



7

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

Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter

Bogotá, D. C., catorce (14) de septiembre de dos mil diecisiete (2017)

Acción: Nulidad y restablecimiento del derecho
Expediente: 66001-23-31-000-2012-00273-01 (4309-2013)
Demandante: **Amparo Arias Escobar**
Demandado: Nación-Ministerio de Comercio, Industria y Turismo
Tema: Reconocimiento y pago de prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la actora contra la sentencia de 25 de julio de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, que negó las pretensiones de la demanda del epígrafe.

I. ANTECEDENTES

1.1 La acción (ff. 90 a 103). La señora Amparo Arias Escobar, por conducto de apoderado, ocurre ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo a incoar acción de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 85 del Código Contencioso Administrativo (CCA), contra la Nación-Ministerio de Comercio, Industria y Turismo para que se acojan las pretensiones que en el apartado siguiente se precisan.

1.1.1 Pretensiones. La actora pide (i) la anulación de los oficios 2-2009-040162 de 9 de noviembre de 2009 y 2-2010-047942 de 17 de diciembre de 2010, de la «coordinadora grupo recursos humanos», y las Resoluciones 2379 de 1º de julio de 2011 y 1158 de 2 de abril de 2012, de la secretaria general del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, que negaron el reconocimiento y pago de la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada; y (ii) como consecuencia de lo anterior, se ordene lo siguiente:

- a) Pagar la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada, en un 50% de la asignación básica mensual recibida, desde que cumplió los requisitos y mientras subsista el derecho;
- b) Reliquidar las prestaciones sociales e incentivos, comoquiera que la prima técnica constituye factor salarial;



- c) Que los valores objeto de condena se actualicen de acuerdo con el índice de precios al consumidor (IPC);
- d) Que la sentencia se cumpla en los términos de los artículos 176 y 177 del CCA; y
- e) Que se expida primera copia que preste mérito ejecutivo.

1.1.2 Fundamentos fácticos (ff. 61 a 66) Relata la accionante que ha prestado sus servicios al ente demandado en cargos directivos, así: desde el 6 de mayo de 1997 hasta el 30 de marzo de 2000, como directora regional código 2035, grado 20, en el Instituto Colombiano de Comercio Exterior (Incómex); a partir del 3 de abril de 2000 hasta el 13 de febrero de 2003, en condición de directora territorial código 42, grado 13, en el Ministerio de Comercio Exterior; y entre el 14 de febrero de 2003 y el 31 de diciembre de 2010, incorporada como directora código 42, grado 13, en el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

Asevera que su nombramiento fue ordinario mediante Resolución 1086 de 29 de abril de 1997, para lo cual acreditó los requisitos mínimos ya que el título de postgrado fue homologado por tres años de experiencia profesional; que no tiene antecedentes disciplinarios.

Que obtuvo el 30 de junio de 2005 el título de especialista en «negocios internacionales», además de varios diplomados, seminarios y cursos de capacitación no formal, y cuenta con más de doce años de experiencia altamente calificada.

Arguye que el 17 de septiembre de 2009 solicitó del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo que le fuera reconocida la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada, que le fue negada por los actos demandados, pese a, sí haberla reconocido a otros funcionarios.

1.1.3 Disposiciones presuntamente violadas y su concepto. Cita como normas violadas por los actos acusados el artículo 53 de la Constitución Política y los Decretos 1661 y 2164 de 1991, 1724 de 1997 y 1336 de 2003.

Aduce violación de normas superiores, al estimar que reúne los requisitos para la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada, dado que, al «6 de mayo de 1997, fecha en la que se posesionó en el INCOMEX cumplía con el requisito para ser Directora Regional; y para el año 2005, cuando obtuvo título de Especialista en Negocios Internacionales, cumplió con los requisitos exigidos para la prima técnica», y por ello es



beneficiaria del régimen de transición del Decreto 1336 de 2003, por lo que considera tiene un derecho adquirido, así no se le haya reconocido¹.

Alude también que es obligación del jefe del organismo expedir el acto administrativo que reconoce la prima técnica cuando el candidato cumple los requisitos, no es una decisión discrecional del jefe de la entidad, y cita para ello la sentencia C-018 de 1996 de la Corte Constitucional (que examinó la exequibilidad del parágrafo del artículo 6 del Decreto 1661 de 1996) y la sentencia del Consejo de Estado de 1º de junio de 2000, expediente 2949-1999, con ponencia de la entonces consejera Ana Margarita Olaya Forero.

Señala que se viola el inciso 2º del artículo 53 superior, cuando en caso de duda no se aplica la interpretación más favorable al trabajador.

1.2 Contestación de la demanda (ff. 131 a 152). La demandada, a través de apoderado, se opuso a la prosperidad de las pretensiones; respecto de los hechos dice que el 9º no constituye una situación fáctica, algunos son ciertos, otros parcialmente y los demás que se prueben.

Arguye que la experiencia adquirida por la actora en los cargos ejercidos, de acuerdo con las funciones desempeñadas, es profesional y no altamente calificada, la que debe exceder la requerida para el cargo desempeñado. En ese sentido, cita el concepto 2081 de la sala de consulta y servicio civil de esta Corporación de 2 de febrero de 2012, respecto de que esta clase de experiencia «no es simplemente la experiencia ordinaria obtenida en el ejercicio cotidiano de la profesión, sino que exige un nivel especializado y superior en una determinada área del respectivo quehacer, la cual es relevante para el cargo a desempeñar. [...] no es equivalente a la simple experiencia profesional (que es la propia del cargo a desempeñar), sino que ha de referirse a aquella que capacita al funcionario para la ejecución de tareas o la aplicación de conocimientos particularmente especializados que exigen altos niveles de capacitación y práctica en el área de que trate» y el artículo 145 del Decreto 590 de 1993 que determina como experiencia profesional «la adquirida en el ejercicio de empleos que tengan funciones similares a las del cargo a proveer».

Precisa que la actora se retiró de la entidad el 31 de diciembre de 2010, en razón a que a través de las Resoluciones 12991 de 23 de noviembre de 2009 y 6235 de 11 de octubre de 2010, el Instituto de Seguros Sociales le reconoció la pensión que disfrutaba desde el 1º de enero de 2011 - lo que omitió mencionar

¹ Cita algunos párrafos de la sentencia del Consejo de Estado de 19 de enero de 2006, proferida en el expediente «2001-240», del entonces consejero de Estado Jaime Moreno García.



en la demanda-, motivo por el cual perdió el derecho a la prima técnica reclamada (letra a del artículo 11 del Decreto 2164 de 1991), dado su carácter temporal comoquiera que el propósito de esta prestación es el de «atraer o mantener al servicio del Estado a funcionarios altamente calificados» y la señora Amparo Arias Escobar se encuentra retirada del servicio.

Alega que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición previsto en el Decreto 1336 de 2003, ya que no acreditó los requisitos para acceder al reconocimiento de la prima técnica por formación profesional y experiencia altamente calificada. Propone la excepción de prescripción trienal con base en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968.

II. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Risaralda, en sentencia de 25 de julio de 2013, negó la nulidad de los actos administrativos acusados, toda vez que no aparece probado que la actora acreditara los requisitos para acceder a la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada dispuestos en el Decreto 1724 de 1997, que consideró era el aplicable a la actora, por cuanto «con el título de Especialista en negocios Internacionales obtenido en el año 2005, no supera los requisitos mínimos exigidos para el cargo, pues solo convalidó un requisito que se había aceptado por equivalencia para ejercerlo, equivalencias que no la habilita[n] para pregonar exceso en los requisitos mínimos».

Lo anterior, comoquiera que al examinar los criterios para otorgar la prima técnica reclamada bajo lo preceptuado en el Decreto ley 1661 de 1991, Decretos 2164 de 1991 (modificado por el 1335 de 1999), 1724 de 1997, 1336 de 2003 y 2177 de 2006, y Resolución 2 de 11 de marzo de 1992 del extinguido Incómex, se requiere demostrar la permanencia en el cargo, título de formación avanzada y tres (3) años de experiencia altamente calificada, de los cuales solo los dos primeros se cumplen a satisfacción.

Estimó el *a quo* que los requisitos mínimos que atañen a los empleos desempeñados por la actora requerían de título de formación avanzada o de postgrado y para la posesión de ellos solo contaba con el título universitario de economista, por lo que para acceder al cargo lo compensó (título de posgrado o formación avanzada) por 3 años de experiencia profesional, conforme las equivalencias permitidas por los artículos 28 del Decreto 590 de 30 de marzo de 1993 y 26 del 861 de 11 de mayo de 2000, razón por la cual, por un lado, no había acreditado el título de posgrado, que obtuvo el 30 de junio de 2005



cuando se graduó de especialista en negocios internacionales, y, por el otro, «[...] no puede hablarse de una experiencia altamente calificada, pues no presentó los méritos para ello al no exceder los mínimos requisitos para el desarrollo del cargo, a lo sumo fue, como se dijo en precedencia, una experiencia profesional relacionada».

II. EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, la actora interpuso recurso de apelación (ff. 243 a 245), en razón a que «[...] sí cumplió con los requisitos exigidos para el reconocimiento de la prima técnica, pues exceden los requeridos para el cargo»; también pide se revoque la condena en costas.

IV. TRÁMITE PROCESAL

El recurso interpuesto fue concedido mediante proveído de 5 de septiembre de 2013 (f. 2639); que se admitió en esta Corporación por auto de 5 de diciembre siguiente (f. 267); y, después, en providencia de 19 de marzo de 2014, se dispuso correr traslado simultáneo a las partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión y conceptuara, en su orden (f. 285), oportunidad aprovechada por la demanda.

La entidad demandada (ff. 270 a 283). Pide que se confirme el fallo de primera instancia y reitera (i) que la experiencia adquirida por la exfuncionaria en los cargos desempeñados es profesional y no altamente calificada, y (ii) la actora se retiró del servicio el 31 de diciembre de 2010, en razón al reconocimiento de su pensión de vejez por parte del Instituto de Seguros Sociales, por lo que «[...] no se estaría atrayendo ni manteniendo a un empleado para ayudas de la entidad, dada su condición de pensionada».

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.1 Competencia. Conforme a la preceptiva del artículo 129 del CCA esta Corporación es competente para conocer del presente litigio, en segunda instancia.

5.2 Problema jurídico. Corresponde en esta oportunidad a la Sala determinar si le asiste razón jurídica o no a la demandante para reclamar de la Nación-Ministerio de Comercio, Industria y Turismo el reconocimiento y pago de la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada.



5.3 Marco normativo. En punto a la resolución del problema jurídico planteado en precedencia, procede la Sala a realizar el correspondiente análisis normativo a efectos de establecer la solución jurídicamente correcta respecto del caso concreto.

El artículo 7 del Decreto 2285 de 1968² creó la prima técnica con el fin de «atraer o mantener personal altamente calificado para cargos de especial responsabilidad o superior especialización técnica», con base en la «experiencia, competencia especial o títulos profesionales de quien ejerza o sea llamado a ejercer un empleo», que sería asignado por decreto previo concepto favorable del consejo de ministros y el dictamen del Consejo Superior del Servicio Civil.

Luego, el artículo 14 del Decreto 1950 de 1973³ mantuvo este reconocimiento para toda la rama ejecutiva del poder público, empero, se determinó su asignación para los empleos de los niveles técnico y ejecutivo.

Posteriormente, el Congreso de la República expidió la Ley 60 de 1990⁴, en cuyo artículo 2 (numeral 3), «De conformidad con el ordinal 12 del artículo 76 de la Constitución Política, re[vistió] al Presidente de la República de facultades extraordinarias por el término de seis (6) meses, contados a partir de [su] vigencia», para «Modificar el régimen de la prima técnica, para que además de los criterios existentes en la legislación actual, se permita su pago ligado a la evaluación del desempeño y sin que constituya factor salarial. Para el efecto, se determinará el campo y la temporalidad de su aplicación, y el procedimiento, requisitos y criterios para su asignación».

Habilitado por la anterior norma, el presidente de la República expidió el Decreto 1661 de 1991, cuyo artículo 1º, redefinió la prima técnica, en los siguientes términos:

Corresponde a un incentivo económico que se reconoce a aquellos funcionarios o empleados altamente calificados que se requieren para el desempeño de cargos cuyas funciones demanden la aplicación de conocimientos técnicos o científicos especializados o la realización de labores de dirección o de especial responsabilidad, de acuerdo con las necesidades específicas de cada organismo. Así mismo será un reconocimiento al desempeño en el cargo en los términos que se establecen en este decreto.

² «Por el cual se fija el régimen de clasificación y remuneración de los empleos de los Ministerios, Departamentos Administrativos y Superintendencias».

³ «Por el cual se reglamentan los Decretos-leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración de personal civil».

⁴ «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» y dictar otras disposiciones.



Por otra parte, el artículo 2º del citado Decreto previó dos modalidades para el reconocimiento de la prima técnica, así:

Para tener derecho a prima técnica serán tenidos en cuenta alternativamente uno de los siguientes criterios, siempre y cuando, en el primer caso, excedan de los requisitos establecidos para el cargo que desempeñe el funcionario o empleado:

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

b) Evaluación del desempeño.

Asimismo, el artículo 3º del Decreto 1661 de 1991 consagró los niveles a los cuales se otorgaría dicha prestación:

Para tener derecho al disfrute de una prima técnica con base en los requisitos de que trata el literal a) del artículo anterior, se requiere estar desempeñando un cargo en los niveles profesional, ejecutivo, asesor o directivo. La prima técnica con base en la evaluación del desempeño podrá asignarse en todos los niveles.

Ahora bien, el Decreto 2164 de 17 de septiembre de 1991⁵, «Por el cual se reglamenta parcialmente el Decreto ley 1661 de 1991», respecto de la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada, prescribió:

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

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

[...]

⁵ Modificados los artículos 3 y 4 por el Decreto 1335 de 1999.



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

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

[...]

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

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

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

[...]

Artículo 7º.- De los empleos susceptibles de asignación de prima técnica. El Jefe del organismo y, en las entidades descentralizadas, las Juntas o Consejos Directivos o Superiores, conforme con las necesidades específicas del servicio, con la política de personal que se adopte y con sujeción a la disponibilidad presupuestal, determinarán, por medio de resolución motivada o de acuerdo, según el caso, los niveles, las escalas o los grupos ocupacionales, las dependencias y los empleos susceptibles de asignación de prima técnica, teniendo en cuenta la restricción establecida en el artículo 3 del Decreto-Ley 1661 de 1991, y los criterios con base en los cuales se otorgará la referida prima, señalados en el artículo 3 del presente Decreto.

Sin embargo, mediante Decreto 1724 de 1997⁶, el Gobierno nacional en desarrollo de la Ley 4ª de 1992, modificó « [...] el régimen de Prima Técnica para los empleados públicos del Estado» de la siguiente manera:

⁶ Publicado en el diario oficial 43.081 de 11 de julio de 1997.



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

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

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

Artículo 4o. Aquellos empleados a quienes se les haya otorgado prima técnica, que desempeñen cargos de niveles diferentes a los señalados en el presente decreto, continuarán disfrutando de ella hasta su retiro del organismo o hasta que se cumplan las condiciones para su pérdida, consagradas en las normas vigentes al momento de su otorgamiento.

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

De la norma transcrita se desprende que, a través del Decreto 1724 de 1997, se restringió el derecho a la prima técnica en el sentido de que serían destinatarios de ella únicamente quienes estuviesen nombrados con carácter permanente en un cargo de los niveles directivo, asesor o ejecutivo o sus equivalentes, esto es, con exclusión de los demás niveles.

No obstante, de acuerdo con el artículo 4º del aludido Decreto 1724 de 1997, se respetaron los derechos adquiridos de aquellos servidores que desempeñaran cargos de niveles diferentes a los señalados en él, a quienes se les reconoció prima técnica con anterioridad a su publicación, pues disfrutarían de ella hasta el retiro del servicio o hasta cuando se cumplieran las condiciones para su pérdida, consagradas en las normas vigentes al momento de su otorgamiento.



Sobre este punto, esta Colegiatura ha precisado que es viable el reconocimiento de la prima técnica a empleados que a pesar de no habérseles reconocido dicho derecho antes de la entrada en vigor del Decreto 1724 de 1997 (11 de julio de 1997), tuvieran los requisitos para ser beneficiarios, al respecto, discurrió así⁷:

De acuerdo con la segunda tesis, que prevaleció en la Subsección⁸, y que hoy constituye el parámetro para el reconocimiento de la misma, sí es posible aplicar el régimen de transición del artículo 4 del Decreto 1724 de 1997 a quienes, sin ocupar cargos de los niveles directivo, asesor, ejecutivo o sus equivalentes bajo el nuevo régimen, cumplieran con los siguientes requisitos:

- (i) 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, cumplieran los requisitos legales exigidos por la misma;
- (ii) 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;
- (iii) que la entidad demandada injustificadamente hubiera guardado silencio frente a la petición o, se entiende, hubiera resuelto la misma en forma negativa.

De lo anterior, se concluye que es dable el reconocimiento de la prima técnica a los empleados que sin ocupar cargos de los niveles directivo, asesor, ejecutivo o sus equivalentes a la fecha de entrada en vigor del Decreto 1724 de 1997 cumplieran los requisitos para su reconocimiento. En consecuencia, el régimen de transición, previsto en el artículo 4º del citado Decreto, debe aplicarse a aquellos que devengaban la prima técnica por haber colmado las exigencias legales como a quienes sin habérsele reconocido satisficieran las condiciones previstas en la ley.

Después, el Decreto 1724 de 1997 fue derogado por el 1336 de 2003, «Por el cual se modifica el régimen de Prima Técnica para los empleados públicos del Estado», en el que se dispuso:

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

⁷ Sentencia de 25 de mayo de 2006, consejero ponente Jesús María Lemos Bustamante, radicación 25000-23-25-000-2002-08242-01(2922-04).

⁸ Al respecto puede verse la sentencia del Consejo de Estado (sección segunda, subsección B), de 8 de agosto de 2003, consejero ponente: Alejandro Ordóñez Maldonado, expediente 23001-23-31-000-2001-00008-01 (0426-03), actor: Benjamín Antonio Vergara.



Administrativa Especial o sus equivalentes en los diferentes órganos y Ramas del Poder Público.

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

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

Artículo 4o. Aquellos empleados a quienes se les haya otorgado prima técnica, que desempeñen cargos de niveles diferentes a los señalados en el presente decreto o cargos de asesor en condiciones distintas a las establecidas en el artículo 1º, continuarán disfrutando de ella hasta su retiro del organismo o hasta que se cumplan las condiciones para su pérdida, consagradas en las normas vigentes al momento de su otorgamiento.

[...]

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

Sobre la legalidad de la precitada normativa, esta sección, en su sala laboral, en sentencia de 12 de marzo de 2008⁹ proferida dentro del expediente 11001-03-25-000-2006-00069-00(1267-06), precisó:

[...]

Es decir, el Gobierno Nacional, bien puede excluir niveles diferentes al Directivo y al Asesor dentro del grupo de empleados beneficiarios de dicha prima, pues la diferencia de tratamiento, puede establecerse por la autoridad a quien le corresponde considerar los factores que la justifiquen, en ejercicio de la facultad constitucional y legal que le fue conferida; de manera tal, que si es predicable la potestad de modificar el régimen salarial y prestacional, también lo es, la determinar a qué niveles corresponde su pago y bajo qué circunstancias.

[...]

Con relación a la vulneración de los derechos adquiridos a la que hace alusión el actor, debe tenerse en cuenta que por derecho adquirido la doctrina y la jurisprudencia, ha entendido aquel derecho que ha entrado al patrimonio de una persona natural o jurídica y que hace parte de él, por lo que no puede ser arrebatado o vulnerado por quien lo creó o reconoció legítimamente. Es así, como el derecho adquirido es la ventaja o el beneficio cuya conservación e integridad, está garantizada en favor del titular del derecho, por una acción o por una excepción. El derecho adquirido al que hace referencia el artículo 58 de la Carta Política, ha de entenderse como una 'situación jurídica concreta o subjetiva'¹⁰, que se evidencia cuando el texto legal ha jugado un papel jurídico en

⁹ Con ponencia del entonces consejero de Estado Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

¹⁰ Corte Constitucional Sentencia C-410 de 1997, expediente D-1585, magistrado ponente Hernando Herrera Vergara.



favor o en contra de una nueva persona en el momento en que ha entrado a regir una nueva ley y es por ello, que los derechos ya reconocidos no sufren ninguna modificación.

[...]

Resulta claro que el Gobierno nacional está legitimado para excluir los niveles ejecutivo, profesional, técnico, administrativo y operativo de la prerrogativa de la prima técnica, como en efecto lo hizo a través del Decreto 1724 de 1997, derogado por el 1336 de 2003, pero sin desconocimiento de los derechos adquiridos de las personas que, en ejercicio de cargos correspondientes a dichos niveles, se les haya reconocido mencionado derecho a la prima técnica con anterioridad a la entrada en vigor del Decreto 1724 de 1997 o a quienes sin habersele reconocido, reunieran los requisitos para ello antes de que este entrara a regir.

A su vez, el Decreto 2177 de 2006¹¹ modificó nuevamente el artículo 3° del Decreto 2164 de 1991, en los siguientes términos:

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

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

- a) Título de estudios de formación avanzada y cinco (5) años de experiencia altamente calificada;
- b) Evaluación del desempeño.

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

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

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

Para el otorgamiento de la prima técnica por uno de los criterios de título de estudios de formación avanzada y cinco (5) años de experiencia altamente

¹¹ «Por el cual se establecen modificaciones a los criterios de asignación de prima técnica y se dictan otras disposiciones sobre prima técnica».



calificada, o evaluación del desempeño, se evaluará según el sistema que adopte cada entidad.

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

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

De lo anterior se colige que, aunque el aludido Decreto 2177 de 2006 aumentó a 5 años el requisito de experiencia calificada previsto en el artículo 3° del Decreto 2164 de 1991, lo cierto es que respetó el régimen de transición contemplado en el artículo 4° del citado Decreto 1724 de 1997.

Ahora bien, en lo que se refiere al hoy Ministerio de Comercio, Industria y Turismo no subsisten otros actos administrativos diferentes a los que reglamentaron la prima técnica en los extinguidos Ministerio de Comercio Exterior, mediante la Resolución 26 de 7 de febrero de 1992¹² e Instituto Colombiano de Comercio Exterior (Incómex), a través de la Resolución 2 del 11 de marzo de 1992¹³, de las que se deducen sería otorgada en las mismas

¹² Conforme a lo preceptuado en el Decreto 2164 de 1991, los criterios a seguir para el otorgamiento de la referida prima serían: a) título de formación avanzada y tres (3) años de experiencia altamente calificada, b) terminación de estudios de formación avanzada y seis (6) años de experiencia altamente calificada, c) por evaluación del desempeño. En el artículo 30, se precisó que los empleados del Ministerio de Comercio Exterior, que desempeñaran en propiedad los cargos de niveles asesor, ejecutivo, directivo o profesional y que acreditaran el título de formación avanzada y experiencia altamente calificada en el ejercicio profesional o en la investigación técnica y científica en áreas relacionadas con las funciones propias del cargo durante un término no menor de tres (3) años, tendrán derecho a la prima técnica de la referencia.

¹³ «ARTÍCULO 2°. CRITERIOS PARA SU ASIGNACIÓN. La Prima Técnica podrá otorgarse alternativamente por los siguientes criterios siempre y cuando excedan los requisitos mínimos establecidos para el cargo por el correspondiente Manual de Funciones:

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

ARTÍCULO 3°.-PRIMA TÉCNICA POR FORMACIÓN AVANZADA Y EXPERIENCIA. Tendrán derecho a Prima Técnica los empleados que desempeñen en propiedad cargos de los niveles directivo, asesor, ejecutivo y profesional que acrediten título de formación avanzada y experiencia altamente calificada en el ejercicio profesional o en la investigación técnica o científica en áreas relacionadas con las funciones propias del cargo, durante un término no menor de tres (3) años.

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

PARAGRAFO: La experiencia a que se refiere este artículo será calificada y aprobada mediante la expedición de la respectiva resolución por parte del Director del Incomex, con base en la documentación que el empleado acredite, de acuerdo con lo indicado en el artículo 5° de esta resolución.

ARTÍCULO 5°. PROCEDIMIENTO PARA LA ASIGNACIÓN DE LA PRIMA TÉCNICA. El empleado que ocupe un cargo susceptible de asignación de Prima Técnica, presentará, por escrito, al Jefe de la División de Recursos Humanos la solicitud de asignación de Prima Técnica acompañada de los documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos, si no estuvieren en la hoja de vida, en cuyo caso la petición lo indicará. Reunida la documentación, el Jefe de la División de Recursos Humanos o quien haga sus veces, verificará dentro de un término máximo de dos (2) meses, si el solicitante acredita los requisitos para la asignación de la Prima Técnica, cumpliendo para el efecto lo indicado en el artículo 7° de la presente resolución.

El Director del Incomex proferirá la resolución de asignación si el solicitante acredita los requisitos.



condiciones establecidas en los aludidos Decretos 1661 y 2164 de 1991.

5.4 Caso concreto. A continuación, procede la Sala a analizar las peculiaridades del caso objeto de juzgamiento frente al marco normativo que gobierna la materia. En ese sentido, en atención al material probatorio traído al plenario y de conformidad con los hechos constatados por esta Corporación, se destaca, de la historia laboral (anexos 2 y 2A) y antecedentes administrativos (1, 1A y 1B), lo siguiente:

a) Resolución 1086 de 29 de abril de 1997, por la cual el director general del Instituto Colombiano de Comercio Exterior (Incómex)¹⁴ nombró, «con carácter ordinario», a la demandante en el cargo de director regional código 2035, grado 20, de la dirección regional Risaralda-subdirección de operaciones (ff. 41 y 101 del anexo 1B), que desempeñó desde el 6 de mayo de 1997 hasta el 30 de marzo de 2000.

b) Mediante «ESTUDIO DE REQUISITOS MÍNIMOS», el jefe de la división de recursos humanos del Incómex conceptuó que «Con base en los datos suministrados en la hoja de vida de la doctora AMPARO ARIAS ESCOBAR, reúne requisitos para ocupar un cargo de Director Regional 2035-20 de la actual planta de personal» (ff. 32 anexo 1 B).

Lo anterior «Con base en el Decreto 590 del 30 de marzo de 1993, Decreto 406 de 1994, Decreto 339 de 1995 y la Resolución 0436 del 14 de mayo de 1996 (Manual de Funciones del Incómex)».

El cargo de director regional 2035-20 tenía como requisitos: título de formación universitaria o profesional en administración de comercio exterior, economía, derecho, administración pública o de empresas; título de formación avanzada o de postgrado en áreas relacionadas con las funciones del cargo y tarjeta profesional en los casos reglamentados por la ley; dos (2) años de experiencia.

ARTÍCULO 7º.-PONDERACIÓN DE LOS FACTORES. DEFINICIÓN DE LOS FACTORES EDUCACION DE FORMACION AVANZADA: El máximo nivel de educación superior lo constituye la modalidad de formación avanzada y tiene por objeto la preparación para el desarrollo de la actividad investigativa, científica y académica y el desempeño profesional especializado.

(...)

Los programas de formación avanzada o de postgrado son de formación académica o de especialización.

(...)

b. PROGRAMAS DE ESPECIALIZACION:

Estos programas son los que profundizan un aspecto científico de una profesión o de sus áreas afines, o de su aplicación, deben contener 600 ulas (Unidades de Labor Académica) que equivalen a 2 o 3 semestres y confiere el título de especialista».

¹⁴ Suprimido mediante el Decreto 2682 de 28 de diciembre de 1999 a partir del 30 de marzo de 2000.



Para ello, acreditó estudios de economista de la Universidad Libre, con fecha de grado agosto de 1991, matrícula profesional 16959 y como experiencia:

«-Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura IICA-contrato de consultoría-Marzo a Diciembre de 1996.
-Planeación Dptal-Profesional Universitario- Sept 94 a Marzo de 1996.
-DRI-Técnico Administrativo, Asistente Financiero y Directora (E) –Abr.-90 Sept-94.
Coltefinanciera-Secretaria Cajera-Junio 1985 a Febrero 1989.
Jairo Amaya S y Cia. Ltda.-Secretaria Auxiliar de Contabilidad- Ags. 78 a Feb.80»

c) Resolución 348 de 3 de abril de 2000, por el que la Ministra de Comercio Exterior nombra¹⁵ a la demandante en el cargo de director territorial código 42, grado 13, de la planta global, en el que se posesionó en la misma fecha, mediante acta 73, que desempeñó hasta el 13 de febrero de 2003 (ff. 21 a 29 y 62 del tomo 1A).

d) Resolución 19 de 7 de febrero de 2003, por la cual fue incorporada en el cargo de directora territorial código 42, grado 13, en la planta de personal del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo¹⁶, a partir del 14 de febrero siguiente, según consta en el acta 495 de la misma fecha (ff. 35 a 42, 44 y 45 del tomo 1A).

e) Resolución 2704 de 16 de septiembre de 2010, que la retiró del servicio por reconocimiento de la pensión de vejez, que se hizo efectiva a partir del 1º de enero de 2011 (ff. 20 y 66 del anexo 1).

f) Resolución 12991 de 23 de noviembre de 2009, del Instituto de Seguros Sociales que le reconoció a la actora «pensión de vejez», condicionada al retiro de la funcionaria, la que fue modificada mediante Resolución 6235 de 11 de octubre de 2010 (ff. 10, 11, 14 y 16 del anexo 2A).

g) Acta 145 de 23 de agosto de 1991, a través de la cual la Universidad de Libre le confirió a la accionante el título de economista (ff. 11 y 12 del tomo anexo 1B).

h) Acta 779 de 30 de junio de 2005, en la que la Universidad Libre le confirió a la accionante el título de especialista en negocios internacionales (ff. 39 y

¹⁵ En la certificación de 7 de febrero de 2001, suscrita por el «asesor del grupo de recursos humanos del Ministerio de Comercio Exterior» se indica que la actora fue incorporada a ese ministerio desde el 3 de abril de 2000, luego de haber laborado en el Incómex «durante el período comprendido entre el 6 de mayo de 1997 y el 30 de marzo de 2000» (f. 10 anexo 1 A).

¹⁶ De conformidad con la Ley 790 de 2002, se fusionó el Ministerio de Comercio Exterior y el Ministerio de Desarrollo Económico y se conformó el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo; con el Decreto 210 de 3 de febrero del mismo año, se determinaron los objetivos y la estructura orgánica del nuevo ministerio; y por el Decreto 213 de los mismos día, mes y año, se estableció la planta de personal.



40).

i) Escrito de 17 de septiembre de 2009¹⁷, radicado 1-2009-029868, mediante el cual la actora pidió del Ministerio accionado el reconocimiento y pago de la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada, lo que le fue negado (i) con oficios 2-2009-040162 de 9 de noviembre de 2009 y 2-2010-047942 de 17 de diciembre de 2010 (que resolvió recurso de reposición contra el anterior), por la coordinadora del grupo de recursos humanos, al considerar que el título de formación avanzada no está relacionado con el cargo y no acredita cinco (5) años de experiencia altamente calificada de acuerdo con las funciones por ella desarrolladas; y (ii) con Resoluciones 2379 de 1º de julio de 2011 y 1158 de 2 de abril de 2012 (que resolvió recurso de reposición contra la anterior), signadas por la secretaria general de la referida cartera, en las que adujo que no la cobijó el régimen de transición del Decreto 1724 de 1997 (artículo 4º), por lo que no tenía un derecho adquirido, y de acuerdo con las funciones desempeñadas la experiencia de la accionante no era altamente calificada sino profesional atribuible al común de los empleados.

Ahora bien, de cara al caso concreto, estima la Sala de importancia determinar los requisitos y equivalencias vigentes para los cargos desempeñados por la actora al momento de su posesión, así:

Empleo	Entidad	Requisitos	Posesión
Director regional código 2035, grado 20	Instituto de Comercio Exterior (Incómex)	Título de formación universitaria o profesional, título de formación avanzada o de postgrado y dos (2) años de experiencia profesional (artículo 18 del Decreto 590 de 30 de marzo de 1993 ¹⁸) ¹⁹ .	6 de mayo de 1997

¹⁷ Dirigidos a la secretaria general del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

¹⁸ «Por el cual se establecen las funciones generales y los requisitos mínimos para los empleados de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional y se dictan otras disposiciones».

¹⁹ Artículo 28º.- De las equivalencias. Los requisitos mínimos de que trata el presente Decreto no podrán ser disminuidos. Sin embargo, de acuerdo con la jerarquía, las funciones y las responsabilidades de cada empleo, podrán compensarse aplicando las equivalencias que se establecen a continuación:

Para los empleos pertenecientes a los niveles directivo, asesor, ejecutivo y profesional:

1. a) Título de formación avanzada o de postgrado y su correspondiente formación académica por tres (3) años de experiencia profesional específica o relacionada y viceversa, siempre que se acredite el título de formación universitaria o profesional;

b) El título de formación avanzada o de postgrado y su correspondiente formación académica por el título de formación universitaria o profesional adicional a la formación universitaria o profesional exigida en el requisito mínimo del respectivo empleo, siempre y cuando dicha formación adicional sea afín con las funciones del cargo;

c) El título de formación avanzada o de postgrado y su correspondiente formación académica por terminación y aprobación de estudios de formación universitaria o profesional adicional a la formación universitaria o profesional exigida en el requisito mínimo del respectivo empleo, siempre y cuando dicha formación adicional sea afín con las funciones del cargo, y un (1) año de experiencia profesional específica o relacionada



Empleo	Entidad	Requisitos	Posesión
Director regional código 42, grado 13	Ministerio de Comercio Exterior	Título de formación universitaria o profesional y título de formación avanzada o de postgrado (artículo 18 del Decreto 590 ²⁰ de 30 de marzo de 1993)	3 de abril de 2000
Directora territorial código 42, grado 13	Ministerio de Comercio, Industria y Turismo	Título universitario, título de formación avanzada o de postgrado y doce (12) meses de experiencia profesional específica o relacionada (artículo 17 del Decreto 861 de 11 de mayo de 2011 ²¹) ²² .	14 de febrero de 2003

De igual forma, a manera didáctica y para mejor comprensión del lector, se tabulan los requisitos para el reconocimiento de la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada, según el tránsito normativo relacionado en el acápite que antecede:

Norma	Requisitos	Fecha de su vigencia	Transición para su aplicación posterior
Decretos 1661 y 2164 de 1991 ²³	(i) Desempeño del cargo en propiedad; (ii) que el cargo ejercido corresponda a los niveles profesional,	Del 1° de julio de 1991 al 10 de julio de 1997	a) Sí (artículo 4 del Decreto 1724 de 1997) b) Si (las modificaciones del Decreto 1335 de 1999 ²⁴ serían

²⁰ Modificado por el Decreto 339 de 1995.

²¹ «Por el cual se establecen las funciones y requisitos generales para los diferentes empleos públicos de las entidades del Orden Nacional y se dictan otras disposiciones».

²² «Artículo 26. De las equivalencias. Los requisitos de que trata el presente decreto no podrán ser disminuidos. Sin embargo, de acuerdo con la jerarquía, las funciones y las responsabilidades de cada empleo, las autoridades competentes al fijar las funciones y los requisitos específicos para su ejercicio, podrán prever la aplicación de las siguientes equivalencias, guardando armonía con las establecidas para cada nivel jerárquico:

Para los empleos pertenecientes a los niveles directivo, asesor, ejecutivo y profesional.

1. Título de formación avanzada o de posgrado y su correspondiente formación académica, por:

Tres (3) años de experiencia profesional específica o relacionada y viceversa, siempre que se acredite el título universitario; o

Título universitario adicional al exigido en el requisito del respectivo empleo, siempre y cuando dicha formación adicional sea afín con las funciones del cargo; o

Terminación y aprobación de estudios universitarios adicionales al título universitario exigido en el requisito del respectivo empleo, siempre y cuando dicha formación adicional sea afín con las funciones del cargo, y un (1) año de experiencia profesional específica o relacionada

[...].».

²³ Modificados los artículos 3 y 4 del Decreto 2164 de 1991 por el Decreto 1335 de 1999.

²⁴ «Artículo 2º.- Modificar el artículo 4 del Decreto 2164 de 1991, el cual quedará así:

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

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

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



	ejecutivo, asesor o directivo, susceptibles de dicha asignación; (iii) acreditar título de formación avanzada (especialización, maestría o doctorado); (iv) tres (3) años de experiencia altamente calificada; y (v) exceder los establecidos para el cargo que se ejerza.		exigibles frente a las solicitudes incoadas ante el funcionario competente antes de la entrada en vigencia del Decreto 2177 de 2006, es decir, antes del 30 de junio de 2006)
Decreto 1724 de 1997	(i) Desempeño permanente del cargo; (ii) que el empleo ejercido corresponda a los niveles directivo, asesor o ejecutivo susceptibles de dicha asignación; (iii) acreditar título de formación avanzada; (iv) tres (3) años de experiencia altamente calificada; y (v) exceder los establecidos para el cargo que se ejerza.	Del 11 de julio de 1997 al 26 de mayo de 2003	Sí (artículo 4 del Decreto 1336 de 2003)
Decreto 1336 de 2003	(i) Desempeño permanente del cargo; (ii) que corresponda a los niveles directivo, jefes de oficina asesora y a los de asesor cuyo empleo se encuentre adscrito, entre otros, al despacho del ministro o viceministro; (iii) acreditar título de formación avanzada (especialización, maestría o doctorado); (iv) tres (3) años de experiencia altamente calificada; y (v) exceder los establecidos para el cargo que se ejerza.	Del 27 de mayo de 2003 al 29 de junio de 2006	No
Decreto 2177 de 2006	(i) Desempeño permanente del cargo; (ii) que corresponda a los niveles directivo, jefes de oficina asesora y a los de asesor cuyo empleo se encuentre adscrito, entre otros, al despacho del ministro o viceministro; (iii) acreditar título de formación avanzada no inferior a un año académico de duración; (iv) cinco (5) años de experiencia altamente calificada; y (v) exceder los establecidos para el cargo que se ejerza.	A partir del 30 de junio de 2006	



Del recuento normativo antes referido, las condiciones que se debían satisfacer para el reconocimiento de la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada antes de la fecha de entrada en vigor del Decreto 1724 de 1997 (10 de julio de 1997), eran: (i) desempeño del cargo en propiedad; (ii) que el cargo ejercido corresponda a los niveles profesional, ejecutivo, asesor o directivo, susceptibles de dicha asignación; (iii) acreditar título de formación avanzada (especialización, maestría o doctorado); (iv) tres (3) años de experiencia altamente calificada; y (v) exceder los requisitos establecidos para el cargo que se ejerza.

De las pruebas incorporadas al expediente se tiene que la accionante con anterioridad al 11 de julio de 1997, se (i) desempeñó como directora regional código 2035 grado 20 en el Incómex, a partir del 6 de mayo de la misma anualidad, lapso en el que el nivel directivo podía acceder a dicha prima técnica²⁵, (ii) acreditó los requisitos mínimos para el cargo, es decir, contaba con el título profesional de economista y la experiencia profesional de dos (2) años, además de la equivalencia del título de postgrado por dos (2) años de experiencia profesional; y (iii) tenía dos (2) meses y cinco (5) días de experiencia en el cargo.

En lo que atañe a estos presupuestos, la actora únicamente acredita el desempeño del cargo en el nivel directivo, comoquiera que este no lo ejerce en propiedad, dado que no era funcionaria de carrera administrativa, ni acreditó tener un título de formación avanzada y tampoco la experiencia altamente calificada requerida, dado que ingresó a la entidad el 6 de mayo de 1997, es decir, a menos de tres meses de la expedición del Decreto 1724 de 1997, por lo que no se colmaron los requisitos necesarios para invocar derechos adquiridos²⁶, respecto de lo preceptuado en los Decretos 1661 y 2164 de 1991, en armonía con la Resolución 2 de 11 de marzo de 1992 del Incómex.

Ya en vigor el Decreto 1724 de 1997, los presupuestos para el reconocimiento de la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada, fueron: (i) el desempeño permanente del cargo; (ii) que el empleo ejercido corresponda a los niveles directivo, asesor o ejecutivo susceptibles de dicha asignación; (iii) acreditar título de formación avanzada; (iv) tres (3) años de experiencia altamente calificada; y (v) exceder los establecidos para el cargo que se ejerza, los que se mantuvieron vigentes hasta la expedición del Decreto 1336 de 27 de mayo de 2003, que también trajo un régimen de

²⁵ De acuerdo con lo establecido en el artículo 3 de la Resolución 2 de 11 de marzo de 1992, del Incómex.

²⁶ Régimen de transición dispuesto en el artículo 4 del Decreto 1724 de 1997.



transición²⁷, lo que ha permitido reclamar dicho derecho siempre y cuando se cumplan antes de las modificaciones que incorporó la última norma en mención.

Para el caso concreto, al 27 de mayo de 2003, la actora aún no acreditaba el título de formación avanzada, comoquiera que se graduó de la especialización en negocios internacionales el 30 de junio de 2005, por lo que tampoco es dable acceder al reconocimiento de la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada bajo lo preceptuado en el referido Decreto 1724 de 1997.

Bajo lo preceptuado en el Decreto 1336 de 27 de mayo de 2003, los requisitos para el reconocimiento de la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada que se debían colmar, eran: (i) el desempeño permanente del cargo; (ii) que corresponda a los niveles directivo, jefes de oficina asesora y a los de asesor cuyo empleo se encuentre adscrito, entre otros, al despacho del ministro o viceministro; (iii) acreditar título de formación avanzada (especialización, maestría o doctorado); (iv) tres (3) años de experiencia altamente calificada; y (v) exceder los establecidos para el cargo que se ejerza, que se mantuvieron vigentes hasta el 30 de junio de 2006, con ocasión de la expedición del Decreto 2177 de 29 de los mismos mes y año²⁸.

En tal caso, la actora acredita la permanencia en el cargo del nivel directivo y el título de formación avanzada, que obtuvo el 30 de junio de 2005, por lo que se pasan a analizar los dos últimos requisitos, por un lado, la experiencia altamente calificada y, por el otro, que estos excedan los requisitos mínimos del cargo ejercido, de tal forma que si no prospera el primero de estos, no resulta necesario examinar el siguiente.

En cuanto a la experiencia altamente calificada, si bien existió al interior de esta sección en el año 2014²⁹ variación en el criterio jurisprudencial relacionado con su conteo, este se rectificó³⁰ en el sentido de que es después

²⁷ «Artículo 4°. Aquellos empleados a quienes se les haya otorgado prima técnica, que desempeñen cargos de niveles diferentes a los señalados en el presente decreto o cargos de asesor en condiciones distintas a las establecidas en el artículo 1°, continuarán disfrutando de ella hasta su retiro del organismo o hasta que se cumplan las condiciones para su pérdida, consagradas en las normas vigentes al momento de su otorgamiento».

²⁸ Publicado en el Diario Oficial 46315 de 30 de junio de 2006.

²⁹ Sentencias de 22 de mayo de 2014, expediente 54001-23-33-000-2012-00151-01 (3824-2013) de la subsección A y de 22 de julio de 2014, expediente 52001-23-33-000-2012-00182-01 (3996-2013) de la subsección B, que adujeron que los años de experiencia altamente calificada se cuentan a partir de la obtención del título profesional y la ejecución de labores propias del sector.

³⁰ Sentencias de 22 de enero de 2015, expediente 73001-23-33-000-2013-0025-01 de la subsección B, consejera ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez, y de 3 de marzo de 2015, expediente 73001-23-33-000-2013-00301-01 de la subsección A, con ponencia del entonces consejero Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, reiterada el 27 de mayo



de la obtención del título de formación avanzada y no del profesional, derrotero que las diferentes subsecciones han mantenido unificado y que incluso ha prosperado en acciones de tutela³¹ en referencia a esta controversia.

Cabe aclarar que si bien es cierto que dichas decisiones se han proferido en asuntos en los que la demandada es la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), también lo es que el análisis realizado en esas providencias, por tratarse de un asunto de similares contornos, por analogía sujetan el asunto *sub examine*, en aras de la protección a los derechos constitucionales fundamentales a la igualdad y debido proceso, además de los contenidos en el artículo 53 superior, en especial el relacionado con la favorabilidad.

En lo concerniente, adujo la sección cuarta de esta Corporación al confirmar el fallo de tutela de 27 de noviembre de 2015, proferido por esta subsección, en el expediente 11001-03-15-000-2015-02774-00 con ponencia de quien también instruye esta acción, que ello «[...] tiene justificación en la medida en que trata de atraer al servicio público a servidores con conocimientos calificados para el desempeño de especiales funciones cuyos conocimientos demandan estudios específicos y la experiencia que se adquiere con posterioridad a este tipo de títulos».

Así las cosas, la actora no tenía la experiencia altamente calificada de más de tres (3) años, comoquiera que su título de especialista en negocios internacionales lo obtuvo el 30 de junio de 2005, fecha en la que prestaba sus servicios como directora código 42, grado 13, en el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, lo que indica que al 30 de junio de 2006 (fecha de entrada en vigor del Decreto 2177 de 2006), tan solo tenía un año, lo que indica que tampoco acreditó los requisitos bajo el Decreto 1336 de 2003.

Ahora bien, el Decreto 2177 de 2006 amplió el término de la experiencia altamente calificada a cinco (5) años y determinó también un régimen de transición para la aplicación del Decreto 1335 de 1999³² (que modificó los

de 2015, expediente 73001-23-33-000-2012-00255-01 de la subsección, con ponencia del entonces consejero de Estado Gerardo Arenas Monsalve.

³¹ Sentencias proferidas por la sección segunda, subsección B, de esta Corporación, con ponencia del suscrito Carmelo Perdomo Cuéter de 8 de julio de 2015 en el expediente 11001-03-15-000-2016-00379-00, confirmada por la sección cuarta en fallo de 3 de octubre de 2016 y de 27 de noviembre de 2015 en el expediente 11001-03-15-000-2015-02774-00, confirmada el 1º de junio de 2016 por la sección cuarta. Tesis que también reiteró la sección cuarta de esta Colegiatura en decisión de 7 de diciembre de 2016, en el expediente 11001-03-15-000-2016-02175-01, en la que consideró como postura jurisprudencial uniforme respecto de contabilizar la experiencia altamente calificada desde la obtención del título de formación avanzada, con ponencia del consejero de Estado Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

³² «Artículo 2º.- Modificar el artículo 4 del Decreto 2164 de 1991, el cual quedará así:



artículos 3 y 4 del Decreto 2164 de 1991), en el sentido de que estos serían exigibles frente a las solicitudes incoadas «ante el funcionario competente» antes de su entrada en vigor, es decir, el 30 de junio de 2006, pues las posteriores ya estarían sujetas a los nuevos requerimientos.

Estima la Sala que el legislador incorporó el citado párrafo -del artículo 1º del Decreto 2177 de 2006, para la protección de los derechos de los empleados vinculados en propiedad, que no son otros que los que han superado un concurso de méritos, dado que el referido Decreto 1335 de 1999, que modificó el Decreto 2164 de 1991, previó para el reconocimiento de la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada, los siguientes requisitos: (i) desempeño del cargo en propiedad; (ii) que el empleo ejercido corresponda a los niveles ejecutivo, asesor o directivo, susceptibles de dicha asignación; (iii) acreditar título de formación avanzada; y (iv) tres (3) años de experiencia altamente calificada en el ejercicio profesional, o en la investigación técnica o científica, en áreas relacionadas con las funciones propias del cargo, durante un término no menor de tres (3) años.

Al respecto, examinadas las pruebas allegadas al expediente, la actora, por intermedio de apoderado, solicitó el 17 de septiembre de 2009 del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo el reconocimiento de la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada, por lo que de acuerdo con la fecha de reclamación, que no fue antes del 30 de junio de 2006, no estaría habilitada para que se examinara su situación conforme los parámetros determinados por el Decreto 1335 de 1999, que modificó el Decreto 2164 de 1991, además de que no era una empleada en propiedad, puesto que su nombramiento no fue fruto de haber superado satisfactoriamente un concurso de méritos.

Con base en lo anteriormente expuesto, la Sala no comparte lo decidido por el tribunal de origen que consideró como norma aplicable a la situación de la actora, lo determinado en el Decreto 1724 de 1997, criterio fundado en que el

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

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

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



derecho subjetivo nació en el momento en que la actora obtuvo el título universitario de especialista en negocios internacionales, esto es, el 30 de junio de 2005, por lo que la prestación se rige por la norma aplicable a esa anualidad.

Como se analizó, la demandante no es beneficiaria de los regímenes de transición dispuestos en los artículos 4 de los Decretos 1724 de 1997 y 1336 de 2003, dado que no colmó los requisitos exigidos para el reconocimiento de la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada, por un lado, en los Decretos 1661 y 2164 de 1991, y, por el otro, en el Decreto 1724 de 1997, como tampoco los del Decreto 1335 de 1999, ya que su reclamación no la presentó antes del 30 de junio de 2006.

Sin embargo, la Sala en lo concerniente a la solicitud de la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada de la actora, quien insiste en su recurso de apelación que cumple todos los requisitos para ello, examinará el caso concreto bajo el Decreto 2177 de 2006, sin que constituya un fallo *extra petita*, dado que si bien esta norma amplió los requisitos para su reconocimiento, le puede ser favorable a la actora frente a su situación particular y concreta, y era la norma vigente al momento de presentar su reclamación y frente a la que pudo consolidar el requisito de la experiencia altamente calificada.

El referido Decreto 2177 de 2006 prevé, en términos generales los siguientes requisitos: (i) el desempeño permanente del cargo; (ii) que corresponda a los niveles directivo, jefes de oficina asesora y a los de asesor (cuyo empleo se encuentre adscrito, entre otros, al despacho del ministro o viceministro); (iii) acreditar título de formación avanzada no inferior a un año académico de duración; (iv) cinco (5) años de experiencia altamente calificada; y (v) debe exceder las exigencias establecidas para el empleo que ejerza.

Estima la Sala, que en este contexto, en relación con los requisitos i), ii) y iii), antes mencionados, se cumplen a satisfacción comoquiera que la actora desempeñó cargos directivos en el Incómex, Ministerio de Comercio y Ministerio de Comercio, Industria y Turismo desde el 6 de mayo de 1997 hasta el 31 de diciembre de 2010, sin solución de continuidad, y el 30 de junio de 2005, obtuvo el título de especialista en negocios internacionales.

En cuanto a la experiencia altamente calificada, se reitera el criterio de que esta se contabiliza después de la obtención del título de formación avanzada y no del profesional, por lo que la actora la acredita por más de cinco años,



comoquiera que su título de especialista en negocios internacionales lo obtuvo el 30 de junio de 2005, fecha en la que prestaba sus servicios como directora código 42, grado 13, en el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, que ocupó hasta el 31 de diciembre de 2010, cuando se retiró del servicio, razones suficientes por las que también se entiende satisfecho el requisito iv), antes relacionado.

De lo anterior, advierte la Sala que quedarían dos temas por resolver, el primero, tiene que ver con que los referidos requisitos deben exceder los establecidos para el cargo que se ejerza, y, el segundo, que la actora se retiró del servicio a partir del 31 de diciembre de 2010, dado que le fue reconocida su pensión de vejez a partir del 1º de enero de 2011.

Sobre el primero de los asuntos a considerar, efectivamente para acceder a los cargos directivos que la actora desempeñó en el Incómex, el Ministerio de Comercio Exterior y el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, fue necesario acudir a las equivalencias para colmar sus requisitos, ya que en ellos (director regional código 2035, grado 20, y director código 42, grado 13), a parte del título universitario y la experiencia profesional requerida, se exigía el de formación avanzada o postgrado, que la actora no tenía para esos momentos (6 de mayo de 1997, 3 de abril de 2000 y 14 de febrero de 2003), ya que solo lo obtuvo el 30 de junio de 2005.

No obstante, cabe señalar que el ingreso de la actora a los ministerios de Comercio y Comercio, Industria y Turismo, fue por reincorporación, por lo cual se deberá tener en cuenta lo sucedido en el primero de estos, es decir, su nombramiento y posesión en el Incómex, pero si, en gracia de discusión, se tomara cada fecha de posesión, ello no modificaría la situación fáctica, por cuanto la última de estas se llevó a cabo el 14 de febrero de 2003 y el título de formación avanzada lo recibió el 30 de junio de 2005, de donde se deduce que se aplicó la mencionada equivalencia.

Así las cosas, aprecia la Sala que si la revisión de los requisitos para ocupar los respectivos cargos directivos se hizo al momento de posesionarla, para examinar si tiene o no derecho a la prestación reclamada, no es necesario que se estudie nuevamente la acreditación de estos, ya que en ese entonces se tuvieron en cuenta las equivalencias correspondientes, las que encuentran sustento legal en los artículos 28 del Decreto 590 de 30 de marzo de 1993 y 26 del Decreto 861 de 11 de mayo de 2000.

De lo contrario, el empleado pese al derecho que tiene a las equivalencias para



la satisfacción de los requisitos de un empleo en el sector público, tendría que a *posteriori* acreditarlos nuevamente, lo que no encuentra asidero jurídico en ningún precepto y sí constituye una carga innecesaria y, por demás, inexistente para el servidor que integrado al servicio público, se esfuerza en acceder a estudios de formación avanzada para enriquecer su perfil profesional y con ello mejorar el desempeño de sus funciones y del servicio público en general.

Bajo estas consideraciones, concluye la Sala que una vez el empleado acredita los requisitos mínimos para el cargo, los estudios y experiencia que obtenga a partir de su ingreso al empleo, son hechos nuevos y susceptibles de ser tenidos en cuenta para adquirir prestaciones que así lo requieran; por ello, el requisito del v) también se estima satisfecho, puesto que la actora excedió los requisitos mínimos requeridos para el cargo, dado que (i) obtuvo un título de formación avanzada que no tenía al momento de la posesión, y (ii) acreditó los cinco años de experiencia altamente calificada que se surtieron entre el 1° de julio de 2005 y el 30 de junio de 2010, fecha esta última para la cual se encontraba vinculada a la cartera demandada.

Finalmente, con referencia al retiro de la actora (1° de enero de 2011) para disfrutar de su pensión de vejez, que la cartera accionada invoca como causal de pérdida del derecho reclamado, con base en el artículo 11 del Decreto 2164 de 1991, considera la Sala que en este caso, la actora no perdió su derecho por cuanto (i) la petición se incoó el 17 de septiembre de 2009, es decir, cuando aún se encontraba activa en el servicio, y (ii) en la fecha en que consolidó los requisitos para tener derecho a la prima técnica solicitada, es decir, el 1° de julio de 2010, la entidad accionada no había decidido su situación de fondo, ya que no había resuelto el recurso de reposición interpuesto contra el oficio 2-2009-040162 de 9 de noviembre de 2009, que es el primero de los cuatro actos administrativos objeto de censura en esta demanda.

Así las cosas, una vez establecido que la actora sí tenía derecho a disfrutar de la prima técnica de formación avanzada y experiencia altamente calificada es procedente ordenar su reconocimiento desde que se consolidó hasta cuando se retiró del servicio, esto es, del 1° de julio al 31 de diciembre de 2010.

En consecuencia, como la señora Amparo Arias Escobar acreditó los requisitos establecidos en el Decreto 2177 de 2006, para tener derecho a la prima técnica de formación avanzada y experiencia altamente calificada por el período comprendido entre el 1° de julio y el 31 de diciembre de 2010, se revocará la decisión del Tribunal Administrativo de Risaralda, y, en su lugar,



se condenará al ente demandado a su reconocimiento y pago.

Por último, en razón a que quien se halla habilitado legalmente para ello confirió poder en nombre del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, se reconocerá personería al profesional del derecho destinatario de dicho mandato (f. 285).

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

1.º Revócase la sentencia proferida el 25 de julio de 2013 por el Tribunal Administrativo de Risaralda, que negó las súplicas de la demanda incoada por la señora Amparo Arias Escobar contra la Nación-Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, conforme a lo expuesto en la parte motiva, y en su lugar:

2.º Declárase la nulidad de los oficios 2-2009-040162 de 9 de noviembre de 2009 y 2-2010-047942 de 17 de diciembre de 2010 y las Resoluciones 2379 de 1º de julio de 2011 y 1158 de 2 de abril de 2012, del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, que le negaron el reconocimiento y pago de la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada a la demandante.

3.º Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, condénase a la Nación-Ministerio Comercio, Industria y Turismo al reconocimiento y pago de la prima técnica por formación avanzada y experiencia altamente calificada, desde el 1º de julio hasta el 31 de diciembre de 2010, acorde con los parámetros establecidos en la parte considerativa de esta sentencia.

4.º La demandada deberán dar cumplimiento a lo dispuesto en este fallo dentro del plazo indicado en el artículo 176 del CCA.

5.º Dese cumplimiento a lo establecido en el inciso 1º del artículo 177 del CCA.

6.º Sin costas en las dos instancias.

7.º Reconócese personería al abogado Brayan Darío Tovar Badel, identificado



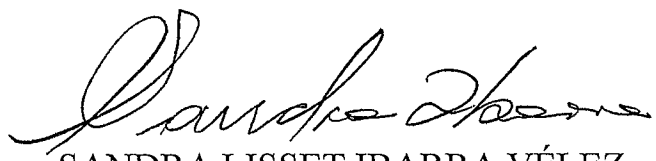
con cédula de ciudadanía 1.010.191.812 y tarjeta profesional 230.536 del C.S.
de la J., para representar al accionado, de acuerdo con el poder conferido.

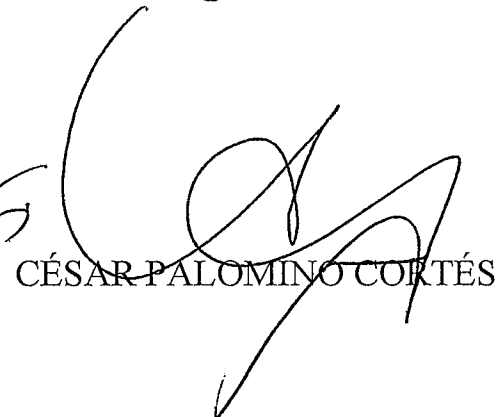
8.º Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de
origen, previas las anotaciones que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en Sala de la fecha.


CARMELO PERDOMO CUÉTER


SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ
59160 0070


CÉSAR PALOMINO CORTÉS