

Sentencia T-273/17

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Reiteración de jurisprudencia sobre procedencia excepcional

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Requisitos generales y especiales de procedibilidad

DEFECTO SUSTANTIVO COMO CAUSAL ESPECIFICA DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Reiteración de jurisprudencia

CARACTERIZACION DEL DEFECTO POR DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JUDICIAL

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES POR DEFECTO “ERROR INDUCIDO” O “VIA DE HECHO POR CONSECUENCIA”-Configuración

PRIMA TECNICA POR EVALUACION DE DESEMPEÑO-Naturaleza jurídica

PRIMA TECNICA POR EVALUACION DE DESEMPEÑO-Evolución normativa

PRIMA TECNICA POR DESEMPEÑO-Regulación en el Decreto Ley 1661 de 1991

PRIMA TECNICA POR DESEMPEÑO-Titulares y requisitos para su asignación

PRIMA TECNICA POR DESEMPEÑO-Cuantía

PRIMA TECNICA POR DESEMPEÑO-Causales de pérdida

PRIMA TECNICA-Regulación en el INVIAS

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Procedencia por acreditarse defecto sustantivo por la inaplicación de la norma jurídica más favorable en materia de evaluación de desempeño de la actora en el evento de cambio de jefe

El INVIAS alegó su propia culpa para negar el reconocimiento de la prima técnica, por la falta de calificación total por cambio de jefe, puesto que a él le correspondía el deber de evaluar a sus funcionarios conforme a los artículos 72 del Decreto 1568 de 1998 y 113 del Decreto 1572 de 1998. El cambio de jefe como causa de la ausencia de evaluación para la accionante

no podía constituir una razón justificada para aplicar una calificación presunta en el puntaje satisfactorio mínimo, pues la falta de evaluación no obedeció a un hecho imputable a la servidora, sino a una omisión de INVIAS que, en este caso, no puede trasladarse a la accionante

Referencia: Expediente T- 5.864.028

Acción de tutela promovida por Martha Helena Corredor Puerto contra la Sala de Descongestión de la Subsección “E”, Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Procedencia: Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

Asunto: Calificación de servicios definitiva de funcionario público para acceder a la prima técnica por evaluación de desempeño.

Magistrada Sustanciadora:

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil diecisiete (2017)

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Aquiles Arrieta Gómez (e.) e Iván Humberto Escrucería Mayolo (e.) y por la Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión de las providencias dictadas el siete (7) de abril de 2016, por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado; y el cuatro (4) de agosto de 2016, por la Sección Primera de esa misma Corporación, dentro del expediente de tutela 5.864.028, promovida por Martha Elena Corredor contra la Sala de Descongestión, Subsección “E”, Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

El expediente fue remitido a esta Corporación mediante oficio número 200 del treinta y uno (31) de octubre de 2016, por la Secretaría General de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en cumplimiento de los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991. La Sala de Selección Número Uno de la Corte Constitucional, mediante auto del veintisiete (27) de enero de 2017, resolvió seleccionar para su revisión el asunto de la referencia.

I. ANTECEDENTES

La actora formuló acción de tutela contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, generada por la providencia de segunda instancia del diecisiete (17) de noviembre de 2015, mediante la cual revocó la sentencia de primera instancia dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la peticionaria en contra del Instituto Nacional de Vías -INVIAS- y, en su lugar resolvió que: i) la accionante cumplió los requisitos legales y reglamentarios para el reconocimiento y pago de la prima técnica por evaluación de desempeño para el periodo 1997 al 2002. Sin embargo, declaró que aquellas mesadas prescribieron porque la reclamación administrativa fue presentada el nueve (9) de marzo de 2006, cuando habían transcurrido más de tres (3) años conforme a lo señalado en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968; y además que ii) la demandante, para el año 2003, no obtuvo el puntaje necesario en su calificación de desempeño para acceder al mencionado emolumento, lo que generó su pérdida en forma automática y afectó la continuidad del goce de la mencionada prestación.

La ciudadana solicitó: i) dejar sin efectos el fallo del diecisiete (17) de noviembre de 2015, proferido por el despacho judicial accionado; y en consecuencia, ii) ordenar que se profiera una nueva sentencia en la que realice la evaluación anual de desempeño para el periodo 2002-2003, con base en los artículos 107 y 108 del Decreto 1572 de 1998, y demás normas y precedentes jurisprudenciales aplicables al presente asunto.

Hechos relevantes

1. La actora fue nombrada en propiedad en el Instituto Nacional de Vías - INVIAS- desde el 1° de enero de 1994, en el cargo de profesional especializado 2028-17, y se encuentra inscrita en carrera administrativa1.

1. Expresó que desde el año 1996 hasta ahora obtuvo evaluaciones de desempeño en porcentaje superior al 90% del establecido para las calificaciones de servicio así2:

Periodo

Total de puntos sobre los cuales se efectuó la evaluación

Calificación

Porcentaje obtenido

1996-1997

1000

951

95.10%

1997-1998

1000

951

95.10%

1998-1999

1000

930

93.00%

1999-2000

1000

986.11

2000-2001

1000

940.12

94.01%

2001-2002

1000

980

98.00%

2002-2003 (parcial)

900

900

100%

2003-2004

1000

975.85

97.58%

2004-2005

1000

998.88

99.88%

2005-2006

1000

1000

100%

2006-2007

1000

1000

100%

2007-2008

1000

1000

100%

2008-2009

1000

978

2009-2010

1000

989

98.90%

2010-2011

1000

986.375

98.63%

1. La actora presentó ante el Instituto Nacional de Vías -INVIAS-, el nueve (9) de marzo de 2006, solicitud de reconocimiento y pago de la prima técnica por evaluación del desempeño, establecida en los artículos 2°, literal b) y 3° del Decreto 1661 de 1991, radicada bajo el número 174653.

1. Esa entidad pública dio respuesta a la petición de la accionante, mediante comunicación SA-AGT 010719 del veintiocho (28) de marzo de 2007, en la que negó el reconocimiento de la prima solicitada porque “(...) verificados los documentos e información que reposan en su hoja de vida no cumple los requisitos legales exigidos para adelantar el trámite (sic) para el reconocimiento y pago de la prima técnica por los criterios solicitados”⁴.

1. La tutelante interpuso oportunamente recurso de apelación contra la decisión previamente descrita el nueve (9) de abril de 2007, el cual no fue resuelto por el INVIAS.

Demanda de nulidad y restablecimiento del derecho

Primera instancia

1. La accionante presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho el trece (13) de diciembre de 2011, la cual fue conocida por el Juzgado Sexto Administrativo de Descongestión del Circuito de Bogotá.

1. La entidad demandada, mediante apoderado judicial contestó la demanda, se opuso a las pretensiones y formuló las siguientes excepciones:

i. Inexistencia de la obligación: porque ya habían entrado en vigencia los Decretos 1724 de 1997 y 1336 de 2003, que restringieron el reconocimiento de dicha prestación a los empleados que se encuentren vinculados en cargos de nivel directivo, asesor y ejecutivo, por lo que la demandante no tenía derecho a la prima técnica, pues su cargo en esa entidad no era de aquellos que permitieran acceder al beneficio de la prima técnica por evaluación de desempeño.

Consideró que la demandante no podía ser beneficiaria del régimen de transición previsto en el Decreto 1724 de 1997, porque no obtuvo el porcentaje mínimo en la evaluación de desempeño antes de la entrada en vigencia de la mencionada norma. De esta manera, en el periodo correspondiente a 1995-1996, en la hoja de vida solo reposan dos evaluaciones, una entre el 1° de septiembre y el 31 de diciembre de 1995 y otra entre el 2 de enero al 29 de febrero de 1996, por lo que no hay evaluación para el periodo del 1° de marzo al 31 de agosto de 1995, lo que configura la ausencia de calificación total.

De igual manera, expresó que en el periodo de evaluación del periodo 2002-2003, solo existe una calificación parcial correspondía al periodo comprendido entre el nueve (9) de abril de 2002 y el siete (7) de agosto de ese mismo año.

Ante esta situación manifestó que era obligación del empleado solicitar la evaluación por escrito, cuando aquella no se realiza dentro de los dos (2) días calendario siguientes al vencimiento del plazo previsto para evaluar o a la ocurrencia del hecho que la motiva. La inobservancia de este deber por parte de la funcionaria, según la entidad demandada,

genera que la calificación parcial de los periodos que no fueron evaluados se entendiera satisfactoria en el puntaje mínimo, es decir 650/1000 puntos.

i. Ausencia de ilegalidad de la actuación, pues la empleada tenía el deber de solicitar las calificaciones totales.

1. Ese despacho judicial, mediante sentencia del veintiocho (28) de febrero de 2013, resolvió declarar la nulidad de los actos ficto y administrativo que negaron el reconocimiento de la prima técnica por evaluación de desempeño a la accionante y en consecuencia, a título de restablecimiento, ordenó reconocer a la actora la prima técnica por evaluación del desempeño a partir del nueve (9) de marzo de 2003 y hasta el momento en que deje de cumplir con alguno de los requisitos legales⁵.

A esta conclusión llegó luego de encontrar acreditado lo siguiente⁶:

i. La funcionaria labora al servicio del INVIAS desde el 1° de enero de 1994 y está inscrita en carrera administrativa por Resolución número 8347 del ocho (8) de junio de 1994.

i. Desempeñó el cargo de profesional especializado.

ii. En relación con las calificaciones de servicio anual certificadas por el Coordinador de Gestión de Talento Humano, se aprecia que todas han sido sobresalientes en los periodos respectivos, excepto la calificación de los años 2002 a 2003, la cual fue realizada de forma parcial por cambio de jefe en el periodo comprendido entre el nueve (9) de abril de 2002 y el siete (7) de agosto de ese mismo año⁷.

De esta manera, consideró que la finalidad de la norma es premiar el efectivo cumplimiento de los deberes del empleado y en el plenario se encontró probado que la demandante causó en debida forma el reconocimiento de la prima técnica al acreditar los requisitos consagrados

en el Decreto 2164 de 1991, porque todos los periodos evaluados y de los cuales se allegó constancia al proceso, se observó una calificación sobresaliente, con excepción del periodo 2002-2003, en el que se presentó una evaluación parcial. Sin embargo, la norma no señaló como causal de pérdida de prima técnica el hecho de que se presenten calificaciones parciales, por lo que la actora cumplió con las exigencias señaladas en las normas jurídicas expuestas⁸ y le asiste el derecho a devengar la prima técnica solicitada⁹.

No obstante, en materia de prescripción de las mesadas, el juez de instancia consideró que la actora presentó reclamación administrativa el nueve (9) de marzo 2006, fecha a partir de la cual interrumpió el término de prescripción del derecho, por lo que el pago de la prima técnica con anterioridad al 9 de marzo de 2003, se encuentra prescrito¹⁰.

1. Esta decisión fue apelada por la entidad demandada, con fundamento en que la funcionaria perdió el derecho de ser beneficiaria de la prima técnica solicitada, pues para el periodo 1995-1996 y 2002-2003, presentó evaluaciones parciales, por lo que no cumplía con los requisitos legales exigidos para tal fin¹¹.

Segunda instancia

1. El recurso de apelación fue resuelto por la Sala de Descongestión de la Subsección “E” de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante sentencia del diecisiete (17) de noviembre de 2015, la cual revocó la providencia de primera instancia y resolvió¹²:

i. Declarar la prescripción de las mesadas por concepto de prima técnica causadas a favor de la demandante entre los años 1997 y 2002.

i. Negar las demás pretensiones de la demanda.

A tal conclusión llegó el despacho de instancia tras considerar que:

a. La demandante adquirió su derecho antes de la vigencia del Decreto 1724 de 1997, pues para aquel momento acreditó 951 puntos en su evaluación anual definitiva realizada entre el 1° de marzo de 1996 y el 28 de febrero de 1997¹³.

a. Sin embargo, en el periodo 2002-2003, la demandante perdió su derecho a la prima técnica por evaluación de desempeño porque:

* Presentó una calificación parcial de 900 puntos únicamente en el lapso del 9 de abril y el 7 de agosto de 2002, por lo que no se evaluaron los periodos comprendidos entre el 1° de marzo y el 8 de abril de 2002 y el 8 de agosto de 2002 hasta el 28 de febrero de 2003.

Por tal razón, la calificación definitiva de la demandante debió hacerse con base en el artículo 76 del Decreto 1568 de 1998, que establece que si el responsable de la evaluación incumplía su deber dentro de los plazos y en los casos establecidos en el reglamento, el empleado objeto de la misma, tenía la obligación de solicitarla por escrito, de lo contrario “la evaluación parcial o la calificación definitiva se entendería satisfactoria en el puntaje mínimo”, es decir, 650 puntos, pues se configuraría una calificación presunta y positiva¹⁴.

* Con base en lo expuesto, la calificación de la demandante se debió realizar de la siguiente manera: i) del 1° de marzo al 8 de abril de 2002, de manera presunta en 650 puntos; ii) del 9 de abril al 7 de agosto de 2002, en 900 puntos; y, iii) del 8 de agosto de 2002 al 28 de febrero de 2003, de forma ficta en 650 puntos. Lo anterior genera un promedio de 733.33 puntos¹⁵.

El hecho de no haber alcanzado el puntaje necesario para ser acreedora de la prima técnica por desempeño, implicó para la demandante la pérdida del derecho a continuar con su disfrute.

En efecto, dicha argumentación tuvo como fundamento la sentencia del 18 de octubre de 2012, proferida por la Subsección “B” de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado¹⁶, según la cual en caso de presentarse una calificación de servicios por debajo del porcentaje exigido para el reconocimiento y pago de la prima técnica por evaluación del desempeño opera su pérdida de forma automática y adicionalmente, no es posible la reanudación de su disfrute aun cuando, con posterioridad, el servidor obtenga nuevamente la puntuación requerida por la ley y los reglamentos para el goce de tal derecho¹⁷.

a. Las sumas que se generaron por el derecho a la prima para los años 1997 a 2002, prescribieron porque el reclamo administrativo fue presentado por la actora el nueve (9) de marzo de 2006, es decir, cuando habían transcurrido más de tres (3) años, conforme al artículo 41 del Decreto 3135 de 1968¹⁸.

La acción de tutela contra la providencia judicial expuesta

1. La ciudadana interpuso acción de tutela el quince (15) de febrero de 2016 en contra de la providencia de la Sala de Descongestión de la Subsección “E” de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por estimar que tal fallo violó sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, en la medida en que la mencionada sentencia, de una parte, no aplicó la norma jurídica pertinente para la calificación total en un determinado periodo en el que su evaluación fue parcial por cambio de jefe y, además, le imprimió un fin no previsto en la norma.

De otra parte, la providencia objeto de censura, supuestamente se apartó del precedente judicial porque desconoció la naturaleza anual de la prima técnica por evaluación de desempeño; y finalmente, se produjo un error inducido ya que se impuso al servidor público una obligación que no existe legalmente.

En cuanto a los requisitos específicos de procedencia de la tutela contra providencias judiciales, anotó la actora que en su caso se produjo:

i. Un defecto sustantivo por desconocimiento de la norma aplicable al caso concreto, por cuanto el Tribunal accionado aplicó la calificación presunta mínima de 650 puntos establecida en el artículo 76 del Decreto 1568 de 1998. Sin embargo, las disposiciones jurídicas que debieron ser invocadas por ese despacho son los artículos 107 y 108 del Decreto 1572 de 1998¹⁹.

Conforme a lo expuesto, consideró que la evaluación anual para el periodo 2002-2003, debe ser de 900 puntos, pues aquella calificación fue la obtenida entre el nueve (9) de abril y el siete (7) de agosto de 2002, porque la fecha de iniciación de la situación administrativa de cambio de jefe se presentó el ocho (8) de agosto de 2002, hasta la conclusión del periodo anual, es decir el veintiocho (28) de febrero de 2003²⁰. Además, fundamentó la obligación de aplicar estas disposiciones jurídicas en las siguientes razones²¹:

a. Los artículos 107 y 108 del Decreto 1572 de 1998, constituyen la regla especial, que regula la forma de obtener la evaluación anual ante el cambio de jefe, por lo que prevalece sobre la norma general contenida en el artículo 76 del Decreto 1568 de 1998.

a. La mencionada normativa es posterior al Decreto 1568 de 1998, que fue aplicado por el Tribunal, lo que a su turno desconoció el artículo 2° de la Ley 153 de 1887 y en consecuencia vulneró el debido proceso.

a. La inaplicación de las disposiciones enunciadas, es decir, los artículos 107 y 108 del Decreto 1572 de 1998, violó el artículo 53 de la Constitución, puesto que constituyó una omisión en la aplicación de la norma más favorable al trabajador y trasgredió los derechos fundamentales mínimos.

Concluyó que en atención al artículo 108 del Decreto 1572 de 1998, la calificación que le correspondería es del 100%, pues en el periodo comprendido entre el nueve (9) de abril y el siete (7) de agosto de 2002, obtuvo una evaluación parcial del 100% del total de los puntos posibles conforme a los indicadores evaluados²².

i. Un defecto sustantivo por imposición de un fin no previsto en la norma, porque el artículo 8° del Decreto 1661 de 1991 y el artículo 11 del Decreto 2164 del mismo año, no establecen como causal de pérdida del derecho a la prima técnica, la inexistencia de evaluación en un determinado periodo, lo que presuntamente desconoce la sentencia del diez (10) de noviembre de 2010, proferida por la Subsección “A”, de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado²³.

i. Un defecto sustantivo por desconocimiento del precedente jurisprudencial, pues, según la accionante el Tribunal accionado desconoció el precedente fijado en las sentencias del diez (10) de noviembre de 2010, radicado 2273-07, de la Subsección “A”, Sección Segunda del Consejo de Estado²⁴, del primero (1°) de marzo de 2012, radicado 2008-00366-01 y del veintidós (22) del mismo mes y año, radicado 2259-10, ambas de la Subsección “B” de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado²⁵.

De igual manera, desconoció la sentencia C-569 de 2003²⁶, que analizó la constitucionalidad del Decreto 1724 de 1997.

i. Un defecto por error inducido, porque el INVIAS manifestó que se debía aplicar el artículo 76 del Decreto 1568 de 1998, como quiera que la actora no solicitó la evaluación anual de desempeño para el periodo 2002-2003. No obstante, la ausencia de la supuesta obligación legal descrita, la actora solicitó la mencionada calificación mediante escrito radicado el veintiuno (21) de septiembre de 2010, el cual fue anexado en los alegatos de conclusión presentados el trece (13) de agosto de 2013 y no fue tenido en cuenta por el Tribunal accionado²⁷.

Actuación procesal y contestaciones de las entidades accionadas

1. La Sección Quinta de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado conoció de la

acción de tutela en primera instancia. El fallador admitió la solicitud de amparo por auto del diecinueve (19) de febrero de 2016. Esta providencia ordenó: i) correr traslado al Tribunal accionado y al Juzgado Sexto Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Bogotá; ii) vincular al Instituto Nacional de Vías – INVIAS; y iii) la remisión en calidad de préstamo del expediente de nulidad y restablecimiento del derecho radicado bajo el número 2011-0076.

1. El Instituto Nacional de Vías – INVIAS, radicó ante la Secretaría del despacho de primera instancia, el dos (2) de marzo de 2016²⁸, escrito mediante el cual contestó la demanda de la siguiente manera:

i. La acción de tutela de la referencia no reúne los presupuestos de procedibilidad, por las razones que se sintetizan a continuación:

a. Una simple lectura de la sentencia objeto de censura no permite concluir que el tribunal accionado actuó de manera grosera, caprichosa y burda sobre el ordenamiento, pues realizó una verificación y valoración de las pruebas que obraron en el expediente y determinó que la demandante no cumplía con los requisitos para obtener el reconocimiento de la prima técnica, lo que no generó un desconocimiento de los derechos fundamentales de la actora²⁹.

a. La acción de tutela no supera el requisito de subsidiariedad, pues es utilizada como un mecanismo alternativo, con la finalidad de generar un litigio que ya fue resuelto por la jurisdicción ordinaria.

a. La tutela no acreditó la existencia de un perjuicio irremediable que haga procedente la solicitud de amparo³⁰.

i. La entidad pública manifestó que los hechos en que se sustenta la demanda deberán probarse dentro del proceso de la acción de tutela³¹.

i. La entidad vinculada expuso que no se configuró una decisión “ilegítima” porque:

a. No existió defecto sustantivo. El Tribunal accionado aplicó en debida forma el Decreto 1568 de 1998, ya que aquella era la normativa que regulaba el caso concreto, en el sentido de que contenía el procedimiento que debe utilizarse para la evaluación y calificación de los empleados de carrera administrativa y establecía que si el responsable del deber de evaluar incumplía con dicha función, el empleado que debía ser calificado tenía la obligación de solicitarla por escrito, so pena de aplicarse la evaluación parcial o la calificación definitiva en el puntaje mínimo, es decir 650 puntos³².

De otra parte, a la actora no le eran aplicables los artículos 107 y 108 del Decreto 1572 de 1998, porque aquellas normas regulan situaciones diferentes a las suyas, en el entendido que la evaluación parcial no coincide o se aproxima a la fecha de vencimiento del periodo a evaluar, es decir, no encaja dentro del supuesto de hecho descrito en las normas mencionadas, puesto que, su calificación parcial no se produjo en la fecha del vencimiento del periodo a examinar^{33.º}

a. Ausencia de un defecto sustantivo por imposición de un fin no previsto en la norma, puesto que lo pretendido por la accionante es reiniciar el debate litigioso sobre un asunto que ya fue objeto de valoración e interpretación en la jurisdicción contenciosa administrativa³⁴.

a. Inexistencia de defecto sustancial por desconocimiento del precedente, las sentencias a las que hace referencia la actora no son providencias de unificación jurisprudencial, por lo que no puede prosperar el defecto alegado, además, conforme al artículo 230 Superior, la jurisprudencia constituye un criterio auxiliar de la actividad judicial³⁵.

1. El Juzgado Cincuenta Administrativo del Circuito de Bogotá, mediante escrito radicado siete (7) de marzo de 201736, dio respuesta a la acción de tutela en el sentido de manifestar que la acción de tutela se dirige a desvirtuar una decisión de segunda instancia, razón por la cual no considera pertinente realizar algún pronunciamiento frente a la misma y además, expresó que remitió el expediente 2011-0070637.

1. La Subsección “E” de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, radicó ante la Secretaría General del juez de primera instancia, el veintiocho (28) de marzo de 201638, contestación a la acción de tutela de la referencia, en la que manifestó:

i. La acción de tutela se torna improcedente porque: de una parte carece de relevancia constitucional ya que el debate propuesto versa sobre cuestiones de orden estrictamente legal que en su momento fueron debatidas y resueltas en el proceso ordinario; y de otra, la actora no identificó de manera razonable los hechos que generaron la vulneración de los derechos vulnerados, y que los mismos hubieran sido alegados en el proceso ordinario si ello era factible39.

i. No se acreditaron los defectos específicos alegados, con fundamento en que:

a. No se demostró el defecto sustantivo: en efecto, la accionante manifestó que a su caso le eran aplicables los artículos 107 y 108 del Decreto 1572 de 1998 y no el artículo 76 del Decreto 1568 de 1998. Sin embargo, contrario a lo expuesto, el “cambio de jefe” no es una situación administrativa, pues conforme al Decreto 1950 de 1973, los empleados vinculados regularmente a la administración, pueden encontrarse en las siguientes situaciones administrativas: en servicio activo, en licencia, en permiso, en comisión, en ejercicio de las funciones de otro empleo por encargo, prestando servicio militar, en vacaciones o suspendido en el ejercicio de sus funciones40.

De esta manera, el artículo 108 del Decreto 1572 de 1998, se refiere a las situaciones administrativas consagradas únicamente en el numeral 3° del artículo 107 de la citada norma, es decir, suspensión en el ejercicio de las funciones del cargo, en encargo, licencia o vacaciones. Por tal razón, es equivocada la apreciación de la actora al expresar que el cambio de jefe antes de la finalización del año calificable, generó la aplicación del artículo 108 del Decreto 1572 de 1998, puesto que tal evento no constituye una situación administrativa⁴¹.

a. No existió desconocimiento del precedente vertical específicamente de la sentencia del diez (10) de noviembre de 2010, proferida por el Consejo de Estado⁴², pues no presentaba identidad fáctica con el asunto de la referencia, al tratar en aquella oportunidad, el caso de una funcionaria en carrera administrativa que se encontraba en encargo.

a. La providencia objeto de censura no impuso un fin no previsto en la norma: porque la sentencia cuestionada nunca estuvo fundada en la ausencia de calificación como causal de pérdida de la prima técnica. Recordó que la negación del derecho se produjo porque la calificación de la actora no superó los máximos exigidos por las normas que rigen la materia⁴³.

a. La entidad accionada no indujo en error al Tribunal: puesto que la decisión judicial fue debidamente sustentada y razonada con fundamento en la norma aplicable al caso, las pruebas que obraban en el expediente y los argumentos planteados en el recurso de apelación. Si bien en la providencia no se hizo alusión a los alegatos de conclusión allegados por la parte demandante, esta situación no afectó las consideraciones que allí se expresaron, como quiera que la actora no obtuvo la calificación que le permitiera continuar con el disfrute de la prima técnica por desempeño, además, tal omisión no fue puesta en conocimiento del Tribunal en los términos que la ley fija para tal efecto⁴⁴.

Con base en lo expuesto, solicitó rechazar por improcedente el amparo invocado y

subsidiariamente negar la acción de tutela formulada.

Decisiones objeto de revisión

Primera instancia

La Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado profirió sentencia el siete (7) de abril de 2016⁴⁵, en la que resolvió negar la acción de tutela promovida por la accionante, con base en los siguientes argumentos:

i. Procedencia adjetiva de la acción: consideró que la acción es procedente porque no se trata de una tutela contra una decisión de la misma naturaleza procesal, además también está acreditado el requisito de subsidiariedad en el sentido de que la accionante no cuenta con otro medio de defensa judicial para conjurar la eventual transgresión de sus derechos fundamentales, ya que no le eran oponibles los recursos extraordinarios de revisión y de unificación de jurisprudencia. Finalmente, manifestó que cumple con el presupuesto de inmediatez, bajo el entendido que el fallo fue proferido el diecisiete (17) de noviembre de 2015, notificado por edicto el veinticuatro (24) de noviembre de 2015 y desfijado el 26 del mismo mes año, por lo que su ejecutoria acaeció el primero (1º) de diciembre de 2015, mientras que la solicitud de amparo fue formulada el doce (12) de febrero de 2016, término considerado razonable para acudir al juez constitucional⁴⁶.

i. Los defectos sustantivo y por desconocimiento de precedente: sobre este aspecto el juez de instancia afirmó que:

a. En relación con el defecto sustantivo: el Tribunal accionado no desconoció los derechos fundamentales invocados por la accionante, pues realizó un ejercicio hermenéutico en el que aplicó la premisa que establece el artículo 76 del Decreto 1568 de 1998, con base en la norma contenida en el artículo 107 del Decreto 1572 de 1998, en especial por la calificación parcial con base en el cambio de jefe, normas que guardan concordancia directa⁴⁷.

En relación con el artículo 108 del Decreto 1572 de 1998, consideró que la hipótesis prevista en esa norma no se presentó en el caso bajo estudio, pues el Tribunal realizó la calificación de la actora con base en los promedios de la calificación ficta prevista en el artículo 76 del Decreto 1568 de 1998⁴⁸.

a. En cuanto al desconocimiento del precedente: el juez de instancia identificó las supuestas providencias desconocidas conforme a lo expresado por la accionante:

* Sentencia del diez (10) de noviembre de 2010, radicado 2273-07, de la Subsección “A” de la Sección Segunda del Consejo de Estado⁴⁹. Manifestó que este fallo no guarda identidad fáctica con el asunto de la referencia, puesto que en aquella oportunidad la demandante ejerció un cargo bajo la modalidad de encargo, por lo que el desconocimiento de este precedente no prosperó⁵⁰.

* Sentencias del primero (1º) de marzo de 2012, radicado 2008-00366-01 y del veintidós (22) del mismo mes y año, radicado 2259-10, ambas de la Subsección “B” de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado⁵¹.

En estos fallos esa Corporación concluyó que:

“También quedó demostrado que la actora obtuvo en algunos períodos una calificación inferior al 90% normativamente exigido para tener derecho a la prima técnica, por tanto en dichos períodos no se causó el derecho a su reconocimiento y pago.

Pero la anterior afirmación no impide que la servidora, al quedar demostrado que en otros períodos anuales subsiguientes la calificación superó el 90% exigido, reclame el reconocimiento y pago de la prima técnica por esos precisos períodos calificados y en los que cumplió satisfactoriamente con el puntaje, dado que como ya se concluyó, se trata de un derecho que se causa anualmente en razón a la misma periodicidad que lo caracteriza y que no puede perderse definitivamente por una calificación anual insuficiente.

En este orden, acorde con el presupuesto normativo que refiere sobre la temporalidad del

derecho, y como no encuentra la Sala configuración de causal alguna diferente a una mala calificación anual, la actora tiene derecho a que se le reconozca por las anualidades subsiguientes en que fue calificada y obtuvo un porcentaje superior del 90%, la prima técnica al haber cumplido con los presupuestos en vigencia del Decreto 1661 y su reglamentario, en concordancia con el Decreto 1724 de 1997 que previó el régimen de transición del cual es beneficiaria la actora tal y como quedó demostrado.”

En estos pronunciamientos, esa Corporación estableció que el reconocimiento y pago de la prima técnica por evaluación de desempeño es un derecho que se causa anualmente, por lo que, si en un periodo el beneficiario no superó los requisitos establecidos en la ley para ser acreedor de dicha prestación, no implica que en los años subsiguientes este derecho no pueda volverse a causar en periodos posteriores.

El Tribunal accionado negó las pretensiones de la demanda con fundamento en la sentencia del dieciocho (18) de octubre de 2012, proferida por la Subsección “B”, Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, conforme a la cual:

“Visto lo anterior, se puede concluir, que si bien es cierto el señor Cesar Augusto Amortegui Fuentes cumple con los dos primeros requisitos antes mencionados, también es cierto que, obtuvo una calificación inferior a la ordenada por el Decreto 2164 de 1991 para el periodo de 2003 -2004, motivo por el cual, carecen de relevancia las calificaciones que obtuvo con posterioridad, puesto que la prima técnica por evaluación del desempeño es un derecho de causación anual, de manera que el derecho no puede prolongarse por un término mayor al que le otorgaba la ley, cuya prorroga se encontraba sujeta ineludiblemente a la existencia periódica de calificación de servicios en porcentaje superior al 90%.

En tal sentido, esta Corporación en sentencia de 22 de septiembre de 2010, Radicación No. 25000232500020040387301, Consejero Ponente Doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, se estableció:

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

el sistema de calificación de servicios.

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

En ese orden de ideas, como en el presente caso no se demostraron los supuestos de hecho requeridos en vigencia del Decreto 1661 de 1991, en particular con el puntaje, no es posible acceder a las pretensiones de la demanda a partir de la entrada en vigencia del Decreto 1724 de 1997, pues al obtener una calificación inferior al 90%, perdió el derecho de transición que consagra el artículo 4.”

De esta manera, consideró que el reconocimiento de prima técnica por evaluación de desempeño, no ha sido pacífico en la jurisprudencia del Consejo de Estado, toda vez que al respecto existen dos posturas absolutamente válidas y no hay en la actualidad una sentencia de unificación que establezca claridad al respecto⁵².

Conforme a lo expuesto, no existió desconocimiento del precedente jurisprudencial del Consejo de Estado, porque el despacho judicial accionado profirió la sentencia con fundamento en el criterio utilizado por el Consejo de Estado relacionado con que la prima técnica por desempeño tiene como finalidad “acreditar la experiencia altamente calificada”⁵³. Por tal razón el juzgador de instancia goza de autonomía e independencia para la definición del proceso de su conocimiento, por lo que no se demostró la vulneración de derechos fundamentales invocados por la actora⁵⁴.

a. Para concluir, expresó que la tutelante pretende reabrir el debate de instancia y revivir interpretaciones que son propias del juez natural⁵⁵.

Segunda instancia

La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dictó sentencia el cuatro (4) de agosto 2016⁵⁶, mediante la cual resolvió confirmar la sentencia de

primera instancia, tras considerar que:

i. No existió defecto sustancial porque a la actora no le era aplicable el artículo 108 del Decreto 1572 de 1998, en efecto, aquella norma prevé que si al momento de finalizarse el periodo a calificar, la situación que generó la calificación parcial persiste, se deberá tomar como calificación de referencia, el mismo porcentaje de la última evaluación obtenida antes de la circunstancia ya mencionada.

La calificación por cambio de jefe correspondió únicamente al periodo comprendido entre el nueve (9) de abril de 2002 al siete (7) de agosto de ese mismo año, por lo que la situación de la actora está regulada por el artículo 108 del mencionado decreto, puesto que el cambio de jefe se dio en un solo trimestre del año, en el cual no finalizaba el periodo a evaluar; por tanto, no se cumplen los supuestos jurídicos que dispone la norma para que se aplique la calificación presunta del último periodo evaluado.

De esta manera, a la situación de la accionante se le debía aplicar lo dispuesto en el artículo 76 del Decreto 1568 de 1998, que dispone la obligación de realizar el examen por parte del jefe inmediato y el deber del funcionario de solicitar tal evaluación, cuya omisión genera la calificación presunta.

No se demostró que la actora, dentro del periodo en mención hubiese solicitado su evaluación y en tal virtud, su situación jurídica fue resuelta de acuerdo a lo expuesto previamente⁵⁷.

i. Ausencia de defecto por desconocimiento del precedente, porque sobre el particular no existe jurisprudencia “pacífica”, ni un criterio unificado, por lo que no puede entender que el juez por acoger una u otra tesis incurra en este defecto y vulnere los derechos fundamentales de la accionante.

De acuerdo a lo expuesto, esa Corporación negó el amparo a los derechos fundamentales formulado⁵⁸.

I. CONSIDERACIONES

Competencia

1. Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar las sentencias proferidas dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cuestión previa a la formulación del problema jurídico

1. Antes de la formulación del problema jurídico, la Sala debe ocuparse del estudio de los requisitos generales de procedibilidad y su demostración en la solicitud de amparo de la referencia como cuestión previa. La Corte procederá al análisis del cumplimiento de los mencionados presupuestos, para que, una vez se verifique su acreditación, si es del caso, formule el respectivo problema jurídico que permita realizar el examen de las causales específicas de procedencia excepcional del amparo contra providencias judiciales alegadas en el escrito de tutela.

Reglas jurisprudenciales de procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales. Reiteración de jurisprudencia

1. La procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales es excepcional⁵⁹ y encuentra su fundamento constitucional en el artículo 86 de la Carta, que establece su viabilidad cuando la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales se produce por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, incluidos los jueces de la República.

La Corte en la sentencia C-590 de 2005⁶⁰, superó el concepto de vías de hecho, utilizado previamente en el análisis de la procedencia de la tutela contra providencias judiciales, para dar paso a la doctrina de específicos supuestos de procedibilidad, reiterada en la sentencia SU-195 de 2012⁶¹, la cual condiciona la procedencia de la acción de tutela al cumplimiento

de ciertos y rigurosos requisitos agrupados en: i) presupuestos generales de procedencia y ii) causales específicas de procedibilidad⁶².

1. Los presupuestos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales son: i) que la cuestión sea de relevancia constitucional; ii) el agotamiento de todos los medios de defensa judicial –ordinarios y extraordinarios –, salvo que se trate de evitar la ocurrencia de un perjuicio ius fundamental irremediable⁶³; iii) la observancia del requisito de inmediatez, es decir, que la acción de tutela se interponga en un tiempo razonable y proporcionado a la ocurrencia del hecho generador de la vulneración⁶⁴; iv) si se trata de una irregularidad procesal, que la misma sea decisiva en la providencia que se impugna en sede de amparo⁶⁵; v) la identificación razonable de los hechos que generaron la vulneración de derechos fundamentales y de haber sido posible, que los mismos hayan sido alegados en el proceso judicial⁶⁶; y vi) que no se trate de una tutela contra tutela⁶⁷.

Verificación en el presente asunto de las causales genéricas de procedibilidad excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales

1. Para la Corte, tales presupuestos se cumplen en este caso, por las razones que a continuación se especifican:

i. Relevancia constitucional

La tutela planteada tiene clara relevancia constitucional por cuanto se pretende salvaguardar los derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y de acceso a la administración justicia invocados por la actora, los cuales supuestamente fueron desconocidos por el Tribunal accionado mediante la providencia judicial objeto de censura.

i. Agotamiento de los mecanismos de defensa

La accionante no cuenta con otro mecanismo de defensa para contrarrestar la vulneración que alega en su demanda. En el proceso contencioso administrativo, en el que presuntamente acaecieron las violaciones a los derechos fundamentales invocados, no procede el recurso de súplica ni se podría estudiar este asunto a través de los recursos extraordinarios de revisión y de unificación de jurisprudencia. Luego, en el caso concreto no es posible instaurar demandas ni interponer otras acciones adicionales contra la providencia de segunda instancia objeto de censura.

i. Requisito de inmediatez

La importancia de la inmediatez como requisito de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, se ha destacado en la jurisprudencia de esta Corporación, porque cumple con la obligación de proteger la seguridad jurídica generada por el carácter de cosa juzgada de las decisiones que adoptan los jueces.

Por ello aun admitiéndose de manera excepcional la tutela contra providencias judiciales cuando se prueba la existencia de las condiciones de procedibilidad, se requiere que la solicitud del amparo no se dilate en el tiempo, para que no se desvirtúe la necesidad de la protección inmediata de los derechos fundamentales invocados y se constate la existencia de un perjuicio irremediable inminente que deba ser conjurado⁶⁸.

En el presente caso, la tutela fue impetrada el quince (15) de febrero de 2016, por lo que fue presentada de manera oportuna, debido a que la decisión atacada es del diecisiete (17) de noviembre de 2015, la cual se notificó mediante edicto No. S2-2485 fijado el veinticuatro (24) y desfijado el veintiséis (26) del mismo mes y año. Así las cosas, entre la fecha de la providencia cuestionada y la presentación de la acción de tutela, mediaron menos de 3 meses, tiempo que esta Corporación estima razonable para cumplir el presupuesto que se analiza.

Finalmente, en sede de tutela, la demandante iv) identificó claramente las posibles irregularidades en que incurrió la providencia atacada y especificó los presuntos hechos violatorios de los derechos fundamentales y la autoridad que los produjo y v) evidentemente en este caso, presentó una acción que no va dirigida contra un fallo de tutela, por lo que

efectivamente cumplió con los requisitos genéricos de procedibilidad de la tutela contra sentencias.

1. Una vez acreditada la procedencia general de la acción de tutela contra la providencia judicial censurada, la Sala procederá al estudio del asunto objeto de revisión y a formular el correspondiente problema jurídico.

Asunto bajo revisión y problema jurídico

1. La actora solicitó la protección constitucional de sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, por considerarlos presuntamente vulnerados con la providencia proferida por la Sala de Descongestión, Subsección “E”, Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por ella contra el INVIAS, en la medida en que tal decisión -a juicio de la demandante-, incurrió en defectos sustantivo y por error inducido, con lo que le impidió ser beneficiaria de la prima técnica por evaluación de desempeño.

Solicitó que a través de la tutela se dejen sin efectos la sentencia proferida en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, en particular la del diecisiete (17) de noviembre de 2015 de la Sala de descongestión de la Subsección “E”, Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y en consecuencia, pidió que se ordene al despacho accionado dictar una nueva sentencia en la que se tengan en cuenta los artículos 107 y 108 del Decreto 1572 de 1998, para efectos de realizar la evaluación anual por el periodo 2002-2003.

1. La Sala estima que los problemas jurídicos que debe resolver se circunscriben a establecer lo siguiente: ¿la decisión judicial objeto de censura incurrió en defectos sustantivo y por error inducido, por la forma en que: i) supuso la calificación de la accionante en el periodo 2002-2003, con fundamento en el artículo 76 del Decreto 1568 de 1998; ii) impuso un fin no

previsto en la norma porque supuestamente consideró que la pérdida del derecho obedeció al examen parcial del periodo evaluado; iii) desconoció el precedente jurisprudencial relacionado con la naturaleza jurídica del régimen de transición del derecho a la prima técnica por desempeño; y iv) el INVIAS indujo en error al Tribunal, porque durante el proceso le expuso que la servidora pública tenía la obligación de solicitar la calificación anual de servicios? Y si además con tal proceder ¿vulneró los derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y de acceso a la administración de justicia invocados por la accionante?

1. Para dar respuesta a los problemas jurídicos planteados, la Sala abordará previamente el estudio de los siguientes asuntos: i) los requisitos específicos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, con especial énfasis en los defectos sustantivo, desconocimiento del precedente y por error inducido; ii) la naturaleza jurídica de la prima técnica por evaluación del desempeño; y iii) el régimen de transición del mencionado derecho. Finalmente, iv) resolverá el caso concreto.

Causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales

1. Las causales especiales de procedibilidad tienen como finalidad habilitar al juez de tutela para realizar el análisis sustancial del amparo solicitado, tal como lo advirtió esta Corporación en la sentencia C-590 de 200569, providencia en la que además estableció que basta con la configuración de alguna de las causales específicas, para que proceda la protección a los derechos fundamentales solicitada. Tales causales han sido decantadas por la jurisprudencia constitucional en forma de defectos, de la siguiente manera:

* Defecto orgánico: ocurre cuando el funcionario judicial que profirió la sentencia impugnada carece, en forma absoluta, de competencia.

* Defecto procedimental absoluto: surge cuando el juez actuó totalmente al margen del procedimiento previsto por la ley.

* Defecto fáctico: se presenta cuando la decisión impugnada carece del apoyo probatorio, que permita aplicar la norma en que se sustenta la decisión o cuando se desconocen pruebas que tienen influencia directa en el sentido del fallo.

* Defecto material o sustantivo: tiene lugar cuando la decisión se toma con fundamento en normas inexistentes o inconstitucionales⁷⁰, cuando existe una contradicción evidente y grosera entre los fundamentos y la decisión, cuando se deja de aplicar una norma exigible en caso o cuando se otorga a la norma jurídica un sentido que no tiene.

* El error inducido: acontece cuando la autoridad judicial fue objeto de engaños por parte de terceros, que la condujeron a adoptar una decisión que afecta derechos fundamentales.

* Decisión sin motivación: se presenta cuando la sentencia atacada carece de legitimación, debido a que el servidor judicial incumplió su obligación de dar cuenta, de los fundamentos fácticos y jurídicos que la soportan.

* Desconocimiento del precedente⁷¹: se configura cuando por vía judicial se ha fijado el alcance sobre determinado asunto y el funcionario judicial, desconoce la regla jurisprudencial establecida. En estos eventos, la acción de tutela busca garantizar la eficacia jurídica del derecho fundamental a la igualdad.

* Violación directa de la Constitución: que se deriva del principio de supremacía de la Constitución, el cual reconoce a la Carta Política como un supuesto plenamente vinculante y con fuerza normativa.

En este caso, como lo indicó la Sala previamente, la demandante fundamentó las vulneraciones a sus derechos fundamentales en la presunta ocurrencia de los defectos sustantivo, por desconocimiento del precedente y por error inducido, razón por la cual se presentan a continuación algunas breves consideraciones al respecto.

Defecto sustantivo

1. El contenido de la causal específica de procedibilidad por defecto sustancial, ha sido decantado extensamente por esta Corporación en la sentencia SU-195 de 2012⁷². De esta manera, en sentido amplio se está en presencia del defecto cuando la autoridad judicial emplea una norma inaplicable al caso concreto o deja de aplicar la norma adecuada, o interpreta las normas de tal manera que contraría la razonabilidad jurídica⁷³.

En estricto sentido, configuran este defecto los siguientes supuestos:

a. El fundamento de la decisión judicial es una norma que no es aplicable al caso concreto, por impertinente⁷⁴ o porque ha sido derogada⁷⁵, es inexistente⁷⁶, inexecutable⁷⁷ o se le reconocen efectos distintos a los otorgados por el Legislador⁷⁸.

a. No se hace una interpretación razonable de la norma⁷⁹.

a. La providencia se aparta del alcance de la norma definido en sentencias con efectos erga omnes⁸⁰.

a. La disposición aplicada es regresiva⁸¹ o contraria a la Constitución⁸².

a. El ordenamiento otorga un poder al juez y este lo utiliza para fines no previstos en la disposición⁸³.

a. La decisión está fundada en una interpretación no sistemática de la norma⁸⁴.

a. Se afectan derechos fundamentales, debido a que el operador judicial sustentó o justificó de manera insuficiente su actuación.

Procederá entonces el amparo constitucional, cuando se acredite la existencia de un defecto sustantivo, en cualquiera de los supuestos que se han presentado anteriormente.

Defecto por desconocimiento del precedente judicial

1. Se está en presencia del defecto por desconocimiento del precedente judicial, cuando el juez ordinario se aparta o limita el contenido y alcance de un determinado asunto, decantado jurisprudencialmente⁸⁵.

1. La Corte, en sentencia T-791 de 2013⁸⁶, estableció los siguientes requisitos para que prospere esta causal: i) que exista un conjunto de sentencias previas al caso que habrá de resolver⁸⁷, que contengan claras reglas jurisprudenciales sobre las que descansa la ratio decidendi; ii) el precedente debe tener un problema jurídico semejante al caso concreto que se busca resolver; y iii) debe existir identidad entre sus aspectos fácticos y normativos⁸⁸.

Así las cosas, el reconocimiento del desconocimiento del precedente judicial, como causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, está condicionado a la operancia de los requisitos específicos que permiten identificar la regla jurisprudencial aludida y la similitud fáctica y normativa entre el asunto estudiado y el caso resuelto judicialmente.

1. El error inducido acaece cuando una providencia judicial en apariencia no tiene defectos endógenos, pues fue adoptada con respeto al principio del debido proceso, con base en los elementos probatorios que obran en el expediente y con fundamento en una interpretación razonable de la ley, sin embargo, presenta vicios exógenos, ya que si bien fue proferida bajo la determinación o influencia de aspectos correctamente aportados al proceso, estos fueron irregulares o equivocados. Luego la sentencia se fundamenta en elementos adecuadamente aportados al proceso, pero con información falsa, equivocada o imprecisa⁸⁹, que ocasiona la vulneración de derechos fundamentales⁹⁰.

1. De esta manera, se trata de una violación de derechos fundamentales que no es atribuible al funcionario judicial accionado⁹¹, puesto que el defecto en la providencia es producto de la inducción al error de que es víctima el juez de la causa, por lo que la actuación judicial resulta lesiva de derechos fundamentales⁹². De esta manera, la Corte en la sentencia SU-014 de 2001⁹³, expresó que la ocurrencia de esta causal exige la acreditación de al menos dos presupuestos: i) que la decisión judicial se fundamente en la apreciación de hechos o situaciones jurídicas, en cuya determinación se hayan violado derechos fundamentales por la actuación irregular de terceros; y ii) que tenga como consecuencia un perjuicio ius fundamental.

1. En suma, se trata de un defecto que hace referencia a situaciones exógenas al proceso y que afectan la decisión del juez de conocimiento, pues con la misma, se produce un perjuicio ius fundamental que debe ser remediado.

Naturaleza jurídica de la prima técnica por evaluación de desempeño. Evaluación normativa

1. La prima técnica fue creada por el artículo 7° del Decreto Ley 2285 de 1968⁹⁴, como un incentivo para atraer a la administración pública o mantener personal altamente calificado en cargos de especial responsabilidad o superior especialización técnica. Ese emolumento

estaba destinado a empleos que pertenecían al orden nacional⁹⁵.

Para su asignación el procedimiento era el siguiente: i) su otorgamiento se realizaba mediante decreto del Gobierno; ii) previo concepto favorable del Consejo de Ministros y con base en la solicitud razonada que formulara por escrito y para cada caso el jefe del respectivo organismo; y iii) dictamen del Consejo Superior del Servicio Civil⁹⁶.

Con posterioridad, el artículo 8° del Decreto Ley 1912 de 1973⁹⁷, conservó la prima técnica destinada a atraer al servicio público o mantener personal altamente calificado para cargos de especial responsabilidad o superior especialización, dentro de los niveles técnico y ejecutivo. De igual forma, los cargos susceptibles de prima técnica serían determinados por el Gobierno mediante decreto, previo concepto favorable del Consejo Superior del Servicio Civil.

En ese mismo sentido, el artículo 9° del mencionado decreto ley, establecía que la asignación de ese incentivo se haría por decreto del Gobierno, previo concepto favorable del Consejo Superior del Servicio Civil, por solicitud escrita presentada por el jefe del respectivo organismo y con base en los requisitos establecidos para tal fin⁹⁸.

Por su parte, el Decreto Ley 602 de 1977⁹⁹ dispuso la creación de una prima técnica para los empleos de superior responsabilidad o especialización, dentro de los niveles técnico y ejecutivo, en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos del orden nacional¹⁰⁰. Además, también reguló los requisitos que se exigían para su reconocimiento y los factores de valoración, entre otros¹⁰¹. Este beneficio fue regulado posteriormente por los Decretos Ley 1042 de 1978¹⁰², 189 de 1982, 37 de 1989, 63 de 1990, 1016 de 1991 y 1624 de 1991¹⁰³.

La prima técnica por desempeño en el Decreto Ley 1661 de 1991

1. El Gobierno Nacional expidió el Decreto Ley 1661 de 1991¹⁰⁴ en ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas por la Ley 60 de 1990¹⁰⁵. El artículo 1° de la mencionada norma reguló la prima técnica como un reconocimiento económico para atraer o mantener en el servicio del Estado a funcionarios o empleados altamente calificados y

además, estableció el beneficio con fundamento en el desempeño.

El concepto de prima técnica de los servidores públicos y su evolución ha sido ampliamente estudiado por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. En tal virtud, esa Corporación ha considerado que dicho beneficio fue creado como un incentivo económico para atraer o mantener en el servicio público a funcionarios o empleados altamente calificados y como estrategia para mejorar el desempeño en cargos de alta responsabilidad, que por demás, exigen la aplicación de especiales conocimientos técnicos o científicos, con lo cual se pretende introducir mayor eficiencia, en primera oportunidad, la Rama Ejecutiva del nivel nacional y posteriormente, en el resto de organismos del sector central¹⁰⁶.

En efecto, para el Departamento Administrativo de la Función Pública, el Decreto 1661 de 1991, amplió el espectro de aplicación de la prima técnica al consagrarlo “(...) como un estímulo económico exclusivamente para los servidores públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional, a fin de garantizar su permanencia al servicio del Estado, como consecuencia de su alto perfil para el ejercicio de cargos que demanden especialidad o como reconocimiento al desempeño en el cargo.”¹⁰⁷

1. Conforme a lo expuesto, el Decreto Ley 1661 de 1991, reformuló el concepto de la prima técnica al contemplarla ya no solo como un estímulo para los funcionarios altamente calificados, sino también para aquellos que obtuvieran un buen desempeño en sus cargos, es decir, a la obtención de logros y metas en la prestación del servicio público¹⁰⁸.

Titulares, procedimiento para su reconocimiento, cuantía y causales de pérdida

Titulares y requisitos para su asignación

1. El Gobierno Nacional, reglamentó el Decreto Ley 1661 de 1991, mediante el Decreto 2164 de 1991, en el que reiteró su definición y campo de aplicación, determinó los empleados que pueden acceder a la misma, el procedimiento para su reconocimiento y las causales para su pérdida.

De esta manera, el artículo 1° consagró que 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.

Ahora bien, el artículo 5° del mencionado Decreto, estableció los requisitos para su reconocimiento de la siguiente manera: i) empleados que desempeñen en propiedad cargos susceptibles de la asignación; ii) en los niveles directivo, asesor, ejecutivo, profesional, técnico, administrativo y operativo o sus equivalentes en los sistemas especiales; y iii) 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.

Procedimiento para su reconocimiento

El jefe de personal, una vez reciba la documentación, debía verificar, en un término máximo de dos (2) meses, si el solicitante acreditaba los requisitos para su reconocimiento.

Si el solicitante reunía los requisitos para su asignación, el jefe del organismo debía proferir la resolución de asignación, la cual debía estar motivada.

Cuantía

1. Conforme al artículo 10° del Decreto 2167 de 1991, la prima se otorgaba como un porcentaje de la asignación básica mensual que correspondía al empleo del cual es titular el beneficiario, el cual no podía ser superior al cincuenta (50%) del valor de la misma.

Causales de pérdida de la prima técnica

1. El artículo 11 de la referida disposición, consagró que el disfrute de la prima técnica se perdería ante cualquiera de las siguientes causales:

- a) El retiro del empleado de la entidad a la cual presta sus servicios.
- b) La imposición de sanción disciplinaria de suspensión en el ejercicio de las funciones, caso en el cual el empleado sólo podría 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 continuara siendo susceptible de asignación de prima técnica.
- c) Cuando hubiera sido otorgada por evaluación del desempeño, se perdería, 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.

Además, estableció que la pérdida del disfrute de la prima técnica operaría en forma automática, una vez se encontrara en firme el acto de retiro del servicio, el de imposición de la sanción, o de la respectiva calificación.

1. En resumen, el Decreto Ley 1661 de 1991 y el Decreto 2164 del mismo año, establecieron la posibilidad de otorgar una prima técnica con ocasión del desempeño a aquellos servidores del orden nacional y de las entidades consagradas en las normas mencionadas, que ocuparan cargos en propiedad y que obtuvieran un porcentaje igual o superior 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, la cual en todo caso no podrá ser superior al 50% de la asignación básica mensual. Para tal efecto, estableció un procedimiento con la finalidad de que el servidor tuviera acceso a la misma, así como unas causales para su pérdida.

La regulación de la prima técnica en el INVIAS

1. El INVIAS reglamentó el otorgamiento de la prima técnica para sus empleados mediante Resolución número 001229 del dieciocho (18) de marzo de 1994, con fundamento en el Decreto Ley 1661 de 1991 y su Decreto Reglamentario 2164 del mismo año.

La prima técnica por evaluación del desempeño estaba regulada en los artículos 7 ° y

siguientes del mencionado acto administrativo. En ese sentido, se establecía una prestación de hasta el 30% para los empleados que ocuparan cargos del nivel profesional que hayan obtenido más del noventa (90%) del total de puntos de cada una de las calificaciones de servicios, realizadas en el año inmediatamente anterior a la solicitud de otorgamiento¹⁰⁹. Sin embargo, el procedimiento para la solicitud y su asignación era el establecido en los Decretos 1661 y 2164 de 1991¹¹⁰.

Las modificaciones introducidas por el Decreto 1724 de 1997 y el régimen de transición

1. La prima técnica regulada en la disposición descrita previamente fue modificada por el Decreto 1724 de 1997¹¹¹, puesto que limitó su reconocimiento, por cualquiera de los dos criterios expuestos, a los funcionarios que estuvieran nombrados con carácter permanente en un cargo de los niveles directivo, asesor o ejecutivo, o sus equivalentes en los diferentes órganos y ramas de poder público¹¹².

1. No obstante, en su artículo 4° consagró un régimen de transición para aquellos empleados a quienes se les hubiera otorgado la prima técnica antes de la entrada en vigencia de esa norma¹¹³ y que desempeñaran cargos de niveles diferentes a los señalados anteriormente, los cuales podrían continuar con su disfrute hasta su retiro del organismo o hasta que se cumplieran las condiciones para su pérdida, consagradas en las normas vigentes al momento de su otorgamiento.

1. El Consejo de Estado ha entendido este régimen de transición como la posibilidad de que quienes hubiesen reunido los requisitos para acceder a la prima técnica en sus diferentes modalidades con anterioridad al 11 de julio de 1997, preservaran o continuaran percibiendo dicho beneficio económico hasta su retiro de la entidad o hasta que se cumpla alguna de las condiciones para su pérdida. Por tal virtud, precisó que la expresión “otorgado” contenida en el artículo 4° del Decreto 1724 de 1997, no contrae los efectos del régimen de transición a quienes disfrutaran de una prima técnica o a quienes tuviesen un acto expreso de

reconocimiento de la misma, sino que abarca a aquellos empleados que aun sin acto de reconocimiento o sin haber elevado la solicitud pertinente, hubiesen consolidado su derecho con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 1724 de 1997, esto es, el 11 de julio de esa misma fecha¹¹⁴.

De esta manera, los empleados que consolidaron su prestación antes de la expedición del Decreto 1724 de 1997, aunque esta no les haya sido reconocido por la administración, cuentan con un derecho que pueden reclamar siempre y cuando no se encuentren afectados por las causales previstas en el régimen de transición para su pérdida, tales como la evaluación en porcentaje inferior al señalado en las normas o por el fenómeno de la prescripción¹¹⁵.

Conforme a lo expuesto, el régimen de transición previsto en el artículo 4° del Decreto 1724 de 1997, puede aplicarse a quienes, sin ocupar cargos de los niveles directivo, asesor, ejecutivo o sus equivalentes bajo el nuevo régimen, cumplan con los siguientes requisitos¹¹⁶:

- * Que tuvieran derecho al reconocimiento de la prima técnica por evaluación de desempeño bajo el régimen del Decreto 1661 de 1991, esto es, que hubieren laborado para la respectiva entidad en la vigencia de la normativa mencionada y que, desde luego, cumplan con los requisitos legales exigidos por la misma;

- * Que hubieran reclamado la prima técnica antes o después de la entrada en vigencia del Decreto 1724 de 1997, siempre que tuvieran derecho a la prima mencionada en vigencia del Decreto 1661 de 1991;

- * Que la entidad demandada injustificadamente hubiera guardado silencio frente a la petición o, se entiende, hubiera resuelto la misma en forma negativa.

1. En suma, el artículo 4° del Decreto 1724 de 1997, estableció un régimen de transición para aquellos funcionarios que no ocupaban en propiedad los nuevos cargos si eran destinatarios de la prima técnica, 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.

1. El Decreto Ley 1724 de 1997, fue derogado por el Decreto Ley 1336 de 2003, que restringió los cargos aptos para disfrutar la prima técnica. Ésta norma señaló que sólo los empleos del nivel directivo, asesor y los jefes de oficina asesora pertenecientes a los despachos de Ministros, Viceministros, Directores de Departamento Administrativo, Superintendentes y Directores de Unidad Administrativa o sus equivalentes, podrían en adelante solicitar tal prestación¹¹⁷.

Por su parte, el Decreto 2177 de 2006, modificó los criterios para la asignación de la prima técnica y estableció que tendrán derecho a su reconocimiento los empleados que ocupen algún cargo de los mencionados en el párrafo anterior, que i) acrediten título de estudios de formación avanzada y cinco (5) años de experiencia altamente calificada o ii) tengan una alta evaluación de desempeño¹¹⁸.

Caso concreto

1. La tutelante pidió la protección constitucional de sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, por considerarlos presuntamente vulnerados con la providencia proferida por la Sala de Descongestión, subsección “E”, Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por ella contra el INVIAS, en la medida en que tal decisión, -a juicio de la demandante-, incurrió en defectos sustantivo, por desconocimiento del precedente y por error inducido, que materialmente le impidió ser beneficiaria de la prima técnica por desempeño a partir del periodo 2002-2003.

Conforme a lo anterior, solicitó que se deje sin efectos la sentencia proferida en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho del diecisiete (17) de noviembre de 2015, dictada por la Sala de descongestión de la Subsección “E”, Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Para que en consecuencia se ordene al despacho accionado dictar una nueva providencia en la que se tengan en cuenta los artículos 107 y 108 del Decreto 1572 de 1998, para efectos de realizar la evaluación anual por el periodo 2002-2003.

Bajo esta perspectiva, la Corte formuló el problema jurídico tendiente a establecer si la decisión judicial objeto de censura incurrió en defectos sustantivo, por desconocimiento del precedente y por error inducido, que además, vulneró los derechos fundamentales a la igualdad, de acceso a la administración de justicia y al debido proceso de la accionante.

Planteado así el asunto bajo revisión, procede la Corte a resolver el problema jurídico en el caso concreto.

Acreditación del defecto sustantivo por la inaplicación de la norma jurídica más favorable en materia de evaluación de desempeño de la actora en el evento de cambio de jefe

1. La Sala de Descongestión, Subsección “E”, Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante fallo del diecisiete (17) de noviembre de 2015, resolvió de una parte declarar la prescripción de las mesadas por concepto de prima técnica a favor de la demandante entre los años 1997-2002; y de otra, negar las demás súplicas de la demanda. Los argumentos del despacho judicial accionado fueron los siguientes:

* La accionante era beneficiaria del régimen de transición consagrado en el artículo 4° del Decreto 1724 de 1997, porque: i) demostró su vinculación a la entidad demandada desde el 1° de enero de 1994, como Profesional Especializado 3010-20 (actualmente Profesional Especializado 2028-17) y se encontraba inscrita en el sistema de carrera administrativa por medio de la Resolución No. 8347 del ocho (8) de junio de 1994, proferida por la Comisión Nacional del Servicio Civil; ii) el cargo que desempeñaba la accionante era susceptible de

asignación de prima técnica por evaluación de desempeño, en tanto que pertenecía al nivel profesional; y iii) acreditó más del 90% en la evaluación anual definitiva realizada entre el 1° de marzo de 1996 y el 28 de febrero de 1997, para un total de 951 puntos¹¹⁹.

* El beneficio de la prima técnica feneció en el periodo 2002-2003, pues la actora no cumplió con el requisito de obtener el 90% o más del total de la calificación: en efecto, el Tribunal accionado consideró que en el periodo 2002-2003, la demandante obtuvo 900 puntos, pero aquellos corresponden a una calificación parcial que se realizó en el periodo comprendido entre el nueve (9) de abril y el siete (7) de agosto de 2002, en virtud del cambio de jefe, según las pruebas documentales que obran en el expediente¹²⁰.

En ese sentido, los periodos comprendidos entre el primero (1°) de marzo y el ocho (8) de abril de 2002 y del ocho (8) de agosto de 2002 hasta el veintiocho (28) de febrero de 2003, no fueron calificados de acuerdo a lo informado por el Coordinador del Área de Gestión Talento Humano del INVIAS, quien además, expreso que aquellas evaluaciones debieron realizarse conforme al numeral 4° del artículo 107 del Decreto 1572 de 1998¹²¹.

Por tal razón, el Tribunal demandado indicó que en este caso debía aplicarse el artículo 76 del Decreto 1568 de 1998, que regula lo relacionado con el procedimiento para la evaluación y la calificación de los empleados de carrera. En tal evento, si el responsable de la evaluación no lo hacía dentro de los plazos y en los casos que el reglamento establecía, el empleado objeto de dicha evaluación, tenía la obligación de solicitarla por escrito y en caso de no asumir tal deber, la evaluación parcial o la calificación definitiva se entendía satisfactoria en el puntaje mínimo, es decir, 650 puntos¹²².

De esta manera, los periodos comprendidos entre el primero (1°) de marzo y el ocho (8) de abril de 2002 y del ocho (8) de agosto de 2002 al veintiocho (28) de febrero de 2003, debieron calificarse de forma presunta y positiva en 650 puntos. De otra parte, el periodo comprendido entre el nueve (9) de abril y el siete (7) de agosto de 2002, tiene una calificación expresa en 900 puntos¹²³.

Conforme a lo anterior, el despacho accionado procedió a promediar las evaluaciones parciales tanto las presuntas como las expresas y estableció que la calificación de servicios

de la actora era de 733.33 puntos, lo que afectó el goce del derecho en discusión, puesto que operó su pérdida en forma automática y no es posible su reanudación así el servidor obtenga con posterioridad la puntuación requerida por la ley y los reglamentos para el disfrute del mencionado emolumento¹²⁴.

* Las mesadas de los años 1997 a 2002 prescribieron, debido a que el reclamo para obtenerlas fue impetrado por la parte actora hasta el nueve (9) de marzo de 2006, es decir, cuando habían transcurrido más de los tres (3) años que señala el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968.

1. De acuerdo a lo expuesto, el argumento medular del Tribunal accionado fue la evaluación parcial de la accionante en el periodo 2002-2003 y la aplicación del artículo 76 del Decreto 1568 de 1998, que contempla la calificación presunta en el puntaje mínimo satisfactorio en aquellos lapsos de tiempo que no fueron objeto de examen de servicios, con la finalidad de determinar la calificación total del mencionado periodo. Realizado el promedio de las etapas evaluadas de manera presunta y expresa, concluyó que la accionante no obtuvo el puntaje requerido para ser beneficiaria de la prima técnica, lo que significó la pérdida del derecho, aun en el evento en que posteriormente cumpliera con los requisitos legales y reglamentarios establecidos para tal fin.

1. Analizada la actuación administrativa y procesal de las partes y las pruebas aportadas al proceso, encuentra la Sala que: i) el Tribunal Administrativo de Cundinamarca acertó al establecer que la accionante era beneficiaria del régimen de transición consagrado en el artículo 4° del Decreto 1724 de 1997, pues cumplió la totalidad de los requisitos para acceder a la prima técnica contenidos en los Decretos 1661 y 2164 ambos de 1991, antes de la entrada en vigencia del Decreto 1724 de 1997, esto es, el once (11) de julio de 1997.

Sin embargo, ii) la aplicación del artículo 76 del Decreto 1568 de 1998, para realizar la calificación de desempeño definitiva en el caso concreto del proceso contencioso

administrativo promovido por la accionante, configuró un defecto sustantivo, que desconoció el derecho fundamental al debido proceso de la tutelante, puesto que utilizó una norma que no regulaba la especial situación de la actora, como era la ausencia de evaluación por cambio de jefe, y le impuso la evaluación presunta en el puntaje mínimo satisfactorio, lo que constituye una carga excesiva, desproporcionada y que además desconoce el principio de favorabilidad, como pasa a verse a continuación.

La importancia y la finalidad de la evaluación de desempeño a los funcionarios inscritos en carrera administrativa

1. El artículo 104 de Decreto 1572 de 1998¹²⁵, vigente para la época de los hechos que sustentan la solicitud de amparo, establecía que la evaluación del desempeño es un instrumento que permite determinar los logros institucionales alcanzados mediante la gestión del servicio público e identificación de las áreas potenciales para alcanzar el cumplimiento de funciones y objetivos de la respectiva entidad.

Por tal razón, el desempeño laboral de los empleados de carrera debe ser evaluado de acuerdo con los objetivos previamente concertados entre evaluador y evaluado¹²⁶. De esta manera, la calificación de servicios es el resultado de la evaluación del desempeño laboral de todo el periodo establecido o del promedio ponderado de las evaluaciones parciales que durante ese periodo se hayan efectuado¹²⁷.

1. En suma, la evaluación cumple con dos finalidades constitucionalmente válidas: de una parte, es un instrumento al servicio de la administración para el examen del servicio prestado por los funcionarios y la consecución de los logros institucionales propuestos por la entidad, lo cual repercute en el mejoramiento y fortalecimiento del servicio público; y de otra, para los servidores, implica la posibilidad de ingresar o permanecer en el servicio público y la oportunidad de acceder a los beneficios legales y reglamentarios con ocasión de su desempeño, tal como sería el caso de la prima técnica analizada en esta oportunidad.

La evaluación del desempeño para el periodo 2002-2003

El periodo evaluado

1. El artículo 111 del Decreto 1572 de 1998, establece que la anualidad objeto de evaluación comprende el primero (1º) de marzo y el último día del mes de febrero. De esta manera, el periodo 2002-2003 que debía ser examinado comprendía del primero (1º) de marzo de 2002 al veintiocho (28) de febrero de 2003.

La forma de obtener la calificación total

1. La accionante fue calificada parcialmente en el mencionado periodo de la siguiente manera: en el lapso comprendido entre el nueve (9) de abril y el 7 de agosto de 2002, en el que obtuvo 900 puntos. Sin embargo, entre el primero (1º) de marzo al ocho (8) de abril de 2002; y entre el ocho (8) de agosto de 2002 y el 28 de febrero de 2003, la actora no fue evaluada con ocasión de un hecho que no fue controvertido por el INVIAS en sede ordinaria ni en la presente acción de tutela, como fue la ausencia de jefe inmediato.

1. Ahora bien, conforme a los hechos que sustentan la solicitud de amparo, la calificación de desempeño de la accionante podría realizarse de acuerdo a dos normas que son aplicables al presente caso, de una parte el artículo 72 del Decreto 1568 de 1998 y los artículos 107 y 108 del Decreto 1572 de ese mismo año. Las normas referidas establecen:

Normas sobre calificación anual en caso de evaluaciones parciales

Decreto 1568 de 1998

Decreto 1572 de 1998

Artículo 76º.- Los responsables de evaluar a los empleados de carrera administrativa y de período de prueba deberán hacerlo dentro de los plazos y casos establecidos en el reglamento.

Los empleados objeto de evaluación tienen la obligación de solicitar por escrito cuando no se realizare dentro de los dos (2) días calendario siguientes al vencimiento del plazo previsto

para evaluar o a la ocurrencia del hecho que la motiva.

Si dentro de los dos (2) días calendario siguientes a la solicitud, el empleado responsable de evaluar no lo hiciere, la evaluación parcial o la calificación definitiva se entenderá satisfactoria en el puntaje mínimo.

Parágrafo.- Cuando el evaluador se retire de la entidad sin efectuar las evaluaciones que le correspondían, el requerimiento de que trata el inciso segundo de este artículo se formulará al empleado responsable de evaluar según el reglamento.

Artículo 107º.- Se entenderá por evaluaciones parciales las que deben ser efectuadas a los empleados de carrera en los siguientes casos en que no haya operado cambio de entidad:

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

Parágrafo 1º.- Estas evaluaciones no producen por si solas los efectos del artículo 42 de la Ley 443 de 1998 y deberán realizarse dentro de los quince (15) días calendario siguientes a la fecha en que se produzca la situación que las origine y no harán parte de la hoja de vida del evaluado.

Parágrafo 2º.- El término de duración, cualquiera que éste sea, de las situaciones administrativas en las que pueda encontrarse un empleado de carrera referidas en el numeral 3 de este artículo no se tendrá en cuenta para la evaluación o la calificación.

Artículo 108º.- Si la fecha del vencimiento del período a calificar estuviere comprendida

dentro del término de duración de alguna de estas situaciones, la calificación definitiva del período anual será la correspondiente al tiempo laborado hasta la fecha de iniciación de dicha situación administrativa.

1. La Sala considera que en el presente caso la calificación definitiva de la actora para el periodo 2002-2003, debía realizarse con base en los artículos 107 y 108 del Decreto 1572 de 1998, vigente para el momento de los hechos, con fundamento en las siguientes razones:

* La administración no puede alegar su propia culpa en materia de falta de evaluación.

Con fundamento en el principio general de *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, nadie puede alegar a su favor la propia culpa, con la finalidad de obtener un provecho particular. Esta Corporación en sentencia C-083 de 1995¹²⁸, expresó que el mencionado principio hace parte del ordenamiento jurídico del país, de tal suerte que no hay duda de que quien alega su propia culpa para derivar de ella un beneficio, falta a la buena fe, entendida como la ausencia de dolo, es decir, la conciencia de que el comportamiento que se observa es conforme al derecho y los que fines que persigue también están amparados por este. En ese sentido, se trata de una pauta de conducta debida, en todas las actuaciones tanto de las autoridades públicas como de los particulares.

Por su parte, el Consejo de Estado ha analizado la aplicación de este principio en las actuaciones de la administración. En efecto, en sentencia del once (11) de febrero de 2009, proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, manifestó que: “(...) la ausencia de recursos para el pago es un problema imputable a la propia entidad, quien debió controlar, prever, planear financieramente y organizar lo que concierne a sus gastos, de manera que no existe razón para que quien así actúa luego quiera eximirse de la responsabilidad que le cabe por sus actos descuidados. Actuar así es contrario al principio general del derecho según el cual, “nadie puede alegar la propia culpa en su beneficio -*nemo auditur propriam turpitudinem*-.”¹²⁹

De igual manera, en sentencia del tres (3) de abril de 2014, la Sección Cuarta de esa

Corporación, adujo:

“El aforismo “*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”- nadie puede alegar su propia culpa en su favor-, hace parte de nuestro sistema normativo como expresión del principio de la buena fe y se desprende de varias disposiciones que sin decirlo de manera explícita, la consagran como regla de derecho. Entre otras está, el artículo 1744130 del Código Civil, que prohíbe a quien haya empleado dolo en la celebración de un contrato, pedir la nulidad del negocio jurídico así realizado¹³¹.”¹³²

En el asunto de la referencia, se observa que el INVIAS alegó su propia culpa para negar el reconocimiento de la prima técnica, por la falta de calificación total por cambio de jefe, puesto que a él le correspondía el deber de evaluar a sus funcionarios conforme a los artículos 72 del Decreto 1568 de 1998 y 113 del Decreto 1572 de 1998. El cambio de jefe como causa de la ausencia de evaluación para la accionante no podía constituir una razón justificada para aplicar una calificación presunta en el puntaje satisfactorio mínimo, pues la falta de evaluación no obedeció a un hecho imputable a la servidora, sino a una omisión de INVIAS que, en este caso, no puede trasladarse a la accionante.

De esta manera, en el presente caso la falta de calificación por ausencia de jefe de la servidora configuró un asunto de responsabilidad de la administración, la cual debió garantizar que se realizara la evaluación en los términos de los artículos 32 de la Ley 443 de 1998¹³³ y 115 del Decreto 1572 de 1998¹³⁴, en el entendido de que, como se advirtió previamente, la evaluación del desempeño reviste importancia tanto para el examen de la prestación del servicio público, como para los derechos de los servidores sujetos a la misma.

Por esta razón, a la accionante no le era atribuible la ausencia de evaluador y de calificación, pues para ella constituyó una carga injustificada y desproporcionada que significó la aplicación de una norma jurídica que no regulaba su especial situación para aquel momento.

* Aplicación del principio de favorabilidad. La evaluación de la accionante debió realizarse con base en el Decreto 1572 de 1998. En efecto, contrario a lo expuesto por el Tribunal

accionado y los jueces de instancia en sede de tutela, a la situación fáctica de la actora le eran aplicables los artículos 107 y 108 del Decreto 1572 de 1998, conforme a las siguientes razones:

Las normas contenidas en los Decretos 1568 y 1572 de 1998, no son excluyentes, sino que por el contrario se complementan de manera armónica y sistemática, pues regulan los procedimientos y términos para la evaluación del desempeño de los empleados.

El artículo 76 del Decreto 1568 de 1998, regula en términos generales el procedimiento para la evaluación y calificación de los empleados de carrera, sin embargo, los artículos 107 y 108 del Decreto 1572 de 1998, regulan de manera específica la forma en que debe hacerse el examen de desempeño en las especiales situaciones descritas en las mencionadas normas.

En efecto, el artículo 107 del Decreto 1572 de 1998, establece que una de las formas en que se produce la evaluación parcial de los funcionarios es el cambio de jefe¹³⁵, situación en la que se encontraba la accionante y que generó la ausencia de evaluación de los otros periodos de la anualidad examinada.

Ahora bien, el artículo 108 de ese mismo decreto, consagra que “Si la fecha del vencimiento del período a calificar estuviere comprendida dentro del término de duración de alguna de estas situaciones, la calificación definitiva del período anual será la correspondiente al tiempo laborado hasta la fecha de iniciación de dicha situación administrativa.”

La interpretación y la aplicación de este artículo debe hacerse a la luz del principio de favorabilidad en materia laboral consagrado en el artículo 53 de la Constitución, el cual consiste en la obligación de todo servidor público de elegir la situación más beneficiosa para el empleado en caso de duda en la aplicación e interpretación de normas jurídicas¹³⁶. En otras palabras, se trata de un instrumento hermenéutico para superar las controversias y tensiones generadas por la aplicación de normas y en el evento en que una disposición jurídica admita diversas interpretaciones¹³⁷.

Para esta Corporación “(...) la favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones (...)”¹³⁸.

En el presente asunto, el Tribunal accionado consideró que el cambio de jefe no es una situación administrativa, razón por la cual no era procedente la aplicación de los artículos 107 y 108 del Decreto 1572 de 1998. El análisis de este argumento, exige un breve estudio del concepto de situación administrativa.

El concepto de situación administrativa hace referencia al estado en que se encuentran los funcionarios públicos frente a la administración en un determinado momento¹³⁹. El artículo 58 del Decreto 1950 de 1973, establece que los empleados vinculados regularmente a la administración, pueden encontrarse en las siguientes situaciones administrativas: i) Servicio activo¹⁴⁰; ii) licencia¹⁴¹; iii) permiso¹⁴²; iv) comisión¹⁴³; v) ejerciendo las funciones de otro empleo por encargo¹⁴⁴; vi) prestando servicio militar¹⁴⁵; vii) vacaciones¹⁴⁶; viii) suspendido en ejercicio de sus funciones¹⁴⁷.

De esta manera, la Sala entiende que las situaciones administrativas permiten identificar la relación que existe entre el funcionario público y la administración en un determinado momento. Es decir, se trata de la expresión del estado o situación del empleado público frente a la administración, la cual, como quedó expuesto previamente, puede revestir la forma de servicio activo, comisión, suspensión, licencia, encargo, entre las que no se encuentra el cambio de jefe.

En efecto, el cambio de jefe no encaja dentro de la definición técnica de situación administrativa, puesto que no expresa la relación entre el funcionario y la administración en un determinado momento. Más bien, podría afirmarse que el cambio de jefe implica una contingencia propia del ejercicio de función pública, que en ningún caso configura una situación administrativa en sentido técnico y restringido.

El artículo 108 descrito previamente, supone una pregunta ¿A qué situación debe aplicarse? Cuestión que puede ser resuelta de dos formas: i) a las situaciones administrativas en sentido técnico y restringido, tal como lo afirmó el Tribunal accionado; o ii) a los eventos descritos en el artículo 107 de la misma norma, según lo expresado por la accionante.

Para la Sala, no le asiste razón al Tribunal accionado cuando afirmó que a la demandante no le eran aplicables los artículos 107 y 108 del Decreto 1572 de 1998, puesto que la regulación contenida en las mencionadas disposiciones no se refiere al concepto técnico y restringido de situaciones administrativas, tal como quedó expuesto previamente.

En efecto, la interpretación literal que realizó el despacho demandado no puede tacharse de caprichosa o arbitraria, sin embargo no es suficiente en términos de efectivización del principio de favorabilidad, puesto que aquel se logra con la utilización metodológica de una interpretación del efecto útil de la mencionada disposición. De ahí que pueda entenderse que el término situación administrativa contemplado en el artículo 108 del Decreto 1572 de 1998, no hace referencia a las contempladas en el artículo 58 del Decreto 1950 de 1973¹⁴⁸, que fueron previamente descritas, sino a las situaciones contenidas en el artículo 107 del mismo decreto, entre las que se encuentra el cambio de jefe.

Es decir, una lectura aislada de la norma jurídica mencionada, tal como lo propone el despacho accionado, implicaría que la misma fuera despojada de la lógica y coherencia que orienta el subsistema jurídico contenido en la norma que establece la evaluación de desempeño de los empleados de carrera administrativa.

En ese sentido, el artículo 107 del Decreto 1572 de 1998, hace una descripción de las situaciones que dan origen a una calificación de servicios parcial, y seguidamente, el artículo 108 de esa misma norma, consagra la forma en que se debe hacer la calificación definitiva cuando cualquiera de los eventos previamente descritos se extienden hasta la fecha de vencimiento del periodo a calificar. Nótese que las disposiciones jurídicas descritas no hacen remisiones normativas a otros contenidos jurídicos, bien sea para definir el término “situación administrativa” o para que se regule de otra forma las calificaciones parciales, por lo que existe una conexidad temática e inescindible entre las situaciones descritas en el artículo 107 y la forma de calificación definitiva contenida en el artículo 108.

En otras palabras, la expresión “situación administrativa” contenida en el artículo 108 del Decreto 1572 de 1998, no hace referencia a su acepción restringida y técnica, es decir, a la particular relación del empleado y la administración, sino que tiene efectos descriptivos y referenciales, al hacer alusión a los eventos reseñados en el artículo 107 de esa misma norma.

De acuerdo con lo anterior, la situación de la accionante encaja en el supuesto de hecho del artículo 108 del Decreto 1572 de 1998, pues fue objeto de una calificación parcial por ausencia de jefe dentro del periodo a calificar 2002-2003. De acuerdo a lo anterior, no le era aplicable el artículo 76 del Decreto 1568 de 1998, pues aquel regula aquellos eventos en los

que no hay calificación, elemento fáctico que difiere del supuesto de hecho en el que existen calificaciones parciales y que regula el artículo 108 citado.

En el presente asunto, la situación de la accionante devela que fue calificada parcialmente en el periodo comprendido entre el nueve (9) de abril y el siete (7) de agosto de 2002, con un puntaje de 900. Así, tanto el comienzo como la finalización de la anualidad no fue objeto de examen por esa específica circunstancia, por lo que aquellos lapsos de tiempo que no fueron evaluados a la actora deberán ser calificados conforme al artículo 108 del Decreto 1572 de 1998, es decir, con base en el puntaje obtenido en la evaluación parcial.

En ese sentido, las etapas en las que está ausente el examen, deberán ser calificadas con el puntaje obtenido por la servidora durante el lapso efectivamente evaluado durante la respectiva anualidad 2002-2003, esto es, 900 puntos.

El artículo 106 del Decreto 1572 de 1998, establece que “la calificación es el resultado de la evaluación del desempeño laboral de todo el periodo establecido o del promedio ponderado de las evaluaciones parciales que durante este periodo haya sido necesario efectuar.” (Lo énfasis agregado)

De esta manera, la calificación total de la accionante para el periodo 2002-2003, sería la siguiente:

Calificación del periodo 2002-2003

Lapso

Calificación

Total

1° de marzo al ocho de abril de 2002

900

900

9 de abril y el 7 de agosto de 2002

900

8 de agosto de 2002 al 28 de febrero de 2003

900

Esta interpretación garantiza la efectividad de los principios de favorabilidad mediante la interpretación que consulte el efecto útil de las normas jurídicas, y además, es coherente con la finalidad de la prima técnica, tendiente a estimular el desempeño sobresaliente de sus funcionarios, puesto que en el caso concreto, estaba acreditado que el historial de servicios de la accionante fue sobresaliente, ya que se observa que el mismo en todos los periodos evaluados entre el año 1996 al 2011, fueron superiores al 90%, por lo que la aplicación del artículo 76 del Decreto 1568 de 1998, desconocería la realidad probatoria que daba cuenta que la accionante, durante los periodos examinados, fue una funcionaria que prestó sus servicios a la entidad pública de manera eficiente y destacada, por lo que otorgarle una calificación presunta en el puntaje mínimo satisfactorio, por un hecho ajeno a su culpa, como es la ausencia de calificación porque el cargo de jefe estaba desconocería la forma en que la desarrollo su labor y constituye un desconocimiento por parte del INVIAS del principio de que nadie puede aprovecharse de su propia culpa, ya que la causa de la falta de evaluación obedeció a una situación fáctica de su resorte y no podía trasladar sus efectos jurídicos a la funcionaria al punto de afectarle el acceso al beneficio de la prima técnica.

* La accionante no perdió el derecho a ser parte del régimen de transición en materia de prima técnica, al menos para el periodo 2002-2003, pues su evaluación fue de 900 sobre 1000 puntos, por lo que alcanzó una calificación sobresaliente del 90%.

1. De otra parte, la Sala advierte que se aparta de la argumentación presentada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en torno al presunto incumplimiento de la accionante en relación con la solicitud de calificación en el periodo 2002-2003, pues considera que se trató de una exigencia desproporcionada al menos por dos razones: i) tal como quedó expuesto previamente a la funcionaria no le era aplicable el artículo 76 del

Decreto 1568 de 1998; y, ii) la calificación es un deber de la administración, por tal razón, en los eventos de cambio de jefe, le corresponde garantizar la evaluación parcial o definitiva de sus empleados, por lo que, en este preciso caso, no puede alegar su propia culpa como eximente de responsabilidad.

1. En resumen, el Tribunal accionado incurrió en un defecto sustantivo por inaplicar los artículos 107 y 108 del Decreto 1572 de 1998, para determinar la calificación definitiva de desempeño de la accionante, lo que significó el desconocimiento de su derecho fundamental al debido proceso, el cual ha sido entendido por esta Corporación como: “(...) la posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes.¹⁴⁹

Por tal razón, considera la Sala que no es necesario pronunciarse sobre los demás defectos específicos de procedibilidad invocados por la demandante, puesto que basta la ocurrencia de uno de ellos para conceder el amparo solicitado.

1. En suma, la Sala revocará la sentencia del cuatro (4) de agosto de 2016, proferida por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, para en su lugar conceder el amparo solicitado del derecho fundamental al debido proceso.

De tal manera, que ordenara dejar sin efectos el fallo del diecisiete (17) de noviembre de 2015, proferido por la Sala de Descongestión de la Subsección “E” de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, para que profiera una nueva sentencia de fondo con observancia de lo expuesto en la presente providencia.

Conclusiones

1. La Sala dio respuesta al problema jurídico planteado de la siguiente manera:

a. Se verificó la procedencia general de la acción de tutela contra la providencia judicial objeto de censura.

a. Se reiteraron las causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, especialmente aquellas que caracterizan los defectos sustantivo, por desconocimiento del precedente y por error inducido.

a. Se acreditó que la decisión judicial proferida por el Tribunal de Cundinamarca incurrió en defecto sustantivo, porque el análisis jurídico de las normas aplicables al caso concreto realizado por el despacho accionado, configuró la violación del derecho fundamental al debido proceso de la accionante, puesto que con base en consideraciones argumentativas sobre la forma de calificar a los empleados en los eventos de evaluaciones parciales por cambio de jefe, contenido en normas que fueron interpretadas en contra del trabajador, negó la posibilidad de una real y oportuna decisión judicial sobre sus pretensiones con fundamento en las disposiciones jurídicas que regulaban su especial situación.

En este caso, el operador judicial se apartó de manera consciente de la verdad objetiva y evidente contenida en el expediente de la referencia, que daba cuenta de la necesidad de evaluar el desempeño de la accionante con fundamento en el artículo 108 del Decreto 1572 de 1998. Tal situación incidió de manera directa en la decisión objeto de censura, puesto que negó las pretensiones de la demanda e impidió que se profiriera una sentencia que consultara la justicia material.

De otra parte, en este asunto, a la accionante no le era exigible la carga de solicitar la calificación del periodo 2002-2003, puesto que: i) a su caso no le aplica el artículo 76 del Decreto 1568 de 1998; y, ii) la administración no puede aprovecharse de su propia culpa, pues le asiste el deber de calificar a sus empleados, más aun por causas ajenas a los mismos, como es el cambio de jefe.

a. La aplicación de las normas mencionadas, con fundamento en los principios de favorabilidad y de efecto útil del derecho, configura para la actora la posibilidad de ser calificada con 900 puntos en el periodo 2002-2003, razón por la cual no perdió su derecho de transición a percibir la prima técnica por evaluación de desempeño, al menos para este periodo.

Decisión

Con fundamento en lo expuesto, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo, y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia del cuatro (4) de agosto de 2016, proferida por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. En su lugar, CONCEDER el amparo solicitado del derecho fundamental al debido proceso de la señora Martha Elena Corredor Puerto.

Segundo.- DEJAR SIN EFECTOS JURÍDICOS la sentencia del diecisiete (17) de noviembre de 2015, proferida por la Sala de Descongestión de la Subsección “E” de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Tercero.- ORDENAR a la Sala de Descongestión, Subsección “E” de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, o a quien haga sus veces, que en el improrrogable término de quince (15) días hábiles, contados a partir de la notificación de esta providencia, profiera una nueva sentencia de fondo, en la que deberá tener en cuenta lo expuesto en esta sentencia.

Cuarto.- Por Secretaría líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO

Magistrado (e.)

AQUILES ARRIETA GÓMEZ

Magistrado (e.)

ROCIO LOAIZA MILIÁN

Secretaria General (e.)

1 Folio 2 cuaderno principal.

2 Ibídem.

3 Folio 3 cuaderno principal.

4 Ibídem.

5 Folios 40-56 cuaderno principal.

6 Folio 51 cuaderno principal.

7 Folio 52 del cuaderno principal.

8 Ibídem.

9 Folio 53 del cuaderno principal.

10 Folio 54 del cuaderno principal.

11 Folios 20-21 cuaderno principal.

12 Folios 36 y 37 cuaderno principal.

13 Folio 31 del cuaderno principal.

14 Folios 32-33 cuaderno principal.

15 Folio 33 cuaderno principal.

16 C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila

18 Folio 36 cuaderno principal.

19 Folio 6 cuaderno principal.

20 Folio 7 cuaderno principal.

21 Ibídem.

22 Folio 8 cuaderno principal.

23 C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

24 Demandante Consuelo Arias Trujillo, C.P. Gustavo Gómez Aranguren.

25 Ambas con ponencia del Consejero Gerardo Arenas Monsalve.

26 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

27 Folios 11 y 12 cuaderno principal.

28 Folios 70-89 cuaderno principal.

29 Folio 71 cuaderno principal.

30 Folio 73 cuaderno principal.

31 Folios 73-74 cuaderno principal.

32 Folio 74 cuaderno principal.

33 Folio 76 cuaderno principal.

34 Folio 77 cuaderno principal.

35 Folios 78-79 cuaderno principal.

36 Folios 90-91 cuaderno principal.

37 Folio 91V cuaderno principal.

38 Folios 94-103 cuaderno principal.

39 Folios 96-97 cuaderno principal.

40 Folio 98 cuaderno principal.

41 Folio 99 cuaderno principal.

42 C.P. Eduardo Gómez Aranguren.

43 Folio 101 cuaderno principal.

44 Folio 101 cuaderno principal.

45 Folios 103-110 cuaderno principal.

46 Folios 105v-106 del cuaderno principal.

48 Folio 107v del cuaderno principal.

49 Demandante Consuelo Arias Trujillo, C.P. Gustavo Gómez Aranguren.

50 Folio 108 del cuaderno principal.

51 Ambas con ponencia del Consejero Gerardo Arenas Monsalve.

52 Folio 109v cuaderno principal.

53 Ibídem.

54 Folio 110 cuaderno principal.

55 Folio 110 cuaderno principal.

56 Folios 141-163 cuaderno principal.

57 Folios 156-159 cuaderno principal.

58 Folios 159-162 cuaderno principal.

59 T-006 de 1992 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-223 de 1992 M.P. Ciro Angarita Barón, T-413 de 1992 M.P. Ciro Angarita Barón, T-474 de 1992 Eduardo Cifuentes Muñoz, entre otras.

60 M. P. Jaime Córdoba Triviño. En este fallo se declaró inexecutable una expresión del artículo 185 de la Ley 906 de 2004, que impedía el ejercicio de cualquier acción, incluida la tutela, contra las sentencias proferidas por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

61 M.P. Jorge Iván Palacio.

62 Este punto reitera la sentencia SU-242 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, ver también sentencia T-610 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

63 Sentencia T-504 de 2000 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

64 Sentencia T-315 de 2005 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

65 Sentencias T-008 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y SU-159 de 2002 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

66 Sentencia T-658 de 1998 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

67 Tomado de la sentencia SU-242 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

68 Sentencia T-443 de 2008 M.P. Mauricio González Cuervo.

69 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

70 Sentencia T-522 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

71 Sentencias T-462 de 2003; SU-1184 de 2001; T-1031 de 2001 todas con ponencia del Dr. Eduardo Montealegre Lynnett; T-1625 de 2000 M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

72 M.P. Jorge Iván Palacio.

73 Sentencias SU-159 de 2002, T-295 de 2005 y T-743 de 2008 todas con ponencia del dar Manuel José Cepeda Espinosa, T-043 de 2005, T-657 de 2006 ambas con ponencia del Magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra, T-686 de 2007 M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-033 de 2010, y T-792 de 2010 ambas con ponencia del Magistrado Jorge Iván Palacio.

75Sentencia T-205 de 2004 M.P. Clara Inés Vargas Hernández

76Sentencia T-800 de 2006 M.P. Jaime Araújo Rentería

77Sentencia T-522 de 2001 ejusdem

78Sentencia SU-159 de 2002 ejusdem

79Sentencias T-051 de 2009 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y T-1101 de 2005 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

80Sentencias T-462 de 2003 ejusdem, T-842 de 2001 M.P. Álvaro Tafur Galvis, y T-814 de 1999.

81Sentencia T-018 de 2008 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

82Sentencia T-086 de 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

83Sentencia T-231 de 1994 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

84Sentencia T-807 de 2004 M.P. Clara Inés Vargas.

85 Sentencia SU-026 de 2012 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, reiterado en sentencia T-791 de 2013 M.P. Luís Guillermo Guerrero Pérez.

86 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

87 Sentencia T-217 de 2013, M.P. Alexei Julio Estrada.

88 Sentencia C-335 de 2008 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

89 Ver Sentencias T-590 de 2009 y SU-917 de 2013 ambas con ponencia del magistrado Luis Ernesto Vargas Silva.

90 Sentencia T-031 de 2016 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

91 Sentencia SU-014 de 2001 M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

92 Ver, entre otras, las sentencias T-492 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett y T-702 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

93 M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

94 “Por el cual se fija el régimen de clasificación y remuneración de los empleos de los Ministerios, Departamentos Administrativos y Superintendencias”.

95 ESAP, Cartillas de Administración Pública. Prima Técnica de Empleados Públicos, Bogotá, 2009, Págs. 11-12.

96 Artículo 7° del Decreto Ley 2285 de 1968.

97 “Por el cual se fija el sistema de clasificación, remuneración y nomenclatura para las distintas categorías de empleados de los ministerios, departamentos administrativos y superintendencias”.

98 Que para el efecto eran: a) Sólo podrá asignarse prima técnica a quiénes reúnan los requisitos mínimos señalados para el desempeño del empleo en los manuales descriptivos de funciones, y la valoración se hará mediante las ponderaciones de las calidades que excedan estos requisitos; b) La prima no podrá exceder el cincuenta por ciento (50%) de la remuneración señalada como sueldo básico para el cargo respectivo, ni superar el porcentaje que resulte de la evaluación hecha por el Consejo Superior del Servicio Civil; c) Los factores objeto de valoración por concepto de prima técnica son los de estudios y experiencias que se relacionen directamente con las funciones del cargo, o que proporcionen una aptitud especial para su desempeño; d) El sueldo más la prima técnica no podrán exceder en ningún caso la remuneración que por concepto de sueldo y gastos de representación corresponda a los

ministros del despacho y jefes de departamento administrativo; e) En ningún caso podrán devengarse simultáneamente gastos de representación y prima técnica; f) Asignada una prima técnica cesará su disfrute por cambio de empleo, y g) El sueldo más la prima técnica no podrán superar en ningún caso la remuneración que devengue el superior inmediato.

99 “Por el cual se determina el régimen de primas técnicas en la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional.”

100 Artículo 1°

101 Artículos 2-13.

102 “Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones”

103 Al respecto ver el desarrollo contenido en la sentencia del diecinueve (19) de enero de 2006, proferida por la Subsección “B”, Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, radicado 399-03, actora Nelda Arrieta Fabra contra Departamento de Córdoba C.P. Tarcisio Cáceres Toro.

104 “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.”

105 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.

106 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del veintiocho (28) de octubre de 2015, radicado 2445-14, actor José Ascensión Portilla, demandado Universidad de Pamplona C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Al respecto ver también la sentencia del veintiuno (21) de septiembre de 2016, radicación 4507-14, actora Gloria Fanny Padilla de Huérfano contra Departamento del Tolima, C.P. Gerardo Arenas

Monsalve, entre otras.

107 Departamento Administrativo de la Función Pública. Guía Prima Técnica de empleados públicos. Bogotá, 2015, Pág. 10.

108 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del veintiocho (28) de octubre de 2015, radicado 2445-14, actor José Ascensión Portilla, demandado Universidad de Pamplona C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

109 Literal b del artículo 7° del Decreto 1229 de 1994.

110 Artículo 9° ejusdem.

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

112 Artículo 1°. Ver al respecto Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del veintiocho (28) de octubre de 2015, radicado 2445-14, actor José Ascensión Portilla, demandado Universidad de Pamplona C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

113 Vigente desde el 11 de julio de 1997, puesto que fue publicada en el diario oficial número 43081 de la misma fecha.

114 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, sentencia del diez (10) de noviembre de 2010, radicación 1003-08, actora Nydia Díaz Díaz contra Escuela Superior de Administración Pública ESAP, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

115 Ibídem.

116 Al respecto ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del veintiocho (28) de octubre de 2015, radicado 2445-14, actor José Ascensión Portilla, demandado Universidad de Pamplona C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez y la sentencia del veintiuno (21) de septiembre de 2016, radicación 4507-14, actora Gloria Fanny Padilla de Huérfano contra Departamento del Tolima, C.P. Gerardo Arenas

Monsalve, entre otras.

117 Sentencia T-809 de 2014 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

118 Ibídem.

119 Folios 30 y 31 cuaderno principal.

120 Folio 31 cuaderno principal.

121 Folios 31-32 cuaderno principal.

122 Folio 32 del cuaderno principal.

123 Folio 33 cuaderno principal.

125 Derogado por el art. 112, Decreto Nacional 1227 de 2005.

126 Artículo 105 del Decreto 1572 de 1998.

127 Artículo 106 del Decreto 1572 de 1998.

128 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

129 C.P. Enrique Gil Botero, Rad. 76001-23-31-000-1998-01514-01 (31.210)

130 ARTICULO 1744. CONTRATO REALIZADO POR DOLO DE UN INCAPAZ. Si de parte del incapaz ha habido dolo para inducir al acto o contrato, ni él ni sus herederos o cesionarios podrán

alegar nulidad.

Sin embargo, la aserción de mayor edad, o de no existir la interdicción, u otra causa de incapacidad, no inhabilitará al incapaz para obtener el pronunciamiento de nulidad.

131 También dan cuenta de la inclusión de esta regla en la normatividad colombiana, el artículo 90 de la Carta Política, cuando al consagrar la cláusula de responsabilidad del Estado, advierte que éste sólo responderá en eventos en que haya causado un daño

antijurídico, es decir, que el administrado no esté en la obligación de soportar; y el artículo 156 del Código Civil, según el cual, el divorcio solo podrá ser demandado por el cónyuge que no haya dado lugar a los hechos que lo motivan.

132 C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, Rad. 25000-23-27-000-2010-00197-01(19137)

133 El texto de la norma consagraba “Obligación de evaluar y calificar. Los empleados que sean responsables de evaluar y calificar el desempeño laboral del personal deberán hacerlo en los términos que señale el reglamento, que para el efecto expida la Comisión Nacional del Servicio Civil. El incumplimiento de este deber será sancionable disciplinariamente, sin perjuicio de que se cumpla con la obligación de calificar.”

134 “Cuando el evaluador se retire de la entidad sin efectuar las evaluaciones que le correspondían, éstas deberán ser realizadas por su superior inmediato o por el empleado que para el efecto sea designado por el jefe de la entidad. En caso de permanecer en ella mantiene la obligación de hacerlo, sin perjuicio de las acciones disciplinarias a que hubiere lugar.”

135 Numeral 1° del artículo 107 del Decreto 1572 de 1998.

136 Sentencia T-559 de 2011 M.P. Nilson Pinilla Pinilla

137 Ibídem.

138 T-290 de marzo 31 de 2005, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

139 Departamento Administrativo de la Función Pública, Cartilla Laboral empleo, situaciones administrativas, jornada laboral y retiro de empleados del sector público. junio de 2009, pág. 41.

140 Según el artículo 59 del Decreto 1950, Un empleado se encuentra en servicio activo, cuando ejerce actualmente las funciones del empleo del cual ha tomado posesión.

141 Artículo 60 ejusdem: Un empleado se encuentra en licencia cuando transitoriamente se separa del ejercicio de su cargo, por solicitud propia, por enfermedad o por maternidad.

142 Artículo 74 ejusdem: El empleado puede solicitar por escrito permiso remunerado hasta

por tres (3) días, cuando medie justa causa. Corresponde al jefe del organismo respectivo, o a quien haya delegado la facultad, el autorizar o negar los permisos.

143 Artículo 75 ejusdem: El empleado se encuentra en comisión cuando, por disposición de autoridad competente, ejerce temporalmente las funciones propias de su cargo en lugares diferentes a la sede habitual de su trabajo o atiende transitoriamente actividades oficiales distintas a las inherentes al empleo de que es titular.

144 Artículo 34º ejusdem.- Hay encargo cuando se designa temporalmente a un empleado para asumir, total o parcialmente, las funciones de otro empleo vacante por falta temporal o definitiva de su titular, desvinculándose o no de las propias de su cargo.

145 Artículo 99 ejusdem. Cuando un empleado sea llamado a prestar servicio militar obligatorio, o convocado en su calidad de reservista, su situación como empleado en el momento de ser llamado a filas no sufrirá ninguna alteración, quedará exento de todas las obligaciones anexas al servicio civil y no tendrá derecho a percibir la remuneración que corresponda al cargo del cual es titular.

146 Artículo 73 ejusdem. Las vacaciones se regirán por las normas legales sobre la materia.

147 Artículo 73 ejusdem. la suspensión por las normas sobre régimen disciplinario a que se refiere el presente Decreto Nacional. Al respecto ver los artículos 44, 157 y otros de la Ley 734 de 2002

148 Los empleados vinculados regularmente a la administración, pueden encontrarse en las siguientes situaciones administrativas:

- a) En servicio activo.
- b) En licencia.
- c) En permiso.
- d) En comisión.
- e) Ejerciendo las funciones de otro empleo por encargo.

f) Prestando servicio militar.

g) En vacaciones, y

149 Sentencia C-426 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil.