



JUZGADO DECIMO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE TUNJA

Tunja, veintiséis (26) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Radicación: **150013333010-2021-00036-00**
Demandante: GLORIA MARLEN MORENO CASTRO
Demandado: DEPARTAMENTO DE BOYACÁ - SECRETARIA DE EDUCACION DEL DEPARTAMENTO DE BOYACA
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Previo el agotamiento de las etapas procesales y no existiendo vicios o causal de nulidad que invalide lo actuado, procede este Despacho a proferir sentencia dentro del medio de control de la referencia de conformidad con los artículos 187 y siguientes del Código Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo.

1. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA

A) Pretensiones

La parte actora pretende que se inaplique por inconstitucional el artículo 7 del Decreto Reglamentario 1661 de 1991, en consecuencia, se declare la nulidad de los actos administrativos de fecha 25 de septiembre y 10 de noviembre de 2020.

A título de restablecimiento del derecho, formuló las siguientes pretensiones:

“...al DEPARTAMENTO DE BOYACA – la SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE BOYACA, a reconocer la PRIMA TECNICA POR DESEMPEÑO como FACTOR SALARIAL desde el momento en que adquirió el derecho y en adelante.

QUINTA. Que con fundamento en la anterior determinación solicitó se CONDENE al DEPARTAMENTO DE BOYACA - La SECRETARIA DE EDUCACION DEL DEPARTAMENTO DE BOYACA a re liquidar todos estos factores salariales devengados por mi mandante GLORIA MARLEN MORENO CASTRO; tales como prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones, bonificación por servicios prestados, cesantías, aportes a pensión, aportes a salud; para los periodos laborados desde el año 2017, 2018, 2019, y 2020 y en adelante; en donde se tenga la prima técnica por desempeño como factor salarial para liquidarlos.

SEXTA. Que se CONDENE al DEPARTAMENTO DE BOYACA - La SECRETARIA DE EDUCACION DEL DEPARTAMENTO DE BOYACA, a pagar la indexación de las sumas reconocidas como producto de la reliquidación e incorporación de la prima técnica por desempeño como factor salarial en los factores antes mencionados.

SÉPTIMA. Que se CONDENE al DEPARTAMENTO DE BOYACA - La SECRETARIA DE EDUCACION DEL DEPARTAMENTO DE BOYACÁ, a pagar a favor de mi mandante GLORIA MARLEN MORENO CASTRO la INDEMNIZACION MORATORIA por el no pago oportuno de la PRIMA TECNICA COMO FACTOR SALARIAL.

OCTAVA. Ordenar que la sentencia que se profiera se cumpla en el término indicado en el artículo 195 del C.P.A.C.A.

B) Hechos

Como fundamentos fácticos, la demandante expone, en síntesis, lo siguiente:

Señala que la señora GLORIA MARLEN MORENO CASTRO, fue vinculada legalmente a la Secretaría de Educación del Departamento de Boyacá, a través de Decreto 0068 del 21 de noviembre de 1994, posesionándose el mismo día; actualmente se desempeña en el cargo de Auxiliar Administrativo de la Institución Educativa Sergio Camargo en el municipio de Miraflores-Boyacá.

Sostiene que a la demandante le fue reconocida la prima técnica de desempeño, a través de la Resolución 4623 del 23 de noviembre de 1999, emitida por la Secretaría de Educación del Departamento de Boyacá; como consecuencia de un buen desempeño de sus funciones, al haber sido evaluada en el desarrollo de sus funciones por encima del 90% del total de puntos de cada una de las calificaciones de servicios realizadas.

Manifiesta que la prima técnica reconocida a la señora GLORIA MARLEN MORENO CASTRO, ha sido reajustada anualmente pero no se le reconoce como factor salarial, omitiendo así la incidencia en la liquidación de las prestaciones sociales.

Indica que mediante oficio con radicado BOY2020ER034411 del 8 de septiembre de 2020, la demandante por intermedio de su apoderado, solicitó la inaplicación del artículo 7 del Decreto 1661 de 1991, que crea la prima técnica por desempeño como factor que no constituye salario; que la SECRETARIA DE EDUCACION DEL DEPARTAMENTO DE BOYACA, a través del Acto Administrativo de fecha 25 de septiembre de 2020, da respuesta a la solicitud, negando todas las pretensiones; señala que frente al acto administrativo en mención se interpuso el recurso de reposición y en subsidio apelación, el cual fue resuelto de manera negativa el día 10 de noviembre de 2020.

Arguye que la Corte Constitucional, en sentencia de unificación SU-995 de 1999, al puntualizar el significado de salario en la legislación colombiana, indicó "El término 'salario' significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que éste último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar"

Manifiesta que la SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE BOYACÁ, adeuda a la demandante la afectación de la PRIMA TECNICA POR DESEMPEÑO, como factor salarial para liquidar las prestaciones sociales, desde la fecha en que se hace exigible el derecho de la PRIMA TECNICA POR DESEMPEÑO, hasta la fecha de radicación de esta solicitud, y en adelante.

C) Fundamentos Jurídicos.

Señala que el acto acusado es anulable por la causal de violación de normas superiores, que el medio de control de nulidad es procedente cuando un acto administrativo infrinja las normas a las que debía estar sujeto.

Considera que el acto acusado quebranta principios constitucionales, tales como el derecho a la igualdad, el derecho al trabajo y el mínimo vital.

Señala que la entidad demandada infringe el artículo 1º de la Constitución Política, por desconocer la dignidad humana del actor, el derecho al trabajo y la solidaridad que debe integrar a todos los ciudadanos colombianos.

Sostiene que la ilegalidad deviene de la restricción del Artículo 7 del Decreto 1661 de 1991, además de trasgredir lo dispuesto en el Artículo 17 de la Ley 344 de 1996, toda vez que la prima técnica por desempeño constituye salario en su integralidad, violando también lo dispuesto por el Artículo 14 de la Ley 50 de 1990, pues la referida prima cumple con todas sus características, como lo es el hecho de ser una remuneración fija, en dinero, como contraprestación directa del servicio, sin perjuicio de que se le llame en este caso prima técnica por desempeño.

Señala que, según el desarrollo jurisprudencial, el concepto de salario va más allá de lo que el empleador pacte con el empleado, que la formalidad que deviene del Decreto no es suficiente para desvirtuar lo que realmente comprenden los efectos jurídicos de la prima técnica por desempeño creada.

Concluye que el acto administrativo que creó la prima técnica por desempeño, para los empleados de la Rama Ejecutiva del Poder Público, esto es, el Decreto 1661 de 1991, es violatorio del principio de legalidad, razón por la cual se logra demostrar que dicho emolumento restringe el concepto de salario determinado por la ley, las normas internacionales ratificadas por Colombia y la jurisprudencia.

1.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fls. 60-75)

En primer lugar, la defensa del Departamento de Boyacá señaló que el artículo 4 de la Constitución Política, establece la excepción de inconstitucionalidad, cuya aplicación se alega en caso de presentarse contradicción entre una norma de rango legal y otra de rango constitucional, y se hace necesario y condicionante que para hacer uso de este medio excepcional, “es necesario que la contradicción sea manifiesta, esto es, que la norma constitucional y la legal riñan de tal manera que del simple cotejo resulte absolutamente incompatible su aplicación simultánea”.

Señala que es necesario e ineludible para que proceda la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad que se deriva del artículo 4 de la Constitución Política, la concurrencia de unas condiciones, entre las cuales se destaca, “que la norma es contraria a los cánones superiores y no se ha producido un pronunciamiento sobre su constitucionalidad, toda vez que de ya existir un pronunciamiento judicial con efectos erga omnes su aplicación se hace inviable.

La demandante solicita se otorgue por vía de excepción de inconstitucionalidad, la inaplicación del artículo 7 del Decreto 1661 de 1991, conforme al cual la prima técnica por evaluación de desempeño, no constituye factor salarial, sin que sea procedente tal pretensión, toda vez que la Corte Constitucional ya había hecho un pronunciamiento sobre tal precepto declarando la exequibilidad de su contenido.

Indica que la pretensión principal del recurrente carece de fundamentos jurídicos, toda vez que esta situación ya fue motivo de pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional, en sentencia C 424 de 2006, declarando la exequibilidad del mencionado artículo, por no encontrar vulneración alguna, de igual forma el Consejo de Estado ha manifestado en reiterada jurisprudencia respecto al tema, que no existe contrariedad entre la norma y los derechos fundamentales.

Frente a los cargos de violación, señaló que la desviación del poder carece de fundamento, porque está demostrado que el acto administrativo acusado fue expedido por el órgano competente y con las formalidades debidas, persiguiendo los fines propios que fijó el ordenamiento jurídico, ateniéndose a lo señalado en la norma.

En cuanto a la "falsa motivación" que invoca el demandante, supone la relación directa con el principio de legalidad de los actos y con el control de los hechos determinantes de la decisión administrativa, para que tal manifestación sea pertinente en la demanda, sostiene que le asiste el deber a la actora de demostrar que los fundamentos que adoptó la entidad demandada como cimiento para emitir la decisión, no obedecieron a criterios legalidad y su justificación estuvo desacertada, circunstancia que no ocurrió ni fue demostrada.

Insiste en que no le asiste razón a la demandante, al señalar que existió una expedición irregular del acto administrativo y falsa motivación, porque el artículo 7 del Decreto 1661 de 1991, es claro en manifestar que la prima técnica no constituirá factor salarial cuando se asigne con base en la evaluación del desempeño, y a todas luces es improcedente acceder a la inaplicación del mencionado artículo por vía de excepción de inconstitucionalidad, por existir pronunciamiento expreso del caso con efectos erga omnes, a través de la sentencia emitida por la Corte Constitucional C-424 de 2006, acompañado lo anterior de múltiples pronunciamientos del Consejo de Estado, fundamentos legales y jurídicos que de manera evidente sustentan la decisión que tomó la entidad demanda, y que desvirtúan el señalamiento de la demandante.

Propone como excepciones las siguientes:

➤ **Legalidad del acto administrativo que se demanda:**

Aduce que los actos administrativos emitidos y que son hoy objeto de reproche por la actora se encuentran ajustados a derecho, conforme a la normatividad vigente en cuanto a la prima técnica por desempeño, y son acordes a la Constitución Política por no vulnerar los derechos fundamentales, situación debidamente motivada y justificada a través del precedente jurisprudencial.

➤ **Cobro de lo no debido:**

Señala que las pretensiones económicas que formula la demandante, carecen de soporte jurídico, y obedecen a una simple manifestación fundamento, en consecuencia, reitera la solicitud de despachar de manera negativa la totalidad de las pretensiones de la demanda.

➤ **Inexistencia del Derecho Reclamado:**

Señala que no está permitido aplicar la excepción de inconstitucionalidad, por cuanto existe cosa juzgada respecto a la constitucionalidad del artículo 7 del Decreto 1661 de 1991, lo cual hace improcedente la petición de la parte demandante, puesto que el reconocimiento de la prima técnica obedece al criterio de evaluación del desempeño y la misma se encuentra exceptuada por disposición legal como factor salarial.

➤ **Prescripción del Derecho Reclamado:**

Manifiesta que la prescripción de los derechos laborales de los empleados públicos, es por regla general de tres (3) años, contados a partir de la fecha en que se haya hecho exigible la obligación, de conformidad con lo establecido en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Para el caso en concreto, aunque se denota que a la fecha no hay una obligación que sea exigible por parte de la demandante, pero en caso de prosperidad de las pretensiones de la demanda, solicita que se declare la prescripción de los derechos reclamados y su reivindicación a partir del tiempo en que se haga exigible.

1.3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Departamento de Boyacá - Secretaría de Educación (fls. 379-382):

Reiteró los argumentos planteados en la contestación de la demanda.

Parte demandante: Guardó silencio.

1.4. TRÁMITE DEL PROCESO:

La demanda fue radicada el 26 de febrero de 2021(fl.52), mediante providencia del 26 de marzo de 2021 se admitió la demanda (fl. 553-54), la entidad demandada contestó oportunamente la demanda (fls.60-75). El traslado de las excepciones se surtió a través de secretaría (fl.366), término dentro del cual el apoderado de la actora guardó silencio.

Mediante providencia del 13 de agosto de 2021, como la entidad demandada no propuso excepciones previas, se dispuso incorporar como pruebas la totalidad de documentos aportados con la demanda y la contestación de la demanda y se negaron las pruebas solicitadas por la parte actora; se fijó el litigio, se declaró cerrado el periodo probatorio y se ordenó correr traslado para alegar de conclusión; como quiera que se configuró el supuesto jurídico plasmado en el artículo 13 numeral 1º del decreto 806 de 2020, para dictar sentencia anticipada (fl. 371-375).

Ahora bien, teniendo en cuenta que las pruebas deprecadas por la parte demandante tienen el carácter de documentales, el sub examine se enmarca en el supuesto fijado en el numeral 1 del artículo 13 del Decreto 806 de 2020, para efectos de dictar sentencia anticipada, el cual ahora es recogido en el artículo 182 A del CPACA, introducido por la Ley 2080 de 2021, en los siguientes términos:

Artículo 182A. Sentencia anticipada. Se podrá dictar sentencia anticipada:

1. Antes de la audiencia inicial:

b) Cuando no haya que practicar pruebas;

(...)

Como quiera que se encuentran satisfechos los anteriores presupuestos, procede el despacho de conformidad, previas las siguientes,

2. CONSIDERACIONES

2.1. Problema Jurídico:

El presente asunto se contrae a establecer si hay lugar a inaplicar por inconstitucional el artículo 7 del Decreto Reglamentario 1661 de 1991, que establece que la prima técnica por evaluación del desempeño no es factor salarial; y como consecuencia de lo anterior, si procede la declaratoria de nulidad de los actos administrativos de fecha 25 de septiembre y 10 de noviembre de 2020.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, se debe definir si hay lugar a condenar al DEPARTAMENTO DE BOYACÁ – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN, a reconocer la prima técnica por desempeño como factor salarial, desde el momento en que adquirió el derecho la señora GLORIA MARLEN MORENO CASTRO y en adelante, liquidando todos los factores salariales devengados por ella; para los periodos laborados desde el año 2017 y teniendo en cuenta la prima técnica por desempeño como factor salarial para liquidarlos; así mismo establecer si hay lugar a pagar indemnización moratoria e indexación.

2.2. Marco normativo y jurisprudencial:

2.2.1. De la evolución normativa de la prima técnica

El Consejo de Estado¹ en distintos pronunciamientos, ha hecho referencia a la prima técnica y su evolución de normativa, destacando que consiste en un reconocimiento económico destinado a mantener al servicio del Estado a funcionarios y empleados altamente calificados, como estrategia para mejorar el desempeño de cargos de alta responsabilidad, cuyas funciones demandan la realización de labores de dirección o que exijan la aplicación de conocimientos técnicos o científicos especializados, ello con el fin de introducir mayor eficiencia en la administración.

En el artículo 2º de la Ley 60 de 1990, el Congreso de la República dispuso:

*“De conformidad con el ordinal 12 del artículo 76 de la Constitución Política, revístese al Presidente de la República de facultades extraordinarias por el término de seis (6) meses, contados a partir de la vigencia de la presente ley, para adoptar las siguientes medidas en relación con los empleos de las distintas ramas y organismos del poder público. (...) 3o. **Modificar el régimen de la prima técnica, para que además de los criterios existentes en la legislación actual, se permita su pago ligado a la evaluación del desempeño y sin que constituya factor salarial.** Para el efecto, se determinará el campo y la temporalidad de su aplicación, y el procedimiento, requisitos y criterios para su asignación.”*

En virtud de lo anterior, el Presidente de la República expidió el Decreto 1661 de 1991, por medio del cual se modificó el régimen de prima técnica existente, definiendo dicha prestación en su artículo 1º, así:

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

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

El Decreto 1661 de 1991, estableció los requisitos mínimos para otorgar la prima técnica. Al respecto, se tiene que el artículo 2 ibídem, prevé:

“CRITERIOS PARA OTORGAR PRIMA TÉCNICA. Para tener derecho a Prima Técnica serán tenidos en cuenta **alternativamente** uno de los siguientes criterios, siempre y cuando, en el

¹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B CONSEJERA PONENTE: DRA. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ Bogotá D. C., veintiocho (28) de octubre de dos mil quince (2015). REF: EXPEDIENTE No. 540012331000200800164-01 No. INTERNO: 2445-2014 ACTOR: JOSÉ ASCENSIÓN PORTILLA DECISIÓN: CONFIRMA SENTENCIA QUE NEGÓ PRETENSIONES DE LA DEMANDA - RECONOCIMIENTO DE PRIMA TÉCNICA.
CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ Bogotá D.C., ocho (08) de marzo de dos mil dieciocho (2018) Radicación número: 11001-03-25-000-2013-00171-00(0415-13) Actor: CÁMARA DE REPRESENTANTES, EN LESIVIDAD Demandado: CÁMARA DE REPRESENTANTES

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.

PARAGRAFO 1o. Los requisitos contemplados en el literal a) podrán ser reemplazados por 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 seis (6) años.

PARAGRAFO 2o. La experiencia a que se refiere este artículo será calificada por el jefe de la entidad con base en la documentación que el funcionario acredite.” (Negrillas fuera de texto)

En el artículo 3º de la norma en cita, se determinan los niveles jerárquicos que pueden ser beneficiarios de la Prima Técnica, así:

“Para tener derecho al disfrute de Prima Técnica con base en los requisitos de que trata el literal a) del artículo anterior, se requiere estar desempeñando un cargo en los niveles profesional, ejecutivo, asesor o directivo.

La Prima Técnica con base en la evaluación del desempeño podrá asignarse en todos los niveles...” (Negrillas fuera de texto)

Por su parte, el Decreto 1661 de 1991, fue reglamentado a través del Decreto 2164 de 1991, el cual dispuso:

“ARTÍCULO 1. 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.”.

Ahora bien, respecto el reconocimiento de la prima técnica como consecuencia de la evaluación del desempeño, en dicho decreto se dispuso:

“ARTÍCULO 5. De la Prima Técnica por evaluación del desempeño. Por este criterio tendrán derecho a Prima Técnica los empleados que desempeñen, **en propiedad, cargos que sean susceptibles de asignación de Prima Técnica, de acuerdo con lo establecido en el artículo 7 del presente Decreto, de los niveles directivo, asesor, ejecutivo, profesional, técnico, administrativo y operativo, o sus equivalentes en los sistemas especiales, y 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.**

Parágrafo.- Para el caso de los empleados que ocupen cargos de los niveles directivo, asesor y ejecutivo, a excepción de quienes ocupen empleos de jefes de sección, o asimilables a estos últimos, el desempeño se evaluará según el sistema que adopte cada entidad.

Su cuantía será determinada por el jefe del organismo y en las entidades descentralizadas por las Juntas o Consejos Directivos o Superiores, según el caso.”. negrilla del despacho

En cuanto al disfrute de la prima técnica, se estableció en el Decreto 2164 de 1991, lo siguiente:

“ARTÍCULO 11. TEMPORALIDAD. El disfrute de la prima técnica se perderá:

a). Por retiro del empleado de la entidad a la cual presta sus servicios;

b). Por la imposición de sanción disciplinaria de suspensión en el ejercicio de las funciones, caso en el cual el empleado sólo podrá volver a solicitarla transcurridos dos (2) años, contados a partir de la fecha de ejecutoria de la providencia mediante la cual se impuso la sanción, siempre y cuando el empleo continúa siendo susceptible de asignación de prima técnica;

c). Cuando haya sido otorgada por evaluación del desempeño, se perderá, además, por obtener el empleado calificación de servicios en porcentaje inferior al establecido en el artículo 5o de éste Decreto o porque hubieren cesado los motivos por los cuales se asignó.

PARÁGRAFO. La pérdida del disfrute de la prima técnica operará en forma automática, una vez se encuentre en firme el acto de retiro del servicio, el de imposición de la sanción, o la respectiva calificación.

La pérdida de la prima técnica por cesación de los motivos que originaron su otorgamiento será declarada por el Jefe del organismo, mediante resolución motivada contra la cual no procederá recurso alguno”.

Se advierte que el reconocimiento de la prima técnica regulada en los decretos mencionados, fue objeto de modificación por el Decreto 1724 de 1997, en el sentido de limitar a algunos niveles jerárquicos su reconocimiento, así:

*“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.” (Negritas fuera de texto)*

De conformidad con lo expuesto, para beneficiarse de la prima técnica únicamente fueron incluidos aquellos funcionarios nombrados con carácter permanente, en cargos de los niveles directivo, asesor y ejecutivo, siendo excluido los empleados de los demás niveles, sin que el decreto dispusiera modificación alguna frente a los criterios a tener en cuenta para acceder al reconocimiento de la prima técnica.

El Consejo de Estado² ha establecido que bajo la interpretación del artículo 4º del Decreto 1724 de 1997, el derecho a la prima técnica también recae sobre los empleados y funcionarios –no pertenecientes a los niveles previstos de la nueva norma-, quienes a pesar de no contar con el reconocimiento expreso, consolidaron su derecho bajo la vigencia de los Decreto 1661 y 2164 de 1991, siempre y cuando cumplan con los siguientes presupuestos:

- i) que hayan cumplido con los requisitos establecidos para el reconocimiento de prestación,
- ii) que hayan presentado la reclamación del reconocimiento y pago de la prima técnica antes de entrar en vigencia el Decreto 1724 de 1997, y
- iii) que la Administración, haya guardado silencio frente a la petición o que la misma la haya resuelto expresamente de manera negativa.

2.2.2. Reconocimiento de prima técnica en las entidades territoriales y sus entes descentralizados

El Presidente de la República, con el artículo 13 del Decreto 2164 de 1991, autorizó a las entidades territoriales y a sus entes descentralizados a aplicar el régimen de prima técnica consagrado en el Decreto 1661 de 1991.

² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia de 7 de abril de 2011, Exp. 1397-2010 C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

No obstante, el Consejo de Estado, en sentencia del 19 de marzo de 1998³, declaró la nulidad del artículo transcrito, precisando que la expresión “las entidades descentralizadas de la Rama Ejecutiva”, contenida en el artículo 9 del Decreto 1661 de 1991, es referida a órganos del orden nacional.

Señaló la sentencia en mención que de las normas que rigen la prima técnica, es posible concluir que no se concibe dicho derecho a los empleados del orden departamental, pues al declararse nula la norma que le permitía a los entes territoriales y sus entidades descentralizadas regular esta prestación, por los efectos ex tunc de la decisión, quedaron sin fundamento legal los actos expedidos con base en esa normativa -en el evento que hubieran sido expedidos- al operar el fenómeno jurídico del decaimiento del acto administrativo.

Aclarando que tienen derecho a ella, aquellos empleados territoriales que reunían los requisitos para la época en que estuvo vigente el artículo 13 del Decreto 2164 de 1991, es decir, hasta el 19 de marzo de 1998, fecha de declaratoria de nulidad del citado artículo, pues después de esta fecha se presenta la pérdida de fuerza ejecutoria del acto de reconocimiento, por haber sido declarada nula la norma que lo regulaba.

2.3. Del Salario y los factores salariales

A nivel legal, el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, define el salario en los siguientes términos:

ARTICULO 127. ELEMENTOS INTEGRANTES. <Artículo modificado por el artículo 14 del Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.

También es importante señalar que el Convenio 095 de la OIT, definió el término “salario” señalando que significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar.

Por su parte, el Consejo de Estado en distintas providencias, ha definido la noción de salario, de la cual se destaca la sentencia proferida por la Sección Segunda, el cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010), en la cual señaló que “(...) **los factores que constituyen salario, son, aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica, como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como, asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos o infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentando.**”

De igual forma, la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁴, respecto del concepto de salario, enseña que:

³ Consejo de Estado Consejero Ponente Dr. Silvio Escudero Castro, expediente No. 11955. Al decidir la acción de nulidad simple interpuesta por el ciudadano Félix Hoyos Lemus

⁴ Sentencia C-521/95

“Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación o retribución directa y onerosa del servicio, y que ingresan real y efectivamente a su patrimonio, es decir, no a título gratuito o por mera liberalidad del empleador, ni lo que recibe en dinero en especie no para su beneficio ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, ...”

La misma corporación⁵ ha sentado como tesis, que la remuneración salarial es una garantía que no se agota en la simple enunciación de un deber surgido de la relación laboral, sino que se trata de un verdadero derecho fundamental; así mismo, en cuanto al concepto de factor salarial, ha referido lo siguiente:

“La definición de lo que es factor salarial corresponde a la forma como se desarrolla el vínculo laboral y no a la existencia de un texto legal o convencional que lo consagre o excluya como tal, pues todo aquello que recibe el trabajador como contraprestación directa de su servicio, sin importar su denominación, es salario.”⁶

2.4. De la excepción de inconstitucionalidad

La figura de la excepción de inconstitucionalidad es un instrumento establecido por el artículo 4° de la Constitución Política, aplicable en aquellos casos en los cuales se presenta contradicción entre una norma de rango legal y otra de linaje constitucional, figura respecto de la cual el Consejo de Estado, en sentencia de 1° de noviembre de 2007, Radicación 1999-00004-01, Consejero Ponente, Doctor Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta, sostuvo:

Es así como, entre las numerosos y repetidos pronunciamientos que en ese sentido ha proferida esta jurisdicción, la Sala tiene señalado que “La excepción de inconstitucionalidad consiste en dejar de aplicar en un caso concreto una norma jurídica por ser contraria a la Constitución Política,” y que “Ello supone necesariamente que la norma en cuestión sea la aplicable al caso controvertido y se busca precisamente a través de tal excepción que la autoridad judicial o administrativa deje de aplicarla, en aras de salvaguardar la supremacía de la Constitución y el orden jurídico”. (subrayas no son del texto)

La Corte Constitucional también ha puesto de presente, en sentencia C-600 de 1998, el contenido y alcance de la excepción de inconstitucionalidad, al señalar:

“El artículo 4° de la Constitución consagra, con mayor amplitud que el derogado artículo 215 de la codificación anterior, la aplicación preferente de las reglas constitucionales sobre cualquier otra norma jurídica. Ello tiene lugar en casos concretos y con efectos únicamente referidos a éstos, cuando quiera que se establezca la incompatibilidad entre la norma de que se trata y la preceptiva constitucional. Aquí no está de por medio la definición por vía general acerca del ajuste de un precepto a la Constitución -lo cual es propio de la providencia que adopte el tribunal competente al decidir sobre el proceso iniciado como consecuencia de acción pública- sino la aplicación de una norma legal o de otro orden a un caso singular.”

Ahora bien, para hacer uso de este mecanismo, es necesario que la contradicción sea manifiesta, es decir, que la norma constitucional y la legal riñan de tal manera que del simple cotejo, resulte absolutamente incompatible su aplicación simultánea.

Con relación a los eventos en que resulta aplicable, la Corte Constitucional⁷ en su jurisprudencia, señala que la excepción de inconstitucionalidad está condicionada a que se cumplan dos presupuestos:

- i) que la norma no haya sido estudiada en sede de control abstracto de constitucionalidad y,

⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-649/13.

⁶ Corte Constitucional Sentencia C-310/07, Nilson Pinilla Pinilla.

⁷ T-508 de 2015, M.P. Gloria Ortiz Delgado

- ii) que se constate que la aplicación de dicha norma en el caso concreto provocaría efectos constitucionales tales como la eventual vulneración de derechos fundamentales

3. Pruebas Recaudadas.

3.1 Documentales:

- Copia del Decreto No.00068 de 21 de noviembre de 1994 a través del cual se nombra a la demandante en periodo de prueba en el cargo de Auxiliar Administrativo, código 5155, grado 05 en el Instituto Integrado Nacionalizado Sergio Camargo, del Municipio de Miraflores, junto con la respectiva acta de posesión. (fl. 30-32)
- Resolución No 4623 del 23 de noviembre de 1999, “por la cual se reconoce y ordena el pago de una prima técnica por evaluación de desempeño a un funcionario administrativo de la Secretaría de Educación de Boyacá” (fl. 33-34)
- Copia del derecho de petición radicado con el No. BOY2020ER034411 de 08 de septiembre de 2020, mediante el cual la señora Gloria Marlen Moreno Castro, a través de apoderado, solicita se inaplique el artículo 7 del Decreto 1661 de 1991, se reconozca como factor salarial y para todos los efectos legales la prima técnica por desempeño, y se reliquiden las prestaciones devengadas por la demandante para los periodos laborados desde el año 2013, en adelante. (fl. 35-38)
- Copia de oficio No. BOY2020EE028481 del 25 de septiembre de 2020, a través del cual se da respuesta al derecho de petición radicado por el apoderado del demandante, y se niega la solicitud del reconocimiento como factor salarial de la prima técnica por desempeño. (fl. 39-42)
- Copia del oficio radicado con el No. BOY2020ER039624, a través del cual se interpone recurso de reposición y en subsidio de apelación en contra del oficio No. BOY2020EE028481 del 25 de septiembre de 2020. (fl. 43-45)
- Copia del oficio radicado con el No. BOY2020EE033604 del 10 de noviembre de 2020, por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición y se rechaza por improcedente el de apelación. (fl. 46-48)
- Expediente administrativo de la demandante.(fl. 88-365)

4. Caso concreto.

Recuerda el despacho que en el caso sub judice, se pretende establecer si hay lugar a inaplicar por inconstitucional el artículo 7 del Decreto Reglamentario 1661 de 1991, que establece que la prima técnica por evaluación del desempeño no es factor salarial; y como consecuencia de lo anterior, si procede la declaratoria de nulidad de los actos administrativos de fecha 25 de septiembre y 10 de noviembre de 2020.

Así mismo y a título de restablecimiento del derecho, se debe definir si hay lugar a condenar al DEPARTAMENTO DE BOYACÁ – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE BOYACÁ a reconocer la prima técnica por desempeño como factor salarial, desde el momento en que adquirió el derecho la demandante y en adelante, liquidando todos los factores salariales devengados por la accionante; para los periodos laborados desde el año 2017, teniendo en cuenta la prima técnica por desempeño como factor salarial para liquidarlos; así mismo establecer si hay lugar a pagar indemnización moratoria e indexación.

Para poder definir el problema jurídico, en primer lugar ha de estudiarse si hay o no lugar a inaplicar por inconstitucional el artículo 7 del Decreto Reglamentario 1661 de 1991.

Conforme al marco jurídico previamente citado, es claro que los numerales 2 y 3 del artículo 2° de la ley 60 de 1990⁸, estipularon la prima técnica por evaluación de desempeño como un **incentivo y/o reconocimiento económico** que busca mantener en el servicio a funcionarios altamente calificados de acuerdo con su evaluación al señalarse:

2o. Establecer un sistema mediante el cual se otorguen estímulos para los mejores empleados oficiales.

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

Dicha Ley fue desarrollada en el Decreto 1661 de 1991⁹, que en su artículo 7°, estableció la forma de pago de la prima técnica y corresponde a la norma que el demandante pretende se inaplique por razones de inconstitucionalidad, la cual es del siguiente tenor literal:

ARTÍCULO 7°.- *Forma de pago, compatibilidad con los gastos de representación. La Prima Técnica asignada se pagará mensualmente, y es compatible con el derecho de percibir gastos de representación. La Prima Técnica constituirá factor de salario cuando se otorgue con base en los criterios de que trata el literal a) del artículo 2 del presente Decreto, y no constituirá factor salarial cuando se asigne con base en la evaluación del desempeño a que se refiere el literal b) del mismo artículo.*

Ahora bien, como se había indicado en precedencia, para que proceda la inaplicación de una norma por razones de inconstitucionalidad, la Corte Constitucional ha señalado que uno de los presupuestos consiste en que la norma no haya sido estudiada en sede de control abstracto de constitucionalidad, por las razones que sustentó la corporación, así:

35. En el ordenamiento jurídico colombiano, con fundamento en el artículo 4° de la Carta Política, se prevé la posibilidad de que una autoridad pública o los particulares dejen de aplicar una norma en un caso concreto cuando adviertan que sus efectos, en ese escenario particular, resultan inconstitucionales. Dicha opción, como se anotó, se desprende del texto constitucional, ha sido reconocida por la jurisprudencia y constituye un verdadero control de constitucionalidad por vía de excepción.

Para la procedencia de dicha excepción, además de la necesaria contradicción entre la norma y la Carta Política de cara a las circunstancias concretas a las que se enfrenta la autoridad pública o el particular, se requiere que el precepto no haya sido objeto de un control abstracto de constitucionalidad por parte de esta Corporación, por los efectos erga omnes del mismo, tal como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional en reiteradas oportunidades:

“[c]uando no ha mediado una decisión de control abstracto por parte de la Corte respecto de una norma en particular, la excepción de inconstitucionalidad surge como el mecanismo judicial viable para inaplicar ese precepto a un caso particular, en virtud, justamente, de la especificidad de las condiciones de ese preciso asunto. Por el contrario, de ya existir un pronunciamiento judicial de carácter abstracto y concreto y con efectos erga omnes, la aplicación de tal excepción de inconstitucionalidad se hace inviable por los efectos que dicha decisión genera, con lo cual cualquier providencia judicial, incluidas las de las acciones de tutela deberánacompañarse a la luz de la sentencia de control abstracto que ya se hubiere dictado.”¹⁰

De manera que la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, derivada del artículo 4 Superior, constituye un control constitucional por vía de excepción que exige que: i) la norma no haya sido objeto de control abstracto por parte de esta Corporación y ii) la aplicación de dicha norma en el caso concreto provoque efectos inconstitucionales¹⁰. Resalta el despacho.

⁸ 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

⁹ “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.”

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia T-508 de 2015. Magistrada Ponente: GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO.

Al respecto, ha de señalar el Juzgado que la Corte Constitucional, a través de la sentencia C-279 de 1996¹¹, analizó la exequibilidad de algunas disposiciones de la Ley 60 de 1990, en particular el artículo 2°, numeral 3° y declaró exequible la expresión "**(...) y sin que constituya factor salarial**".

En dicho pronunciamiento, la argumentación de la Corte giró en torno a la protección de los derechos de los trabajadores y la violación del derecho a la igualdad en el trabajo. Sostuvo de manera específica:

"La Corte Suprema de Justicia, en uno de sus recientes fallos sobre las modificaciones que en materia salarial en el sector privado introdujo la ley 50 de 1990, y en relación con la naturaleza jurídica de las primas, afirmó que:

"En efecto, ni siquiera al legislador le está permitido contrariar la naturaleza de las cosas, y por lo mismo no podría disponer que un pago que retribuye la actividad del trabajador ya no sea salario. Lo que verdaderamente quiere decir la última parte del artículo 15 de la ley 50 de 1990, aunque debe reconocerse que su redacción no es la más afortunada, es que a partir de su vigencia pagos que son "salario" pueden no obstante excluirse de la base de cómputo para la liquidación de otros beneficios laborales (prestaciones sociales, indemnizaciones, etc.).

Este entendimiento de la norma es el único que racionalmente cabe hacer, ya que aún cuando habitualmente se ha tomado el salario como la medida para calcular las prestaciones sociales y las indemnizaciones que legalmente se establecen en favor del trabajador, no existe ningún motivo fundado en los preceptos constitucionales que rigen la materia o en la recta razón, que impida al legislador disponer que determinada prestación social o indemnización se liquide sin consideración al monto total del salario del trabajador, esto es, que se excluyan determinados factores no obstante su naturaleza salarial, y sin que pierdan por ello tal carácter^[3] (el subrayado es de esta Corte).

Igualmente, la Corte Constitucional, ha sostenido que "el legislador conserva una cierta libertad para establecer, que componentes constituyen, o no salario, así como la de definir y desarrollar el concepto de salario, pues es de su competencia desarrollar la Constitución.

Las definiciones de convenios internacionales que transcribe la actora no significan que el legislador nacional haya perdido la facultad de tomar o no en cuenta una parte de la remuneración que perciben los trabajadores para definir las bases sobre las cuales han de hacerse otros pagos.

Así pues, el considerar que los pagos por primas técnicas y especiales no sean factor salarial, no lesiona los derechos de los trabajadores, y no implica una omisión o un incorrecto desarrollo del especial deber de protección que el Estado colombiano tiene en relación con el derecho al trabajo, ni se aparta de los deberes que Colombia ha adquirido ante la comunidad internacional.

(...)

La Corte Constitucional ha desarrollado ya una jurisprudencia rica en contenido y en matices, acerca del derecho a la igualdad, y no parece necesario emular en este fallo con algunos de los muchos que contemplan este tema^[4]. Basta en síntesis, recordar que el derecho a la igualdad se predica entre iguales^[5], la Corte Constitucional afirma que no se exige igualdad cuando hay razones objetivas, no arbitrarias, para establecer regímenes diferentes entre los sujetos de las normas que imperan en la República.

Ciertamente, las calidades que se exigen a las personas en cuyo favor se crearon las primas a las que se refieren las demandas, y sus responsabilidades, son factores que justifican, de suyo, la creación de tales primas para estos funcionarios; y las mismas razones por las cuales se justifica la creación de primas que no son comunes a toda la administración pública, justifican también que no produzcan los mismos efectos económicos que otras remuneraciones que se conceden a un número mayor de servidores públicos." Subraya el despacho

¹¹ Corte Constitucional- Sentencia C-296 de veinticuatro (24) de junio de mil novecientos noventa y seis (1996)- M.P. Dr. Hugo Palacios Mejía.

De igual forma, el artículo 7° del Decreto 1661 de 1991, del cual se pretende su inaplicación por consignar que la prima técnica que se asigne con base en la evaluación del desempeño, no puede considerarse como factor salarial, fue analizado por la Corte Constitucional a través de la sentencia C- 424 de 2006¹², en la cual sostuvo la Corporación que se reiteraban los argumentos expuestos en la sentencia C-279 de 1996, al aducir:

“(…)

*En aquella oportunidad, la Corte Constitucional analizó dos aspectos. De un lado, si la disposición demandada desconocía los derechos de los trabajadores y, de otro, si vulneraba el derecho a la igualdad. Respecto del primer asunto, la Corporación estimó que tanto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia como la sentada por la Corte Constitucional - luego de la vigencia de la Constitución de 1991 - **habían reiterado la tesis según la cual el Legislador goza de un amplio margen de apreciación y puede, en consecuencia, disponer que algunas remuneraciones no se tomen en cuenta para efectos de liquidar prestaciones sociales.***

*Subrayó la Corte Constitucional en aquella oportunidad, que la actora había confundido dos conceptos cuya distinción era, a su juicio, indispensable: por una parte, el concepto de régimen salarial, y, por otra, la noción de salario. Dijo la Corte, que mientras el régimen salarial constituye el género, el salario, entretanto, es la especie. Así las cosas, agregó, por virtud de lo dispuesto en la misma Constitución y previa una ley marco, el gobierno quedará facultado para fijar el "régimen salarial" esto es, el conjunto de derechos salariales, no salariales y prestacionales.” **Concluyó la Corte, que el no considerar ciertas primas como factor salarial no implicaba una lesión de los derechos de los trabajadores. ...***

Con fundamento en lo expuesto, la Corte Constitucional llegó a la conclusión que el precepto acusado no atentaba ni contra los derechos laborales ni contra el derecho a la igualdad garantizados en la Constitución Nacional.

14.- En el presente proceso, la Corte reitera los argumentos de la sentencia C-279 de 1996 para declarar la constitucionalidad del artículo 7 del Decreto 1661 de 1991. Por tratarse del mismo contenido que la norma enjuiciada en la sentencia C-279 pero, en este caso, encontrarse en otro texto, en otra Ley, y no habiéndose modificado el contexto fáctico y normativo, la Corte acoge el precedente y, en consecuencia, declarará la constitucionalidad del artículo 7 del Decreto 1661 de 1991. Resalta el despacho.

La misma corporación, en pronunciamientos posteriores, ha señalado que la determinación de un factor salarial para la liquidación de otras prestaciones, es una potestad que recae sobre el Gobierno Nacional, quien, conforme a lo dispuesto en el literal e, numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política, pueda “Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y la Fuerza Pública”, en consonancia con la Ley 4ª de 1992 y atendiendo al marco general, los objetivos y directrices trazados por el Congreso de la República.

En ese orden, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el legislador, en este caso el Gobierno en virtud de las facultades extraordinarias conferidas mediante la Ley 60 de 1990, puede excluir ciertos emolumentos en la liquidación de las demás prestaciones sociales, y ello no deriva en inconstitucional, en este sentido, la sentencia C- 244 de 2013, precisa:

“De esta forma la Corte rechaza el argumento según el cual el concepto de "salario" estaría fuertemente constitucionalizado y llevaría al reconocimiento automático de que cualquier pago realizado por el empleador tiene que ser considerado como base salarial para el cálculo de prestaciones sociales. Con este reconocimiento, la Corte permite el establecimiento de bonos, primas o beneficios que ciertamente tienen el potencial de variar la base mensual de ingresos habituales de los trabajadores, pero negándole al mismo tiempo un impacto necesario sobre la carga prestacional.”

¹² Corte Constitucional- Sentencia C-296 de treinta y uno (31) de mayo de dos mil seis (2006)- M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto

De conformidad con lo antes expuesto, resulta diáfano concluir que la pretensión invocada por la parte actora, relativa a inaplicar por inconstitucional la normatividad tantas veces referida, no es de sumo viable por cuanto no se cumplen los presupuestos establecidos para ello, es decir, la norma fue **estudiada** en sede de control abstracto de constitucionalidad y, además la alta Corporación, indicó en ejercicio del mismo que no avizoraba la vulneración de derechos fundamentales allí estudiados, como son la igualdad y la protección a los derechos de los trabajadores, garantías que en este caso el actor estima infringidas en virtud de la aplicación del artículo 7° del Decreto 1661 de 1991.

Por otra parte, la prima técnica por evaluación del desempeño, no cumple con otro de los requisitos señalados en precedencia para que sea factor salarial, y es precisamente su carácter permanente, por cuanto el artículo 8° del Decreto 1661 de 1991, señala que se deja de percibir tal erogación, al retiro del funcionario o empleado de la entidad en la cual presta sus servicios o cuando se le imponga al empleado sanción disciplinaria de suspensión.

4.1. De los cargos contra los actos administrativos:

4.1.1. Por desviación del Poder:

Frente a ese cargo, el demandante señala que dentro de la ética estatal se encuentra envuelta la legalidad y rectitud frente a la administración que se ejerce; cualquier desviación conduce al abuso del poder cuando se sobreponen los intereses individuales al interés general.

Para resolver dicho cargo, es importante señalar, en primer lugar, que el Consejo de Estado ¹³ha definido la desviación de poder, como aquella causal que se edifica cuando el acto administrativo, si bien fue expedido por órgano o autoridad competente y con las formalidades debidas, en realidad persigue fines distintos a los que ha fijado el ordenamiento jurídico.

Demostrar la causal de desviación de poder, implica llevar al juzgador a la convicción plena de que la intención de quien profirió el acto se alejó de la finalidad del buen servicio y se usó con fines ajenos a los previstos por la norma.

En el caso sub iudice, la parte accionante no aportó prueba alguna que demuestre que el director administrativo y financiero de la Secretaría de Educación del Departamento de Boyacá, funcionario que expidió los actos administrativos enjuiciados (fl. 29-48), hubiera perseguido fines distintos a los dispuestos en el ordenamiento jurídico al proferir dichos actos, es decir, que su intención se alejara de lo que claramente la norma regula en relación con la prima técnica por desempeño satisfactorio.

Por el contrario, como se evidenció a lo largo de este proveído, la negativa a incluir la prima técnica para reliquidar los factores salariales de la demandante, incluyendo la misma como factor salarial, contraría el orden normativo y jurisprudencial, de manera específica lo señalado en el artículo 7 del Decreto 1661; razón por la cual dicho cargo no está llamado a prosperar.

4.1.2. Por falsa motivación:

Como fundamento de este cargo, la parte actora aduce que la motivación de los actos administrativos debe ser seria, adecuada o suficiente y además íntimamente relacionada con la decisión que por él se tome y estima que los actos demandados no cumplen este requisito.

¹³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 7 de marzo de 2013, Rad. 0105-12, C.P., Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

Sostiene que el verdadero motivo de la negativa a considerar como factor salarial la prima técnica reconocida a favor de la demandante, es la necesidad de mostrar niveles de eficiencia financiera y superávit económico.

Indica que la entidad demandada, con su actuar, transgrede flagrantemente las normas de derecho público que se encuentra llamada por su naturaleza a acatar y promulgar su cumplimiento.

Sobre la falsa motivación, el Consejo de Estado en la Sección Cuarta¹⁴, ha precisado que esta causal autónoma e independiente, se relaciona directamente con el principio de legalidad de los actos y con el control de los hechos determinantes de la decisión administrativa, cuya prosperidad depende de requisitos que han sido decantados a nivel jurisprudencial de la siguiente manera:

Es necesario que se demuestre una de dos circunstancias:

- a) *O bien que los hechos que la Administración tuvo en cuenta como motivos determinantes de la decisión no estuvieron debidamente probados dentro de la actuación administrativa;*
- b) *Que la Administración omitió tener en cuenta hechos que sí estaban demostrados y que si hubiesen sido considerados habrían conducido a una decisión sustancialmente diferente".*

La motivación debe ser clara, puntual y suficiente, a tal punto que justifique la expedición de los actos y que suministre al destinatario las razones de hecho y de derecho que inspiraron la producción de los mismos.

La expresión de los motivos por los cuales se profiere un acto administrativo de carácter particular y concreto es indispensable, pues es a partir de los mismos que el administrado puede controvertir aquellos aspectos de hecho y de derecho que considera no pueden ser el soporte de la decisión.

Revisando de forma cuidadosa los actos demandados de fecha 25 de septiembre y 10 de noviembre de 2020, proferidos por la Secretaría de Educación del Departamento de Boyacá (fl. 29-48), es claro que los mismos fueron motivados de manera precisa, aduciendo los fundamentos de hecho de la decisión y, además, para su expedición se invocó la normatividad que rige la materia objeto de controversia.

En efecto, la entidad accionada como sustento expuesto en los actos acusados, señaló:

En primer lugar, revisados los archivos de esta entidad se verificó la naturaleza de la prima técnica que devengan los funcionarios relacionados en la solicitud, la cual corresponde a la prima técnica por evaluación de desempeño contemplada en los decretos 1661 de 1991, decreto 2164 de 1991, decreto 1724 de 1997, decreto 1336 de 2003.

Revisada esta normatividad se pudo establecer que la prima técnica reconocida a los funcionarios enlistados corresponde a la otorgada con base en la evaluación del desempeño, la cual no constituye factor salarial al tenor de lo establecido en el artículo 7 de la ley 1661 de 1991, el cual reza:

“Forma de pago, compatibilidad con los gastos de representación. La prima técnica asignada se pagará mensualmente, y es compatible con el derecho de percibir gastos de representación. La prima técnica constituirá factor de salario cuando se otorgue con base en los criterios de que trata el literal a) del artículo 2 del presente decreto, y no constituirá

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Cuarta, de 23 de junio de 2011, radicado 11001-23-27-000-2006-00032-00(16090), C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

Factor salarial cuando se asigne con base en la evaluación del desempeño a que se refiere el literal b) del mismo artículo.” (Hemos resaltado)

De conformidad con lo antes expuesto, este despacho no evidencia que se encuentre acreditada dicha causal de nulidad, por el contrario, los motivos esgrimidos se encuentran soportados en los hechos y fundamentos de derecho que se hicieron explícitos por la administración, acordes además a la realidad toda vez que, en efecto, el artículo séptimo del Decreto 1661 de 1991, establece que la prima técnica por evaluación del desempeño no constituye factor salarial.

En el mismo sentido, el Departamento Administrativo de la Función Pública¹⁵, ha emitido conceptos frente al tema, señalando:

“De acuerdo con lo expuesto, en concepto de esta Dirección, la única Prima Técnica que constituye factor salarial para liquidar beneficios salariales o percibirlos es la que se otorga por Estudios y Experiencia. “En consecuencia la Prima Técnica por evaluación del desempeño, no constituye factor salarial, y por consiguiente no podrá tenerse como factor para la liquidación de las prestaciones sociales como en el caso de las vacaciones, prima de vacaciones; únicamente constituye factor la Prima Técnica otorgada por Estudios y Experiencia.

Por su parte, el Tribunal Administrativo de Boyacá, en sentencia de segunda instancia del 8 de marzo de 2018¹⁶, donde debatía un asunto relacionado con la reliquidación de una pensión de vejez, excluyó la prima técnica adquirida por evaluación del desempeño como factor de liquidación, con fundamento en el artículo 7° del Decreto Ley 1661 de 1991, que creó esa prestación para los servidores públicos y advirtió que ello no implicaba que se vulnerara el derecho a la igualdad.

Discurrió así la corporación:

De la norma transcrita se infiere, que la prima técnica no constituye factor salarial cuando se asigna con base en la evaluación de desempeño

La Sección Segunda, Subsección B, del Consejo de Estado, mediante sentencia del 30 de junio de 2015 con ponencia del doctor Gerardo Arenas Monsalve señaló:

“Es tan viable el trato diferenciado en la prima técnica que en unos casos constituye factor salarial y en otros no. La Corte Constitucional se pronunció particularmente sobre la prima técnica cuando esta no constituye factor salarial. Mediante la Sentencia C- 279 de 1996, y en ella declaró exequible las siguientes frases “...y sin que constituya factor salarial” del numeral 3°, artículo 2° de la Ley 60 de 1990: “sin carácter salarial” de los artículos 14 y 15 de la Ley 4° de 1992. En esa oportunidad, esa Corporación analizó dos aspectos. De un lado, si la disposición demandada desconocía los derechos de los trabajadores y, de otro, si vulneraba el derecho a la igualdad. Respecto del primer asunto, la Corporación estimó que tanto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia como la sentada por la Corte Constitucional - luego de la vigencia de la Constitución de 1991 - habían reiterado la tesis según la cual, el Legislador goza de un amplio margen de apreciación y puede, en consecuencia, disponer que algunas remuneraciones no se tomen en cuenta para efectos de liquidar prestaciones sociales. Finalmente adujo, que el no considerar ciertas primas como factor salarial no implicaba una lesión de los derechos de los trabajadores, textualmente afirmó:

“...no se exige igualdad cuando hay razones objetivas, no arbitrarias, para establecer regímenes diferentes entre los sujetos de las normas que imperan en la república. Ciertamente, las calidades que se exigen a las personas en cuyo favor se crearon las primas a las que se refieren las demandas, y sus responsabilidades, son factores que justifican, de suyo, la creación de tales primas para estos funcionarios; y las mismas razones por la cuales se justifica la creación de primas que no son comunes a toda la administración pública, justifican también que no produzcan los mismos efectos

¹⁵ Concepto sobre prima técnica. Factor salarial. Reconocimiento de prima técnica por evaluación del desempeño en vacaciones, incapacidades médicas Rad. 20152060017262 del 30 de enero de 2015

¹⁶ Sentencia del 8 de marzo de 2018, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá dentro del proceso 15001333301420130020201. M.P. Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortíz.

económicos que otras remuneraciones que se conceden a un número mayor de servidores públicos (...)

Entonces, tal como lo ha entendido la jurisprudencia, al considerar que la prima técnica no constituye factor salarial, no implica que se vulnere el derecho a la igualdad pues la norma precisó cuáles son los requisitos para ser beneficiario de tal factor.

4.2. Conclusión:

Teniendo en cuenta que en el caso sub judice no hay lugar a decretar la inaplicación de la norma por inconstitucionalidad (artículo 7 Decreto 1691 de 1991), por no haberse cumplido los requisitos para que opere tal figura jurídica, y habiéndose establecido que la Prima Técnica por evaluación de desempeño otorgada a la señora Moreno Castro mediante la Resolución No 4623 del 23 de noviembre de 1999, no constituye factor salarial y que las causales de nulidad invocadas no se configuran en el *sub examine*, no hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda.

En consecuencia, se declararan probadas las excepciones propuestas por la entidad demandada denominadas, legalidad del acto administrativo que se demanda, cobro de lo no debido e inexistencia del derecho reclamado; por cuanto como se indicó en precedencia, la prima técnica por desempeño, es un incentivo económico que se otorga a los funcionarios altamente calificados y con excelente desempeño en sus cargos, emolumento que por expresa disposición del artículo 7° del decreto 1661 de 1991, no constituye factor salarial.

Además, no hay lugar a inaplicar por inconstitucional la norma acusada, por no cumplir con los requisitos establecidos por la Corte Constitucional para la aplicación de dicha figura, sin que además se avizore una palmaria contradicción entre el contenido del artículo 7 del Decreto 1661 de 1991 y las disposiciones constitucionales, pues la exclusión de la prima técnica por calificación del desempeño como factor salarial, se acompasa con la libertad de configuración legislativa y es acorde con las disposiciones del artículo 2°, numeral 3° de la Ley 60 de 1990.

5. Costas procesales.

Al respecto, se aplicará el siguiente criterio jurisprudencial de la Sección Segunda. Subsección A del Consejo de Estado:

“...corresponde al juez de lo contencioso-administrativo elaborar un juicio de ponderación subjetiva respecto de la conducta procesal asumida por las partes, previa imposición de la medida, que limitan el arbitrio judicial o discrecionalidad, para dar paso a una aplicación razonable de la norma. Ese juicio de ponderación supone que el reproche hacia la parte vencida esté revestido de acciones temerarias o dilatorias que dificulten el curso normal de las diferentes etapas del procedimiento, cuando por ejemplo sea manifiesta la carencia de fundamento legal de la demanda, excepción, recurso, oposición o incidente, o a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad; se aduzcan calidades inexistentes; se utilice el proceso, incidente o recurso para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos; se obstruya, por acción u omisión, la práctica de pruebas; se entorpezca el desarrollo normal y expedito del proceso; o se hagan transcripciones o citas deliberadamente inexactas (CGP, art. 79). Así las cosas, frente al resultado adverso a los intereses del demandante, se tiene que ejerció de forma legítima el reclamo por la vía judicial del derecho que le asistía...”¹⁷

Para el caso de autos, no advierte el Despacho que haya lugar a condena en costas, toda vez que la accionante ejerció de forma legítima el reclamo por la vía judicial del derecho que le asistía.

¹⁷Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Exp. 25000-23-42-000-2013-02705-01 (3190-2014), sentencia del 21 de febrero de 2019, C.P. Dr. Carmelo Perdomo Cuéter.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Décimo Administrativo Oral del Circuito de Tunja, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. Declarar probadas las excepciones denominadas legalidad del acto administrativo que se demanda, cobro de lo no debido e inexistencia del derecho reclamado, propuestas por el DEPARTAMENTO DE BOYACÁ- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de ésta providencia.
2. **Negar las pretensiones de la demanda** instaurada por la señora GLORIA MARLEN MORENO CASTRO, contra el DEPARTAMENTO DE BOYACÁ- SECRETARIA DE EDUCACIÓN, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.
3. **No condenar en costas** en esta instancia, por lo expuesto en la parte motiva.
4. Ejecutoriado este fallo y cumplidos sus ordenamientos, archívese el expediente, previas las constancias que sean necesarias.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

(Firmado electrónicamente por SAMAI)
JAVIER LEONARDO LÓPEZ HIGUERA
Juez