

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN B

MAGISTRADO PONENTE: CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Bogotá D.C., veinte (20) de febrero de dos mil veinte (2020)

Radicado : 250002342000201401002 01
N° Interno : 2377 – 2018
Demandante : CONGRESO DE LA REPÚBLICA –
SENADO DE LA REPÚBLICA
Demandado : MARGARITA ROSA GUTIÉRREZ CUBILLOS
Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Tema : Acción de Lesividad - Prima Técnica
Segunda Instancia – Ley 1437 de 2011

Se desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el once (11) de octubre de dos mil diecisiete (2017), por medio de la cual la Subsección C de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 247¹ del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda

Nación, Congreso de la República, Senado de la República, por intermedio de apoderada judicial, en ejercicio del medio de control previsto en el artículo 138

¹ **“ARTÍCULO 247. TRÁMITE DEL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIAS.** El recurso de apelación contra las sentencias proferidas en primera instancia se tramitará de acuerdo con el siguiente procedimiento: (...) 4. Admitido el recurso o vencido el término probatorio si a él hubiere lugar, el superior señalará fecha y hora para la audiencia de alegaciones y juzgamiento, que deberá llevarse a cabo en un término no mayor a veinte (20) días. Si el Magistrado Ponente considera innecesaria la celebración de audiencia ordenará, mediante auto que no admite recurso alguno, la presentación de los alegatos por escrito dentro de los diez (10) días siguientes, caso en el cual dictará sentencia en el término de los veinte (20) días siguientes. Vencido el término que tienen las partes para alegar, se surtirá traslado al Ministerio Público por el término de diez (10) días, sin retiro del expediente. (...)”.

del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, solicitó que se declare la nulidad de la Resolución 415 del 6 de marzo de 1996 a través de la cual se reconoció y ordenó el pago de un porcentaje de la prima técnica (50% del sueldo básico mensual) por desempeñar el cargo de Jefe de la Sección de Bienestar y Urgencias Médicas del Senado de la República.

A título de restablecimiento del derecho, peticionó que se declare que la señora Margarita Rosa Gutiérrez Cubillos, no tenía derecho al reconocimiento de la prima técnica, toda vez que no ostentaba la calidad de funcionaria o empleada nombrada con carácter permanente, en cuanto fue vinculada en provisionalidad. De la misma forma, solicitó condenar a la demandada al pago de doscientos cuarenta y tres millones novecientos doce mil ciento noventa y dos (\$243.912.192) como daño emergente, correspondiente a las sumas de dinero pagadas por concepto de prima técnica, desde la fecha en que se reconoció y hasta el 17 de febrero de 2014. También peticionó que se suspendiera el pago de la prima técnica reconocida mediante el acto administrativo demandado; ordenar que el fallo que ponga fin a este proceso, deberá ser ejecutado y cumplido en los términos de la Ley 1437 de 2011; y, condenar en costas y agencias en derecho a la parte demandada, en caso de existir oposición.

1.1. Hechos

Los hechos en que se fundan las pretensiones de la demanda (ff. 22 - 34), en síntesis son los siguientes:

La señora Margarita Rosa Gutiérrez Cubillos fue nombrada provisionalmente por el término de 4 meses, en el cargo de Jefe de la Sección de Bienestar y Urgencias Médicas Grado 09, Código 4.10 en el Senado de la República, a través de la Resolución 051 del 31 de enero de 1996, tomando posesión el 5 de febrero del mismo año.

El Director General Administrativo de Senado de la República mediante la Resolución 415 del 6 de marzo de 1996, le reconoció a la demandada la prima técnica, en un porcentaje equivalente al 50% del sueldo básico mensual

devengado en el cargo de Jefe de la Sección de Bienestar y Urgencias Médicas.

Afirmó que el acto administrativo demandado, no obstante fundamentarse en los Decretos 1661, 2164 y 2573 de 1991, que reglamentan la prima técnica para los empleados públicos de la rama ejecutiva del poder público, fue expedido en forma ilegal, en cuanto no se consideró que para acceder al reconocimiento no se puede conceder a funcionarios nombrados en provisionalidad, como es el caso de la demandada, que desde su vinculación con el Senado de la República, fue en forma provisional.

Sostuvo que conforme a la certificación expedida por la Jefe de la Sección de Registro y Control del Senado de la República, con fecha 17 de febrero de 2014, a la demandada se le ha cancelado por concepto de prima técnica la suma de \$243.912.192.

1.2. Normas violadas

Como normas violadas se citan en la demanda las siguientes: los artículos 2 y 6 de la Constitución Nacional; 4 del Decreto Reglamentario 2164 de 1991.

2. Contestación de la demanda

La señora Margarita Rosa Gutiérrez Cubillos mediante apoderado judicial, contestó la demanda mediante memorial visible a folios 112 a 116 del expediente, oponiéndose a las pretensiones, por considerarlas infundadas. Sostuvo que el acto administrativo surtió todas las etapas legales administrativas, acreditando los requisitos de ley para acceder al reconocimiento de la prima técnica, los cuales fueron revisados y analizados por las autoridades administrativas competentes (Jefe de la División de Recursos Humanos del Senado de la República), quien emitió concepto favorable y fue el Director General Administrativo como ordenador del gasto, quien autorizó el reconocimiento de la mencionada prestación.

Alegó que la demandada ha desempeñado varios cargos en el Senado de la República desde el 31 de enero de 1996, que le da derecho a la prima técnica,

en cuanto ha estado vinculada por más de 19 años, que le otorga el carácter de permanente, cumpliendo con dicha condición, conforme lo señala la ley.

Propuso las excepciones de primacía de la realidad sobre la formalidad, en cuanto está vinculada con el Senado de la República, por más de 19 años sin interrupción alguna al servicio de la entidad, ejerciendo cargos que le dan derecho a la prima técnica, por lo que la provisionalidad ha perdido vigencia debido a que la administración no ha tenido la capacidad de llamar a concurso para proveer el cargo.

3. Medida Cautelar

Nación, Congreso de la República, Senado de la República en su condición de parte demandante, solicitó la suspensión de los efectos de la Resolución 415 del 6 de marzo de 1996, acto administrativo demandado, a través del cual se le reconoció y ordenó el pago de la prima técnica a la señora Margarita Rosa Gutiérrez Cubillos, por encontrarse desempeñando el cargo de Jefe de la Sección de Bienestar y Urgencias Médicas de la entidad.

Conforme a lo manifestado en la audiencia inicial llevada a cabo el 28 de septiembre de 2016, a través del proveído calendado el 28 de agosto de 2015, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, accedió a la solicitud de suspensión provisional los efectos del acto administrativo demandado.

4. Sentencia de primera instancia

La Subsección C de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, a través de la sentencia proferida el 11 de octubre de 2017 (ff. 164 – 172 reverso), accedió a declarar la nulidad del acto administrativo demandado mediante el cual se le reconoció la prima técnica por desempeñar el cargo de Jefe de la Sección de Bienestar y Urgencias Médicas Grado 09, y negó las demás pretensiones de la demanda.

Luego de realizar un recuento del material probatorio allegado al expediente y el análisis normativo aplicable al caso, concluyó que para acceder al reconocimiento de la prima técnica, se debe acreditar desempeñar el cargo en propiedad, condición que no cumple la demandada, en cuanto desde su

vinculación con el Senado de la República, los empleos que ha ejercido han sido en provisionalidad, conforme se desprende de los actos de nombramiento.

Sostuvo que la demandada no tiene derecho a percibir la prima técnica, por cuanto el cargo ejercido desde el 5 de febrero de 1996, si bien lo ha desempeñado de manera continua, la vinculación se realizó en la modalidad de provisionalidad, el cual *“por el solo hecho del transcurso del tiempo no muta, ni genera derechos de carrera”*, motivo por el cual no cumple con los presupuestos sustanciales exigidos en la norma para beneficiarse de la prima técnica.

Conforme con lo anterior, el acto administrativo demandado, se contrapone a la normatividad que establece los requisitos para acceder al reconocimiento de la prima técnica, en tanto se otorgó, desconociendo que no tenía el derecho, lo que conlleva que se acceda a la pretensión de declaratoria de nulidad, y cese la obligación para la entidad demandante, el deber de continuar pagando la prima técnica a la accionada.

En relación con el restablecimiento del derecho, el *a quo* sostuvo que el reembolso de las sumas de dinero recibidas por dicho concepto, no es procedente en aplicación a las disposiciones contenidas en el literal c) del numeral 1 del artículo 164 del CPACA, en cuanto no hay lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe, circunstancia que no fue controvertida en el curso del proceso.

5. Fundamento del recurso de apelación

La señora Margarita Rosa Gutiérrez Cubillos a través de apoderado judicial, formuló recurso de apelación en contra de la sentencia del 11 de octubre de 2017, solicitando se revoque la sentencia apelada, y en su lugar, se nieguen las pretensiones de la demanda, con las siguientes consideraciones (ff. 181 a 185 del expediente):

Señaló que los Decretos 2285 de 1968, 1950 de 1973 y 1661 de 1991, no refieren nada respecto a que es necesario el nombramiento fuese en propiedad o permanente, para tener derecho al reconocimiento de la prima técnica, exclusivamente hacen referencia a los cargos que daban el derecho.

Sostuvo que el Decreto 2164 de 1991, el que por primera vez habla del requisito de que el nombramiento debe ser en propiedad, excediéndose al imponer un requisito nuevo que no existía. Sostuvo que un decreto reglamentario no puede modificar la ley, al incorporar el requisito desempeñar en propiedad el cargo.

Alegó que fue a través del Decreto 1724 de 1997, que en desarrollo de la Ley 4ª de 1992, se autorizó al Gobierno Nacional para que se fijara el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, y quien en el artículo 4, estableció un régimen de transición respecto de que se continuará percibiendo la prima técnica en los cargos diferentes a los señalados en la mencionada norma. Conforme con lo anterior, la demandada fue nombrada a partir del 5 de febrero de 1996, fecha que no se requería que el nombramiento fuese en propiedad, motivo por el cual se le concedió el derecho a percibirla

Reiteró el principio constitucional de la supremacía de la realidad sobre la formalidad, en cuanto la demandada se encuentra vinculada al Senado de la República desde el 5 de febrero de 1996, en el cargo que le dio el derecho a la prima técnica, ininterrumpidamente, que le da el carácter de funcionaria con carácter permanente, al superar el término que la ley establece para desempeñar un cargo en provisionalidad.

5. Alegatos de conclusión

Vencido el término concedido para presentar alegatos de conclusión en segunda instancia, mediante auto de fecha 13 de septiembre de 2018, las partes no realizaron manifestación alguna al respecto.

6. Concepto del Agente del Ministerio Público

El Procurador Tercero Delegado ante el Consejo de Estado, mediante concepto No. 370 – 2018 del 10 de diciembre de 2018, visible a folios 216 a 225 del expediente, solicitó se confirme la sentencia apelada.

En relación con la aplicación del principio de la supremacía de la realidad sobre las formalidades, manifestó que el mismo no prospera en cuanto de una

vinculación irregular no se puede generar un derecho legítimo, cuando la infracción a la ley, es continúa por las partes de la relación laboral, y el paso del tiempo no purga las condiciones de regularidad que deben asistir el ingreso al servicio público y su permanencia.

Sostuvo que haber superado los períodos de provisionalidad en forma sistemática, no hace que el servidor mute a otra forma de vinculación, y los derechos que le sean aparejados. La aplicación del principio de primacía de la realidad, se refiere al reconocimiento de prestaciones sociales derivadas de una relación laboral que se desprenden de la ejecución de contratos de prestación de servicios, sin que ello se presente en este caso, en donde existe una vinculación.

Respecto a que la ley no exigía el nombramiento en propiedad, sostuvo que *“es de tal entidad el desfase de la argumentación que no era ni es necesario para la Ley expresar la improcedencia de esa asignación a quien no es parte del servicio público en forma permanente y cuya estadía es precaria y carente de garantía de estabilidad y las derivadas de ésta, pues la vinculación en provisionalidad, como su nombre o indica, se hace mientras el empleo es proveído por los medios previstos en la Constitución y la Ley para el ingreso formal al servicio en cargos de carrera administrativa y mientras se surte una situación administrativa”*

Consideró que los cargos desempeñados por la demandada, no guardan similitud con los empleos destinatarios de la prima técnica, en cuanto se concede a los cargos de confianza, lo cual dejó por fuera del beneficio a quienes se vincularon con posterioridad al servicio en cargos de carrera administrativa, motivo por el cual el acto administrativo demandado fueron expedidos con apego a los criterios válidos de 1991, no tienen cabida y surgió de una ilegalidad sobreviniente, a parte de la inicial improcedencia de asignación a personal vinculado en provisionalidad.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo², el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto.

2.2. Problema jurídico

El problema jurídico que se debe resolver en esta instancia, se resume en establecer si la señora Margarita Rosa Gutiérrez Cubillos, en su calidad de funcionaria perteneciente al Senado de la República, tiene derecho al reconocimiento y pago de la prima técnica realizado a través de la Resolución 415 del 6 de marzo de 1996, en su condición de Jefe de la Sección de Bienestar y Urgencias Médicas, nombrada en provisionalidad, conforme a las previsiones de los Decretos 1661 y 2164 de 1991.

La Subsección C de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, a través de la sentencia proferida el 11 de octubre de 2017, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

2.3. Análisis de la Sala

A través de la Ley 52 de 1978 se determinó la planta de personal para el Congreso Nacional, se fijó las asignaciones y entre ellas, el derecho al reconocimiento de una prima técnica, en los siguientes términos:

“Artículo 9. Las Comisiones de la Mesa del Senado y de la Cámara de Representes podrán reconocer prima técnica hasta por un valor equivalente al cuarenta por ciento (40%) de la asignación básica mensual a los funcionarios elegidos por las plenarias de ambas corporaciones; y los Directores Administrativos, a los Secretarios de las Comisiones Constitucionales y Legales Permanentes y a aquellos empleados cuyas funciones sean de carácter técnico definido por la ley.

La asignación de prima técnica se hará por resolución motivada e individual, previa valoración de las calidades profesionales y personales que se relacionen directamente con las funciones inherentes al cargo, mediante una ponderación de factores correspondientes a los títulos, experiencia y calidad. Asignada la prima técnica, cesará en su disfrute por cambio de cargo; sin embargo, si el nuevo empleo fuere susceptible de su asignación, podrá decretarse.

² El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia.

El reconocimiento de prima técnica se hará con base en la siguiente proporción: estudios y títulos, hasta un veinte por ciento (20%) y, experiencia, hasta el veinte por ciento (20%) complementario.”

Posteriormente, el artículo 386 de la Ley 5ª de 1992 a través del cual “*se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes*” señaló un régimen especial de transición para proteger los derechos adquiridos de los empleados del Congreso de la República que pertenecían a la planta de personal de la Ley 52 de 1978, y pasaron a ocupar cargos en la nueva planta de personal, en los siguientes términos:

“PERSONAL ACTUAL. Los empleados que a la expedición de la presente Ley se encuentren vinculados al Congreso y sean nombrados en un cargo de la nueva planta, seguirán disfrutando de las prestaciones sociales en los términos y condiciones legales establecidos a la fecha y expedición de esta Ley.”

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

Con la expedición de la Ley 60 de 1990³ el Congreso de la República, confirió facultades extraordinarias al Presidente para modificar entre otros, el régimen de prima técnica en las distintas ramas y organismos del sector público, a fin de que además de los criterios existentes, se permitiera su pago ligado a la evaluación de desempeño; facultades que se extendían a la definición del campo de aplicación de dicho reconocimiento, al procedimiento y requisitos para su asignación a los empleados del sector público del orden nacional.

³ **LEY 60 DE 1990 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 seis (6) meses, contados a partir de la vigencia de la presente ley, para adoptar las siguientes medidas en relación con los empleos de las distintas ramas y organismos del poder público. (...)

3o. Modificar el régimen de la prima técnica, para que además de los criterios existentes en la legislación actual, se permita su pago ligado a la evaluación del desempeño y sin que constituya factor salarial. Para el efecto, se determinará el campo y la temporalidad de su aplicación, y el procedimiento, requisitos y criterios para su asignación.

En ejercicio de las citadas facultades, el Presidente de la República expidió el Decreto Ley 1661 de 1991, por medio del cual se modificó el régimen de prima técnica existente y se definió el campo de aplicación de dicho beneficio económico, estableciendo como factores para su reconocimiento “la formación avanzada y experiencia altamente calificada” y “la evaluación del desempeño”, lo que quedó consignado en los siguientes términos:

“ARTICULO 1o. DEFINICION Y CAMPO DE APLICACION. La Prima Técnica es un reconocimiento económico para atraer o mantener en el servicio del Estado a funcionarios o empleados altamente calificados que se requieran para el desempeño de cargos cuyas funciones demanden la aplicación de conocimientos técnicos o científicos especializados o la realización de labores de dirección o de especial responsabilidad, de acuerdo con las necesidades específicas de cada organismo. Así mismo será un reconocimiento al desempeño en el cargo, en los términos que se establecen en este Decreto.

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

ARTICULO 2o. CRITERIOS PARA OTORGAR PRIMA TECNICA. 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 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 tres (3) años, o

b). Evaluación del desempeño. (...). ”.

La norma antes transcrita, no solo posibilitó el otorgamiento en razón del desempeño, sino que reiteró el derecho a la prima técnica teniendo en cuenta las calidades específicas del funcionario o empleado frente a determinado cargo, criterios que vendrían a ser reglamentados posteriormente a través del Decreto 2164 de 1991. Sin embargo, cabe anotar que la aplicación de las reglas contenidas en la citada norma, se predicaba exclusivamente de los funcionarios o empleados de la Rama Ejecutiva del Poder Público, lo que impedía la extensión de sus beneficios a los demás empleados públicos del Estado.

En efecto, el artículo 3º del Decreto 1661 de 1991, delimitó los niveles a los cuáles se les podía reconocer la prima técnica teniendo en cuenta cada uno

de los factores establecidos, consagrando expresamente la incompatibilidad para percibir simultáneamente dos pagos por dicho concepto, así:

“ARTICULO 3o. NIVELES EN LOS CUALES SE OTORGA PRIMA TÉCNICA. Artículo modificado por el Decreto 1724 de 1997. 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.

PARAGRAFO. En ningún caso podrá un funcionario o empleado disfrutar de más de una Prima Técnica.”.

Por su parte, el Decreto 2164 de 1991, reglamentario del Decreto Ley 1661 de 1991, definió con mayor precisión las reglas para el otorgamiento de la prima técnica bajo los criterios inicialmente establecidos, señalando los requisitos, el procedimiento, la competencia, la cuantía correspondiente para su asignación y las excepciones a la aplicación del régimen general; y en el artículo 1 *ibídem* precisó que tendrían derecho los empleados de los Ministerios, Departamento Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos, Empresas Industriales y Comerciales del estado y Unidades Administrativas Especiales⁴.

De conformidad con lo dispuesto en el Decreto Reglamentario 2164 de 1991, es beneficiario de la prima técnica, el empleado que ocupe, en propiedad, un cargo susceptible de dicha prestación, quien deberá presentar por escrito al jefe de personal o a quien haga sus veces, la solicitud acompañada de los documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos. La prima técnica se otorgará como un porcentaje de la asignación básica mensual que corresponda al empleo del cual es titular el beneficiario, el cual no podrá ser superior al cincuenta por ciento (50%) del valor de la misma, y podrá ser revisado, previa evaluación de los criterios con base en los cuales fue otorgada o cuando el empleado cambie de empleo. En ambos casos, la revisión podrá efectuarse de oficio o a solicitud del interesado.

⁴ **ARTICULO 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.

Luego, el artículo 11 *ibídem*, establece que la prima técnica se pierde: i) “por retiro del empleado de la entidad a la cual presta sus servicios”; ii) “por la imposición de sanción disciplinaria de suspensión en el ejercicio de las funciones, caso en el cual el empleado sólo podrá volver a solicitarla transcurridos dos (2) años, contados a partir de la fecha de ejecutoria de la providencia mediante la cual se impuso la sanción, siempre y cuando el empleo continúe siendo susceptible de asignación de prima técnica”; y, iii) “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 5º de este Decreto o porque hubieren cesado los motivos por los cuales se asignó.”

De la lectura de la normatividad en comento, se considera que la prima técnica podía otorgarse en los niveles directivo, asesor, ejecutivo, profesional, técnico administrativo y operativo o sus equivalentes en los sistemas especiales, siempre y cuando, el empleado se encuentre desempeñando el cargo en propiedad.

En estos términos quedó establecido y reglamentado en principio, el beneficio de prima técnica.

Con fundamento en lo anterior, la Comisión de la Mesa de la Cámara de Representantes, revisó, modificó y reglamentó la prima técnica para sus empleados a través de la expedición de la Resolución 413 del 16 de julio de 1993, en la cual dispuso:

“ARTÍCULO PRIMERO: Reconócese Prima Técnica a los empleados de Planta y Unidad de Trabajo Legislativo, de la Honorable Cámara de Representantes en los términos establecidos por el Decreto Ley 1661 de 1991, Decreto 2164 de Septiembre 17 de 1991 y Ley 52 de 1978.

ARTÍCULO SEGUNDO: El empleado que aspire al reconocimiento de la Prima Técnica, deberá elevar su solicitud ante la comisión de personal, donde acreditará las calidades y requisitos que se relacionen directamente con las funciones inherentes al cargo, para su ponderación por parte de la precitada Comisión, la cual se reunirá para éste efecto por lo menos una vez al mes.

(...)

ARTÍCULO CUARTO: Para asignación de Prima Técnica se valorarán los factores correspondientes, teniéndose en cuenta la asignación básica mensual de conformidad con los siguientes niveles, dentro de los cuales

se aplicarán los respectivos criterios de evaluación de los requisitos:

- 1.- Ejecutivo.*
- 2.- Asesor.*
- 3.- Profesional.*
- 4.- Técnico.*
- 5.- Administrativo.*
- 6.- Operativo.*

(...)

ARTÍCULO DOCE: El cambio del cargo no implica pérdida del derecho a gozar de Prima Técnica. El empleado deberá presentar nueva solicitud acompañada de la correspondiente documentación, de conformidad al artículo segundo de esta resolución ante la Comisión de Personal, la cual determinará por Acto Administrativo, su nueva calificación. En ningún caso podrá reducirse el valor de la Prima Técnica, ya adquirida.

ARTÍCULO TRECE: Los empleados beneficiarios de Prima Técnica podrán en cualquier tiempo solicitar reajuste acreditando el derecho según factores y escala a que corresponda su asignación porcentual. Este trámite se surtirá ante la Comisión de Personal, organismo que debe producir la correspondiente resolución.

(...)."

El Presidente de la República en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4ª de 1992, expidió el Decreto 1724 de 1997, mediante el cual se unificó el régimen de prima técnica para todos los empleados públicos del Estado y modificó entre otras disposiciones, el artículo 3 del Decreto 1661 de 1991, que establecía los niveles y cargos susceptibles del reconocimiento de prima técnica bajo los dos factores mencionados, calidades especiales para el desempeño del cargo y evaluación del desempeño.

Si bien, el Decreto 1724 de 1997 restringió los niveles susceptibles de prima técnica, éste mantuvo los criterios de asignación existentes y extendió dicho beneficio a los diferentes órganos y Ramas del Poder Público, unificando así las disposiciones sobre la materia, lo que quedó consignado en sus artículos 1º y 2º, 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 un cargo de los niveles Directivo, Asesor, o Ejecutivo, 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 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.

(...)."

La modificación contenida dentro de esta norma en cuanto a la prima técnica por título de estudio de formación avanzada y por evaluación del desempeño, eliminó la posibilidad de su reconocimiento en los niveles profesional, técnico, administrativo y operativo, para ampliarla en todos los organismos y Ramas del Poder Público, exclusivamente a sus niveles: **directivo, asesor y ejecutivo o equivalentes**. En los demás aspectos, incluido el régimen de excepción a su aplicación existente⁵, la prima técnica se continuó rigiendo por las disposiciones vigentes, es decir, las consignadas en los Decretos 1661 y 2164 de 1991.

Con la expedición del Decreto 1335 de 1999, se modificó las disposiciones de los artículos 3 y 4 del Decreto 2164 de 1991, así:

"Artículo 1 º. Modificar el artículo 3º 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 tres (3) años de experiencia altamente calificada;

b) Evaluación del desempeño."

Artículo 2 º. Modificar el artículo 4º 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 7º 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 tres (3) años.

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

⁵ Artículo 10º del Decreto Ley 1661 de 1991 y Artículo 2º del Decreto Reglamentario 2164 del mismo año.

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.”

El Decreto 1724 de 1997 fue derogado expresamente por el Presidente de la República con la expedición del Decreto 1336 de 2003, modificando nuevamente el régimen general de prima técnica para los empleados públicos del Estado, especialmente el contenido del Decreto 2164 de 1991, entre otros.

Esta última norma, Decreto 1336 de 2003, mantuvo los dos criterios existentes para el otorgamiento de la prima técnica; sin embargo, restringió los niveles susceptibles de su asignación al personal nombrado con carácter permanente que desempeñara cargos en el nivel Directivo, Jefes de Oficina Asesora o de Asesor, con lo cual quedó eliminado el nivel ejecutivo, cargos que a su vez debían encontrarse adscritos a determinadas dependencias de la administración en el orden nacional o sus equivalentes en los demás órganos y Ramas del Poder Público, lo que se expresó en los siguientes términos:

“Artículo 1°. 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.”

Además de lo anterior, el artículo 4 del Decreto 1336 de 2003⁶, estableció que *“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 1, 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.”*

⁶*“(…) Artículo 5°. Lo dispuesto en los artículos anteriores no se aplicará: (...) 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 (...).”*

Por último, a través del Decreto 2177 de 2006, se modificó el artículo 3 del Decreto 2164 de 1991, que a su vez fue modificado por el artículo 1 del Decreto 1335 de 1999, en los siguientes términos:

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

***Artículo 3º.** 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 1º 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 cinco (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 cinco (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 un (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 cinco (5) años de experiencia altamente calificada, o evaluación del desempeño, se evaluará según el sistema que adopte cada entidad.

***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.”

De todo lo anterior se observa, que la prima técnica tuvo diversos cambios dirigidos a limitar el reconocimiento a algunos niveles; sin embargo, no afectaron las situaciones de quienes habían adquirido el derecho antes de su expedición, la que queda comprendida dentro del régimen de transición

establecida en los artículos 4 de los Decretos 1724 de 1997 y 1336 de 2003, que protege los derechos consolidados y no reclamados en vigencia del Decreto 1661 de 1991.

De la misma forma, se colige que no es suficiente acreditar la antigüedad en el cargo, por lo que se hace necesario demostrar la permanencia en él, esto es, acreditar que se encuentra desempeñando el cargo en propiedad e inscrito en la carrera administrativa.

2.4. Del caso concreto

De los antecedentes administrativos allegados al expediente, se estableció:

A través de la Resolución 051 del 31 de enero de 1996, el Director General Administrativo del Senado de la República, nombró con carácter provisional a la señora Margarita Rosa Gutiérrez Cubillos, en el cargo de Jefe de la Sección de Bienestar y Urgencias Médicas Grado 09 Código 4.10, por el término de 4 meses (ff. 1 – 2 Tomo II), cargo del cual tomó posesión a partir del 5 de febrero de 1996 (f. 31).

El Director General Administrativo del Senado de la República, mediante la Resolución 415 del 6 de marzo de 1996 (ff. 32 – 33) le reconoció la prima técnica equivalente al 50% del sueldo básico mensual devengado por la demandada, en su condición de Jefe de la Sección de Bienestar y Urgencias Médicas del Senado de la República.

Por medio de la Resolución 1249 del 11 de junio de 1996, la demandada fue nombrada provisionalmente, a partir del 4 de junio de 1996, en el mismo cargo, por el término de 4 meses (ff. 34 – 35 Tomo II), nombramiento reiterado por la Resolución 1827 del 8 de octubre del mismo año, con carácter provisional (ff. 37 – 38 Tomo II), a partir del 4 de octubre de 1996.

A través de la Resolución 882 del 20 de septiembre de 1999, la señora Margarita Rosa Gutiérrez Cubillos es suspendida del cargo de Jefe de la Sección de Bienestar y Urgencias Médicas, por el término de 12 días, entre el 21 de septiembre hasta el 2 de octubre, inclusive (ff. 50 51 Tomo II), por haber

sido encontrada responsable de la sustracción y cobro irregular de los bonos de subsidio familiar girados por la caja de compensación familiar.

El Director General Administrativo del Senado de la República, por medio de la Resolución 928 del 11 de junio de 2001 (f. 68 Tomo II) encargó a la demandada como Jefe de la División de Recursos Humanos del Senado de la República, cargo del cual tomó posesión el 19 de junio de 2001. (f. 69 Tomo II).

Por la Resolución 6727 del 18 de julio de 2007, la señora Gutiérrez Cubillos es encargada como Jefe de la División de Recursos Humanos Grado 10 del Senado de la República, a partir del 19 de julio de 2007, inclusive (f. 162 Tomo II), encargo terminado mediante la Resolución 7386 del 27 de noviembre de 2007, ordenándosele regresar al cargo de Jefe de la Sección de Bienestar y Urgencias Médicas, a partir del 3 de diciembre de 2007 (f. 170 Tomo II).

Obra a folios 232 a 236 dl Tomo II certificación suscrita por la Sección de Registro y Control del Senado de la República, en la cual hace constar lo devengado por la demandada durante los años 1996 a 2011, entro los cuales relaciona la prima técnica, equivalente al 50% del salario mensual devengado para cada anualidad.

Mediante la Resolución 1557 del 13 de marzo de 2012, la demandada fue encargada para desempeñar las funciones de Jefe de la División de Recursos Humanos, durante los días 14, 15 y 16 de marzo de 2012 (ff. 273 – 274 Tomo II).

El Jefe de la División de Recursos Humanos del Senado de la República certificó que la señora Margarita Rosa Gutiérrez Cubillos, se encuentra vinculada mediante la Resolución 051 del 31 de enero de 1996, como Jefe de la Sección de Bienestar y Urgencias Médicas (ff. 339 – 340 Tomo II).

La Jefe de la Sección de Registro y Control del Senado de la República mediante certificación calendada del 17 de febrero de 2014, hizo constar los pagos efectuados a la demandada por concepto de prima técnica desde el momento en que fue reconocida (f. 19).

La controversia entonces, radica en determinar, si es procedente el reconocimiento de la prima técnica reconocida a la señora Margarita Rosa Gutiérrez Cubillos sobre la asignación percibida en el cargo de Jefe de la Sección de Bienestar y Urgencias Médicas, reconocida a través de la Resolución 415 del 6 de marzo de 1996 – acto acusado –, teniendo en cuenta que se encontraba desempeñando el mencionado cargo, mediante vinculación con carácter provisional.

La Corte Constitucional mediante sentencia T – 147 de 2013, en relación al carácter de la vinculación como provisional, ha sostenido:

“(...) La vinculación en calidad de provisional constituye un modo de proveer cargos públicos “cuando se presentan vacancias definitivas o temporales y mientras éstos se proveen en propiedad conforme a las formalidades de ley o cesa la situación administrativa que originó la vacancia temporal”. Los cargos provisionales, como su nombre lo indica, son de carácter transitorio y excepcional y buscan solucionar las necesidades del servicio y evitar la parálisis en el ejercicio de las funciones públicas mientras se realizan los procedimientos ordinarios para cubrir las vacantes en una determinada entidad, en aplicación de los principios de eficiencia y celeridad. La naturaleza de los cargos provisionales difiere de la de los cargos de carrera administrativa y de los empleos de libre nombramiento y remoción. Los funcionarios nombrados en provisionalidad en empleos de carrera no cuentan con las garantías que de ella se derivan, pese a lo cual, tienen el derecho a que se motive el acto administrativo por medio del cual son retirados de su cargo, ya que dicha motivación se erige como una garantía mínima que se deriva del derecho fundamental al debido proceso y del control a la arbitrariedad de la administración, y no del hecho de pertenecer a un cargo de carrera. Los cargos provisionales no son asimilables a los cargos de carrera administrativa, y es por ello que a los primeros no le son aplicables los derechos que se derivan de ella, ya que quienes se hallan vinculados en provisionalidad no agotaron los requisitos que exige la Constitución y la ley para gozar de tales beneficios, es decir, superar exitosamente el concurso de méritos y el período de prueba, entre otros. Pero tampoco pueden asimilarse a los de libre nombramiento y remoción, pues su vinculación no se sustenta en la confianza para ejercer funciones de dirección o manejo que es propia de éstos, sino en la necesidad de evitar la parálisis de la función pública mientras se logra su provisión en los términos que exige la Constitución. En consecuencia, frente a los cargos provisionales no puede predicarse ni la estabilidad laboral propia de los de carrera ni la discrecionalidad relativa de los de libre nombramiento y remoción; razón por la que el nominador tiene la obligación de motivar el acto administrativo mediante el cual se produce la desvinculación.”

Por su parte, esta Corporación ha aseverado que los nombramientos en provisionalidad *“(...) no pueden generar expectativas de estabilidad laboral, puesto que de acuerdo con su naturaleza, son nombramientos transitorios, circunstancia que*

es conocida por quien es nombrado en esas condiciones desde el inicio de su vinculación, sin que sea válido posteriormente aducir por ello la vulneración de algún derecho.”⁷

Y, en relación a los posibles derechos que se adquiere quien ocupa un cargo en provisionalidad por tiempo indefinido, ésta jurisdicción también ha señalado:

“No es viable la adquisición de los derechos de carrera administrativa por “prescripción adquisitiva de dominio” como erróneamente lo argumentaron los aquí demandantes, en razón a que el único modo legalmente previsto para hacerse acreedor a la inscripción en dicho escalafón, es a través de la superación de las etapas del concurso de méritos y del periodo de prueba con una evaluación de desempeño satisfactoria, y además, porque no se trata de bienes respecto de los cuales opere dicha figura.”⁸

Ahora bien, conforme a las disposiciones contenidas en el Decreto 1572 de 1998, se entiende por nombramiento provisional, *“aquel que se hace a una persona para proveer, de manera transitoria, un empleo de carrera con personal no seleccionado mediante el sistema de mérito, así en el respectivo acto administrativo no se indique la clase de nombramiento de que se trata.”⁹* Y, en relación con la duración de la provisionalidad, el artículo 7 *ibídem*, dispone que:

“El término de duración del encargo, de la provisionalidad o el de su prórroga, si la hubiere, deberá consignarse en el acto administrativo correspondiente, al vencimiento del cual el empleado de carrera que haya sido encargado cesará automáticamente en el ejercicio de las funciones de éste y regresará al empleo del cual es titular. El empleado con vinculación de carácter provisional deberá ser retirado del servicio mediante declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, a través de acto administrativo expedido por el nominador.

No obstante lo anterior, en cualquier momento antes de cumplirse el término del encargo, de la provisionalidad o de su prórroga, el nominador, por resolución, podrá darlos por terminados.”

Conforme se dejó establecido, el nombramiento en provisionalidad, no genera fuero de estabilidad alguno, pues tal y como esta Sala lo ha reiterado en diversas providencias, *“(…) no es dable predicar que el empleado nombrado*

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero. Bogotá, D.C., 30 de agosto de 2016.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente: William Hernández Gómez. Bogotá, D.C., 14 de abril de 2016.

⁹ Artículo 4 del Decreto 1572 de 1998

provisionalmente para desempeñar transitoriamente un cargo de carrera administrativa y mientras se realiza el concurso, pueda ostentar la misma condición del que se vincula a la administración previa superación rigurosa de un conjunto de etapas que ponen a prueba su idoneidad personal e intelectual para ejercer la función. No es lo mismo el nombramiento del empleado que ingresa al servicio sin preceder concurso de méritos al de aquél que se somete a las etapas que conforman el proceso selectivo.”¹⁰

En otras palabras, quienes se vinculan en provisionalidad para ejercer un cargo, no son titulares del derecho a la estabilidad laboral que se predica de quienes acceden a la administración, mediante el sistema de concurso de méritos, pues se trata de una forma de proveer transitoriamente los empleos.

Revisado el material probatorio allegado, con el fin de establecer la condición de la señora Margarita Rosa Gutiérrez Cubillos, se encontró probado que fue vinculada al Senado de la República, como provisional, es decir, no se encuentra nombrada en propiedad ni inscrita en carrera administrativa en el cargo de Jefe de la Sección de Bienestar y Urgencias Médicas del Senado de la República, constituyéndose en un requisito indispensable para acceder al reconocimiento de la prima técnica, conforme se dejó planteado en líneas anteriores, ya que dicha prestación fue concebida como un reconocimiento económico para atraer y mantener en el servicio a funcionarios altamente calificados, conforme a las previsiones del Decreto Ley 1661 de 1991.

La Sala reitera, que la demandada desde el año 1996, se encuentra vinculada en el cargo de Jefe de la Sección de Bienestar y Urgencias Médicas de la entidad demandante, mediante vinculación en provisionalidad, que le impide acceder al beneficio de la prima técnica, al no encontrarse desempeñando el cargo en propiedad o en carrera administrativa. Conforme con lo anteriormente expuesto, al no reunir los presupuestos necesarios para acceder a la prima técnica, para la Sala es procedente, conforme así lo declaró el *a quo*, declarar la nulidad de la Resolución 415 del 6 de marzo de 1996, a través de la cual se ordenó el reconocimiento de la prima técnica, en cuanto no tiene derecho a percibirla.

¹⁰ Consejo de Estado. Sección Segunda, sentencia del 10 de marzo de 2011, con ponencia del doctor Gerard o Arenas Monsalve, Expediente No. Interno 2709 – 2008, Actor *Ciro Alberto Fajardo Montaña*.

Unido a lo anterior, en el expediente se encontró probado que la demandada si bien se encontraba percibiendo la prima técnica de manera ilegal, también se estableció que fue sancionada disciplinariamente mediante la Resolución 882 del 20 de septiembre de 1999, con suspensión del cargo por el término de 12 días, al haber sido encontrada responsable de la sustracción y cobro irregular de los bonos de subsidio familiar girados por la caja de compensación familiar, de manera tal, que en gracia de discusión, si en el eventual caso que hubiese tenido derecho al reconocimiento de la prima técnica, la misma la había perdido en aplicación de las disposiciones contenidas en el artículo 8 del Decreto 1661 de 1991, a partir del 21 de septiembre de 1999, fecha en que se ejecutó la mencionada sanción (ff. 50 - 51 Tomo II).

Finalmente, la parte demandada no puede pretender que se dé aplicación al principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, en razón a los más de 18 años de ejercer el cargo en el Senado de la República, en la medida que conforme a las previsiones del artículo 53 de la Constitución Política, este principio tiene plena operatividad en aquellos eventos en que se hayan celebrado contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral; de tal manera que, configurada la relación dentro de un contrato de esa modalidad, el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, con el fin de hacer valer la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla.

Conforme con lo anterior, en el presente caso está probado que la señora Margarita Rosa Gutiérrez Cubillos, se vinculó mediante relación legal y reglamentaria, a través de un nombramiento en provisionalidad al Senado de la República, motivo por el cual no es procedente afirmar, que por la condición de permanencia a lo largo de los años, su vinculación cambia a funcionario de carrera administrativa, y le otorgue el beneficio de acceder al reconocimiento de la prima técnica.

Conforme con lo anteriormente expuesto, se advirtió que la señora Margarita Rosa Gutiérrez Cubillos, no tenía derecho a que el Senado de la República, le reconociera el derecho a percibir la prima técnica por encontrarse ejerciendo el cargo de Jefe de la Sección de Bienestar y Urgencias Médicas en provisionalidad, por no ser beneficiaria de los derechos propios de los

empleados de carrera administrativa o lo que es lo mismo, ejercer el cargo en propiedad.

Así las cosas, al no desempeñar el cargo en propiedad, presupuesto necesario para su reconocimiento, el Senado de la República desconoció la normativa aplicable, al ordenar mediante la expedición del acto acusado, el reconocimiento de la prima técnica a la señora Margarita Rosa Gutiérrez Cubillos, toda vez que no cumplía con los presupuestos establecidos para su otorgamiento, conforme a las disposiciones contenidas en los Decretos 1661 y 2164 de 1991.

III. DECISIÓN

Atendiendo la normatividad en cita y el acervo probatorio, la Sala concluye que el Senado de la República, logró desvirtuar la presunción de legalidad que le asiste al acto administrativo demandado, en cuanto la señora Margarita Rosa Gutiérrez Cubillos no reúne los requisitos previstos en los Decretos 1661 y 2164 ambos de 1991, para el reconocimiento del reajuste de la prima técnica, con base en el salario devengado como Jefe de la Sección de Bienestar y Urgencias Médicas, por no acreditar que ocupó el cargo en propiedad, pues conforme se encontró probado, que a dicho empleo accedió con vinculación en provisionalidad.

En consecuencia, la Sala confirmará la sentencia del 11 de octubre de 2017, proferida por la Subsección C de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Por 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,

FALLA

PRIMERO.- CONFIRMESE la sentencia proferida el once (11) de octubre de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda promovida por la **NACIÓN, CONGRESO DE LA REPÚBLICA, SENADO DE LA REPÚBLICA** en contra de la señora **MARGARITA ROSA GUTIÉRREZ CUBILLOS**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- Por Secretaría, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

SANDRA LISETT IBARRA VÉLEZ

CARMELO PERDOMO CUÉTER