



Función Pública

Concepto 100081 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000100081

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000100081

Fecha: 11/03/2020 03:12:50 p.m.

Bogotá D. C

REFERENCIA.: REMUNERACIÓN-. Prima Técnica por evaluación del desempeño - Cambio de empleo. RADICADO. 20203060049462 de fecha 05 de febrero de 2020

En atención a su consulta de la referencia, mediante la cual consulta si conservaría la prima técnica por evaluación del desempeño que le fue reconocida por orden judicial en un empleo del nivel asistencial en una entidad territorial, como consecuencia de cambio de empleo a uno del nivel técnico, al cual concurso y en el que sería nombrado en periodo de prueba, me permito manifestarle lo siguiente:

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que en relación con el cumplimiento de las decisiones judiciales, el artículo 189 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, frente al cumplimiento de las sentencias, refiere:

«ARTÍCULO 189. Efectos de la sentencia. (...) Las sentencias ejecutoriadas serán obligatorias y quedan sometidas a la formalidad del registro de acuerdo con la ley.

En los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho, la entidad demandada, dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la notificación de la sentencia que resuelva definitivamente el proceso, cuando resulte imposible cumplir la orden de reintegro del demandante al cargo del cual fue desvinculado porque la entidad desapareció o porque el cargo fue suprimido y no existe en la entidad un cargo de la misma naturaleza y categoría del que desempeñaba en el momento de la desvinculación, podrá solicitar al juez de primera instancia la fijación de una indemnización compensatoria. (...)».

Por su parte, el Código General del Proceso, establece:

«ARTÍCULO 302. Ejecutoria. Las providencias proferidas en audiencia adquieren ejecutoria una vez notificadas, cuando no sean impugnadas o no admitan recursos.

No obstante, cuando se pida aclaración o complementación de una providencia, solo quedará ejecutoriada una vez resuelta la solicitud.

Las que sean proferidas por fuera de audiencia quedan ejecutoriadas tres (3) días después de notificadas, cuando carecen de recursos o han vencido los términos sin haberse interpuesto los recursos que fueren procedentes, o cuando queda ejecutoriada la providencia que resuelva los interpuestos.»

Conforme a lo anterior, es claro que las sentencias judiciales debidamente ejecutoriadas son de obligatorio cumplimiento, con sujeción estricta a sus términos y condiciones.

De tal manera que corresponde a las partes de un proceso realizar todas las acciones necesarias para dar cumplimiento a las sentencias que se emitan por los distintos despachos judiciales dentro de los términos legalmente establecidos y con sujeción estricta a las condiciones señaladas en los respectivos fallos judiciales.

De otra parte, en cuanto al reconocimiento de la prima técnica a un empleado que presta sus servicios en una entidad el nivel territorial, es necesario tener en cuenta las siguientes consideraciones:

El Decreto 2164 de 1991, reglamento el Decreto Ley 1661 del mismo año por el cual se desarrollaban las facultades extraordinarias que le otorgó la Ley 60 de 1990 al Presidente de la República para tomar algunas medidas con relación a los empleos del sector público del orden nacional, en el artículo 13 señalaba:

“OTORGAMIENTO DE LA PRIMA TÉCNICA EN LAS ENTIDADES TERRITORIALES Y SUS ENTES DESCENTRALIZADOS. Dentro de los límites consagrados en el decreto ley 1661 de 1991 y en el presente decreto, los Gobernadores y los Alcaldes, respectivamente, mediante decreto, podrán adoptar los mecanismos necesarios para la aplicación del régimen de prima técnica, a los empleados públicos del orden departamental y municipal, de acuerdo con las necesidades específicas y la política de personal que se fije para cada entidad.”

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, mediante sentencia del 19 de marzo de 1998, con la Ponencia del Magistrado Silvio Escudero Castro, declaró nulo el artículo 13 del Decreto 2164 de 1991, mediante el cual se facultaba a los Gobernadores y Alcaldes para adoptar los mecanismos necesarios con el fin de adoptar la prima técnica de los empleados públicos del nivel territorial.

La misma Corporación en Sentencia del 17 de julio de 1995 de la Sala de lo Contencioso Administrativo, precisó lo siguiente en relación con los derechos adquiridos del empleado público:

“Respecto de los derechos adquiridos de los servidores públicos ha dicho la sala que solamente pueden invocarse respecto de aquellos derechos laborales que el servidor ha consolidado durante su relación laboral, no sobre expectativas que dependan del mantenimiento de una legislación de derecho público, a cuya intangibilidad no se tiene ningún derecho.”

“La garantía de los derechos adquiridos protege aquellos derechos que se considera han ingresado al patrimonio del titular, como podría predicarse del derecho a un salario causado, a una pensión cuando se ha adquirido el estatus de pensionado según la ley, a unas vacaciones consolidadas, en fin, a todos los derechos que por el ejercicio del empleo hacen parte del patrimonio del servidor, es decir que tal garantía tiene que ver con las situaciones jurídicas particulares consolidadas, no con la regulación de general y abstracto.”

El Alto Tribunal en Sentencia del 24 de enero de 2002, Radicación número: 68001-23-15-000-2001-2097-01(ACU-2097), de Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, respecto a la nulidad del artículo 13 del Decreto 2164 de 1991, precisó lo siguiente:

“PERDIDA DE FUERZA EJECUTORIA - Exequibilidad condicionada del artículo 66 del C.C.A.: implica protección de derechos adquiridos /

DERECHOS ADQUIRIDOS - La prima técnica de servidores territoriales fue anulada por hacerla extensiva a éstos / PRIMA TÉCNICA A SERVIDORES TERRITORIALES - Falta de competencia / ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO - No procede ante pérdida de fuerza ejecutoria

Es cierto que la Corte Constitucional en la sentencia C-069 de 23 de febrero de 1995 (Magistrado ponente doctor Hernando Herrera Vergara) condicionó la exequibilidad del artículo 66 del C.C.A. a la protección de los derechos adquiridos, pero también lo es que en esta materia la jurisprudencia de esa y esta Corporación ha sido reiterada y uniforme en cuanto a considerar que tales derechos están supeditados a que para su concesión se haya respetado la Constitución y la ley. De tal manera que como lo que motivó la declaratoria de nulidad del citado artículo 13 del Decreto 2164 de 1991, según se lee en el texto de la sentencia de la Sección Segunda, proferida dentro del expediente núm. 11.995 (Consejero ponente doctor Silvio Escudero), fue el hecho de hacer extensivo el otorgamiento del régimen de prima técnica a las entidades territoriales y a sus entes descentralizados, el acto objeto de la acción de cumplimiento estaría, en principio, afectado del vicio de falta de competencia del funcionario que lo expidió (Director del Hospital de Girón) y, en esas condiciones, no puede afirmarse enfáticamente que se esté en presencia de un derecho adquirido, lo que impide considerar que se encuentran satisfechos los presupuestos requeridos para la viabilidad de la acción. Por lo demás, la aplicación del acto de que aquí se trata supone la verificación de un gasto o de una erogación presupuestal, lo cual, igualmente, conlleva a que la acción resulte improcedente. (Subrayado fuera del texto).

Así mismo, en Sentencia No 15001233100020010168901 de 21 de mayo de 2009 de la Subsección “B”, Sección Segunda de Sala de Contencioso Administrativo, respecto al reconocimiento de Prima Técnica en las entidades territoriales y sus entes descentralizados, consideró:

“Con la expedición del decreto 2164 de 1991, el Presidente de la República en uso de las facultades extraordinarias consagradas en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política autorizó a las entidades territoriales y a sus entes descentralizados aplicar el régimen de prima técnica consagrado en el decreto 1661 de 1991, en los siguientes términos:

“Decreto 2164 de 1991. Artículo 13: Dentro de los límites consagrados en el Decreto ley 1661 de 1991 y en el presente Decreto, los Gobernadores y los Alcaldes respectivamente, mediante Decreto, podrán adoptar los mecanismos necesarios para la aplicación del régimen de prima técnica, a los empleados públicos del orden departamental y municipal, de acuerdo con las necesidades específicas y la política personal que se fije para cada entidad”.

El Consejo de Estado en sentencia del 19 de marzo de 1998^{1,2}, declaró la nulidad del artículo transcrito precisando que el artículo 9° del decreto 1661 de 1991, al prever que las entidades descentralizadas de la Rama Ejecutiva, deberán tomar las medidas pertinentes para aplicar el régimen de Prima Técnica, de acuerdo con sus necesidades específicas y la política de personal que adopten, se refirió a los órganos del orden nacional.

La nulidad tuvo como fundamento las siguientes consideraciones:

“Una interpretación gramatical, sistemática, coherente, histórica y teleológica de los anteriores preceptos, lleva a establecer que cuando el artículo 9° del Decreto 1661 de 1991, se refiere al otorgamiento de la prima técnica de las entidades descentralizadas, abarca única y exclusivamente a las del orden nacional, habida cuenta que, se reitera, la Ley de facultades en su epígrafe es diáfana al respecto.

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

En el mismo orden de ideas se anota que la frase “y se dictan otras disposiciones”, contenida tanto en el rótulo de la Ley 60 de 1990 como en el Decreto 1661 de 1991, debe descifrarse en el entendido de que las mismas deben ligarse y relacionar con el orden nacional, pues es el contenido lógico de dicho concepto. Por tal razón la censura formulada en torno a este aspecto por la parte actora deviene inane”.

Los razonamientos expuestos son concluyentes en señalar que las normas que rigen la prima técnica no conceden el derecho a los empleados del orden departamental como es el caso del Cesar Ricardo Peña Vargas, quien desde el año 1987 presta sus servicios al Departamento de Boyacá en la Secretaría de Salud hoy Instituto Seccional de Salud de Boyacá, ejerciendo para el año 2004 el cargo de Profesional Especializado en carrera administrativa.” (Negrilla y subrayado fuera de texto)

De acuerdo con lo anterior tenemos que a partir de la vigencia de la sentencia de nulidad del artículo 13 del Decreto 2164 de 1991, no hay norma que consagre la posibilidad de otorgamiento de prima técnica para los empleados de las entidades del nivel territorial.

Así mismo, en razón a los motivos que llevaron a la declaratoria de Nulidad del artículo 13 del mencionado Decreto, se consideró por parte del Consejo de Estado que no se estaba en presencia de derechos adquiridos en relación con los empleados a quienes les fue concedida prima técnica antes de la declaratoria de nulidad.

No obstante, en relación con la prima técnica por evaluación del desempeño para los empleados que prestan sus servicios en entidades de la rama ejecutiva del orden nacional, el artículo 5 del Decreto 2164 de 1991 fue modificado por el Decreto 1164 del 1 de junio de 2012, consagra:

“ARTICULO 1°. Modificase el artículo 5 del Decreto 2164 de 1991, el cual quedara así:

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

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 noventa por ciento (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 periodos 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 asigne 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”.*

Con respecto a la vigencia del citado decreto, el artículo 2, señala:

“ARTICULO SEGUNDO, 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.”

De acuerdo con lo anterior, las Entidades de la rama ejecutiva del orden nacional debían ajustar su reglamentación interna a lo establecido en la norma citada, que en este caso es el Decreto 1164 del 1 de junio de 2012, en el sentido de que la evaluación del desempeño con base en la cual se otorga por primera vez, la prima técnica debe corresponder a un periodo no inferior a tres (3) meses en el ejercicio del cargo en propiedad.

Esta disposición aplicaría para quienes tomen posesión de sus cargos con posterioridad a la expedición del Decreto 1164 de 2012, esto es, el 1 de junio.

Tal como lo señala el citado decreto, la entidad deberá adoptar un sistema especial de calificación, diferente a los Acuerdos de Gestión, en el

cual se establezcan los criterios de desempeño, las escalas y los periodos mínimos a evaluar, para lo cual podrá utilizarse el instrumento de evaluación de los empleados de carrera administrativa.

Ahora bien, en criterio de esta Dirección Jurídica, se considera que no podría asignarse Prima Técnica por evaluación del desempeño a un empleado que desempeñará un cargo del nivel técnico, con base en la calificación de servicios obtenida en un cargo del nivel asistencial el cual es diferente, sumado al hecho de que en el nivel territorial no existe marco normativo que permita su reconocimiento y pago.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web www.funcionpublica.gov.co/eva en el link "Gestor Normativo" donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: C. Platin

Revisó: José Ceballos

Aprobó: Armando López

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. (2) Magistrado Ponente doctor Silvio Escudero. Radicado 11955. Actor: Félix Hoyos Lemus.

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:10:14