto-Ley 1661 de 1991.

⁴ «Artículo 10.- Todo régimen salarial o prestacional que se establezca contraviniendo las disposiciones contenidas en la presente Ley o en los decretos que dicte el Gobierno Nacional en desarrollo de la misma, carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos.»

⁵ Por la que el INVÍAS *«reglamenta el otorgamiento de la prima técnica»* a sus empleados.

⁶ Por la que el INVÍAS *«reglamenta el otorgamiento de la prima técnica»* a sus empleados.

⁷ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

⁸ Por la que el INVÍAS *«reglamenta el otorgamiento de la prima técnica»* a sus empleados.

« (...) Artículo 7º.- 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 la disponibilidad presupuestal, determinarán, por medio de resolución motivada o de acuerdo, según el 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(...).»

Sobre el particular, el Despacho sustanciador que dirigió la audiencia señaló que de acuerdo con la anterior petición, el primer problema jurídico por resolver consiste en determinar si el INVIAS excedió la facultad reglamentaria conferida al Jefe del organismo y, en las entidades descentralizadas, a las Juntas o Consejos Directivos o Superiores en el artículo 7º del Decreto 2164 de 1991⁹ al establecer en la Resolución 1229 del 18 de marzo de 1994 un puntaje superior al que contempla dicha norma para el otorgamiento de la prima técnica por evaluación de desempeño a los funcionarios que desempeñen cargos en propiedad de los niveles, directivo, asesor, ejecutivo, profesional, técnico, administrativo y operativo en dicha entidad.

IV. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público, a través de su Procuradora 2ª Delegada ante esta Corporación,¹⁰ solicitó acceder a las pretensiones de la demanda, en el sentido de declarar la nulidad del literal a) del artículo 7º de la Resolución 001229 de 1994,¹¹ en cuanto fijó como porcentaje el 95% de la evaluación de desempeño como requisito para acceder a la prima técnica, bajo el entendido de que contraría lo dispuesto por el artículo 5º del Decreto 2164 de 1991¹² y vulnera el principio de igualdad.

Lo anterior, por cuanto el reconocimiento de la prima técnica por evaluación de desempeño fue establecido tanto para los cargos de los niveles administrativo, técnico y operativo, como para los del nivel directivo, asesor, ejecutivo y profesional; no obstante la Resolución 001229 de 1994,¹³ mantuvo el porcentaje del 90% para los primeros y a los demás les exigió el 95%, fijándoles una exigencia mayor a pesar de que el Gobierno Nacional lo fijó en un mínimo de 90% para todos los órdenes, como quiera que la prestación se reconoce atendiendo la evaluación de desempeño.

Agregó, que si bien los Decretos Reglamentarios 1336 de 2003¹⁴, 2177 de 2006¹⁵ y 1164 de 2012¹⁶ expedidos con posterioridad a la Resolución 001229 de 1994¹⁷ modificaron y derogaron los artículos 3º y 4º del Decreto 2164 de 1991,¹⁸ en lo

⁹ Por la que el INVÍAS «reglamenta el otorgamiento de la prima técnica» a sus empleados.

¹⁰ Dra. Diana Marina Vélez Vásquez

¹¹ Por la que el INVÍAS «reglamenta el otorgamiento de la prima técnica» a sus empleados.

¹² Por la que el INVÍAS «reglamenta el otorgamiento de la prima técnica» a sus empleados.

¹³ Por la que el INVÍAS «reglamenta el otorgamiento de la prima técnica» a sus empleados.

¹⁴ Por el cual se modifica el régimen de Prima Técnica para los empleados públicos del Estado.

¹⁵ Por el cual se establecen modificaciones a los criterios de asignación de prima técnica y se dictan otras disposiciones sobre prima técnica.

¹⁶ Por el cual se reglamenta el otorgamiento de prima técnica por evaluación de desempeño.

¹⁷ Por la que el INVÍAS «reglamenta el otorgamiento de la prima técnica» a sus empleados.

¹⁸ Por la que el INVÍAS «reglamenta el otorgamiento de la prima técnica» a sus empleados.

concerniente a los criterios para la asignación de la prima técnica y a los empleos que ameritaban su reconocimiento, el acto demandado estuvo vigente durante el periodo comprendido entre el 18 de marzo de 1994 y el 27 de mayo de 2003, fecha en que fue expedido el Decreto 1336 de 2003,¹⁹ y en consecuencia produjo efectos jurídicos durante dicho lapso, toda vez que fijó un porcentaje superior al 90% del que había establecido el legislador para los niveles, operativo y administrativo, esto es 95% para poder acceder a la prima técnica por evaluación de desempeño.

Seguidamente, manifestó que independientemente de la derogatoria tácita de la Resolución 001229 de 1994²⁰, con ocasión de la expedición de los decretos señalados, lo procedente es declarar la nulidad del aparte enjuiciado por contrariar lo dispuesto por el artículo 5º del Decreto 2164 de 1991, al fijar un porcentaje mayor al determinado en dicho decreto para el otorgamiento de la prima técnica por evaluación de desempeño.

V. CONSIDERACIONES

Una vez estudiados los argumentos expuestos por la parte demandante, los motivos de oposición aducidos por el INVIAS, así como los razonamientos del Ministerio Público, muestran a esta corporación que los problemas jurídicos a resolver en este proceso de nulidad simple son los siguientes:

- 1) Establecer, si el INVIAS excedió la facultad reglamentaria conferida al Jefe del organismo y, en las entidades descentralizadas, a las Juntas o Consejos Directivos o Superiores en el artículo 7º del Decreto 2164 de 1991,²¹ al establecer en la Resolución 1229 del 18 de marzo de 1994 un puntaje superior al que contempla dicha norma para el otorgamiento de la prima técnica por evaluación de desempeño a los funcionarios que desempeñen cargos en propiedad de los niveles, directivo, asesor, ejecutivo, profesional, técnico, administrativo y operativo en dicha entidad.
- 2) Determinar, si el literal a) del artículo 7º de la Resolución 1229 del 18 de marzo de 1994, del INVIAS, vulnera el artículo 5º del Decreto Reglamentario 2164 de 1991,²² al establecer que los funcionarios de la entidad que ocupen cargos de los niveles técnico, administrativo y operativo, tendrán derecho a la referida prestación, por evaluación de desempeño, en cuantía del 15% de la asignación básica, siempre «...que hayan obtenido más del 95% del total de los puntos de cada una de las calificaciones de servicios realizadas en el año inmediatamente anterior a la solicitud de otorgamiento».
- 3) Establecer, si al mencionada disposición normativa desconoce el derecho a la igualdad de los funcionarios de carrera administrativa del INVIAS, frente a los de libre nombramiento y remoción de la entidad.
- 4) Establecer si los Decretos Reglamentarios 1336 de 2003²³, 2177 de 2006²⁴ y 1164 de 2012²⁵ a través de los cuales se modificaron los requisitos para el

¹⁹ Por el cual se modifica el régimen de Prima Técnica para los empleados públicos del Estado.

²⁰ Por la que el INVÍAS «reglamenta el otorgamiento de la prima técnica» a sus empleados.

²¹ Por la que el INVÍAS «reglamenta el otorgamiento de la prima técnica» a sus empleados.

²² Por la que el INVÍAS «reglamenta el otorgamiento de la prima técnica» a sus empleados.

²³ Por el cual se modifica el régimen de Prima Técnica para los empleados públicos del Estado.

²⁴ Por el cual se establecen modificaciones a los criterios de asignación de prima técnica y se dictan otras disposiciones sobre prima técnica.

²⁵ Por el cual se reglamenta el otorgamiento de prima técnica por evaluación de desempeño.

otorgamiento de la prima técnica, señalados en el Decreto 2164 de 1991,²⁶ variaron las exigencias y condiciones contenidas en la Resolución 1229 del 18 de marzo de 1994, demandada, generándose su derogatoria tácita o su decaimiento.

A efectos de resolver los problemas jurídicos propuestos, se procederá a realizar una revisión sucinta de los antecedentes normativos, es decir, de las disposiciones legales que han regulado la prima técnica desde su creación, tal como se hizo en el fallo dictado por esta Subsección el 8 de marzo de 2018 dentro del proceso con radicación interna 0415-2013 y cuya ponencia correspondió a la suscrita consejera:

5.2. ANTECEDENTES NORMATIVOS DE LA PRIMA TÉCNICA

5.2.1. Regulación de la prima técnica a partir de la Ley 60 de 1990²⁷

En este punto la Sala trae a colación la Ley 60 de 1990,²⁸ a través de la cual, el Congreso de la República «*reviste el Presidente de la República de facultades extraordinarias para modificar la nomenclatura, escalas de remuneración, el régimen de comisiones, viáticos y gastos de representación y tomar otras medidas en relación con los empleados del sector público del orden nacional*». La mencionada ley otorgó facultades extraordinarias al señor Presidente de la República para modificar el régimen de prima técnica en las distintas Ramas y Organismos del Sector Público, en los siguientes términos:

«Artículo 2º. *De conformidad con el ordinal 12 del artículo 76 de la Constitución Política, revístese al Presidente de la República de facultades extraordinarias por el término de 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.*

1º. *Determinar las condiciones del retiro de los funcionarios. En desarrollo de esta facultad podrán establecer sistemas especiales de retiro del servicio mediante compensación pecuniaria, como la insubsistencia con indemnización y el retiro voluntario mediante bonificación, para lo cual se precisará la naturaleza de estas figuras, los eventos y requisitos para su aplicación, el monto y condiciones de la indemnización y bonificación que se pagará, y el procedimiento para su reconocimiento.*

2º. *Establecer un sistema mediante el cual se otorguen estímulos para los mejores empleados oficiales.*

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.*

²⁶ Por la que el INVÍAS «reglamenta el otorgamiento de la prima técnica» a sus empleados.

²⁷ Por la cual se reviste el Presidente de la República de facultades extraordinarias para modificar la nomenclatura, escalas de remuneración, el régimen de comisiones, viáticos y gastos de representación y tomar otras medidas en relación con los empleados del sector público del orden nacional.

²⁸ Por la cual se reviste el Presidente de la República de facultades extraordinarias para modificar la nomenclatura, escalas de remuneración, el régimen de comisiones, viáticos y gastos de representación y tomar otras medidas en relación con los empleados del sector público del orden nacional.

4º. Establecer un sistema de control y autorizaciones en relación con la negociación de futuras convenciones colectivas de trabajo por parte de las Juntas Directivas y los representantes legales de las empresas industriales y comerciales del Estado y de los establecimientos públicos del orden nacional, así como parte de los titulares de los ministerios, departamentos administrativos y demás organismos y entidades del sector público nacional.».

En desarrollo de dichas atribuciones, y especialmente para regular lo que tiene que ver con la «prima técnica», el Presidente de la República expidió los Decretos **1016 de 1991**, «por el cual se establece la Prima Técnica para los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, los Consejeros de Estado y los Magistrados del Tribunal Disciplinario», **1624 de 1991**, «por el cual se adiciona el Decreto 1016 de 1991», y **1661 de 1991**, «por el cual se modifica el régimen de Prima Técnica, se establece un sistema para otorgar estímulos especiales a los mejores empleados oficiales y se dictan otras disposiciones», a los cuales se referirá la Sala a continuación:

Decreto 1016 de 1991²⁹

Por medio del mencionado Decreto 1016 de 1991, artículos 1º, 2º y 3º, el Gobierno Nacional estableció una prima técnica para los magistrados de la Corte Suprema, del Consejo de Estado y del extinto Tribunal Disciplinario, de la siguiente manera:

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

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

Artículo 2º.- Campo de aplicación. Tienen derecho a la Prima Técnica los funcionarios a que se refiere el artículo anterior, que hayan sido elegidos en propiedad y que por reunir las calidades y requisitos exigidos para el desempeño del cargo, han obtenido la confirmación de su designación.²

En consecuencia, no requerirá para este efecto el cumplimiento del procedimiento indicado en el párrafo del artículo 1 del Decreto 37 de 1989, ni se sujetará a los límites previstos en el artículo 3 del mismo Decreto.

La Prima Técnica a que se refiere este Decreto, no se tendrá en cuenta para la determinación de la remuneración de otros funcionarios de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público.

Artículo 3º.- Temporalidad. La Prima Técnica se concederá a los funcionarios jurisdiccionales de que trata el artículo 1º del presente Decreto durante el tiempo en que permanezcan en el desempeño de sus cargos. En ningún caso habrá lugar al pago de la Prima Técnica durante las licencias no remuneradas.».

De acuerdo con el Decreto 1016 de 1991,³⁰ **(i)** los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y del extinto Tribunal Disciplinario,

²⁹ Por el cual se establece la Prima Técnica para los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, los Consejeros de Estado y los Magistrados del Tribunal Disciplinario.

también tenían derecho a una prima técnica durante el tiempo que permanezcan en el desempeño de sus cargos; **(ii)** sin carácter salarial; **(iii)** equivalente al 60% de la sumatoria del sueldo y de los gastos de representación; y **(iv)** en atención a las calidades excepcionales exigidas para el ejercicio de las funciones propias de esos empleos. Esta prima ha sido denominada por el Departamento Administrativo de la Función Pública, como prima automática, pues, se disfruta de manera automática por el sólo hecho de ser seleccionado como magistrado de alta corte.³¹

Decreto 1624 de 1991³²

El Decreto 1016 de 1991³³ fue adicionado por el 1624 de 1991,³⁴ en los siguientes términos:

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

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

b) Director Nacional de Instrucción Criminal;

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

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

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

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

Artículo 2º.- La Prima Técnica de que tratan el Decreto 1016 de 1991 y el presente Decreto se pagará mensualmente u no se tendrá en cuenta para la determinación de la remuneración de otros funcionarios o empleados.

Artículo 3º.- Este Decreto rige a partir de su publicación, adiciona el Decreto 1016 de 1991 y entra en vigencia el 1o. de julio de 1991.».

³⁰ Por el cual se establece la Prima Técnica para los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, los Consejeros de Estado y los Magistrados del Tribunal Disciplinario.

³¹ http://www.funcionpublica.gov.co/documents/418537/506911/2018-02-28_Prima_tecnica_empleados_publicos_v4/9c6c2d75-c67f-4f68-9e1a-81faf9032fdc

³² Por el cual se adiciona el Decreto 1016 de 1991 y se dictan otras disposiciones.

³³ Por el cual se establece la Prima Técnica para los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, los Consejeros de Estado y los Magistrados del Tribunal Disciplinario.

³⁴ Por el cual se adiciona el Decreto 1016 de 1991 y se dictan otras disposiciones.

Así las cosas, por virtud del Decreto 1624 de 1991,³⁵ la «*prima técnica automática*» que le fue asignada a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y del extinto Tribunal Disciplinario, le fue extendida, en las mismas condiciones a Jefes de Departamento Administrativo, Viceministros, Subjefes de Departamento Administrativo, Consejeros del Presidente de la República, Secretarios de la Presidencia de la República, Secretario Privado del Presidente de la República, Subsecretario General de la Presidencia de la República, Secretarios Generales de Ministerios y Departamentos Administrativos, Superintendentes, Superintendentes Delegados, Gerentes, Directores o Presidentes de Establecimientos Públicos, Subgerentes, Vicepresidentes o Subdirectores de Establecimientos Públicos, Rectores de Universidad, Vicerrectores o Directores Administrativos de Universidad, Directores Generales de Ministerios y Departamentos Administrativos; Director Nacional de Instrucción Criminal; Procurador General de la Nación, Viceprocurador General de la Nación, Procurador Auxiliar, Fiscales del Consejo de Estado, Procuradores Delegados y Secretario General de la Procuraduría; Contralor General de la República, Contralor Auxiliar, Asistente del Contralor y Secretario General de la Contraloría; Registrador Nacional del Estado Civil y Secretario General de la Registraduría.

Decreto Ley 1661 de 1991³⁶

En ejercicio de las anteriormente referidas facultades extraordinarias conferidas por la Ley 60 de 1990,³⁷ el Gobierno Nacional también expidió el Decreto 1661 de 1991, «*Por el cual se modifica el régimen de Prima Técnica, se establece un sistema para otorgar estímulos especiales a los mejores empleados oficiales y se dictan otras disposiciones*», cuyo tenor, en lo que a la prima técnica se refiere, es el siguiente:

«Artículo 1º.- Definición y campo de aplicación. La Prima Técnica es un reconocimiento económico para atraer o mantener en el servicio del Estado a funcionarios o empleados altamente calificados que se requieran para el desempeño de cargos cuyas funciones demanden la aplicación de conocimientos técnicos o científicos especializados o la realización de labores de dirección o de especial responsabilidad, de acuerdo con las necesidades específicas de cada organismo. Asimismo será un reconocimiento al desempeño en el cargo, en los términos que se establecen en este Decreto.

Tendrán derecho a gozar de este estímulo, según se determina más adelante, los funcionarios o empleados de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

Artículo 2º.- Criterios para otorgar Prima Técnica. Para tener derecho a Prima Técnica serán tenidos en cuenta alternativamente uno de los siguientes criterios, siempre y cuando, en el primer caso, excedan de los requisitos establecidos para el cargo que desempeñe el funcionario o empleado.

³⁵ Por el cual se adiciona el Decreto 1016 de 1991 y se dictan otras disposiciones.

³⁶ Por el cual se modifica el régimen de Prima Técnica, se establece un sistema para otorgar estímulos especiales a los mejores empleados oficiales y se dictan otras disposiciones.

³⁷ Por la cual se reviste el Presidente de la República de facultades extraordinarias para modificar la nomenclatura, escalas de remuneración, el régimen de comisiones, viáticos y gastos de representación y tomar otras medidas en relación con los empleados del sector público del orden nacional.

a)- Título de estudios de formación avanzada y experiencia altamente calificada en el ejercicio profesional o en la investigación técnica o científica en áreas relacionadas con las funciones propias del cargo durante un término no menor de 3 años; o,

b)- Evaluación del desempeño.

Parágrafo 1º.- Los requisitos contemplados en el literal a) podrán ser reemplazados por experiencia altamente calificada en el ejercicio profesional o en la investigación técnica o científica en áreas relacionadas con las funciones propias del cargo durante un término no menor de 6 años.

Parágrafo 2º.- La experiencia a que se refiere este artículo será calificada por el jefe de la entidad con base en la documentación que el funcionario acredite.

Artículo 3º.- Niveles en los cuales se otorga Prima Técnica. Para tener derecho al disfrute de Prima Técnica con base en los requisitos de que trata el literal a) del artículo anterior, se requiere estar desempeñando un cargo en los niveles profesional, ejecutivo, asesor o directivo. La Prima Técnica con base en la evaluación del desempeño podrá asignarse en todos los niveles.

Parágrafo.- En ningún caso podrá un funcionario o empleado disfrutar de más de una Prima Técnica.

Artículo 4º.- Límites. La Prima Técnica se otorgará como un porcentaje de la asignación básica mensual que corresponda al empleo del funcionario o empleado a que se asigna, el cual no podrá ser superior al 50% de la misma; por lo tanto, su valor se reajustará en la misma proporción en que varíe la asignación básica mensual del funcionario o empleado, teniendo en cuenta los reajustes salariales que ordene el Gobierno.

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

Artículo 6º.- Procedimiento para la asignación de Prima Técnica.

a)- La solicitud deberá ser presentada en la oficina de personal del respectivo organismo, o la dependencia que haga sus veces, con la documentación que acredite los requisitos que se mencionan en el artículo 2º de este Decreto.

b)- Una vez reunida la información, el Jefe de Personal, o quien haga sus veces, verificará si el solicitante llena los requisitos previstos en los artículos precedentes, para lo cual contará con un término de 2 meses:

c)- Si el candidato llenare los requisitos, el jefe del organismo correspondiente proferirá la resolución de asignación.

Parágrafo.- En todo caso, la Prima Técnica sólo podrá otorgarse previa la expedición del respectivo certificado de disponibilidad presupuestal.

Artículo 7º.- Forma de pago, compatibilidad con los gastos de representación. La Prima Técnica asignada se pagará mensualmente, y es compatible con el derecho de percibir gastos de representación. La Prima Técnica constituirá factor de salario cuando se otorgue con base en los criterios de que trata el literal a) del artículo 2 del presente Decreto, y no constituirá factor salarial cuando se asigne con base en la evaluación del desempeño a que se refiere el literal b) del mismo artículo.

Artículo 8º.- Temporalidad. El retiro del funcionario o empleado de la entidad en la cual presta sus servicios implica la pérdida de la Prima

Técnica asignada. Igualmente se perderá cuando se imponga sanción disciplinaria de suspensión.

Parágrafo.- *La Prima Técnica en todo caso podrá ser revisada, previa evaluación de los criterios con base en los cuales fue otorgada. Cuando se asigne con base en la evaluación del desempeño se perderá si cesan los motivos por los cuales se asignó.*

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

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

a)- *A los empleados públicos del Ministerio de Relaciones Exteriores que prestan sus servicios en el exterior;*

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

c)- *A los empleados públicos de las entidades que tienen sistemas especiales de remuneración o de reconocimiento de primas, dentro de los cuales se recompensen pecuniariamente los factores aquí establecidos para asignar Prima Técnica;*

d)- *Al personal de las Fuerzas Militares y a los empleados civiles del Ministerio de Defensa Nacional;*

e)- *Al personal de la Policía Nacional y a los empleados civiles al servicio de la misma;*

f)- *A los beneficiarios de la Prima Técnica de que tratan los Decretos Leyes 1016 y 1624 de 1991.*

Parágrafo 1º. *- Los funcionarios o empleados que a la fecha de expedición de este Decreto tengan asignada Prima Técnica, continuarán disfrutándola en las condiciones que haya sido otorgada mientras permanezcan en el mismo cargo en la respectiva entidad.*

Parágrafo 2º.- *La Prima Técnica de que trata el Decreto Ley 1016 de 1991 para directores generales de ministerios y departamentos administrativos, se aplicará para los cargos equivalentes con diferente denominación que determine en los mismos organismos el Departamento Administrativo del Servicio Civil.».*

Entonces, de conformidad con el Decreto Ley 1661 de 1991:³⁸

- 1) La Prima Técnica era un reconocimiento económico para atraer o mantener 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;
- 2) También era un reconocimiento al desempeño en el cargo;

³⁸ Por el cual se modifica el régimen de Prima Técnica, se establece un sistema para otorgar estímulos especiales a los mejores empleados oficiales y se dictan otras disposiciones.

- 3) Podía ser por «*formación avanzada y experiencia altamente calificada*», evento en el que constituía factor de salario, o «*por evaluación de desempeño*», caso en el cual no constituía factor de salario;
- 4) A la prima técnica por «*formación avanzada y experiencia altamente calificada*» tenían derecho quienes estuvieran desempeñando un cargo en los niveles profesional, ejecutivo, asesor o directivo;
- 5) A la prima técnica por «*formación avanzada y experiencia altamente calificada*» se accedía, demostrando título de estudios de formación avanzada y experiencia altamente calificada en el ejercicio profesional o en la investigación técnica o científica en áreas relacionadas con las funciones propias del cargo durante un término no menor de 3 años, siempre y cuando, dichas calidades excedieran los requisitos establecidos para el cargo;
- 6) Los requisitos anteriores podían ser reemplazados por experiencia altamente calificada en el ejercicio profesional o en la investigación técnica o científica en áreas relacionadas con las funciones propias del cargo durante un término no menor de 6 años;
- 7) La Prima Técnica por «*evaluación del desempeño*» podía asignarse en todos los niveles; y
- 8) Se otorgaba como un porcentaje de la asignación básica mensual que corresponda al empleo del funcionario o empleado a que se asigna, el cual no podrá ser superior al 50% de la misma.

Decreto Reglamentario 2164 de 1991³⁹

El Decreto Ley 1661 de 1991,⁴⁰ fue reglamentado parcialmente por el 2164 de 1991,⁴¹ cuyo texto es el siguiente:

«Artículo 1º.- Definición y campo de aplicación. La prima técnica es un reconocimiento económico para atraer o mantener en el servicio del Estado a empleados altamente calificados que se requieran para el desempeño de cargos cuyas funciones demanden la aplicación de conocimientos técnicos o científicos especializados o la realización de labores de dirección o de especial responsabilidad de acuerdo con las necesidades específicas de cada organismo. Así mismo, será un reconocimiento al desempeño en el cargo, en los términos que se establecen en este Decreto.

Tendrán derecho a gozar de la prima técnica los empleados de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos, Empresas Industriales y Comerciales del Estado y Unidades Administrativas Especiales, en el orden nacional. También tendrán derecho los empleados de las entidades territoriales y de sus entes descentralizados.

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

a) A los empleados públicos del Ministerio de Relaciones Exteriores que prestan sus servicios en el exterior;

³⁹ Por el cual se reglamenta parcialmente el Decreto-Ley 1661 de 1991.

⁴⁰ Por el cual se modifica el régimen de Prima Técnica, se establece un sistema para otorgar estímulos especiales a los mejores empleados oficiales y se dictan otras disposiciones.

⁴¹ Por el cual se reglamenta parcialmente el Decreto-Ley 1661 de 1991.

- b) Al personal docente de los distintos organismos de la Rama ejecutiva, salvo al de las universidades;*
- c) A los empleados públicos de las entidades que tienen sistemas especiales de remuneración o de reconocimiento de primas, dentro de los cuales se recompensen pecuniariamente los estudios, la experiencia y la evaluación del desempeño, sea dentro de la determinación de la asignación básica mensual o dentro de otras primas;*
- d) Al personal de las Fuerzas Militares y a los empleados civiles del Ministerio de Defensa Nacional;*
- e) Al personal de las Fuerzas Militares y a los empleados civiles del Ministerio de Defensa Nacional;*
- f) A los beneficiarios de la prima técnica de que tratan los Decretos-Leyes 1016 y 1624 de 1991.*

Parágrafo.- *El empleado que a la fecha de expedición del Decreto-Ley 1661 de 1991 tuviere asignada prima técnica podrá optar entre continuar disfrutándola en las condiciones en que le fue otorgada, o solicitar la asignación de la prima técnica a que se refiere dicho Decreto-ley, siempre y cuando el empleo del cual es titular sea susceptible de asignación de prima técnica y el empleado cumpla con los requisitos establecidos en este Decreto.*

Una vez asignada, el empleado dejará de percibir la que venía disfrutando.

Artículo 3º.- Criterios para su asignación. *La prima técnica podrá otorgarse alternativamente por:*

- a) Título de estudios de formación avanzada y 3 años de experiencia altamente calificada; o*
- b) Terminación de estudios de formación avanzada y 6 años de experiencia altamente calificada; o*
- c) Por evaluación del desempeño.*

Artículo 4º.- De la prima técnica por formación avanzada y experiencia. *Por este criterio tendrán derecho a prima técnica los empleados que desempeñen, en propiedad, cargos de los niveles profesional, ejecutivo, asesor o directivo, que sean susceptibles de asignación de prima técnica de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7 del presente Decreto y que acrediten título de estudios de formación avanzada y experiencia altamente calificada en el ejercicio profesional o en la investigación técnica o científica, en áreas relacionadas con las funciones propias del cargo, durante un término no menor de 3 años.*

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

Parágrafo.- *La experiencia a que se refiere este artículo será calificada por el jefe del organismo, con base en la documentación que el empleado acredite.*

Artículo 5º.- De la prima técnica por evaluación del desempeño. *Por este criterio tendrán derecho a prima técnica los empleados que desempeñen, en propiedad, cargos que sean susceptibles de asignación de prima técnica, de acuerdo con lo establecido en el artículo 7 del presente Decreto, de los niveles directivo, asesor, ejecutivo, profesional, técnico, administrativo y operativo, o sus equivalentes en los sistemas especiales, y que obtuvieren un porcentaje correspondiente al 90%, como mínimo, del total de puntos de cada una de las calificaciones de servicios realizadas en el año inmediatamente anterior a la solicitud de otorgamiento.*

Parágrafo.- Para el caso de los empleados que ocupen cargos de los niveles directivo, asesor y ejecutivo, a excepción de quienes ocupen empleos de jefes de sección, o asimilables a estos últimos, el desempeño se evaluará según el sistema que adopte cada entidad.

Su cuantía será determinada por el jefe del organismo y en las entidades descentralizadas por las Juntas o Consejos Directivos o Superiores, según el caso.

Artículo 6º.- Requisitos. El empleado que solicite la asignación de prima técnica deberá acreditar los requisitos exigidos para el desempeño del cargo. Cuando se asigne con base en el criterio de que trata el literal a) del artículo 2 del Decreto-ley 1661 de 1991, solamente se tendrán en cuenta los requisitos que excedan los establecidos para el cargo que desempeñe el empleado.

Artículo 7º.- 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 la disponibilidad presupuestal, determinarán, por medio de resolución motivada o de acuerdo, según el 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 8º.- 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 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 parágrafo del artículo 5 del presente Decreto, para los empleados que ocupen cargos de los niveles directivo, asesor y ejecutivo.

Artículo 9º.- Del procedimiento para la asignación de la prima técnica. El empleado que ocupe, en propiedad, un empleo susceptible de asignación de prima técnica, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7 del presente Decreto, presentará, por escrito, al Jefe de Personal o a quien haga sus veces, la solicitud de asignación de prima técnica, acompañada de los documentos que legalmente acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos.

Una vez reunida la documentación, el Jefe de Personal o quien haga sus veces, verificará dentro de un término máximo de 2 meses, si el solicitante acredita los requisitos para la asignación de la prima técnica.

Si el empleado llenare los requisitos, el Jefe del organismo proferirá la resolución de asignación, debidamente motivada.

Parágrafo.- En todo caso, la prima técnica sólo podrá otorgarse previa la expedición del respectivo certificado de disponibilidad presupuestal.

Artículo 10º.- Cuantía. La prima técnica se otorgará como un porcentaje de la asignación básica mensual que corresponda al empleo del cual es titular el beneficiario, porcentaje que no podrá ser superior al 50% del valor de la misma.

El valor de la prima técnica se reajustará en la misma proporción en que varíe la asignación básica mensual del empleado, teniendo en cuenta los reajustes salariales que se decreten.

Parágrafo.- El valor de la prima técnica podrá ser revisado, previa evaluación de los criterios con base en los cuales fue otorgada. También podrá ser revisado cuando el empleado cambie de empleo. En ambos casos la revisión podrá efectuarse a partir de la fecha de expedición del correspondiente acto administrativo de revisión.

Artículo 11º.- Temporalidad. El disfrute de la prima técnica se perderá:

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 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;

c) Cuando haya sido otorgada por evaluación del desempeño, se perderá, además, 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.

Parágrafo.- La pérdida del disfrute de la prima técnica operará en forma automática, una vez se encuentre en firme el acto de retiro del servicio, el de imposición de la sanción, o la respectiva calificación.

La pérdida de la prima técnica por cesación de los motivos que originaron su otorgamiento será declarada por el Jefe del organismo, mediante resolución motivada, contra la cual no procederá recurso alguno.

Artículo 12º.- Equivalencias. En los Ministerios y Departamentos Administrativos, la determinación de los cargos equivalentes a que se refiere el parágrafo 2 del artículo 10 del Decreto-Ley 1661 de 1991, la hará el Departamento Administrativo del Servicio Civil, previa la realización del estudio técnico correspondiente a solicitud motivada del Ministro o del Director de Departamento Administrativo respectivo. La prima técnica que se otorgue a los empleados titulares de dichos empleos, se sujetará a los límites establecidos en el inciso 2 del literal e) del artículo 1 del Decreto-Ley 1624 de 1991.

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

En términos generales, el Decreto Reglamentario 2164 de 1991,⁴² reprodujo la literalidad del Decreto Ley 1661 de 1991,⁴³ pero precisó con un poco más de detalle, algunos aspectos del régimen de prima técnica, como pasa a explicarse:

- 1) El Decreto Reglamentario 2164 de 1991⁴⁴ por primera vez incluye el requisito de estar nombrado «*en propiedad*», para que un servidor público pueda serle reconocida la prima técnica;
- 2) En lo que tiene que ver con la prima técnica por «*formación avanzada y experiencia altamente calificada*», el Decreto Reglamentario 2164 de 1991⁴⁵ precisó, que podía otorgarse si se acreditaban «*alternativamente*» los siguientes requisitos: **(a)** título de estudios de formación avanzada y 3 años de experiencia, aclarando que el título de formación avanzada podrá compensarse por 3 años de experiencia; o **(b)** terminación de estudios de formación avanzada y 6 años de experiencia altamente calificada;
- 3) En cuanto a la prima técnica por «*evaluación de desempeño*», el Decreto Reglamentario 2164 de 1991⁴⁶ precisó, que podría otorgarse a los empleados que desempeñasen en propiedad, cargos de los niveles directivo, asesor, ejecutivo, profesional, técnico, administrativo y operativo, o sus equivalentes, y que obtuvieren un porcentaje correspondiente al 90%, como mínimo, del total de puntos de cada una de las calificaciones de servicios.

5.2.2. Regulación de la prima técnica a partir de la Ley Marco 4ª de 1992⁴⁷

Como es bien sabido, en vigencia de la Constitución de 1991, a través del artículo 1º de La Ley Marco 4ª de 1992,⁴⁸ el Legislador delegó en el Gobierno Nacional la tarea de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del nivel nacional, del Congreso de la república, de la Rama Judicial, del Ministerio Público, de la Fiscalía General de la Nación y de la Fuerza Pública, así:

«Artículo 1º.- El Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta Ley, fijará el régimen salarial y prestacional de:
a). Los empleados públicos de la Rama Ejecutiva Nacional, cualquiera que sea su sector, denominación o régimen jurídico;
b). Los empleados del Congreso Nacional, la Rama Judicial, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la Organización Electoral y la Contraloría General de la República;
c). Los miembros del Congreso Nacional, y
d). Los miembros de la Fuerza Pública.»

⁴² Por el cual se reglamenta parcialmente el Decreto-Ley 1661 de 1991.

⁴³ Por el cual se modifica el régimen de Prima Técnica, se establece un sistema para otorgar estímulos especiales a los mejores empleados oficiales y se dictan otras disposiciones.

⁴⁴ Por el cual se reglamenta parcialmente el Decreto-Ley 1661 de 1991.

⁴⁵ Por el cual se reglamenta parcialmente el Decreto-Ley 1661 de 1991.

⁴⁶ por el cual se reglamenta parcialmente el Decreto-Ley 1661 de 1991.

⁴⁷ Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.

⁴⁸ Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.

Por su parte, el artículo 2º de la Ley Marco 4ª de 1992,⁴⁹ señala que:

«Artículo 2º.- Para la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores enumerados en el artículo anterior, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta los siguientes objetivos y criterios:

a). El respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales. En ningún caso podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales;

b). El respeto a la carrera administrativa y la ampliación de su cobertura;

c). La concertación como factor de mejoramiento de la prestación de los servicios por parte del Estado y de las condiciones de trabajo;

d). La modernización, tecnificación y eficiencia de la administración pública;

e). La utilización eficiente del recurso humano;

f). La competitividad, entendida como la capacidad de ajustarse a las condiciones predominantes en las actividades laborales;

g). La obligación del Estado de propiciar una capacitación continua del personal a su servicio;

h). La sujeción al marco general de la política macroeconómica y fiscal;

i). La racionalización de los recursos públicos y su disponibilidad, esto es, las limitaciones presupuestales para cada organismo o entidad;

j). El nivel de los cargos, esto es, la naturaleza de las funciones, su responsabilidades y las calidades exigidas para su desempeño;

k). El establecimiento de rangos de remuneración para los cargos de los niveles profesional, asesor, ejecutivo de los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva y de la Organización Electoral;

l). La adopción de sistemas de evaluación y promoción basados en pruebas generales y/o específicas. En el diseño de estos sistemas se tendrán en cuenta como criterios, la equidad, productividad, eficiencia, desempeño y la antigüedad;

ll). El reconocimiento de gastos de representación y de salud y de primas de localización, de vivienda y de transporte cuando las circunstancias lo justifiquen, para la Rama Legislativa.».

Así las cosas, en lo que a la prima técnica se refiere, en desarrollo de la Ley 4ª de 1992,⁵⁰ el Gobierno Nacional expidió los Decretos Reglamentarios 1724 de 1997,⁵¹ 1335 de 1999,⁵² 1336 de 2003,⁵³ 2177 de 2006⁵⁴ y 1164 de 2012,⁵⁵ a los cuales se referirá la Sala a continuación:

⁴⁹ Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.

⁵⁰ Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.

⁵¹ Por el cual se modifica el régimen de Prima Técnica para los empleados públicos del Estado.

⁵² Por el cual se modifican los artículos 3 y 4 del Decreto 2164 de 1991.

⁵³ Por el cual se modifica el régimen de Prima Técnica para los empleados públicos del Estado.

⁵⁴ Por el cual se establecen modificaciones a los criterios de asignación de prima técnica y se dictan otras disposiciones sobre prima técnica.

⁵⁵ Por el cual se reglamenta el otorgamiento de la prima técnica por evaluación del desempeño.

1724 Decreto Reglamentario de 1997⁵⁶

A través del Decreto Reglamentario 1724 de 1997,⁵⁷ Gobierno Nacional reformó el régimen de prima técnica que venía establecido en el Decreto Ley 1661 de 1991⁵⁸ y su Decreto Reglamentario 2164 de 1991,⁵⁹ específicamente en lo que atañe a los sujetos pasivos de dicha prestación, de la siguiente manera:

«Artículo 1º.- La prima técnica establecida en las disposiciones legales vigentes, solo podrá asignarse por cualquiera de los criterios existentes, a quienes estén nombrados con carácter permanente en un cargo de los niveles Directivo, Asesor, o Ejecutivo, o sus equivalentes en los diferentes Órganos y Ramas del Poder Públicos.»

Artículo 2º.- Para reconocer, liquidar y pagar la prima técnica, cada organismo o entidad deberá contar con disponibilidad presupuestal acreditada por el jefe de presupuesto o quien haga sus veces, en la respectiva entidad. Así mismo, se requerirá certificado previo de viabilidad presupuestal expedido por la Dirección General del Presupuesto Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público o del organismo que corresponda en las entidades territoriales, quienes para el efecto deberán tener en cuenta las políticas de austeridad del gasto público.

Artículo 3º.- En los demás aspectos, la prima técnica se regirá por las disposiciones vigentes.

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 cumplan las condiciones para su pérdida, consagrada en las normas vigentes al momento de su otorgamiento.

Artículo 5º.- El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación y modifica en lo pertinente el artículo 3 del Decreto 1661 de 1991, los artículos 2, 3 y 5 del Decreto 1384 de 1996, el artículo 5 del Decreto 55 de 1997, el artículo 8 del Decreto 52 de 1997 y demás disposiciones que le sean contrarias.».

Entonces, a partir del Decreto Reglamentario 1724 de 1997,⁶⁰ la prima técnica establecida en las disposiciones legales vigentes, solo podrá asignarse por cualquiera de los criterios existentes, a quienes estén nombrados con carácter permanente en un cargo de los niveles Directivo, Asesor, o Ejecutivo, o sus equivalentes en los diferentes Órganos y Ramas del Poder Públicos.

Además, el Decreto Reglamentario 1724 de 1997,⁶¹ estableció una garantía de los derechos adquiridos en favor de «*aquellos empleados a quienes se les haya otorgado prima técnica, que desempeñen cargos de niveles diferentes a los señalados en el presente Decreto*», quienes «*continuarán disfrutando de ella hasta*

⁵⁶ Por el cual se modifica el régimen de Prima Técnica para los empleados públicos del Estado.

⁵⁷ Por el cual se modifica el régimen de Prima Técnica para los empleados públicos del Estado.

⁵⁸ Por el cual se modifica el régimen de Prima Técnica, se establece un sistema para otorgar estímulos especiales a los mejores empleados oficiales y se dictan otras disposiciones.

⁵⁹ Por el cual se reglamenta parcialmente el Decreto-Ley 1661 de 1991.

⁶⁰ Por el cual se modifica el régimen de Prima Técnica para los empleados públicos del Estado.

⁶¹ Por el cual se modifica el régimen de Prima Técnica para los empleados públicos del Estado.

su retiro del organismo o hasta que cumplan las condiciones para su pérdida, consagrada en las normas vigentes al momento de su otorgamiento».

Decreto Reglamentario 1335 de 1999⁶²

Posteriormente, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Reglamentario 1335 de 1999,⁶³ con el propósito de modificar los artículos 3º y 4º del Decreto Reglamentario 2164 de 1991,⁶⁴ de la siguiente manera:

«Artículo 1º.- Modificar el artículo 3 del Decreto 2164 de 1991, el cual quedará así:

Artículo 3º.- Criterios para su asignación. Para tener derecho a Prima Técnica serán tenidos en cuenta alternativamente uno de los siguientes criterios, siempre y cuando, en el primer caso, excedan de los requisitos establecidos para el cargo que desempeñe el funcionario o empleado:

- a) Título de estudios de formación avanzada y 3 años de experiencia altamente avanzada;
- b) Evaluación del desempeño.

Artículo 2º.- Modificar el artículo 4 del Decreto 2164 de 1991, el cual quedará así:

Artículo 4º.- De la Prima Técnica por formación avanzada y experiencia. Por este criterio tendrán derecho a prima técnica los empleados que desempeñen, en propiedad, cargos de niveles ejecutivo, asesor o directivo, que sean susceptibles de asignación de prima técnica de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7 del presente Decreto y que acrediten título de estudios de formación avanzada y experiencia altamente calificada en el ejercicio profesional, o en la investigación técnica o científica, en áreas relacionadas con las funciones propias del cargo, durante un término no menor de 3 años.

El título de estudios de formación avanzada podrá compensarse por 3 años experiencia en los términos señalados en el inciso anterior.

Parágrafo.- La experiencia a que se refiere este artículo será calificada por el jefe del organismo o su delegado con base en la documentación que el empleado acredite.

Artículo 3º.- El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación y modifica en lo pertinente los artículos 3 y 4 del Decreto 2164 de 1991 y demás disposiciones que le sean contrarias.».

Así las cosas, de conformidad con el Decreto Reglamentario 1335 de 1999,⁶⁵ a la prima técnica se tiene derecho, alternativa, por cualquiera de los siguientes dos criterios, **(i)** por «por formación avanzada y 3 años de experiencia altamente avanzada»; o **(ii)** por «evaluación del desempeño».

En lo que tiene que ver con la prima técnica por «formación avanzada y 3 años de experiencia altamente avanzada», el Decreto Reglamentario 1335 de 1999⁶⁶

⁶² Por el cual se modifican los artículos 3 y 4 del Decreto 2164 de 1991.

⁶³ Por el cual se modifican los artículos 3 y 4 del Decreto 2164 de 1991.

⁶⁴ Por el cual se reglamenta parcialmente el Decreto-Ley 1661 de 1991.

⁶⁵ Por el cual se modifican los artículos 3 y 4 del Decreto 2164 de 1991.

⁶⁶ Por el cual se modifican los artículos 3 y 4 del Decreto 2164 de 1991.

señala en su artículo 2º, que «por este criterio tendrán derecho a prima técnica los empleados que desempeñen, en propiedad, cargos de niveles ejecutivo, asesor o directivo, (...) que acrediten título de estudios de formación avanzada y experiencia altamente calificada en el ejercicio profesional, o en la investigación técnica o científica, en áreas relacionadas con las funciones propias del cargo, durante un término no menor de 3 años». Y que «el título de estudios de formación avanzada podrá compensarse por 3 años experiencia en los términos señalados en el inciso anterior.».

Decreto Reglamentario 1336 de 2003⁶⁷

A través del Decreto Reglamentario 1336 de 2003,⁶⁸ el Gobierno Nacional introduce una nueva modificación al régimen de prima técnica, en los siguientes términos:

«Artículo 1º. La prima técnica establecida en las disposiciones legales vigentes, solo podrá asignarse por cualquiera de los criterios existentes, a quienes estén nombrados con carácter permanente en los cargos del nivel Directivo, Jefes de Oficina Asesora y a los de Asesor cuyo empleo se encuentre adscrito a los despachos de los siguientes funcionarios: Ministro, Viceministro, Director de Departamento Administrativo, Superintendente y Director de Unidad Administrativa especial o sus equivalentes en los diferentes órganos y Ramas del Poder Público.»

Artículo 2º. Para reconocer, liquidar y pagar la prima técnica, cada organismo o entidad deberá contar previamente con la disponibilidad presupuestal acreditada por el Jefe de Presupuesto o quien haga sus veces, en la respectiva entidad.

Artículo 3º. En los demás aspectos la prima técnica se regirá por las disposiciones legales vigentes.

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 o cargos de asesor en condiciones distintas a las establecidas en el artículo 1º, 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.

Artículo 5º. Lo dispuesto en los artículos anteriores no se aplicará:

- a)** A los empleados públicos del Ministerio de Relaciones Exteriores que prestan sus servicios en el exterior;
- b)** Al personal docente de los distintos organismos de la Rama Ejecutiva;
- c)** A los empleados públicos de las entidades que tienen sistemas especiales de remuneración o de reconocimiento de primas, dentro de los cuales se recompensen pecuniariamente los factores aquí establecidos para asignar Prima Técnica;
- d)** Al personal de las Fuerzas Militares y a los empleados civiles del Ministerio de Defensa Nacional;
- e)** Al personal de la Policía Nacional y a los empleados civiles al servicio de la misma;
- f)** A los beneficiarios de la prima técnica de que tratan los Decretos-ley 1016 y 1624 de 1991.

⁶⁷ Por el cual se modifica el régimen de Prima Técnica para los empleados públicos del Estado.

⁶⁸ Por el cual se modifica el régimen de Prima Técnica para los empleados públicos del Estado.

Artículo 6°. *El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y modifica en lo pertinente los Decretos 2164 de 1991, 1384 de 1996, 685, 691 de 2002 y deroga el Decreto 1724 del 4 de julio de 1997, y demás disposiciones que le sean contrarias.».*

Como pudo apreciarse, a partir del Decreto Reglamentario 1336 de 2003,⁶⁹ la prima técnica establecida en las disposiciones legales vigentes, solo podrá asignarse por cualquiera de los criterios existentes, a quienes estén nombrados con carácter permanente en los cargos del nivel Directivo, Jefes de Oficina Asesora y a los de Asesor cuyo empleo se encuentre adscrito a los despachos de los siguientes funcionarios: Ministro, Viceministro, Director de Departamento Administrativo, Superintendente y Director de Unidad Administrativa especial o sus equivalentes en los diferentes órganos y Ramas del Poder Público.

Decreto Reglamentario 2177 de 2006⁷⁰

Mediante el Decreto Reglamentario 2177 de 2006⁷¹ el Gobierno Nacional nuevamente modifica los requisitos para acceder al beneficio de prima técnica, quedando regulado el asunto de la siguiente manera:

«Artículo 1°. *Modifícase el artículo 3° del Decreto 2164 de 1991, modificado por el artículo 1° del Decreto 1335 de 1999, el cual quedará así:*

Artículo 3°. **Criterios para asignación de prima técnica.** *Para tener derecho a prima técnica, además de ocupar un cargo en uno de los niveles señalados en el artículo 1° del Decreto 1336 de 2003, adscritos a los Despachos citados en la mencionada norma, incluyendo el Despacho del Subdirector de Departamento Administrativo, será tenido en cuenta uno de los siguientes criterios:*

a) Título de estudios de formación avanzada y 5 años de experiencia altamente calificada;

b) Evaluación del desempeño.

Para efectos del otorgamiento de la prima técnica por título de estudios de formación avanzada y 5 años de experiencia altamente calificada, se requiere que el funcionario acredite requisitos que excedan los establecidos para el cargo que desempeñe.

Se entenderá como título universitario de especialización, todo aquel que se haya obtenido como resultado de estudios de postgrado no inferiores a 1 año académico de duración en universidades nacionales o extranjeras, debidamente reconocidas u homologadas de acuerdo con las normas que regulan la materia.

El título de estudios de formación avanzada no podrá compensarse por experiencia, y deberá estar relacionado con las funciones del cargo.

Para el otorgamiento de la prima técnica por uno de los criterios de título de estudios de formación avanzada y 5 años de experiencia altamente calificada, o evaluación del desempeño, se evaluará según el sistema que adopte cada entidad.

⁶⁹ Por el cual se modifica el régimen de Prima Técnica para los empleados públicos del Estado.

⁷⁰ Por el cual se establecen modificaciones a los criterios de asignación de prima técnica y se dictan otras disposiciones sobre prima técnica.

⁷¹ Por el cual se establecen modificaciones a los criterios de asignación de prima técnica y se dictan otras disposiciones sobre prima técnica.

Parágrafo. Las solicitudes de revisión de prima técnica que se hayan radicado formalmente ante el funcionario competente con anterioridad a la entrada en vigencia del presente decreto, serán estudiadas y decididas teniendo en cuenta los criterios establecidos en el Decreto 1335 de 1999.

Las solicitudes que se radiquen con posterioridad a la publicación del presente decreto, serán estudiadas y decididas teniendo en cuenta los criterios y condiciones aquí establecidos.

Artículo 2º. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y modifica el artículo 1 del Decreto 1335 de 1999 y el artículo 1º del Decreto 1336 de 2003.».

De conformidad con el Decreto Reglamentario 2177 de 2006,⁷² a la prima técnica se tiene derecho, alternativa, por cualquiera de los siguientes criterios, **(i)** por «*por formación avanzada y 5 años de experiencia altamente calificada*»; o **(ii)** por «*evaluación del desempeño*».

En lo que tiene que ver con la prima técnica por «*formación avanzada y 5 años de experiencia altamente calificada*», el Decreto Reglamentario 2177 de 2006⁷³ señala, que por este criterio tendrán derecho los empleados que desempeñen, en propiedad, cargos de niveles ejecutivo, asesor o directivo, que acrediten título de estudios de formación avanzada y experiencia altamente calificada en áreas relacionadas con las funciones propias del cargo, durante un término no menor de 5 años. Y que el título de estudios de formación avanzada no podrá compensarse.

Decreto Reglamentario 1164 de 2012⁷⁴

Finalmente trae a colación la Sala el Decreto Reglamentario 1164 de 2012,⁷⁵ en virtud del cual el Gobierno Nacional introdujo la última reforma, a la fecha, al régimen de prima técnica, específicamente en lo que a la prima técnica por evaluación de desempeño se refiere, en los siguientes términos:

«**Artículo 1º.** Modifícase el artículo 5º del Decreto 2164 de 1991, el cual quedará así:

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

⁷² Por el cual se establecen modificaciones a los criterios de asignación de prima técnica y se dictan otras disposiciones sobre prima técnica.

⁷³ Por el cual se establecen modificaciones a los criterios de asignación de prima técnica y se dictan otras disposiciones sobre prima técnica.

⁷⁴ Por el cual se reglamenta el otorgamiento de la prima técnica por evaluación del desempeño.

⁷⁵ Por el cual se reglamenta el otorgamiento de la prima técnica por evaluación del desempeño.

Una vez otorgada la prima técnica, el servidor deberá ser evaluado anualmente. Será causal de pérdida de la misma obtener una calificación definitiva inferior al 90%.

Para la asignación y conservación de la prima técnica por este criterio, cada entidad deberá adoptar un sistema especial de calificación, diferente a los Acuerdos de Gestión, en el cual se establecerán los criterios de desempeño, las escalas y los períodos mínimos a evaluar.

La prima técnica podrá revisarse en cualquier tiempo, de oficio o a solicitud del interesado, previa evaluación de los criterios con base en los cuales fue otorgada. Los efectos fiscales se surtirán a partir de la fecha de expedición del correspondiente acto administrativo.

Parágrafo: A los servidores que desempeñen cargos diferentes a los señalados en el presente artículo, a quienes se les asignó la prima técnica por evaluación del desempeño con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 1336 de 2003, continuarán percibiéndola hasta su retiro del organismo o hasta que se cumplan las condiciones para su pérdida".

Artículo 2°. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y modifica en lo pertinente el artículo 5° del Decreto 2164 de 1991.».

Así las cosas, de conformidad con el Decreto Reglamentario 1164 de 2012,⁷⁶ en lo que tiene que ver con la prima técnica «por evaluación de desempeño», por este criterio tendrán derecho a prima técnica los empleados que desempeñen, en propiedad, los cargos del nivel Directivo, Jefes de Oficina Asesora y de Asesor cuyo empleo se encuentre adscrito a los Despachos de los siguientes funcionarios: Ministro, Viceministro, Director de Departamento Administrativo, Subdirector de Departamento Administrativo, Superintendente, Director de Establecimiento Público, Director de Agencia Estatal y Director de Unidad Administrativa Especial o sus equivalentes en los diferentes órganos y Ramas del Poder Público, y que obtuvieron un porcentaje correspondiente al 90%, como mínimo, del total de la última evaluación del desempeño, correspondiente a un período no inferior a 3 meses en el ejercicio del cargo en propiedad.

CONCLUSIONES

➤ **Primera conclusión. Clases de prima técnica**

Las clases de prima técnica son: **(i)** Por Formación Avanzada y Experiencia Altamente Calificada, **(ii)** Por Evaluación de Desempeño y **(iii)** Automática.

➤ **Segunda conclusión. Prima Técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada**

La prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada se otorga, con efectos salariales, a los empleados que desempeñen con carácter permanente, cargos⁷⁷ del Nivel Directivo, Jefes de Oficina Asesora y los de Asesor adscritos a los despachos de los siguientes servidores: Ministro, Viceministro, Director de Departamento Administrativo, Subdirector de Departamento Administrativo,⁷⁸ Superintendente y Director de Unidad Administrativa Especial o sus equivalentes en los diferentes Órganos y Ramas del Poder Público y que

⁷⁶ Por el cual se reglamenta el otorgamiento de la prima técnica por evaluación del desempeño.

⁷⁷ Artículo 1° del Decreto 1336 de 2003.

⁷⁸ El Decreto 2177 de 2006, adicionó el cargo de Subdirector de Departamento Administrativo y los empleos adscritos

acrediten un título de estudios de formación avanzada y 5 años de experiencia altamente calificada, que se evaluarán según el sistema que adopte cada entidad. Los requisitos exigidos para acceder a la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada son adicionales a los que el empleado acredita para desempeñar el cargo. El título de estudios de formación avanzada no podrá compensarse por experiencia, y deberá estar relacionado con las funciones del cargo.

➤ **Tercera conclusión. Prima técnica por evaluación de desempeño**

Es la que se otorga a los empleados que desempeñen en propiedad, los cargos del nivel Directivo, Jefes de Oficina Asesora y de Asesor adscritos a los Despachos de los siguientes empleados: Ministro, Viceministro, Director de Departamento Administrativo, Subdirector de Departamento Administrativo, Superintendente, Director de Establecimiento Público, Director de Agencia Estatal y Director de Unidad Administrativa Especial o sus equivalentes en los diferentes órganos y Ramas del Poder Público, y que obtuvieren un porcentaje correspondiente como mínimo al 90% del total de la última evaluación del desempeño, correspondiente a un periodo no inferior a 3 meses en el ejercicio del cargo en propiedad.⁷⁹ La prima técnica por evaluación del desempeño no constituye factor salarial para ningún efecto.⁸⁰

➤ **Cuarta conclusión. Prima técnica automática.**

Es otorgada en atención a las calidades excepcionales que se exigen para el ejercicio de las funciones propias de los empleos de altos funcionarios. Se concede durante el tiempo en que permanezcan en el desempeño de sus cargos. Esta prima técnica se estableció inicialmente en el Decreto 1016 de 1991, a favor de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, de los Consejeros de Estado y de los Magistrados del Tribunal Disciplinario, equivalente al 60% del sueldo básico y los gastos de representación asignados a dichos funcionarios. Posteriormente, mediante el Decreto 1624 de 1991, se establece que su monto será el equivalente al 50% del sueldo y los gastos de representación asignados a dichos empleados. Tienen derecho a percibir esta prima:

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

b) Director Nacional de Instrucción Criminal;

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

⁷⁹ Artículo 1 Decreto 1164 del 1 de junio de 2012.

⁸⁰ Artículo 4° Decreto Ley 1661 de 1991.

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

e) Registrador Nacional del Estado Civil y Secretario General de la Registraduría.

También tendrá derecho a percibir esta prima quien desempeñe el empleo de Subdirector de Departamento Administrativo, conforme se establece en el Decreto 2177 de 2006.⁸¹

CUESTIÓN PREVIA

Teniendo en cuenta que el fundamento normativo de la Resolución 1229 del 18 de marzo de 1994,⁸² lo constituye el Decreto Ley 1661 de 1991 reglamentado por los Decretos 2164 y 2573 del mismo año, el cual fue derogado y modificado por los Decretos 1724 de 1997,⁸³ 1336 de 2003,⁸⁴ 2177 de 2006⁸⁵ y 1164 de 2012⁸⁶ en cuanto a los cargos susceptibles de dicho reconocimiento y a los requisitos para ello, lo que su vez configuró la variación de las exigencias y condiciones contenidas en el acto administrativo referido.

Considera la Sala que se produjo el fenómeno jurídico de la pérdida de fuerza ejecutoria, hoy definido en la Ley 1437 de 2011⁸⁷ como pérdida de ejecutoriedad. Por lo tanto, se estima necesario estudiar si es posible el juzgamiento del enunciado normativo demandado, pese a que perdió ejecutoriedad, ante la derogatoria de la norma general que le sirvió de fundamento al momento de su expedición.

Juzgamiento de actos administrativos que han perdido ejecutoriedad

El decaimiento del acto administrativo es una de las causales de la pérdida de su fuerza ejecutoria, contenida en el artículo 91 de la Ley 1437 de 2011, en los siguientes términos:

«Artículo 91. Pérdida de ejecutoriedad del acto administrativo. Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos en firme serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Perderán obligatoriedad y, por lo tanto, no podrán ser ejecutados en los siguientes casos:

(...)

2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho.

⁸¹ Por el cual se establecen modificaciones a los criterios de asignación de prima técnica y se dictan otras disposiciones sobre prima técnica.

⁸² Por la cual se reglamenta el otorgamiento de la Prima Técnica para los empleados públicos del Instituto Nacional de Vías.

⁸³ Por el cual se modifica el régimen de Prima Técnica para los empleados públicos del Estado.

⁸⁴ Por el cual se modifica el régimen de Prima Técnica para los empleados públicos del Estado.

⁸⁵ Por el cual se establecen modificaciones a los criterios de asignación de prima técnica y se dictan otras disposiciones sobre prima técnica.

⁸⁶ Por el cual se reglamenta el otorgamiento de prima técnica por evaluación de desempeño.

⁸⁷ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

(...).»

Ahora bien, desde la sentencia de Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 14 de enero de 1991,⁸⁸ con ponencia del Consejero Carlos Gustavo Arrieta Alandete, se inauguró en la jurisprudencia de lo contencioso administrativo el criterio según el cual es posible el control jurisdiccional de los actos administrativos derogados o que perdieron su ejecutoriedad:

«(...) la derogatoria de una norma no restablece per se el orden jurídico supuestamente vulnerado, sino apenas acaba con la vigencia de la norma en cuestión. Porque resulta que un acto administrativo, aún si ha sido derogado, sigue amparado por el principio de legalidad que le protege, y que solo se pierde ante pronunciamiento anulatorio del juez competente; de donde se desprende que lo que efectivamente restablece el orden vulnerado no es la derogatoria del acto, sino la decisión del juez que lo anula, o lo declara ajustado a derecho (...).»

Recientemente, esta Sala reiteró esta posición en sentencia de 7 diciembre de 2016,⁸⁹ en los siguientes términos:

« (...) la Corporación ha sostenido mayoritariamente, que la circunstancia que el acto administrativo demandado haya sido derogado o hubiere operado la figura del decaimiento, no impide el juicio de legalidad del mismo, en tanto éste debe realizarse según las circunstancias vigentes al momento de su expedición y habida consideración de que tanto la derogatoria como el decaimiento sólo opera hacia el futuro y no afecta su validez. Además, pueda que sus disposiciones se encuentren produciendo efectos, aun después de su derogatoria o decaimiento, haciéndose viable el estudio de su legalidad.

Entonces, pese a ocurrir la derogatoria o el decaimiento del acto administrativo enjuiciado, hay lugar a estudiar de fondo el asunto, puesto que: i) pueda que el acto administrativo haya producido efectos y que los mismos aún estén surtiéndose; y ii) la ocurrencia del decaimiento no afecta la presunción de legalidad del acto y su control debe hacerse frente a las circunstancias de hecho y de derecho vigentes al momento de su expedición.

Visto desde otra óptica, la presunción de legalidad de la que gozan los actos administrativos tan sólo puede ser desvirtuada por el juez competente, por lo que, la derogatoria, el decaimiento o pérdida de ejecutoriedad no conlleva implícito el juicio de validez de los mismos (...).»⁹⁰

⁸⁸ Expediente S-157.

⁸⁹ Con ponencia de la Consejera Sandra Lisset Ibarra Vélez, proferida en el expediente 11001032500020120057100 (2139-2012), Actor: Sergio Antonio Escobar Jaimes, Demandadas: Nación y Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Asunto tratado: «Los empleados vinculados a la planta de personal del Congreso de la República creada por la Ley 5ª de 1992, no tienen el derecho adquirido a percibir las prestaciones señaladas para los funcionarios pertenecientes a las plantas de personal establecidas por las Leyes 52 de 1978 y 28 de 1983».

⁹⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 7 de diciembre de 2016 (Exp. 11001032500020120057100 (2139-2012) Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisett Ibarra Vélez

En el presente caso, como ya viene dicho, respecto del Decreto 1661 de 1991 y sus decretos reglamentarios 2164 y 2573 del mismo año, operó el fenómeno del decaimiento en virtud de su derogatoria tácita ante las modificaciones introducidas en materia de cargos susceptibles del reconocimiento de la prima técnica y de los requisitos que para ello que deben reunir sus beneficiarios.

No obstante, el acto administrativo parcialmente demandado continúa surtiendo efectos, máxime si se tiene en cuenta que el Decreto 1724 de 1997 estableció un régimen de transición en favor de aquellos funcionarios que no ocupaban en propiedad los nuevos cargos si eran destinatarios de la prima técnica, esto es, los del nivel directivo, asesor o ejecutivo; para que, en cumplimiento de ciertos requisitos, pudieran continuar disfrutando la prestación mencionada, siempre que no concurrieran las causales de pérdida contenidas en las normas jurídicas que regían para el momento de su reconocimiento, ante lo cual se hace necesario para la Sala realizar el estudio de legalidad de la disposición demandada.

De esa manera resulta claro para la Sala que al existir una transición establecida en el artículo 4º del Decreto 1724 de 1997, que protege los derechos consolidados y no reclamados en vigencia del Decreto 1661 de 1991, en razón a que la nueva normatividad excluyó algunos empleos como beneficiarios de la prima técnica por formación avanzada o experiencia calificada y por evaluación de desempeño; resulta improcedente considerar que la derogatoria de los Decretos 1661 y 2164 de 1991, surtida a través de los Reglamentarios 1336 de 2003⁹¹, 2177 de 2006⁹² y 1164 de 2012⁹³ comporte el desconocimiento de los derechos de aquellos servidores públicos a quienes les fue otorgada la prima técnica, que desempeñen cargos de niveles diferentes a los señalados en dicha norma, quienes continuarían 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.

ESTUDIO PARA LA SOLUCIÓN DEL CASO

- **Literal a) artículo 7º de la Resolución 001229 del 18 de marzo de 1994, por la cual se reglamenta el otorgamiento de la Prima Técnica para los empleados públicos del Instituto Nacional de Vías.**

A través de la Resolución 001229 del 18 de marzo de 1994, el Director General del Instituto Nacional de Vías reglamentó «*el otorgamiento de la Prima Técnica para los empleados Públicos del Instituto Nacional de Vías*», la cual en su artículo 7º, dispone lo siguiente:

«Artículo 7º. *Para la asignación de la Prima Técnica, por evaluación del desempeño, se establecen los siguientes porcentajes de la asignación básica mensual:*

⁹¹ Por el cual se modifica el régimen de Prima Técnica para los empleados públicos del Estado.

⁹² Por el cual se establecen modificaciones a los criterios de asignación de prima técnica y se dictan otras disposiciones sobre prima técnica.

⁹³ Por el cual se reglamenta el otorgamiento de prima técnica por evaluación de desempeño.

- a) *Hasta el 15% para los empleados que ocupen cargos de los niveles técnico, administrativo y operativo que hayan obtenido más del 95% del total de puntos de cada una de las calificaciones de servicios, realizadas en el año inmediatamente anterior a la solicitud de otorgamiento.*»(subraya la sala).

Sobre el particular, encuentra la Sala que el Decreto Reglamentario 2164 de 1994,⁹⁴ vigente a la fecha de expedición de la resolución demandada, señala:

«Artículo 5º.- De la prima técnica por evaluación del desempeño. Por este criterio tendrán derecho a prima técnica los empleados que desempeñen, en propiedad, cargos que sean susceptibles de asignación de prima técnica, de acuerdo con lo establecido en el artículo 7 del presente Decreto, de los niveles directivo, asesor, ejecutivo, profesional, técnico, administrativo y operativo, o sus equivalentes en los sistemas especiales, y que obtuvieren un porcentaje correspondiente al noventa por ciento (90%), como mínimo, del total de puntos de cada una de las calificaciones de servicios realizadas en el año inmediatamente anterior a la solicitud de otorgamiento.(Subraya la Sala).

Parágrafo.- Para el caso de los empleados que ocupen cargos de los niveles directivo, asesor y ejecutivo, a excepción de quienes ocupen empleos de jefes de sección, o asimilables a estos últimos, el desempeño se evaluará según el sistema que adopte cada entidad.

Su cuantía será determinada por el jefe del organismo y en las entidades descentralizadas por las Juntas o Consejos Directivos o Superiores, según el caso.»

Como puede apreciarse, el artículo 7º literal a) de la Resolución 001229 del 18 de marzo de 1994, establece que para la asignación de la prima técnica por evaluación de desempeño se reconocerá hasta el 15% de la asignación básica mensual a los empleados que ocupen cargos de los niveles técnico, administrativo y operativo que hayan obtenido más del 95% del total de puntos de cada una de las calificaciones de servicios, realizadas en el año anterior a la solicitud de otorgamiento.

Mientras que el artículo 5º del Decreto 2164 de 1991,⁹⁵ especifica que para el reconocimiento de dicho beneficio debe acreditarse por parte de quienes ocupen los cargos de los niveles directivo, asesor, ejecutivo, profesional, técnico, administrativo y operativo, o sus equivalentes en los sistemas especiales, la obtención de un porcentaje correspondiente al noventa por ciento (90%), como mínimo, del total de puntos de cada una de las calificaciones de servicios realizadas en el año inmediatamente anterior a la solicitud de reconocimiento.

Ahora bien, la simple confrontación de los artículos transcritos permite a la Sala evidenciar que en el primero de ellos el INVIAS estableció como requisito para el otorgamiento de la prima técnica por evaluación de desempeño; acreditar la obtención de más del 95% del total de puntos de cada una de las calificaciones de servicios, realizadas en el año anterior a la solicitud respectiva, porcentaje que

⁹⁴ Por el cual se establecen modificaciones a los criterios de asignación de prima técnica y se dictan otras disposiciones sobre prima técnica.

⁹⁵ Por el cual se establecen modificaciones a los criterios de asignación de prima técnica y se dictan otras disposiciones sobre prima técnica.

resulta superior al contemplado en el Decreto 2164 de 1991,⁹⁶ que en su artículo 5° lo previó en el 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.

De otra parte, el citado Decreto 2164 de 1991,⁹⁷ en su artículo 7° establece:

«Artículo 7°. 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 la disponibilidad presupuestal, determinarán, por medio de resolución motivada o de acuerdo, según el 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.»

Del contenido de la norma transcrita se infiere que, la facultad reglamentaria atribuida al Jefe del organismo y, en las entidades descentralizadas, a las Juntas o Consejos Directivos o Superiores en materia de prima técnica fue conferida con el fin de que determinaran los niveles, escalas o grupos ocupacionales, las dependencias y los empleos susceptibles de su asignación; razón por la cual, no podía hacerse extensiva a la fijación de los porcentajes de las calificaciones de servicios realizadas en el año inmediatamente anterior que los beneficiarios de dicho incentivo debían acreditar para su obtención por el criterio de evaluación de desempeño.

En efecto, y como lo ha señalado esta Sección⁹⁸:

«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 ele parte que debe adelantar quien configure el derecho a su favor en aras cíe 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

⁹⁶ Por el cual se establecen modificaciones a los criterios de asignación de prima técnica y se dictan otras disposiciones sobre prima técnica.

⁹⁷ Por el cual se establecen modificaciones a los criterios de asignación de prima técnica y se dictan otras disposiciones sobre prima técnica.

⁹⁸ Ver al respecto Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del primero (1°) de septiembre de 2014, radicado 3209-13, demandante: Elsa Lozano Bocanegra, demandado: Nación - Congreso de la República, C.P. Luís Rafael Vergara Quintero.

orden nacional inicialmente mencionadas y a la definición de la cuantía dentro del rango señalado en la norma general».

Criterio que acoge la Sala y en tal virtud, se impone la obligación de declarar la nulidad del aparte enjuiciado, toda vez que su contenido contraría lo previsto por el Decreto 2164 de 1991⁹⁹ en cuanto establece unas exigencias superiores para el reconocimiento del incentivo económico de la prima técnica por evaluación de desempeño, lo cual, desborda los límites de la norma general objeto de reglamentación.

Así las cosas, el cargo formulado prospera y en tal virtud, procederá la Sala a declarar la nulidad del literal a) del artículo 7º de la Resolución 001229 del 18 de marzo de 1994 en la parte resolutive de la presente decisión.

➤ **Estudio del artículo 8º de la Resolución 001229 del 18 de marzo de 1994.**

Plantean las demandantes que el artículo 8.º de la misma Resolución 1229 de 1994,¹⁰⁰ demandada preceptúa que los empleados de libre nombramiento y remoción del INVÍAS tendrán derecho a prima técnica por el mismo criterio obteniendo «*evaluación satisfactoria con un puntaje superior al 90% del total máximo de puntos de la escala*»; circunstancia que en su sentir constituye un trato discriminatorio injustificado para los servidores de carrera administrativa, respecto de los de libre nombramiento y remoción.

Al respecto debe señalar la Sala, que el artículo 8º de la Resolución 1229 de 1994,¹⁰¹ establece lo siguiente:

«Artículo 8.- La evaluación del desempeño de los empleados de libre nombramiento y remoción. Para efectos de la asignación de la prima técnica por este concepto, se realizará por el Director General del Instituto Nacional de Vías en el mismo instrumento de evaluación de los empleados inscritos en la carrera administrativa. Así:

Empleados que ocupen cargos de los niveles asesor, ejecutivo y profesional con personal a cargo, con los factores y la escala correspondiente al grupo A.

Empleados que ocupen cargos de los niveles profesional, técnico, administrativo y operativo sin personal a cargo, con los factores y la escala correspondiente al grupo B.

Parágrafo.- Quienes obtengan evaluación satisfactoria con un puntaje superior al 90% del total máximo de puntos de la escala, podrán ser beneficiarios de la prima técnica.»

Del contenido de la norma transcrita, se colige que los empleados de libre nombramiento y remoción del INVÍAS, tienen derecho al reconocimiento de la prima técnica por evaluación de desempeño siempre y cuando ocupen cargos de los niveles asesor, ejecutivo, profesional, técnico, administrativo y operativo, y

⁹⁹ Por el cual se establecen modificaciones a los criterios de asignación de prima técnica y se dictan otras disposiciones sobre prima técnica.

¹⁰⁰ Por la que el INVÍAS «reglamenta el otorgamiento de la prima técnica» a sus empleados.

¹⁰¹ Por la que el INVÍAS «reglamenta el otorgamiento de la prima técnica» a sus empleados.

obtengan evaluación satisfactoria con un puntaje superior al 90% del total máximo de puntos de la escala.

No obstante lo anterior, y al contrastar lo previsto por la norma analizada frente a lo que establece el aparte demandado, esto es, el literal a) del artículo 7° de la Resolución 001229 del 18 de marzo de 1994, la Sala advierte que aquella prevé unas condiciones más favorables para el otorgamiento del citado incentivo económico en pro de los empleados de libre nombramiento y remoción, mientras que en lo concerniente a los demás servidores del INVIAS la resolución demandada establece el requisito de acreditar la obtención de más del 95% del total de puntos de cada una de las calificaciones de servicios, realizadas en el año inmediatamente anterior a la solicitud de otorgamiento.

Lo que en criterio de la Sala vulnera el derecho a la igualdad de éstos últimos servidores a quienes se le impone una exigencia mayor sin que exista una justificación para ello, y con lo cual se desconoce la finalidad de la prima técnica que es precisamente atraer o mantener al 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.

Por consiguiente, la Sala decretará la nulidad del literal a) del artículo 7° de la Resolución 001229 de 1994,¹⁰² en cuanto fijó como porcentaje el 95% de la evaluación de desempeño como requisito para acceder a la prima técnica.

La circunstancia descrita obliga a la Sala a realizar un estudio sobre los efectos de las sentencias de nulidad de los actos administrativos de carácter general, en aras de definir las consecuencias que se desprende de la decisión contenida en esta providencia.

➤ **Efectos de las sentencias de nulidad en lo contencioso administrativo**

Conforme se señaló en la sentencia dictada por esta Subsección el 25 de abril de 2017 dentro del proceso con radicación interna 2512-2013 cuya ponencia correspondió a la suscrita consejera; la nulidad de un acto administrativo es declarada por la jurisdicción contenciosa cuando se comprueba que en su expedición, es decir, desde que nació a la vida jurídica, se presentaron algunos de los vicios legalmente establecidos.

Ahora bien, normalmente ocurre, que antes perder su presunción de legalidad, eventualmente un acto administrativo ha producido consecuencias en el tráfico jurídico, porque sus disposiciones pudieron haber concretado en los particulares un derecho o una garantía; por lo que surge entonces la controversia sobre cuál debe ser el alcance temporal de la decisión anulatoria, particularmente en cuanto a si los efectos del acto administrativo acaecidos mientras estuvo vigente se mantienen y conservan su validez o si también siguen la suerte del acto administrativo anulado.

¹⁰² Por la que el INVÍAS «reglamenta el otorgamiento de la prima técnica» a sus empleados.

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

En efecto, revisada la legislación anterior al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contenido en la Ley 1437 de 2011, esto es, Leyes 130 de 1913¹⁰³ y 167 de 1941¹⁰⁴ y Decreto Ley 01 de 1984,¹⁰⁵ no encuentra la Sala norma alguna que regule los efectos en el tiempo de las sentencias de nulidad.

No obstante lo anterior, en el marco de la Ley 1437 de 2011, los efectos de las sentencias están regulados de manera general en su artículo 189,¹⁰⁶ únicamente respecto de la configuración de la cosa juzgada, así: **i)** Las que declaren la nulidad tienen fuerza de cosa juzgada «*erga omnes*»; y **ii)** Las que nieguen la nulidad pedida, producirán la misma consecuencia pero únicamente en relación con la «*causa petendi*» juzgada,¹⁰⁷ es decir, exclusivamente en lo que se refiere a los cargos planteados en la demanda que originó la providencia y, como es obvio, en lo atinente a los problemas jurídicos resueltos en ella.

Así las cosas, es claro que la norma en comento no hace referencia a las consecuencias en el tiempo que pueda llegar a tener la declaratoria de nulidad de un acto administrativo.

Para llenar el vacío legal descrito el Consejo de Estado ha venido construyendo desde 1915, a través de su jurisprudencia, fundamentalmente dos maneras de dimensionar los alcances en el tiempo de las sentencias de nulidad, conformando

¹⁰³ Sobre la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

¹⁰⁴ Sobre la organización de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

¹⁰⁵ Código Contencioso Administrativo.

¹⁰⁶ **Artículo 189. Efectos de la sentencia.** La sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo en un proceso tendrá fuerza de cosa juzgada erga omnes. La que niegue la nulidad pedida producirá cosa juzgada erga omnes pero solo en relación con la causa petendi juzgada. Las que declaren la legalidad de las medidas que se revisen en ejercicio del control inmediato de legalidad producirán efectos erga omnes solo en relación con las normas jurídicas superiores frente a las cuales se haga el examen.

Cuando por sentencia ejecutoriada se declare la nulidad de una ordenanza o de un acuerdo distrital o municipal, en todo o en parte, quedarán sin efectos en lo pertinente sus decretos reglamentarios.

Las sentencias de nulidad sobre los actos proferidos en virtud del numeral 2 del artículo 237 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro y de cosa juzgada constitucional. Sin embargo, el juez podrá disponer unos efectos diferentes.

La sentencia dictada en procesos relativos a contratos, reparación directa y cumplimiento, producirá efectos de cosa juzgada frente a otro proceso que tenga el mismo objeto y la misma causa y siempre que entre ambos haya identidad jurídica de partes.

La sentencia proferida en procesos de restablecimiento del derecho aprovechará a quien hubiere intervenido en ellos y obtenido esta declaración a su favor.

Las sentencias ejecutoriadas serán obligatorias y quedan sometidas a la formalidad del registro de acuerdo con la ley. (...).

¹⁰⁷ Según CABANELLAS, Guillermo, por «*causa petendi*» se entiende el «*fundamento de la petición*». Véase su libro «*REPERTORIO Jurídico de principios generales del derecho, locuciones, máximas y aforismos latinos y castellanos*». Editorial Eliasta. 4ª Edición Ampliada. Buenos Aires, Argentina. 2003. Pág. 209.

entonces, las que para efectos pedagógicos se denominarán en esta providencia hipótesis «*ex tunc*» y «*ex nunc*».

Efectos «*ex tunc*»

En un primer momento la Corporación sostuvo, a partir de la sentencia de 14 de junio de 1915, con ponencia del Consejero Adriano Muñoz, que para definir los efectos en el tiempo de las sentencias de nulidad, se debía aplicar el régimen de los actos jurídicos civiles contemplado en el Código Civil. Ello por cuanto para ese entonces, la jurisdicción contenciosa y la teoría del acto administrativo aún no había alcanzado la autonomía y madurez que lograron consolidar posteriormente y en consecuencia, el acto administrativo era considerado y estudiado desde la órbita del acto y del negocio jurídico civil. Entonces, de acuerdo con esta postura jurisprudencial, se tenía la nulidad como una sanción que afectaba el acto administrativo por haber trasgredido el ordenamiento jurídico y por tanto, debía restablecerse el entramado de las relaciones jurídicas al estado que tenían antes de su expedición, y sus efectos o consecuencias en el mundo jurídico se consideraban inválidos, es decir, que la sentencia de nulidad tenía alcances retroactivos, o sea, «*ex tunc*».¹⁰⁸

Dada la relevancia que cobra el referido latinazgo, precisa la Sala que significa «*desde el origen*» o «*desde siempre*»; entonces, la declaratoria de nulidad con efectos «*ex tunc*» es aquella que se retrotrae al día en que se concluyó un contrato, se dictó la resolución impugnada o, entró en vigor una norma de carácter general, como lo sería una ley o un acto administrativo.

Desde entonces y hasta la fecha, el mencionado criterio jurisprudencial se ha mantenido vigente, pero su sustento ha variado en el sentido de considerarse que su fuente de inspiración no se ubica en los postulados esenciales del derecho civil, sino que encuentra su razón de ser ante la necesidad de proteger principios generales del derecho adoptados por el constitucionalismo moderno, como el de conservación del ordenamiento jurídico, certeza del derecho y primacía de las normas de carácter superior.

Bajo esta óptica la jurisprudencia contenciosa ha afirmado, que como la declaración judicial de nulidad se funda en la existencia comprobada de vicios que afectan la validez del acto administrativo, los efectos de tal declaración deben ser «*ex tunc*», es decir, retroactivas, para deshacer las consecuencias derivadas de la aplicación de actos administrativos espurios.

Efectos «*ex nunc*»

¹⁰⁸ «*Pero la nulidad, competentemente declarada, produce el resultado de que las relaciones jurídicas de las partes, vuelvan al estado que tenían antes del acto o contrato nulo. La derogación no es pena, en tanto que la nulidad sí es la sanción, el mal que se deriva del quebrantamiento de la ley. Estos principios fundamentales de Derecho Universal están consignados en los artículos (1° y 1746 del Código Civil.). Por tanto, declarada la nulidad de una ordenanza por la autoridad de lo contencioso administrativo, con arreglo a las Leyes 4 y 130 de 1918, necesariamente deben restablecerse las cosas, en lo que sea físicamente posible, al estado que tenían antes de la vigencia de la ordenanza, esto es, se consideran inválidos los efectos producidos por ella.*»

La postura jurisprudencial expuesta, aunque reiterada, no ha sido unívoca al interior del Consejo de Estado, pues, desde 1969, con algunas intermitencias, principalmente las Secciones Cuarta y Quinta de esta Corporación¹⁰⁹ se han apartado del mencionado criterio, con el objeto de modular, condicionar o asignarle efectos diferidos hacia el futuro o «*ex nunc*» a las sentencias de nulidad. Precisa la Sala, que el latinazgo «*ex nunc*», significa «*en adelante*» o «*desde ahora*»; por ejemplo, la rescisión de un contrato se efectúa a partir de que se pronuncia, la inexecutable de una ley o la nulidad de un acto administrativo, a partir de que se declara.

Los efectos hacia el futuro o «*ex nunc*» de la declaratoria judicial de nulidad de un acto administrativo, encuentran un sólido respaldo en la realización de valores y principios universales del derecho como los de la separación de poderes, la cosa juzgada, la seguridad jurídica, la buena fe, el respeto por las situaciones jurídicas consolidadas y la confianza legítima, ello en atención a que hasta el momento de declararse la nulidad, el acto administrativo anulado gozaba de presunción de legalidad y por lo tanto, es legítimo asumir que los ciudadanos orientaron su comportamiento confiados en su validez.

Así mismo, al amparo de la hipótesis «*ex nunc*», es decir, la que estima hacia futuro el alcance de las sentencias de nulidad, la jurisprudencia de esta Corporación ha tenido en cuenta como sustento para decantarse por dicha postura, consideraciones relacionadas con: **i)** las consecuencias que la decisión judicial pueda tener en los diferentes ámbitos de la vida nacional o local, como por ejemplo, la estabilidad institucional¹¹⁰ y económica;¹¹¹ **ii)** la naturaleza y contenido

¹⁰⁹ Sobre los efectos «*ex tunc*» de las sentencias de nulidad de los actos administrativos generales se pueden consultar los siguientes fallos: **1)** Sección Cuarta. Consejera ponente: MARIA INÉS ORTIZ BARBOSA. 25 de septiembre de 2006. Radicación 08001-23-31-000-2002-00737-01(15304). Actor: Sociedad Hijos de A. Pardo. Demandado: DIAN.; **2)** Sección Cuarta. Consejera ponente: LIGIA LÓPEZ DÍAZ. 9 de marzo de 2006. Radicación: 25000-23-25-000-2005-01458-01(AC). Actor: Felisa Romero. Demandado: Departamento de Cundinamarca, Beneficencia de Cundinamarca y Ministerio de Hacienda.; **3)** Sección Cuarta. Consejera ponente: MARIA INÉS ORTIZ BARBOSA. 16 de junio de 2005. Radicación: 25000-23-27-000-2001-00938-01(14311). Actor: CARREFOUR. Demandado: Cámara de Comercio de Bogotá y Superintendencia de Industria y Comercio.; **4)** Sección Cuarta. Consejero ponente: JUAN ÁNGEL PALACIO HINCAPIE. 7 de febrero de 2008. Radicación: 25000-23-27-000-2002-00616-01(15443). Actor: Concentrados Cresta Roja S.A. Demandado: DIAN.; **5)** Sección Tercera. Consejera ponente: MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ. 10 de marzo de 2005. Radicación número: 11001-03-26-000-1992-07961-01(7961). Actor: Germán Cavalier Gaviria. Demandado: Ministerio de Minas y Energía.; **5)** Sección Cuarta. Consejero ponente: JUAN ÁNGEL PALACIO HINCAPIE. 23 de marzo de 2001. Radicación número: 76001-23-24-000-1997-4782-01(11598). Actor: Brako LTDA.

¹¹⁰ En esta misma línea se inscribe la sentencia de 21 de agosto de 2008, proferida en el expediente 11001032500020070005800(1185-07), con ponencia del Consejero Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, en la que resuelve una demanda de Nulidad de los actos administrativos de contenido general de convocatoria al concurso de méritos para la provisión de cargos en la rama judicial expedidos en el año 2003. La sentencia apartándose de los tradicionales efectos «*ex tunc*» de las nulidades hace un análisis de la consecuencia que tendría la declaratoria de nulidad con efectos retroactivos y modula la decisión, disponiendo en lugar de la norma derogada, una nueva regla a ser aplicada en el proceso de concurso: «*En lo que concierne con el tercer aspecto, en cuanto a cómo se modula en este caso la decisión de nulidad, precisamos, que la declaratoria de nulidad del inciso acusado, habrá de modularse en sus efectos, tomando en cuenta el precedente normativo de la propia acción de la Administración, de manera que sirva como referencia racional para purgar la ilegalidad, a fin de que la purga reemplace el efecto tradicional ex tunc de las decisiones de nulidad, por el precedente administrativo. En consecuencia se declarará la nulidad de la norma demandada, pero atando los efectos de esa declaratoria de nulidad a una consecuencia reparatoria del orden jurídico, que consiste en habilitar el 30% estipulado sobre la base del número de vacantes por proveer, lo cual consecuencializa que*

del acto administrativo anulado; **iii)** la razón, vicio o causal por el cual fue anulado; **iv)** la existencia comprobada de situaciones jurídicas consolidadas,¹¹² etc.

Anota la Sala adicionalmente, que como soporte de la hipótesis «*ex nunc*», en algunos momentos la jurisprudencia de esta Corporación ha justificado el conferir alcances hacia adelante a las sentencias de nulidad bajo la consideración de que el control de legalidad de los actos administrativos, en especial de los de carácter general, se asemeja al examen de constitucionalidad de las leyes, a partir de lo cual se ha concluido, según esta variante de la regla «*ex nunc*», que al igual que

la Administración sumará al 30% de aspirantes que convocó, el número de vacantes por proveer». Aunque no profundiza en el punto, se resaltan las argumentaciones y justificaciones que la referida providencia incorpora para darle ese particular alcance a la nulidad que decreta: «En lo que tiene que ver con el segundo punto, en el sentido de por qué se debe modular la nulidad evidenciada, se advierte que, la modulación se hace necesaria en este caso, porque de no producirse dicha modulación; de una parte, podrían verse afectadas las situaciones jurídicas consolidadas de carácter individual y de otra parte, se podrían afectar intereses de la Administración, que están ligados íntimamente al interés general, en cuanto que implicaría la creación de una carga onerosa, inútil e irracional.»

¹¹¹ En ese sentido, en sentencia de 6 de octubre de 2011, la Sección Quinta de esta Corporación, con ponencia del Consejero Alberto Yepes, exp. 11001-03-28-000-2010-00120-00 (2010-00120), pese a declarar la nulidad de la elección de los magistrados del Consejo Nacional Electoral de ese entonces, señaló lo siguiente: «*La Sala es consciente de las importantes funciones que desempeña el CNE como una de las principales autoridades de la Organización Electoral y de las repercusiones negativas que se generarían si en época electoral se desintegra dicha Corporación. En consecuencia, si bien la Sección Quinta de esta Corporación decretará la nulidad del acto que declaró la elección de los miembros del CNE, contenida en el Acta de sesión plenaria del 30 de agosto de 2010, del Congreso de la República y se ordenará a dicha Corporación que, antes del quince (15) de diciembre de dos mil once (2011), se lleve a cabo una nueva elección, los efectos anulatorios del presente fallo se modularán de forma tal que se garantice que el CNE esté conformado para la próximas elecciones que se llevarán a cabo el 30 de octubre del año en curso, así como en la etapa postelectoral. (...) Con ocasión de la nulidad diferida que habrá de decretarse, y con el fin de evitar que la Organización Electoral quede acéfala en época electoral, los actuales magistrados del CNE seguirán fungiendo como tales para todos los efectos legales, máximo hasta el quince (15) de diciembre de dos mil once (2011), momento para el cual el Congreso de la República deberá haber cumplido con las órdenes impartidas en la parte resolutive de esta providencia. Por primera vez en materia electoral, se fija un alcance diferido a la eficacia de la sentencia con argumentos que superan la discusión tradicional de la retroactividad como condición necesaria de la nulidad y que introducen la evaluación de las consecuencias de la decisión en el caso concreto».* En la sentencia parcialmente transcrita se disponen los efectos diferidos de la misma, en virtud a que si se hubiese declarado la nulidad con los tradicionales efectos «*ex tunc*», o sea desde el momento de su expedición, las consecuencias para la organización electoral y para el sistema político hubiesen sido indeseables. En ese sentido, la providencia introduce como criterio para la definición de los efectos de la sentencia, la evaluación de las consecuencias de la decisión en el caso concreto.

¹¹² Ejemplo de esta postura la encontramos en la sentencia de 31 de mayo de 1994, de la Sección Segunda de esta Corporación, con ponencia de la Consejera Ponente Dolly Pedraza de Arenas, exp. 7245, en la que se considera el respeto de las situaciones jurídicas consolidadas al momento de determinar el efecto de la anulación: «*En efecto, el acto se cometió y fue sancionado bajo la vigencia de dicho Acuerdo, y la resolución respectiva no ha sido anulada por la jurisdicción; los efectos de la nulidad del Acuerdo en cita produjeron efectos erga omnes, pero sólo para el futuro, no para situaciones que ya se encontraban consolidadas».* Otro ejemplo de este criterio jurisprudencial nos lo ofrece la sentencia del 24 de marzo de 2000, exp. 9551, con ponencia del Consejero Delio Gómez Leyva: «*Sobre los efectos de los fallos de nulidad ha sido abundante la jurisprudencia de la Sala en el sentido de que, en relación con las situaciones jurídicas no consolidadas, son ex-tunc, es decir, desde entonces, y se retrotraen al momento en que nació el acto, y como consecuencia de ello, las cosas se retrotraen al estado en que se encontraban antes de la expedición del mismo, por lo que las situaciones no consolidadas entre el momento de la expedición del acto y la sentencia anulatoria del mismo, son afectadas por la decisión que en esta última se tome (expediente No 4614 del 21 de enero de 1994)*». La situación jurídica consolidada entonces, empieza a ser el factor determinante para que el juez establezca realmente cuál es el alcance temporal de su fallo que anula un acto administrativo general, de manera que corresponderá en cada caso estudiar si se está en presencia o no de este tipo de situaciones. En ese mismo sentido, en la sentencia de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, del 13 de diciembre de 2011, con ponencia de la Consejera Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez, exp. 17709, se manifestó que «*En estas circunstancias se hacen extensivos los efectos ex nunc, es decir, hacia el futuro de la sentencia (...) mencionada, toda vez que (...) las situaciones producidas al amparo del acto declarado nulo no estaban consolidadas, porque estaban pendiente de decisión en la jurisdicción contenciosa».*

las sentencias que declaran la inexecutable de una ley, las que declaran la nulidad de un acto administrativo también debe tener efectos pro futuro.¹¹³

Sobre el particular hay que aclarar, que el artículo 45 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia señala, que las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control *«tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario»*.

En razón de dicha norma, la Corte ha señalado, que no siempre las sentencias de inexecutable tienen efectos hacia futuro, pues, en algunos eventos, teniendo en cuenta las particularidades del caso y del tipo de norma que se excluye del ordenamiento jurídico, es posible atribuir efectos retroactivos a la declaración judicial de inconstitucionalidad, como ocurre por ejemplo, en los casos donde se ejercita el control de constitucionalidad durante los estados de excepción, en los que la Corte ha dicho que se debe valorar con especial importancia la necesidad de conceder efectos retroactivos a sus decisiones, con el propósito de asegurar la supremacía efectiva de la Constitución y de los principios y valores en ella señalados, pues, no se pueden avalar excesos o abusos cometidos durante ese período con el simple argumento de proteger la seguridad jurídica o la buena fe, cuando es evidente que un régimen de excepción implica de suyo un debilitamiento de esos principios como consecuencia de una situación de anormalidad.

Conclusiones de lo expuesto

La anterior presentación, aunque elaborada de manera sucinta permite comprender la dificultad que plantea adoptar reglas absolutas para conceder o no efectos retroactivos a las sentencias de nulidad, pues, la tensión permanente de principios como la cosa juzgada y la seguridad jurídica frente a la igualdad, la justicia y en últimas la supremacía material de la Constitución y el derecho

¹¹³ Así lo dijo la Sección Cuarta de esta Corporación en sentencias de 23 de febrero y 21 de julio de 2011, en los expedientes 17139 y 16356, con ponencia del Consejero Hugo Bastidas. Cercana a esta posición estuvo la reciente sentencia de la Sección Segunda de 23 de marzo pasado, cuyo ponente fue el Consejero Gabriel Valbuena Hernández, en el expediente 11001-03-25-000-2016-00019-00 (0034-2016), en la que se declaró la nulidad del Decreto 2552 de 30 de diciembre de 2015, por medio del cual se fijó el salario mínimo para el año 2016. Se afirmó en dicha providencia, que como la Ley 1437 de 2011 no regula de manera específica lo relacionado con los efectos de las sentencias de nulidad de los actos administrativos de carácter general, es necesario *«acudir a lo que establece el inciso 3 del artículo 189 del CPACA en cuanto regula los efectos de las sentencias de nulidad por inconstitucionalidad, norma cuyo tenor literal es el siguiente: “Las sentencias de nulidad sobre los actos proferidos en virtud del numeral 2 del artículo 237 de la Constitución Política, tiene efectos hacia el futuro y de cosa juzgada constitucional. Sin embargo, el juez podrá disponer unos efectos diferentes.” La analogía propuesta se soporta en que, al igual que el medio de control de simple nulidad (art. 137 CPACA), la nulidad por inconstitucionalidad (art. 135 CPACA) se reputa objetiva en consideración a que su objeto se circunscribe a la protección del ordenamiento jurídico. Esta coincidencia, que valga decirlo, parte de la esencia de ambos medios de control, permite que se acuda a la regulación establecida en cuanto los efectos de la sentencia proferida en sede de nulidad por inconstitucionalidad para suplir el vacío normativo que en este punto aqueja al medio de control de nulidad. En consecuencia, la Sala concluye que la sentencia en el caso concreto produce efectos hacia el futuro en aplicación de lo previsto en el anotado inciso 3 del artículo 189 del CPACA. En este orden de ideas, la declaratoria de nulidad del Decreto 2552 de 2015 no tendrá, por las razones expresadas, ningún efecto respecto del salario que con fundamento en él devengaron los trabajadores durante el año 2016, tampoco afectará ningún valor que haya tenido como parámetro el salario mínimo, como por ejemplo las cuantías para determinar competencias administrativas o judiciales, multas, sanciones, contratos, tarifas, cuotas alimentarias y en general todo aquello que tome como referencia el salario mínimo»*.

legislado frente a los actos administrativos, enfrentan al operador jurídico a la necesidad de valorar en cada caso las circunstancias específicas a fin de adoptar la decisión que mejor se ajuste a los mandatos Supremos. Como se ha visto, no sólo es difícil concebir un único modelo, sino que, además, cada caso plantea circunstancias diferentes que obligan al juez contencioso a considerar todas las alternativas posibles y con criterios de flexibilidad para ponderar los alcances, consecuencias o efectos de cada fallo a la luz de la Constitución.

Se concluye entonces, que en la jurisprudencia del Consejo de Estado actualmente se mantienen vigentes dos posturas generales respecto de los efectos de las sentencias de nulidad, a las cuales puede acudir el operador judicial al momento de determinar los alcances de su decisión.

La primera tesis jurisprudencial se refiere a las posibles consecuencias que la decisión judicial pueda tener sobre los efectos anteriores a ella que hayan sido producidos por los actos administrativos generales anulados. Así, los efectos «*ex tunc*» implican la eficacia retroactiva de la sentencia que decreta la nulidad de un acto administrativo.

La segunda tesis se concreta en los efectos «*ex nunc*» e implica la carencia de esa eficacia, con lo que los efectos del acto administrativo anulado, producidos con anterioridad a la decisión judicial, se mantienen y conservan plena validez.

Finalmente anota la Corporación, que la anterior sistematización y descripción de los criterios o pautas elaborados por el Consejo de Estado para atribuir determinados efectos a las sentencias de nulidad de los actos administrativos generales no pretende ser taxativa, sino meramente enunciativa, pues, los criterios examinados nunca agotarán las posibilidades de la realidad, por lo que siempre será necesario un análisis de cada caso en concreto.

➤ **Efectos de la declaratoria de nulidad del literal a) artículo 7º de la Resolución 1229 del 18 de marzo de 1994, por la cual se reglamenta el otorgamiento de la Prima Técnica para los empleados públicos del Instituto Nacional de Vías.**

Tal como se advirtió anteriormente, el acto administrativo parcialmente demandado continúa surtiendo efectos, máxime si se tiene en cuenta que el Decreto 1724 de 1997 estableció un régimen de transición en favor de aquellos funcionarios que no ocupaban en propiedad los nuevos cargos si eran destinatarios de la prima técnica, esto es, los del nivel directivo, asesor o ejecutivo; para que, en cumplimiento de ciertos requisitos, pudieran continuar disfrutando la prestación mencionada, siempre que no concurrieran las causales de pérdida contenidas en las normas jurídicas que regían para el momento de su reconocimiento. En razón de lo anterior, se predica que existen expectativas legítimas por parte de aquellos funcionarios del INVIAS que cumplieron los requisitos para acceder al reconocimiento de la prima técnica en los términos previstos por el Decreto 1661 de 1991 y sus decretos reglamentarios, y que

existen derechos adquiridos de aquellos a quienes les fue otorgado dicho beneficio en aplicación de aquellas disposiciones.

Por lo tanto, los efectos de la presente sentencia, tal y como se vio en el estudio realizado con anterioridad, respecto a las personas que tienen reconocido el derecho a la prima técnica por evaluación de desempeño, serán «*ex nunc*», o sea hacia futuro, toda vez que se deben respetar y proteger sus derechos al debido proceso y a la seguridad jurídica, siempre y cuando no concurren las causales de pérdida contenidas en las normas jurídicas que regían para el momento de su reconocimiento.

De otro lado, y para el caso de las solicitudes de reconocimiento del incentivo económico por evaluación de desempeño que se presenten con posterioridad a la ejecutoria de la presente decisión, deberán tramitarse y atenderse conforme los lineamientos del Decreto Reglamentario 1164 de 2012¹¹⁴; según el cual por este criterio tendrán derecho a prima técnica los empleados que desempeñen, en propiedad, los cargos del nivel Directivo, Jefes de Oficina Asesora y de Asesor cuyo empleo se encuentre adscrito a los Despachos de los siguientes funcionarios: Ministro, Viceministro, Director de Departamento Administrativo, Subdirector de Departamento Administrativo, Superintendente, Director de Establecimiento Público, Director de Agencia Estatal y Director de Unidad Administrativa Especial o sus equivalentes en los diferentes órganos y Ramas del Poder Público, y que obtuvieren un porcentaje correspondiente al 90%, como mínimo, del total de la última evaluación del desempeño, correspondiente a un período no inferior a 3 meses en el ejercicio del cargo en propiedad.

Así mismo la Sala precisa que la presente sentencia no es constitutiva del derecho a reclamar el reconocimiento de la prima técnica por evaluación de desempeño; por lo que el trámite de dicha reclamación, tanto en sede gubernativa como judicial, deberá atenderse a las reglas que sobre prescripción de derechos contempla el ordenamiento jurídico en los artículos 41¹¹⁵ y 102¹¹⁶ de los Decretos 3135 de 1968¹¹⁷ y 1848 de 1969,¹¹⁸ respectivamente.

Por último, se advierte a la entidad demandada, que en el futuro se abstenga de exigir requisitos contrarios al ordenamiento jurídico en lo concerniente a la prima

¹¹⁴ Por el cual se reglamenta el otorgamiento de la prima técnica por evaluación del desempeño.

¹¹⁵ Artículo 41. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

¹¹⁶ Artículo 102, Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.

¹¹⁷ Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales.

¹¹⁸ Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968.

técnica, que restrinjan su reconocimiento a los servidores de dicha institución que acrediten los requisitos previstos para ello en las normas que rigen su reconocimiento.

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

RESUELVE

PRIMERO.- DECLARAR la nulidad parcial del literal a) del artículo 7° de la Resolución 001229 del 18 de marzo de 1994, por medio de la cual el Director General del Instituto Nacional de Vías reglamentó «*el otorgamiento de la Prima Técnica para los empleados Públicos del Instituto Nacional de Vías*», en cuanto establece que para efectos del reconocimiento de la prima técnica por evaluación de desempeño se debe acreditar la obtención de más del 95% del total de puntos de cada una de las calificaciones de servicios, realizadas en el año inmediatamente anterior a la solicitud de otorgamiento.

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

- a) Ex nunc, es decir, hacia futuro, respecto de aquellos funcionarios del INVIAS que tienen reconocido el derecho a la prima técnica por evaluación de desempeño, toda vez que se deben respetar y proteger sus derechos al debido proceso y a la seguridad jurídica, siempre y cuando no concurren las causales de pérdida contenidas en las normas jurídicas que regían para el momento de su reconocimiento.
- b) Para el caso de las solicitudes de reconocimiento de la prima técnica por evaluación de desempeño que se presenten con posterioridad a la ejecutoria de la presente decisión, deberán tramitarse conforme los lineamientos del Decreto Reglamentario 1164 de 2012.

TERCERO.- La presente sentencia no es constitutiva del derecho a reclamar el reconocimiento de la prima técnica por evaluación de desempeño; por lo que el trámite de dicha reclamación, tanto en sede gubernativa como judicial, deberá atenerse a las reglas que sobre prescripción de derechos contempla el ordenamiento jurídico en los artículos 41 y 102 de los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, respectivamente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sección Segunda, Subsección B, en sesión de la fecha, por los Consejeros:

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

CARMELO PERDOMO CUÉTER