



Juzgado Décimo Administrativo del Circuito Judicial de Ibagué

Ibagué, nueve (9) de diciembre del dos mil veinte (2020)

Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: BERTULFO SALVADOR ACOSTAY OTROS
Demandado: DEPARTAMENTO DEL TOLIMA
Radicado: 73001-33-33-010-2018-00096-00
Asunto: prima técnica por evaluación de desempeño
Sentencia: 00091

I. ANTECEDENTES

Surtido el trámite legal y de conformidad con lo establecido en el artículo 179 y 187 del C.P.A.C.A., se procede a dictar sentencia en el proceso que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovieron los señores **BERTULFO SALVADOR ACOSTA, MARTHA CECILIA PERDOMO RODRÍGUEZ, GRACIELA VÁSQUEZ SÁNCHEZ, BLANCA CECILIA VILLAMIL PEÑA, RODRIGO GARZÓN AGUIAR, RUBIELA CASTILLA LEAL, JUAN DE DIOS VILLANUEVA, NELSON HELI GUZMÁN GUZMÁN, ANTONIO MARÍA ESQUIVEL YAIMA, LEONOR GAITÁN ESCAMILLA, ADONÁI HERNÁNDEZ BARRERO, MARÍA REBECA SERRANO PÉREZ, ELSA MARÍA PEDRAZA OVIEDO, JAIME AUGUSTO SALGADO DAZA, JOSÉ HÉCTOR URREGO NEIRA, LEONOR VARGAS DE AYA, GILBERT MACHADO SÁNCHEZ, BLANCA ALBA RAMÍREZ GARCÍA, JULIO CESAR SUÁREZ PEDREROS, BENHUR GARZÓN GONZÁLEZ, CLARA MAGDALENA RODRÍGUEZ CUBIDES, LUZ DARY ARANGO, MARIELA ALTURO PERDOMO, ALBERTO ANTONIO DUCUARA PÉREZ, MARÍA ARACELLY VÉLEZ CASTILLO, RODRIGO PARRA ARISTIZABAL, JORGE ALFONSO URUEÑA, LUZ MARINA ROJAS, ADRIANA MARÍA HERRERA RUIZ, BENJAMÍN ARIAS ARISTIZABAL, MARTHA ARANGO DE CARMONA y LUIS ALFONSO BOLÍVAR BARAJAS** en contra del **DEPARTAMENTO DEL TOLIMA**

1. PRETENSIONES

1.1 Que se declare la nulidad parcial del acto administrativo contenido en el oficio No **SAC 2017 EE 5082 del 8 de mayo del 2017** expedido por el secretario de educación y cultura del Departamento del Tolima, mediante el cual se negó la solicitud de reliquidación de la prima de vacaciones y el periodo de vacaciones teniendo como base lo devengado por la prima técnica por evaluación de desempeño

1.2 Que se declare la nulidad parcial del acto administrativo contenido en el oficio No **SAC 2017 EE 6991 del 2 de junio del 2017**, mediante el cual se resolvió el recurso de reposición confirmando en todas sus partes el oficio de fecha 08 de mayo de 2017 y declaró agotada la vía gubernativa.

1.3 Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, se ordene al Departamento del Tolima reliquidar y pagar las vacaciones y la prima de vacaciones teniendo como base la prima técnica por las anualidades causadas y las que se causen hasta la terminación del proceso.

1.4 Ordenar a la accionada que hacia el futuro se incluya la prima técnica por evaluación de desempeño en la liquidación de las vacaciones y la prima de vacaciones.

1.5 Se condene al Departamento del Tolima a pagar los valores resultantes de la condena debidamente indexados

1.6 Se ordene a la accionada a dar cumplimiento con el fallo en los términos del artículo 192 del CPACA.

1.7 Se condene a la entidad accionada en costas y agencias de derecho.

2. HECHOS

Como fundamento de sus pretensiones, el apoderado de la parte accionante expuso los siguientes hechos:

2.1 Que los accionantes forman parte del personal administrativo del sector de la educación del Departamento del Tolima, acorde con el proceso de descentralización del que tratan las leyes 60 de 1993 y 715 del 2001, ostentando la calidad de empleados públicos.

2.2 Que los accionantes gozan del beneficio del pago mensual de la prima técnica por evaluación de desempeño establecida en los decretos **1661 y 2164 de 1991**

2.3 Que por medio del **decreto 1919 del 2002** el gobierno fijó el régimen salarial y prestacional aplicable a los empleados públicos del orden departamental, distrital y municipal, señalando que gozaran del mismo régimen de los empleados públicos de la rama ejecutiva del poder público, esto es, el establecido en los decretos 1042 y 1045 de 1978, destacando que las vacaciones es una prestación social.

2.4 La prima técnica que perciben los empleados públicos se ha considerado factor salarial para liquidar prestaciones sociales en los decretos 1045 de 1978 artículo 17 y 1042 de 1978 artículo 42.

2.5 Que el Consejo de Estado en sentencia de unificación No 25000 23 25 000 2006 0759 01 expediente 0112- 2009 del 4 de agosto del 2010, señaló que para la liquidación de las pensiones de los servidores públicos debía tenerse en cuenta todos los factores que constituyen salario.

2.6 Que por analogía con lo expresado en la sentencia de unificación tiene aplicación en el presente litigio haciendo uso de la figura de la extensión de la jurisprudencia unificada.

2.7 Que el Departamento del Tolima en la liquidación del periodo de 15 días hábiles de vacaciones y de la prima de vacaciones no les tiene en cuenta la prima técnica por evaluación de desempeño.

2.8 Que al descontar la prima técnica al pago de las vacaciones a los trabajadores que tienen derecho a esta, se reduce el salario que ordinariamente perciben violando el artículo 2 literal a ley 4 de 1992 que establece en relación a los derechos adquiridos que en ningún caso se podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales

2.9 Que los hoy accionantes radicaron derecho de petición No **SAC 2017 PQR 10294 del 20 de abril del 2017** solicitando al Departamento del Tolima - Secretaría de educación la

reliquidación de la prima de vacaciones y el periodo de vacaciones teniendo como base lo devengado en la prima técnica por evaluación de desempeño.

2.10 Que el **8 de mayo del 2017** mediante oficio radicado de salida No **SAC 2017 EE 5082** el Departamento del Tolima negó la solicitud, en razón a que la prima técnica por evaluación de desempeño no es factor salarial acorde con lo establecido en el **literal b del artículo 2 decreto 1661 del 27 de junio de 1991**

2.11 Que en contra de la anterior decisión se interpuso recursos de ley

2.12 Que la accionada mediante oficio **SAC-2017-EE-6991 del 8 de mayo del 2017** resolvió el recurso confirmando en todas sus partes el acto atacado y declaró agotada la vía gubernativa.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Mediante apoderado judicial la entidad accionada contestó la demanda (fl115 – 127) y se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la misma por carecer de fundamentos de hecho y de derecho que las hagan prosperar respecto del Departamento del Tolima y solicito se denieguen las súplicas de la demanda frente a la entidad territorial y se condenen encostas a la parte accionante, porque no se le ha cercenado, ni desconocido ni vulnerado derecho alguno a los accionantes.

Que los actos administrativos fueron expedidos en derecho por la entidad territorial, con la observancia debida para trámites administrativos, sin que este ahora llamado a responder por la legalidad de dichos actos y menos aún a realizar reconocimiento y pago con inclusión de la prima de desempeño dentro de la liquidación de las vacaciones de los accionantes.

Expone que la prima técnica se reconoce desde 2 distintas formas. i) Por estudios de formación avanzada y ii) por el factor de evaluación en el desempeño de las funciones con puntajes superiores al 90%.

Que todos los servidores que fungen como demandantes, se les reconoce la prima técnica por evaluación de desempeño, la cual no puede tenerse como factor salarial para liquidar la prima de vacaciones ni ningún otro emolumento puesto que así lo consigno la ley en el **artículo 7 decreto 1661 de 1991**¹ que expone que no constituirá factor salarial cuando sea otorgada por evaluación de desempeño.

Que el Consejo de Estado ² ha señalado que: “las vacaciones constituyen un derecho del trabajador a tener un descanso remunerado, sin tener carácter prestacional, pues no son un auxilio del patrono, ni tienen carácter salarial por lo tanto no pueden ser incluidas en la liquidación de la pensión de jubilación”, por lo

¹ **Decreto 1661 del 27 de junio de 1991** (...) “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”.

ARTICULO 7o. *Forma de pago, compatibilidad con los gastos de representación.*

La Prima Técnica asignada se pagará mensualmente, y es compatible con el derecho a 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 2º 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.

² Consejo de Estado sección segunda subsección B. M.P Sandra Lisset Ibarra Vélez. Rad. 66001 23 33 000 2014 00476 01 (0674–16) 6 de abril del 2017

tanto si las vacaciones no tienen carácter salarial ni prestacional no se puede pretender que se tenga en cuenta la prima técnica para acrecer la cuantía por el tiempo de vacaciones del funcionario.

Que el Departamento Administrativo de Función Pública en diferentes conceptos ha expresado que la prima técnica por estudio y experiencia es la única que es factor salarial para liquidar prestaciones expresamente señaladas en la ley

Que de acuerdo con lo señalado solicitó respetuosamente al señor Juez, despachar desfavorablemente las pretensiones de los demandantes por cuanto la prima técnica por evaluación de desempeño no constituye factor salarial que se pueda incluir para liquidar el periodo de vacaciones de los funcionarios, y que no se les ha vulnerado derecho alguno a los demandantes, pues se le ha dado aplicación cabal a las normas que rigen la situación particular.

Propuso las excepciones de: *“1. Imposibilidad de reconocimiento de la inclusión de la prima técnica por evaluación de desempeño para liquidar el periodo de vacaciones. 2. Cobro de lo no debido. 3. Prescripción.*

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

4.1. Parte demandante

El apoderado de la parte actora expone que la prima técnica fue creada con el objeto de atraer o mantener al servicio del Estado a funcionarios altamente capacitados, y luego se le concedió facultades al Presidente para que regulara la concesión de la prima, no solamente bajo el criterio de estudios de avanzada y experiencia sino también ligada a la evaluación de desempeño en las labores asignadas.

Que con la expedición del **decreto 1919 del 2002**, se dispuso que todos los empleados públicos que se encuentren vinculados a la rama ejecutiva del nivel departamental, distrital y municipal gozan del mismo régimen de prestaciones sociales que cobija a los empleados públicos de la rama ejecutiva a nivel nacional, contemplados en el artículo 17 del decreto 1045 de 1978³ y los artículos 49 y 97 decreto 1042 de 1978.

Que se debe tener en cuenta la prima técnica para la liquidación de las vacaciones y de la prima de vacaciones sin distinción alguna respecto del criterio por el cual se asigna bien sea por títulos de estudios avanzados o por evaluación de desempeño.

Que, si bien es cierto que el artículo 7 del decreto 1661 de 1991, dispone que, la prima técnica por evaluación de desempeño no es factor salarial, la mencionada disposición no derogó ni excluyó expresamente su inclusión como factor para la liquidación de las vacaciones y la prima de vacaciones en el decreto 1045 de 1978.

³artículo 17 Decreto 1045 de 1978. de los factores salariales para la liquidación de vacaciones y prima de vacaciones. Para efectos de liquidar tanto el descanso remunerado por concepto de vacaciones como la prima de vacaciones de que trata este decreto, se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario, siempre que correspondan al empleado en la fecha en la cual inicie el disfrute de aquellas: a. La asignación básica mensual señalada para el respectivo cargo; b. Los incrementos de remuneración a que se refieren los artículos 49 y 97 del decreto-ley 1042 de 1978; c- gastos de representación; d. La prima técnica; e. Los auxilios de alimentación y de transporte; f. La prima de servicios; g. La bonificación por servicios prestados. En caso de interrupción de las vacaciones por las causales indicadas en el artículo 15 de este decreto, el pago del tiempo faltante de las mismas se reajustará con base en el salario que perciba el empleado al momento de reanudarlas

Agrega que el consejero Enrique José Arboleda Perdomo al resolver la consulta⁴ elevada por la señora Ministra de cultura, señaló que existen 2 interpretaciones respecto de la inclusión de la prima técnica por evaluación de desempeño, en la sala de consulta y servicio civil: la primera que no se puede pagar el valor del descanso con la inclusión de las mismas en razón a ser una prestación social y la segunda: que adopta en ese concepto, que según la noción de vacaciones el trabajador cesa temporalmente su labor sin que se le interrumpa el pago de la remuneración que recibe por sus servicios personales y reducir esta remuneración bajo la idea que una parte de ella no es factor salarial implica que el servidor público reciba un monto inferior al salario devengado.

Que una interpretación finalista del artículo 17 indica claramente que la remuneración por el descanso debe ser igual a la que recibe por el trabajo, la cual debe ser mantenida en los decretos sobre la prima técnica por desempeño, de manera que el valor de aquella no le debe ser descontado, al funcionario cuando salga a vacaciones.

Concluye señalando que los empleados públicos del orden departamental gozan de los mismos beneficios del régimen prestacional de los empleados públicos del orden nacional y por lo tanto las vacaciones y la prima de vacaciones de los accionantes se debe liquidar incluyendo la prima técnica en la liquidación de las mismas, sin hacer distinción alguna endicha norma jurídica, si se asigna por evaluación de desempeño o por experiencia altamente calificada.

4.2 Parte demandada.

El apoderado de la entidad demandada, solicitó negar las pretensiones de la demanda en razón a que lo pretendido por los accionantes no tiene sustento legal porque la prima técnica que devénganlos demandantes es la denominada por evaluación de desempeño la cual no constituye factor salarial.

Que el Consejo de Estado⁵ en su jurisprudencia y respecto al tema manifestó:

“Es tan viable el trato diferenciado en la prima técnica que en unos casos constituye factor salarial y en otros no”, que la Corte constitucional en sentencia **C- 279 de 1996** declaró exequibles las siguientes frase “sin que constituya factor salarial” contenidas en el **numeral 3 artículo 2 de la ley 60 de 1990**⁶ y los **artículos 14 y 15 de la ley 4 de 1992**⁷,

⁴ Concepto Consejo de Estado Enrique José Arboleda Perdomo No 11001 03 06 000 2007 00051 00 (1834) 4 de septiembre 2007

⁵ Consejo de Estado sala de lo contencioso administrativo sección segunda subsección B - C. P. Gerardo Arenas Monsalve. sentencia del 30 de julio del 2015 Rad 15001 03 250002010 00009 00(00051-2010)

⁶ ley 60 del 26 de diciembre de 1990. Por la cual se reviste al 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 empleos del sector público del orden nacional y se dictan otras disposiciones.

Artículo 2º. De conformidad con el ordinal 12 del artículo 76 de la Constitución Política, revístese al Presidente de la República de facultades extraordinarias por el término de seis (6) meses, contados a partir de la vigencia de la presente Ley, para adoptar las siguientes medias en relación con los empleos de las distintas ramas y organismos del poder público.

(...)

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

3. 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.

⁷Artículo 14. El Gobierno Nacional establecerá una prima no inferior al 30% ni superior al 60% del salario básico, sin carácter salarial para los Magistrados de todo orden de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y Contencioso Administrativo, Agentes del Ministerio Público delegados ante la Rama Judicial y para los Jueces de la República, incluidos los Magistrados y Fiscales del Tribunal Superior Militar, Auditores de Guerra y Jueces de Instrucción Penal Militar, excepto los que opten por la escala de salarios de la Fiscalía General de la Nación, con efectos a partir del primero (1º.) de enero de 1993.

que el considerar que los pagos por primas técnicas y especiales que no son factor salarial no lesiona los derechos de los trabajadores.

Solicitó al señor Juez, se denieguen las pretensiones de la demanda, habida cuenta que la prima técnica que constituye salario es aquella que es obtenida por formación avanzada y experiencia altamente calificada, pero no la reconocida por evaluación de desempeño, al no existir sustento legal para la prosperidad de las súplicas de los demandantes.

5. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DEL DESPACHO

5.3. TESIS DE LAS PARTES

5.3.1 Tesis de la parte accionante

Considera que debe accederse a las pretensiones de la demanda porque se debe tener en cuenta la prima técnica para la liquidación de las vacaciones y de la prima de vacaciones sin distinción alguna respecto del criterio por el cual se asigna bien sea por títulos de estudios avanzados o por evaluación de desempeño.

Que, si bien es cierto que el artículo 7 del decreto 1661 de 1991, dispone que, la prima técnica por evaluación de desempeño no es factor salarial, la mencionada disposición no derogó, ni excluyó expresamente su inclusión como factor para la liquidación de las vacaciones y la prima de vacaciones en el decreto 1045 de 1978

5.3.2 Tesis parte accionada

Argumenta que deben ser negadas las pretensiones de la demanda por carecer de fundamentos de hecho y de derecho y no es posible endilgar responsabilidad a la administración habida cuenta que la prima técnica que constituye salario es aquella que es obtenida por formación avanzada y experiencia altamente calificada, pero no la reconocida por evaluación de desempeño, al no existir sustento legal para la prosperidad de las súplicas de los demandantes.

6. Problema jurídico

Procede el despacho a determinar si, ¿los accionantes tiene derecho al reconocimiento y pago de las vacaciones y la prima de vacaciones con inclusión de la prima técnica por evaluación de desempeño como factor salarial para su liquidación y como consecuencia y debe declararse la nulidad de los actos administrativos demandados o en su defecto declarar, que se encuentran ajustados a derecho?

6.1. Tesis del despacho

Deberán negarse las pretensiones de la demanda en razón a que los accionantes no ostentan, ni ostentaron la calidad de servidores públicos del nivel directivo, asesor o ejecutivo del orden nacional o sus equivalentes.

Artículo 15. Los Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, de la Corte Suprema de Justicia, de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado, el Procurador General de la Nación, el Contralor General de la República, el Fiscal General de la Nación, el Defensor del Pueblo y el Registrador Nacional del Estado Civil tendrán una prima especial de servicios, sin carácter salarial, que sumada a los demás ingresos laborales, igualen a los percibidos en su totalidad, por los miembros del Congreso, sin que en ningún caso los supere. El Gobierno podrá fijar la misma prima para los Ministros del Despacho, los Generales y Almirantes de la Fuerza Pública.

7. Marco legal y jurisprudencial

7.1 De la prima técnica

La **Ley 60 de 1990** mediante la cual el Congreso de la república facultó al Presidente de la República para modificar la nomenclatura, las escalas de remuneración y tomar otras medidas en relación con los empleados del sector público del orden nacional, dispone:

(...)

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

30. 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.

La **ley 4 del 18 de mayo de 1992** mediante la cual el Congreso de la república señaló las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.

“TITULO I

Régimen salarial y prestacional de los Empleados Públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública.

Artículo 1º. El Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta Ley, fijará el régimen salarial y prestacional de:

- a) Los empleados públicos de la Rama Ejecutiva Nacional, cualquiera que sea su sector, denominación o régimen jurídico;
- b) Los empleados del Congreso Nacional, la Rama Judicial, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la Organización Electoral y la Contraloría General de la República;
- c) Los miembros del Congreso Nacional, y
- d) Los miembros de la Fuerza Pública.

(...)

Artículo 14. El Gobierno Nacional establecerá una prima no inferior al 30% ni superior al 60% del salario básico, sin carácter salarial para los Magistrados de todo orden de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y Contencioso Administrativo, Agentes del Ministerio Público delegados ante la Rama Judicial y para los Jueces de la República, incluidos los Magistrados y Fiscales del Tribunal Superior Militar, Auditores de Guerra y Jueces de Instrucción Penal Militar, excepto los que opten por la escala de salarios de la Fiscalía General de la Nación, con efectos a partir del primero (1º) de enero de 1993.

Igualmente tendrán derecho a la prima de que trata el presente artículo, los delegados departamentales del Registrador Nacional del Estado Civil, los Registradores del Distrito Capital y los niveles Directivo y Asesor de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

Parágrafo. Dentro del mismo término revisará el sistema de remuneración de funcionarios y empleados de la Rama Judicial sobre la base de la nivelación o reclasificación atendiendo criterios de equidad.

Artículo 15. Los Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, de la Corte Suprema de Justicia, de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado, el Procurador General de la Nación, el Contralor General de la República, el Fiscal General de la Nación, el Defensor del Pueblo y el Registrador Nacional del Estado Civil tendrán una **prima especial de servicios, sin carácter salarial que sumada a los demás ingresos laborales**, igualen a los percibidos en su totalidad, por los miembros del Congreso, sin que en ningún caso los supere. El Gobierno podrá fijar la misma prima para los Ministros del Despacho, los Generales y Almirantes de la Fuerza Pública. **(Negrilla fuera de texto)**

En uso de las facultades conferidas el Presidente de la República profirió el Decreto reglamentario No **1661 del 27 de junio de 1991** “por el cual se modifica el régimen de prima técnica y, se establece un sistema para otorgar estímulos especiales a los mejores empleados oficiales y se dictan otras disposiciones.”

“ARTÍCULO 1.- 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. Asimismo, 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.

ARTÍCULO 2.- 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 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.

PARÁGRAFO 1.- 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.

ARTÍCULO 3- Niveles en los cuales se otorga Prima Técnica. 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.

PARÁGRAFO .- En ningún caso podrá un funcionario o empleado disfrutar de más de una Prima Técnica.
(...)

ARTÍCULO 6.- Procedimiento para la asignación de Prima Técnica.

a)- La solicitud deberá ser presentada en la oficina de personal del respectivo organismo, o la dependencia que haga sus veces, con la documentación que acredite los requisitos que se mencionan en el artículo 2o. de este Decreto.

b)- Una vez reunida la información, el Jefe de Personal, o quien haga sus veces, verificará si el solicitante llena los requisitos previstos en los artículos precedentes, para lo cual contará con un término de dos (2) meses:

c)- Si el candidato llenare los requisitos, el jefe del organismo correspondiente proferirá la resolución de asignación.

(...)

ARTICULO 7. Forma de pago, compatibilidad con los gastos de representación.

La Prima Técnica asignada se pagará mensualmente, y es compatible con el derecho a 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 2º 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.** (Negrilla fuera de texto)

El Presidente de la República expidió el **Decreto 2164 de 1991** “Por el cual se reglamentó el Decreto-Ley 1661 de 1991”, estableció:

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. (Negrilla fuera de texto)

(...)

ARTÍCULO 3º. Criterios para asignación de prima técnica. Para tener derecho a prima técnica, además de ocupar un cargo en uno de los niveles señalados en el artículo 1º del Decreto 1336 de 2003, adscritos a

los Despachos citados en la mencionada norma, incluyendo el Despacho del Subdirector de Departamento Administrativo, será tenido en cuenta uno de los siguientes criterios:

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

(...)

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

ARTICULO 13. Otorgamiento de la prima técnica en las entidades territoriales y sus entes descentralizados. Dentro de los límites consagrados en el Decreto-ley 1661 de 1991 y en el presente Decreto, los Gobernadores y los alcaldes, respectivamente, mediante decreto, podrán adoptar los mecanismos necesarios para la aplicación del régimen de prima técnica, a los empleados públicos del orden departamental y municipal, de acuerdo con las necesidades específicas y la política de personal que se fije para cada entidad. (negrillas fuera texto)

El **decreto 1724 del 4 de julio de 1997** por el cual se modifica el régimen de prima técnica para los empleados públicos del Estado, en desarrollo de las normas generales señaladas en la ley 4 de 1992, estableció

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 Públicos.

(...)

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 cumplan las condiciones para su pérdida, consagrada en las normas vigentes al momento de su otorgamiento.

Así mismo, con la expedición del **decreto 1336 de 2003** se modificó nuevamente el régimen de prima técnica de los empleados del Estado señalando:

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

(...)

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.

Sobre el particular, el Consejo de Estado en acción pública de nulidad parcial del artículo 1º del Decreto 1336 del 27 de mayo de 2003 y del artículo 1º del Decreto 2177 del 29 de junio de 2006, por el cual se establecen modificaciones a los criterios de asignación de la prima técnica y se dictan otras señaló:

“el Consejo de Estado, en la sentencia del 27 de julio de 2000, anteriormente mencionada, sobre la línea argumentativa expuesta por la Corte Constitucional en la sentencia C-100 de 1996, concluyó que

el presidente de la República está habilitado para variar el régimen de prima técnica y concederla a ciertos niveles de empleos, sin que por ello vulnere el derecho a la igualdad, pues en este aspecto puede determinar a qué niveles “requiere atraer o mantener funcionarios con conocimientos altamente especializados según las necesidades del servicio y generar para ellos la expectativa de asignación de una suma adicional al salario a título de prima técnica”

De acuerdo con lo anterior, la interpretación que la demandante hizo del contexto jurisprudencial de la prima técnica, en el sentido de que se encuentra justificada para determinados niveles jerárquicos, pero no para determinados cargos dentro de un mismo nivel no es acertada, pues de acuerdo con los pronunciamientos en materia constitucional, es viable su creación para algunos funcionarios o cargos, siempre que para ello exista una justificación que atienda el principio de proporcionalidad y que esté desprovista de arbitrariedad, tal y como sucede con la prima que se cuestiona.

En ese orden, el Gobierno Nacional está facultado para establecer la prima técnica para los cargos en los cuales pretende atraer o mantener a personal de las más altas calidades, para asesorar a los más altos dignatarios del orden nacional, sin que tal medida vulnere el derecho a la igualdad, por estar fundada en una razón objetiva para su existencia, teniendo en cuenta la finalidad misma de la prima técnica.

Conclusión: Los artículos 1º del Decreto 1336 del 27 de mayo de 2003 y 1º del Decreto 2177 del 29 de junio de 2006, al señalar que tendrán derecho a la prima técnica los asesores cuyo empleo se encuentre adscrito a los despachos de ministro, viceministro, director o subdirector de departamento administrativo, superintendente y director de unidad administrativa especial o sus equivalentes en los diferentes órganos y ramas del Poder Público, no vulneran el derecho a la igualdad de los empleos de asesor sujetos al régimen de carrera administrativa, frente a los de libre nombramiento y remoción.

Lo anterior, en razón a que el Gobierno Nacional está facultado para establecer la prima técnica para los cargos en los cuales pretende atraer o mantener a personal de las más altas calidades, para asesorar a los más altos dignatarios del orden nacional, sin que tal medida vulnere el derecho a la igualdad, por estar fundada en una razón objetiva para su existencia teniendo en cuenta la finalidad misma de la prima técnica”⁸

El Presidente de la República en uso de las facultades conferidas por la ley 4 de 1992, expidió el **decreto 1919 del 27 de agosto del 2002** “Por el cual se fija el Régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos y se regula el régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial.”

ARTÍCULO 1.- *A partir de la vigencia del presente Decreto todos los empleados públicos vinculados o que se vinculen a las entidades del nivel central y descentralizado de la Rama Ejecutiva de los niveles Departamental, Distrital y Municipal, a las Asambleas Departamentales, a los Concejos Distritales y Municipales, a las Contralorías territoriales, a las Personerías Distritales y Municipales, a las Veedurías, así como el personal administrativo de empleados públicos de las Juntas Administradoras Locales, de las Instituciones de Educación Superior, de las Instituciones de Educación Primaria, Secundaria y media vocacional, gozarán del régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional.*

Las prestaciones sociales contempladas en dicho régimen serán liquidadas con base en los factores para ellas establecidas.

7.2 Análisis del caso concreto

Teniendo en cuenta lo anterior, procede el despacho a determinar si en el caso sub-júdice los accionantes tienen derecho al reconocimiento de las vacaciones y las primas de vacaciones con inclusión de la prima técnica por evaluación de desempeño en la liquidación de las mismas.

⁸ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda, Subsección A. providencia de fecha 6 de julio del 2017, radicación número: 11001-03-25-000-2011-00068-00(0193-11), Consejero Ponente Dr. William Hernández Gómez.

7.3. HECHOS PROBADOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

HECHOS PROBADOS	MEDIO PROBATORIO
Que los accionantes son empleados públicos, laboran y hacen parte del personal administrativo en la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento del Tolima. Que accionantes gozan del beneficio del pago mensual de la prima técnica por evaluación de desempeño establecida en los decretos 1661 y 2164 de 1991	Documental: Certificados de salarios (fls. 136-189) Certificación expedida por la profesional universitario de la secretaría de educación y cultura de Tolima (Fl. 3-4 cuaderno pruebas de oficio)
Que los accionantes solicitaron a la accionada la reliquidación de la prima de vacaciones y el periodo de vacaciones teniendo como base lo devengado en la prima técnica por evaluación de desempeño.	Documental: copia petición SAC 2017 PQR 10294 del 20 de abril del 2017 (el 48 - 52)
Que los accionantes interpusieron recurso de reposición y en subsidio de apelación	Documental: Copia recurso radicado No SAC 2017 PQR 1314157 del 22 de mayo del 2017 (el 55 - 61)
Que la accionada resolvió el recurso de reposición confirmando en todas sus partes el acto atacado y declarando agotada la vía gubernativa	Documental: copia oficio SAC 2017 EE 6991 del 8 de mayo del 2017 (el 62 - 66)

De las pruebas allegadas al plenario se evidencia que los accionantes laboran en la secretaria de educación del Departamento del Tolima y que acorde con los formatos únicos de certificación de salarios, desempeñan los siguientes cargos **BERTULFO SALVADOR ACOSTA** técnico operativo-05, **MARTHA CECILIA PERDOMO RODRÍGUEZ** técnico operativo-05 retirada el 30/09/2014, **GRACIELA VÁSQUEZ SÁNCHEZ** técnico operativo -05 retirada el 30/12/2015, **BLANCA CECILIA VILLAMIL PEÑA** auxiliar de servicios generales-04 retirada el 01/03/2017, **RODRIGO GARZÓN AGUILAR** auxiliar administrativo-08 y luego como técnico operativo-05, **RUBIELA CASTILLA LEAL** técnico operativo-05, **JUAN DE DIOS VILLANUEVA** auxiliar de servicios generales-04, **NELSON HELI GUZMÁN GUZMÁN** celador-04, **ANTONIO MARÍA ESQUIVEL YAIMA** técnico operativo-05 retirado el 30/07/2016, **LEONOR GAITÁN ESCAMILLA** auxiliar administrativo-08 retirada el 28/02/2015, **ADONÁI HERNÁNDEZ BARRERO** auxiliar de servicios generales-04, **MARÍA REBECA SERRANO PÉREZ** auxiliar administrativo -08, **ELSA MARÍA PEDRAZA OVIEDO** auxiliar de servicios generales-04, **JAIME AUGUSTO SALGADO DAZA** auxiliar administrativo-10, **JOSÉ HÉCTOR URREGO NEIRA** celador-04, **LEONOR VARGAS DE AYA** auxiliar administrativo-04, **GILBERT MACHADO SÁNCHEZ** auxiliar administrativo-10, **BLANCA ALBA RAMÍREZ GARCÍA** auxiliar administrativo-10 retirada el 31/12/2015, **JULIO CESAR SUÁREZ PEDREROS** celador-04, **BENHUR GARZÓN GONZÁLEZ** operario-04, **CLARA MAGDALENA RODRÍGUEZ CUBIDES** auxiliar administrativo-8, **LUZ DARY ARANGO** auxiliar administrativo-08, **MARIELA ALTURO PERDOMO** auxiliar de servicios generales-04 retirada 01/06/2015, **ALBERTO ANTONIO DUCUARA PÉREZ** operario-04, **MARÍA ARACELLY VÉLEZ CASTILLO** auxiliar administrativo-08, **RODRIGO PARRA ARISTIZABAL** conductor-04, **JORGE ALFONSO URUEÑA** auxiliar de servicios generales-04, **LUZ MARINA ROJAS** auxiliar de servicios generales-04 retirada el 30/05/2015, **ADRIANA MARÍA HERRERA RUIZ PÉREZ** auxiliar administrativo-10, **BENJAMÍN ARIAS ARISTIZABAL** operario-04, **MARTHA ARANGO DE CARMONA** auxiliar administrativo-08 y **LUIS ALFONSO BOLÍVAR BARAJAS** auxiliar de servicios generales -04.

Que el secretario de educación del Departamento del Tolima mediante oficio **SAC 2019 EE 6334** del 19 de junio del 2019 certificó que los accionantes devengaron prima técnica por evaluación de desempeño durante los años 2013, 2014, 2015, 2016 y 2017, haciendo claridad que esta prima no es factor salarial.

La profesional universitaria líder de la oficina de nómina de la secretaria de Educación del Departamento del Tolima certificó que para la liquidación de las vacaciones y la prima de vacaciones a los accionantes se les tuvo en cuenta como factores salariales los siguientes: salario, auxilio de transporte, subsidio de alimentación, prima de antigüedad y bonificación por servicios.

Del análisis de la documental allegada se evidencia que los accionantes, en razón a su nombramiento y funciones, no ostentaron ni ostentan la calidad de empleados públicos en los rangos ejecutivo, directivo, profesional o asesor de entidades del orden nacional, o sus equivalentes en el nivel territorial.

8. Prima Técnica para empleados de entidades territoriales

Ahora bien, con la expedición de la Ley 60 de 1990 el Congreso confirió facultades extraordinarias al presidente de la República para modificar el régimen de prima técnica en las distintas Ramas y Órganos del poder Público, no solamente respecto de la formación y capacitación y experiencia, sino también teniendo en cuenta las calificaciones por evaluación de desempeño de funcionarios del nivel ejecutivo nacional.

En uso de las citadas facultades el presidente de la Republica expidió el decreto 1661 de 1991, mediante el cual reglamentó y estableció los requisitos para la asignación de la prima técnica para los funcionarios o empleados de la Rama Ejecutiva del Poder Público en los niveles de asesor, directivo, profesional y ejecutivo. En otras palabras, los beneficios de la prima técnica se establecieron para un segmento muy exclusivo y determinado de los servidores del estado.

En cuanto a la prima técnica por evaluación de desempeño el **decreto 2164 reglamentario del decreto 1661 de 1991** determinó los cargos a los cuales se les podía conceder:

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

PARÁGRAFO: *A los servidores que desempeñen cargos diferentes a los señalados en el presente artículo, a quienes se les asignó la prima técnica por evaluación del desempeño con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 1336 de 2003, continuarán percibiéndola hasta su retiro del organismo o hasta que se cumplan las condiciones para su pérdida.*

Así mismo, el artículo 13 del decreto 2164 de 1991 extendió el beneficio de la prima técnica a otro segmento de funcionarios de la administración pública de las entidades territoriales y sus entes descentralizados.

Artículo 13 Otorgamiento de la prima técnica en las entidades territoriales y sus entes descentralizados. Dentro de los límites consagrados en el Decreto-ley de 1991 y en el presente Decreto, los Gobernadores y los alcaldes, respectivamente, mediante decreto, podrán adoptar los mecanismos necesarios para la aplicación del régimen de prima técnica, a los empleados públicos del orden departamental y municipal, de acuerdo con las necesidades específicas y la política de personal que se fije para cada entidad.

En ese sentido el Consejo de Estado en la acción pública de nulidad parcial de los artículos 1 del **Decreto 1336 del 27 de mayo de 2003** por el cual se modifica el régimen de Prima Técnica para los empleados públicos del Estado y 1 del Decreto 2177 del 29 de junio de 2006 por el cual se establecen modificaciones a los criterios de asignación de la prima técnica y se dictan otras disposiciones sobre prima técnica, determinó:

(...)

“el Consejo de Estado, en la sentencia del 27 de julio de 2000, anteriormente mencionada, sobre la línea argumentativa expuesta por la Corte Constitucional en la sentencia C-100 de 1996, concluyó que el presidente de la República está habilitado para variar el régimen de prima técnica y concederla a ciertos niveles de empleos, sin que por ello vulnere el derecho a la igualdad, pues en este aspecto puede determinar a qué niveles «requiere atraer o mantener funcionarios con conocimientos altamente especializados según las necesidades del servicio y generar para ellos la expectativa de asignación de una suma adicional al salario a título de prima técnica».

*De acuerdo con lo anterior, la interpretación que la demandante hizo del contexto jurisprudencial de la prima técnica, en el sentido de que se encuentra justificada para determinados niveles jerárquicos, pero no para determinados cargos dentro de un mismo nivel no es acertada, pues de acuerdo con los pronunciamientos en materia constitucional, **es viable su creación para algunos funcionarios o cargos, siempre que para ello exista una justificación que atienda el principio de proporcionalidad y que esté desprovista de arbitrariedad, tal y como sucede con la prima que se cuestiona.*** Negrilla fuera de texto

En ese orden, el Gobierno Nacional está facultado para establecer la prima técnica para los cargos en los cuales pretende atraer o mantener a personal de las más altas calidades, para asesorar a los más altos dignatarios del orden nacional, sin que tal medida vulnere el derecho a la igualdad, por estar fundada en una razón objetiva para su existencia, teniendo en cuenta la finalidad misma de la prima técnica.

Conclusión: *Los artículos 1º del Decreto 1336 del 27 de mayo de 2003 y 1º del Decreto 2177 del 29 de junio de 2006, al señalar que tendrán derecho a la prima técnica los asesores cuyo empleo se encuentre adscrito a los despachos de ministro, viceministro, director o subdirector de departamento administrativo, superintendente y director de unidad administrativa especial o sus equivalentes en los diferentes órganos y ramas del Poder Público, no vulneran el derecho a la igualdad de los empleos de asesor sujetos al régimen de carrera administrativa, frente a los de libre nombramiento y remoción.*

Lo anterior, en razón a que el Gobierno Nacional está facultado para establecer la prima técnica para los cargos en los cuales pretende atraer o mantener a personal de las más altas calidades, para asesorar a los más altos dignatarios del orden nacional, sin que tal medida vulnere el derecho a la igualdad, por estar fundada en una razón objetiva para su existencia teniendo en cuenta la finalidad misma de la prima técnica”⁹

Respecto de la prima técnica por evaluación de desempeño el Consejo de Estado en providencia de **febrero del 2018**¹⁰, al resolver el recurso de apelación en contra de la sentencia proferida el 7 de marzo de 2014 mediante la cual el Tribunal administrativo del Tolima negó la pretensión incoada por la señora Dolly Rodríguez Riaño de que se declarara la nulidad del oficio de fecha 6 de marzo de 2013, por el cual el secretario de Educación y Cultura del Tolima, denegó el reconocimiento y pago de la prima técnica por evaluación de desempeño, que por tratarse de aspectos muy similares al Caso en estudio, se transcriben de forma amplia:

(...)

2.2.1. Prima técnica por evaluación de desempeño

⁹Consejo de Estado sala de lo contencioso administrativo sección segunda ponente: William Hernández Gómez. 6 de julio del 2017 radicación número: 11001-03-25-000-2011-00068-00(0193-11).

¹⁰ Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo-Sección Segunda Subsección A Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS. 1 de febrero del 2018 rad. No.: 73001-23-33-000-2013-00367-01(2167-14)

En uso de las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 2 de la Ley 60 de 28 de diciembre de 1990³, el presidente de la República expidió el Decreto Ley 1661 de 27 de junio de 1991⁴, en cuyo artículo primero definió a la prima técnica como «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. Asimismo, será un reconocimiento al desempeño en el cargo, en los términos que se establecen en este Decreto». Se señaló además que tendrán derecho a gozar de este estímulo, según se determina más adelante, los funcionarios o empleados de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

(...)

*Posteriormente, el **Decreto Reglamentario 2164 de 17 de septiembre de 1991⁵** señaló como beneficiarios de la prima técnica a «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» Negrilla fuera de texto*

Y en su artículo 13 se estableció el otorgamiento de la prima técnica en las entidades territoriales en los siguientes términos:

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

De la lectura de la disposición en comento, se encuentra que el ejecutivo extendió el beneficio de la prima técnica, que en principio fue para los empleados del orden nacional, a los funcionarios del orden departamental y municipal y sus entidades descentralizadas.

Sin embargo, esta corporación en la sentencia del 19 de marzo de 1998, Consejero ponente Silvio Escudero Castro¹¹ declaró la nulidad de la citada disposición con base en los siguientes argumentos:

“[...] La potestad reglamentaria, que tiene un origen constitucional, ha sido concebida como la actividad que realiza el Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, en orden a desarrollar la ley para su correcta aplicación, cumplida ejecución y desenvolvimiento, facilitando su inteligencia, debiendo para ello, obrar dentro de los límites de su competencia sin sobrepasar, ni limitar, ni modificar los parámetros establecidos en aquella (...). El decreto que se expida en su ejercicio debe limitarse a dar vida práctica a la ley que tiene que desarrollar y solo puede desenvolver lo que explícita o implícitamente esté comprendido en la ley y, por tanto, no puede introducir normas que no se desprendan natural y lógicamente de sus disposiciones (...).

La Ley 60 del 28 de diciembre de 1990, revistió al 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 “empleos del sector público nacional”. En concreto, frente a aspectos que interesan dentro del presente proceso, lo habilitó en el numeral 3º del artículo 21 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...”.

En desarrollo de las anteriores disposiciones el Presidente de la República expidió el Decreto 1661 de 1991, por medio del cual se modificó el régimen de prima técnica, señalándose en el artículo 9º lo siguiente:

“Otorgamiento de la Prima Técnica en las entidades descentralizadas. Dentro de los límites consagrados en el presente Decreto, las entidades y organismos descentralizados de la Rama Ejecutiva, mediante resolución o acuerdo de sus Juntas, Consejos Directivos o Consejos Superiores, tomarán las medidas pertinentes para aplicar el régimen de Prima Técnica, de acuerdo con sus

¹¹ Radicado No. 11995. Sentencia de 19 de marzo de 1998.

necesidades específicas y la política de personal que adopten”.

Una interpretación gramatical, sistemática, coherente, histórica y teleológica de los anteriores preceptos, llevar a establecer que cuando el artículo 91 del Decreto 1661 de 1991, se refiere al otorgamiento de la prima técnica de las entidades descentralizadas, abarca única y exclusivamente a las del orden nacional, habida cuenta que, se reitera, la Ley de facultades en su epígrafe es diáfana al respecto.

Ahora bien, el Decreto 2164 de 1991, por el cual se reglamentó parcialmente el Decreto – ley 1661 de 1991, en su artículo 13 indicó:

“Otorgamiento de la prima técnica en las entidades territoriales y sus entes descentralizados. Dentro de los límites consagrados en el Decreto-ley 1661 de 1991 y en el presente Decreto, los Gobernadores y los Alcaldes, respectivamente, mediante decreto, podrán adoptar los mecanismos necesarios para la aplicación del régimen de prima técnica, a los empleados públicos del orden departamental y municipal, de acuerdo con las necesidades específicas y la política de personal que se fija para cada entidad.”

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

De acuerdo con lo expuesto, se encuentra que el gobierno Nacional con la expedición del artículo 13 del Decreto 2164 de 1991, extralimitó la facultad extraordinaria que la Ley 60 de 1990 le confirió al Presidente de la República, pues, éste solo podía modificar la nomenclatura, escalas de remuneración, el régimen de viáticos y gastos de representación relacionados con los empleos del sector público del orden nacional, y no para hacer extensiva la prima técnica a los empleados de los departamentos y municipios, por tal razón, la citada norma fue retirada del ordenamiento jurídico. (Negrilla fuera de texto

2.2.2. Alcance del Decreto 1919 del 27 de agosto de 2002

El Decreto 1919 de 2002 «Por el cual se fija el Régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos y se regula el régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial», dispuso una homologación en materia de prestaciones sociales en el orden local con el sector Nacional, de manera que en el sector territorial no es procedente el reconocimiento de prestaciones diferentes a las ordenadas para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional. Al respecto su artículo 1. Estableció:

Artículo 1. *A partir de la vigencia del presente decreto todos los empleados públicos vinculados o que se vinculen a las entidades del sector central y descentralizado de la Rama Ejecutiva de los niveles departamental, distrital y municipal, a las asambleas departamentales, a los concejos distritales y municipales, a las contralorías territoriales, a las personerías distritales y municipales, a las veedurías, así como el personal administrativo de empleados públicos de las juntas administradoras locales, de las instituciones de educación superior, de las instituciones de educación primaria, secundaria y media vocacional, gozarán del régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional.*

Del análisis del artículo en comento, esta Corporación en reiterada jurisprudencia⁸ ha señalado lo siguiente:

No se discute que con la entrada en vigencia del Decreto 1919 de 2002 se extendió a todos los empleados públicos vinculados o que se vinculen a las entidades del sector central y descentralizado de la Rama Ejecutiva de los niveles Departamental, Distrital y Municipal, así como el personal administrativo de empleados públicos de las Instituciones de Educación Superior del mismo orden, la aplicación del régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional contempladas en los Decretos 1042 y 1045 de 1978, lo que permite afirmar en principio que a partir de la vigencia del Decreto 1919 de 2002, resultarían aplicables a los empleados de las Instituciones

de Educación Superior del nivel territorial los regímenes prestacionales de los empleados del orden nacional.

Sin embargo, es necesario decir que -aún con la equiparación realizada por el artículo 1 del Decreto 1919- la bonificación por servicios y la prima de antigüedad constituyen factores de salario conforme se deriva de los literales a) y g) del artículo 42 del Decreto 1042 de 1978, y corolario de ello no podrían regirse por el Decreto 1919 de 2002, por cuanto lo único que extendió éste al orden territorial fue el régimen de prestaciones sociales del nivel nacional.

De acuerdo con lo anterior, **se tiene que no es viable tener como prestaciones sociales aquellas que han sido establecidas como factores salariales a través del Decreto 1042 de 1978, como es el caso de la prima técnica**, sumado el hecho, como lo ha sostenido el Consejo de Estado, que la facultad de crear o extender al orden territorial prestaciones sociales o salariales, únicamente compete al Gobierno Nacional según lo dispuesto en la Ley 4.ª de 1992, y no a las instituciones municipales, departamentales o distritales.

Negrilla fuera de texto

2.2.2.1. Inaplicación de la expresión «del orden nacional» contenida en el artículo 1 del Decreto 1042 de 1972.

La Corte Constitucional en la sentencia C-402 del 3 de julio de 2013¹² declaró la exequibilidad de la expresión «del orden nacional» contenida en el artículo 1.º del Decreto 1042 de 1978, que por vía de excepción de inconstitucionalidad el Consejo de Estado venía inaplicando¹³ por estimar que vulneraba el derecho a la igualdad consagrado en el art. 13 de la Carta Política, y por esa vía se tornaba factible el reconocimiento de factores salariales dispuestos en el Decreto 1042 de 1978 a empleados públicos del orden territorial.

La sentencia de exequibilidad de la Corte Constitucional es posterior a todas las providencias del Consejo de Estado que constituían en cierta medida un precedente sobre la materia, con lo cual quedó zanjada la discusión, pues conforme al artículo 243 Superior «los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional».

En la parte resolutive de la sentencia C-402 de 2013 la Corte decidió:

Declarar EXEQUIBLES, por los cargos analizados en esta sentencia, las siguientes expresiones contenidas en el Decreto 1042 de 1978 “por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones.

1. «del orden nacional», contenida en el artículo 1.

(...)

Dejó la Corte Constitucional claramente despejado que los cargos por los cuales se acusaron los anteriores preceptos del mencionado decreto, en realidad no comportan una discriminación entre los empleados públicos del orden nacional con respecto de los del nivel territorial, y para lo cual consideró:

Improcedencia general del juicio de igualdad respecto de regímenes salariales disímiles

[...]

11. En el caso particular de los diferentes regímenes laborales, la Corte ha concluido la improcedencia general del juicio de igualdad entre sus prestaciones. Esto en consideración a que no son equiparables y responden cada uno de ellos a los requerimientos específicos del orden o entidad de que se traten, el grado de responsabilidad y calificación profesional requerida o, lo que resulta particularmente importante para el caso analizado, a si se trata de empleos del orden nacional o territorial.

(...)

14. De esta manera, cada entidad territorial está investida de la facultad de determinar los aspectos concretos de su régimen salarial, que respondan a las particularidades del ejercicio de la función pública

¹² MP Dr. Luís Ernesto Vargas Silva.

¹³ Véase la sentencia del 2 de mayo de 2013, expediente 0477-12, actor: María Helena Rodríguez Gamboa, Consejero ponente: Luís Rafael Vergara Quintero.

en cada departamento, municipio o distrito, así como las variables presupuestales, la estructura institucional de la entidad territorial, el nivel de especialización profesional requerida, etc.

14.1. La tesis sostenida por el actor, por lo tanto, presentaría al menos dos tipos de problemas. En primer lugar, sostener que el régimen salarial de los servidores públicos adscritos a la Rama Ejecutiva debe estar contenido en un solo estatuto, promulgado por el Gobierno en desarrollo de la ley marco fijada por el Congreso, vaciaría de contenido las competencias de las entidades territoriales explicadas en el fundamento jurídico 6 de esta sentencia. Esto a partir de una maximización del principio de Estado unitario y en abierta contradicción con la eficacia del grado de autonomía que la Constitución reconoce a las mencionadas entidades.

14.2. **En segundo lugar, esta vez desde el punto de vista formal, exigir que el Decreto acusado tenga alcance no solo para los servidores públicos del orden nacional, sino también para aquellos adscritos al nivel territorial, configuraría un exceso en el ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas para la expedición de la norma acusada.** Negrilla fuera de texto

Así las cosas, para la Sala resulta claro que al ser la Corte Constitucional la que decidió declarar exequible la expresión «del orden nacional» contenida en el Decreto 1042 de 1978, que en diversos fallos el Consejo de Estado venía implicando con fundamento en los artículos 4 y 13 de la Constitución Política, no se requiere de mayores razonamientos para establecer **que lo procedente es entender que el régimen salarial establecido por el aludido decreto, dentro del cual figura la prima técnica, son de aplicación exclusiva de los empleados del orden nacional y en manera alguna, tienen cabida respecto de los empleados del orden territorial.** Negrilla fuera de texto

(...)

Teniendo en cuenta lo anterior, estima la Sala que en el caso concreto no hay duda de que la actora ha venido desempeñándose como empleado público del orden territorial por más de 20 años en el Departamento del Tolima, lo que permite concluir que no es posible reconocerle la prima técnica por evaluación del desempeño dado que, como quedó visto en precedencia, ésta constituye un reconocimiento económico única y exclusivamente para determinados servidores del nivel nacional.

En efecto, la prima técnica fue creada para los funcionarios del nivel nacional, según las previsiones de los Decretos 1661 de 1991 y 2164 del mismo año; y que a pesar de que se hizo extensiva a los funcionarios y empleados de los departamentos y municipios, se encuentra que el artículo 13 del Decreto 2164, norma que hacía la extensión de la citada prima a los entes territoriales, fue anulada por esta Corporación en la sentencia del 19 de marzo de 1998, Consejero ponente Silvio Escudero Castro.

Sobre el particular, es preciso señalar que en un asunto de similares contornos, esta corporación¹² señaló que «la prima técnica fue concebida exclusivamente para los empleados públicos del orden nacional, teniendo en cuenta que **las leyes de concesión de facultades extraordinarias que dieron lugar a la expedición de los decretos que abordaron el tema de la prima técnica eran puntuales en establecer las materias que debían ser reguladas por esta vía extraordinaria, las cuales se referían solo a aspectos relacionados con los empleados del orden nacional.**»

En este orden de ideas, no es posible beneficiar a la demandante con el reconocimiento de la prima técnica por evaluación del desempeño, atendiendo su calidad de empleada territorial, ya que dicha prima solo fue concebida para los empleados de las entidades del orden nacional, y por tal razón, no puede expedirse un acto administrativo que desconozca tales postulados.

2.3.2. Del análisis de lo dispuesto en el Decreto 1919 de 2002, se tiene que esta disposición normativa solo extendió el régimen de prestaciones sociales de los empleados **públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional a los del orden territorial y, conforme al literal c) del artículo 42 del Decreto 1042 de 1978, la prima técnica es un factor salarial, lo que significa que aun desde antes de la expedición del Decreto 1919 no tenía sustento alguno el reconocimiento y pago del citado factor a los empleados públicos del nivel territorial.**

Ahora bien, es preciso advertir que no puede estimarse que la expresión «del orden nacional» vulnera el derecho a la igualdad con el fin de hacer extensivos los factores salariales deprecados a los empleados del orden territorial, pues al haber sido declarada exequible dicha expresión contenida en el artículo 1.º del Decreto 1042 de 1978¹⁴, los factores salariales de los empleados públicos a nivel nacional y territorial no se encuentran en un mismo plano de igualdad, y por ende no puede pregonarse en el *sub lite* un

¹⁴ Sentencia C-402 de 3 de julio de 2013

desconocimiento del artículo 13 de la Constitución Política, como lo expone la parte actora.

Conclusión

Con base en los argumentos previamente expuestos, se confirmará la decisión del Tribunal Administrativo del Tolima, al encontrarse acreditado que la señora Dolly Rodríguez Riaño no es beneficiaria del reconocimiento y pago de la prima técnica por evaluación de desempeño."

En anteriores providencias este despacho ha señalado que las prestaciones sociales son derechos derivados de la relación legal y reglamentaria de los empleados públicos, que tiene su sustento jurídico en normas expedidas por el legislador para las entidades de los distintos órdenes – nacional, departamental, distrital y municipal – del poder público.

Respecto del reconocimiento de la prima técnica para los empleados administrativos del sector educativo, el Ministerio de Educación Nacional con fundamento en los artículos 7° y 8° del Decreto 2164 de 1991 expidió las Resoluciones número 03528 del 16 de julio de 1993 y número 05737 de julio 12 de 1994, que regularon la materia para el personal docente y administrativo, estableciendo las condiciones que deben acreditar los funcionarios para el otorgamiento de la prima técnica por evaluación del desempeño, el trámite para la expedición de los actos administrativos de reconocimiento y la ponderación de los factores que determinan el porcentaje a reconocer por este concepto.

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 1° del Decreto Ley 1724 del 4 de julio de 1997, la prima técnica contemplada en el Decreto 1661 de 1991, podrá asignarse por cualquiera de los criterios existentes, a quienes desempeñen en propiedad cargos de los niveles directivo, asesor, o ejecutivo, o sus equivalentes en los diferentes órganos y ramas del poder público, con lo que dicho beneficio para los niveles profesional, técnico, administrativo y operativo desapareció, en razón a no fueron incluidos por la norma, no obstante, el artículo 4° del citado Decreto, dispuso que: *"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."*

Frente al tema, el Consejo de Estado señaló que el término "otorgamiento" incluido en la norma citada, no implica los efectos del régimen de transición únicamente a quienes se encontraran disfrutando efectivamente de una prima técnica, a aquellos que tuviesen un acto expreso de reconocimiento de la misma o a quienes hubiesen reclamado con anterioridad de su vigencia el derecho; sino que abarca a todos aquellos empleados que aún sin un acto de reconocimiento o sin haber elevado la solicitud pertinente, hubiesen consolidado su derecho con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 1724 de 1997, de conformidad con la normatividad general o especial que los venía cobijando.¹⁵

Si bien es cierto, en el caso concreto se acreditó que los demandantes efectivamente son beneficiarios de la prima técnica por evaluación del desempeño, siendo éste un derecho adquirido, de igual forma, tal y como se indicó, el Consejo de Estado ha reiterado que no es viable tener como prestaciones sociales aquellas que han sido establecidas como factores salariales a través del Decreto 1042 de 1978, las cuales no están cobijadas por la disposición del artículo 1° del Decreto 1919 de 2002, como es el caso de la prima técnica.

Aunado a lo anterior, debe reiterarse que la facultad de crear o extender al orden territorial prestaciones sociales o salariales, únicamente compete al Gobierno Nacional según lo

¹⁵ Consejo de Estado — Sección Segunda, sentencia del 22 de septiembre de 2010. C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Rad. 25.000.2004.03873.01 (1046-08).

dispuesto en la Ley 4 de 1992, y no a las instituciones municipales, departamentales o distritales.

Por lo anterior, no es viable ordenar la inclusión de la prima técnica por evaluación de desempeño en la reliquidación y pago de las vacaciones y de la prima de vacaciones a favor de los hoy accionantes en contravía de la normatividad vigente y del precedente jurisprudencial y como consecuencia se negarán las pretensiones de la demanda.

9. Recapitulación

Conforme a lo dispuesto en el artículo 1° del Decreto Ley 1724 del 4 de julio de 1997, la prima técnica contemplada en el Decreto 1661 de 1991, podrá asignarse por cualquiera de los criterios existentes, a quienes desempeñen en propiedad cargos de los niveles directivo, asesor, o ejecutivo, o sus equivalentes en los diferentes órganos y ramas del poder público, con lo que dicho beneficio para los niveles profesional, técnico, administrativo y operativo desapareció, así mismo, no es posible incluir la mencionada prima técnica como factor para efectos de la liquidación de las prestaciones sociales de los empleados del nivel territorial como lo ha indicado el Consejo de Estado.

10. Costas

El artículo 188 del CPACA sobre la condena en costas señala que en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil, pese a ello y como quiera que el compilado normativo antes mencionado fue derogado por el Código General del Proceso, serán estas las normas aplicables en el caso concreto para la condena y liquidación de costas.

Ahora bien, el artículo 365 del C. G. P dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.

En el presente caso se observa que las pretensiones de la demanda fueron despachadas desfavorablemente, razón por la cual de conformidad con el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto del 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, se fijarán las agencias en derecho a **cargo de cada uno de los accionantes** en la suma equivalente al cuatro (4%) de las pretensiones negadas.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DÉCIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE IBAGUÉ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte accionante, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 188 del CPACA y 365 del C.G.P, para lo cual se fija la suma equivalente al cuatro (4%) de las pretensiones negadas como agencias del derecho, a cargo de cada uno de los accionantes.

TERCERO: Para efectos de la notificación de la presente sentencia, se ordena que por Secretaría se realice conforme el artículo 203 del C.P.A.C.A.

CUARTO: Líquidense los gastos del proceso, si hubiere remanentes devuélvanse a la parte demandante.

QUINTO: Una vez en firme, archívese el expediente, previa anotación en el sistema informático "Justicia Siglo XXI".

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS MANUEL GUZMÁN
Juez

Firmado Por:

LUIS MANUEL GUZMAN
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 10 ADMINISTRATIVO IBAGUE

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

624d267c7a3d8c0745d2bbc72e6bd39abde9eab26a7f1012bee3bb13fa9aaa65

Documento generado en 09/12/2020 09:03:50 a.m.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>