

INDEMNIZACION POR SUPRESION DE CARGO - Factores salariales para liquidación / SENTENCIA DE NULIDAD - Efectos / PRIMA TECNICA - No la podían devengar los empleados del nivel territorial / DEVENGADO CON JUSTO TITULO - Factor salarial

En primer lugar se debe advertir que la norma que sustenta la pretensión de la parte actora, señala que la indemnización se liquidará “con base en el salario promedio causado durante el último año de servicios, teniendo en cuenta los siguientes factores:...”; lo anterior indica que no es todo lo percibido, a cualquier título o sin un justo título, pues para ser considerado un emolumento como factor salarial, debe suponerse que fue devengado, mediante un justo título. Así entonces en el caso de la prima técnica que según la norma en comento puede ser incluida en la indemnización por supresión del cargo, podrá ser considerado como factor salarial, claro está, dependiendo de la legalidad del acto administrativo que reconoció el elemento salarial de la prima técnica, es decir, como ya se dijo, mediante un justo título. Si bien no se conoce la fecha del acto administrativo que reconoció la prima técnica, como bien lo anotó el Tribunal, por la suspensión y posterior anulación del artículo 13 del Decreto 2164 de 1991, que establecía la posibilidad de asignar prima técnica a empleados del nivel territorial, sin duda, para el 2002, año en el cual la actora pidió la indemnización, ya había ocurrido el decaimiento de ese acto particular, concretamente por desaparición de los fundamentos de derecho, fenómeno jurídico contemplado en el artículo 66 del C.C.A. Así las cosas, la Sala confirmará la sentencia apelada, pues la actora no puede exigir que la prima técnica sea incluida como factor para la indemnización por supresión del cargo, debido a que el acto administrativo que concedió tal beneficio, si no perdió fuerza ejecutoria, es contraria a aquella de la cual se deriva su validez.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "A"

Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de noviembre de dos mil once (2011).

Radicación número: 08001-23-31-000-2003-00700-01(0101-08)

Actor: MARIA FLORALBA CERVANTES DE OROZCO

Demandado: DISTRITO ESPECIAL INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte actora, contra la sentencia de 5 de julio de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, desestimatoria de las súplicas de la

demanda instaurada por la señora MARÍA CERVANTES DE OROZCO, contra el DISTRITO ESPECIAL INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA.

ANTECEDENTES

La actora, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo del Atlántico para obtener la nulidad de la Resolución No. 319 de 9 de enero de 2002, mediante la cual se le reconoció la indemnización por la supresión del cargo, en vista que se encontraba inscrita en carrera administrativa.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó que se ordenara la reliquidación de dicha indemnización, incluyendo las sumas pagadas durante el último año de servicios por concepto de prima técnica. Sobre la diferencia causada pidió la actualización o indexación y los intereses de mora.

En el acápite de los hechos, el apoderado de la parte actora relató que la señora María Cervantes de Orozco laboró en el área operativa del sector educativo adscrito a la Secretaría de Educación Distrital de Barranquilla.

El cargo que venía desempeñando fue suprimido, mediante Decreto 0218 de 12 de septiembre de 2001, pero como se encontraba inscrita en carrera administrativa, la entidad territorial le reconoció una indemnización, en la cual sólo se incluyó la doceava parte de lo que devengaba por concepto de prima técnica, y no el valor total de ésta, cuando dicha prestación se causa mensualmente.

Indicó como normas violadas los artículos 2, 6, 13, 25 y 125 de la Constitución Política; 1, 2 y 39 de la Ley 443 de 1998; y 73 y 140 del Decreto 1572 del mismo año.

Sostiene que la prima técnica se hizo extensiva a los empleados del nivel territorial a partir de la vigencia del Decreto 2164 de 1991, sólo para aquellos que obtuvieran un mínimo del 90% sobre la evaluación del desempeño, como fue el caso de la actora, obteniendo el derecho a recibir el 50% del salario básico.

El acto acusado al no tener en cuenta la totalidad de lo recibido por prima técnica durante el último año de servicios, violó directamente el artículo 140 del Decreto 1572 de 1998, reglamentario de la Ley 443 de 1998, pues aquella disposición claramente indica que dicho factor salarial debe tenerse en cuenta para la liquidación de la indemnización por supresión del cargo.

El Distrito Especial industrial y Portuario de Barranquilla contestó la demanda por fuera del término legal.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Contencioso Administrativo del Atlántico, mediante sentencia de 5 de julio de 2007, denegó las súplicas de la demanda, con los siguientes argumentos:

Si bien, en principio, no se discute en este proceso la validez de la extensión de la prima técnica por evaluación de desempeño para los empleados territoriales, sino la reliquidación de la indemnización con la inclusión de la totalidad de lo que la demandante devengó por concepto de prima técnica, el Tribunal no podía pasar por alto que la Sección Segunda del Consejo de estado, mediante sentencia del 19 de marzo declaró nulo el artículo 13 del Decreto 2164 de 1991, que había extendido el otorgamiento del régimen de prima técnica para las entidades territoriales y sus entes descentralizados.

Como la norma en que tenía su fuente la prima técnica para las entidades territoriales fue declarada nula con efectos ex - tunc, perdió fuerza ejecutoria el acto que otorgó dicho beneficio, desapareciendo a la vez las condiciones legales para la inclusión de dicho factor en la indemnización reconocida en el acto impugnado.

EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado judicial del demandante interpuso recurso de apelación.

Aunque el Despacho mediante auto de 31 de octubre de 2007, corrió traslado por el término de tres días para que sustentara el recurso de apelación, el recurrente no se pronunció al respecto. Sin embargo, se consideró que con los argumentos expuestos en la interposición del recurso, se podía efectuar un pronunciamiento de fondo, en razón a que en el memorial presentado ante el Tribunal se expuso, lo siguiente:

“ a) Error de derecho al desconocer derechos de carácter nacional cual es la resolución 05737 de julio 12 de 1994, mediante la cual el Ministerio de Hacienda otorgó el reconocimiento de la prima técnica a los funcionarios administrativos del sector educativo; resaltando la propia afirmación de la providencia en el sentido de que este no es el tema principal del proceso, ni debatido en él.

b) Error de hecho al desconocer la continuidad de la relación laboral del demandante, probada con suficiencia en el plenario desde los presupuestos mismos de ingreso y retiro de la resolución atacada, pasando por el acta de posesión y los demás documentos obrantes en el expediente.

c) La deficiencia de la comprensión de la norma que ordena incluir dentro del cálculo del salario base de liquidación (entre otros derechos), la prima técnica recibida durante el último año de servicio, para calcular la indemnización por supresión de cargo por el tiempo servido.”

Agotado el trámite procesal y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

El problema a dilucidar se centra en establecer si le asiste razón a la demandante en reclamar la reliquidación de la indemnización que recibió por la supresión del cargo que ocupaba, para que se le incluya el promedio del total recibido durante el último año de servicios por concepto de prima técnica.

El artículo 140 del Decreto 1572 de 1998, reglamentario de la Ley 443 del mismo año, que sustenta la pretensión de la parte actora, señala:

“La indemnización se liquidará con base en el salario promedio causado durante el último año de servicios, teniendo en cuenta los siguientes **factores**:

1. Asignación básica mensual devengada a la fecha de supresión del cargo.
2. **Prima técnica.**
3. Dominicales y festivos.

4. Auxilios de alimentación y de transporte.
5. Prima de navidad.
6. Bonificación por servicios prestados.
7. Prima de servicios.
8. Prima de vacaciones.
9. Prima de antigüedad.
10. Horas extras
11. Los demás que constituyan factor de salario.”

Como la parte actora no aportó el acto administrativo que le reconoció la prima técnica, bien hizo el Tribunal en solicitarlo; sin embargo, el Secretario de Educación Distrital en respuesta manifestó que “..revisada la hoja de vida de la señora *MARÍA CERVANTES DE OROZCO* no aparece Acto Administrativo por medio del cual se le reconoció la Prima Técnica a la mencionada señora.” (fl. 58)

En todo caso, **la demandante relató en el acápite de los hechos que la prima técnica le fue reconocida con base en el Decreto 1661 de 1991 y especialmente en el Decreto 2164 del mismo año**, y para demostrar que sí la percibió, aportó la certificación suscrita por el Secretario de Educación Distrital, donde consta que en calidad de Auxiliar de Servicios Generales, recibió mensualmente durante el último año de servicios, una prima técnica para el año 2000 de \$266.062 y para el año 2001 de \$289.342 (fls. 44 y siguientes)

Ante este panorama, el Tribunal concluyó, que si bien la demandante había percibido la prima técnica, según la ley, no podía devengarla, porque mediante providencia del 23 de Agosto de 1995, proferida por esta Corporación, se suspendió el artículo 13 del Decreto 2164 de 1991, que establecía la posibilidad de asignar prima técnica a empleados del nivel territorial; y además, después se decretó la nulidad de esta misma disposición, mediante sentencia el 19 de marzo de 1998¹, en virtud del desbordamiento de los límites de la potestad reglamentaria del Presidente de la República frente al régimen de prima técnica, al hacerse extensivo su otorgamiento a los empleados públicos de las entidades territoriales y a sus entes descentralizados, cuando la finalidad del Legislador ordinario, al conferir las potestades extraordinarias, fue únicamente englobar o comprender los empleos del sector público del orden nacional.

¹ Expediente No. 11955. Sección Segunda. Consejero Ponente Dr. Silvio Escudero Castro

La anterior precisión del Tribunal, es innegable, advirtiendo además que la prima técnica para el nivel operativo o asistencial, - nivel, al cual pertenecía la actora - mientras que estuvo vigente la prima técnica para el nivel territorial, únicamente se podía reconocer por evaluación de desempeño (artículo 3º del Decreto 1661 de 1991)

Dice el recurrente que la legalidad del acto de reconocimiento de la prima técnica, no es el tema principal del proceso, sino la aplicación de la norma que ordena incluir dicho beneficio en la base de liquidación de la indemnización por supresión del cargo, sin perjuicio alguno.

La apreciación del recurrente, resulta equivocada, toda vez que el Juez no puede convalidar los derechos de los administrados, mediante un simple silogismo con el objeto único de conectar una norma, dado que la aplicación de ésta depende del papel que juega en cada caso concreto, pues puede ser que la norma encaje, pero injustamente.

En primer lugar se debe advertir que la norma que sustenta la pretensión de la parte actora, señala que la indemnización se liquidará *“con base en el salario promedio causado durante el último año de servicios, teniendo en cuenta los siguientes factores:...”*; **lo anterior indica que no es todo lo percibido, a cualquier título o sin un justo título**, pues para ser considerado un emolumento como factor salarial, debe suponerse que fue devengado, mediante un justo título. Así entonces en el caso de la prima técnica que según la norma en comento puede ser incluida en la indemnización por supresión del cargo, podrá ser considerado como factor salarial, claro está, dependiendo de la legalidad del acto administrativo que reconoció el elemento salarial de la prima técnica, es decir, como ya se dijo, mediante un justo título.

Si bien no se conoce la fecha del acto administrativo que reconoció la prima técnica, como bien lo anotó el Tribunal, por la suspensión y posterior anulación del artículo 13 del Decreto 2164 de 1991, que establecía la posibilidad de asignar prima técnica a empleados del nivel territorial, sin duda, para el 2002, año en el cual la actora pidió la indemnización, ya había ocurrido el decaimiento de ese acto particular, concretamente por desaparición de los fundamentos de derecho, fenómeno jurídico contemplado en el artículo 66 del C.C.A.

Aunque el Tribunal no lo dijo, el acto administrativo por medio del cual se concedió el beneficio de la prima técnica por evaluación de desempeño a la actora, pudo expedirse cuando el artículo 13 del Decreto 2164 de 1991, había sido suspendido o anulado, caso en el cual, el acto administrativo, debe inaplicarse de oficio, debido a su ilegalidad.

La excepción de ilegalidad se fundamenta en “la necesidad de inaplicar aquellas disposiciones que por ser contrarias a aquellas otras de las cuales se derivan su validez, dan lugar a la ruptura de la armonía normativa. Así, aunque la Constitución no la contemple expresamente... resulta obvio que las disposiciones superiores que consagran rangos y jerarquías normativas, deben ser implementadas mediante mecanismos, que las hagan efectivas, y que, en ese sentido, la posibilidad de inaplicar las normas de inferior rango que resulten contradictorias a aquellas otras a las cuales por disposición constitucional deben subordinarse, es decir, la excepción de ilegalidad, resulta acorde con la Constitución”.²

Así las cosas, la Sala confirmará la sentencia apelada, pues la actora no puede exigir que la prima técnica sea incluida como factor para la indemnización por supresión del cargo, debido a que el acto administrativo que concedió tal beneficio, si no perdió fuerza ejecutoria, es contraria a aquella de la cual se deriva su validez.

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

F A L L A

CONFÍRMASE la sentencia de 5 de julio de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, dentro del proceso promovido por la señora MARÍA FLORALBA CERVANTES OROZCO contra el DISTRITO ESPECIAL INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

² Corte Constitucional, sentencia C-037 de enero 26 de 2000.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO