



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

**TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE RISARALDA
SALA TERCERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: JUAN CARLOS HINCAPIÉ MEJÍA**

Aprobado por la Sala en sesión de hoy
Pereira, once (11) de mayo de dos mil veinte (2020)

Referencia:

Radicado: 66001-33-33-003-2016-00277-01 (J-1042-2018)

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: María Argenis Carmona Hincapié y otra

Demandado: Municipio de Dosquebradas

Apelación de Sentencia

Procede la Sala a decidir sobre el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juez Tercero Administrativo de Pereira el 20 de junio de 2018, mediante la cual fueron denegadas las súplicas de la demanda.

II. ANTECEDENTES

Las señoras María Argenis Carmona Hincapié y Doris Elena Escobar Naranjo, por medio de apoderado judicial, presentaron en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contra el municipio de Dosquebradas, en procura de las siguientes:

I. PRETENSIONES

1.1. Declarar la nulidad del oficio expedido el 22 de septiembre de 2015 y la Resolución 1626 del 29 de diciembre de 2015, por medio de los cuales se niega el reconocimiento, reliquidación y pago del período de vacaciones y de la prima de vacaciones, incluyendo la prima técnica por evaluación del desempeño como factor salarial.

1.2. Ordenar a la entidad demandada, a título de restablecimiento del derecho, a reliquidar las vacaciones y la prima de vacaciones a las demandantes, incluyendo la prima técnica, por las anualidades causadas y las que se causen a futuro, debidamente indexadas.

1.3. Ordenar que se de cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del CPACA.

1.4. Condenar en costas a la parte demandada.

II. HECHOS

2.1. Las demandantes hacen parte del personal administrativo del sector de la educación, integrando la planta central del municipio de Dosquebradas. Como consecuencia del proceso de descentralización de que tratan las leyes 60 de 1993 y 715 de 2001, ostentan a partir de ese año la calidad de empleadas públicas adscritas a la entidad territorial.

2.2. Por lo anterior, disfrutaban del beneficio de prima técnica por el factor denominado “evaluación del desempeño”, tal como consta en los datos que reposan en la Secretaría de Educación del municipio de Dosquebradas, estímulo que se les paga mensualmente según los Decretos 1661 y 2164 de 1991.

2.3. La prima técnica que perciben los servidores públicos se ha considerado como factor salarial para liquidar las prestaciones sociales en normas “nacionales”, hoy aplicables a los territoriales, esto es, en los artículos 17 del Decreto 1045 de 1978 y 42 del Decreto 1042 de 1978.

2.4. El Consejo de Estado en sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, radicado interno 0112-09, concluyó: *“En consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es valido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir, 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 (...).”*

2.5. Por analogía, lo expresado en la sentencia citada tiene aplicación al objeto de la presente petición, haciendo uso de la figura de extensión de jurisprudencia contemplada en los artículos 10, 102 y 269 de la Ley 1437 de 2011.

2.6. El municipio de Dosquebradas a través de la Secretaría de Educación, al liquidar el período de vacaciones (15 días hábiles de descanso) de las demandantes, no les incluyó la prima técnica que perciben mensualmente, y tampoco la tuvo en cuenta para liquidar la prima de vacaciones, desmejorando sus salarios y prestaciones sociales.

2.7. El 13 de julio de 2015 las accionantes solicitaron ante la entidad territorial la reliquidación y pago de la prima de vacaciones y del periodo de vacaciones incluyendo para lo pertinente la prima técnica que devengan las demandantes, como factor salarial; petición que fue resuelta en forma negativa mediante los actos administrativos demandados.

III. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Con la expedición del acto administrativo acusado, considera la parte actora, que la demandada quebrantó los siguientes preceptos normativos:

- Constitución Política, artículos 1, 2, 25, 29, 53, 58, 93 y 230.
- Ley 1437 de 2011: artículos 10, 112, 138 y 168.
- Ley 4 de 1992: artículo 2.
- Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, 1045, 1042 de 1978 y 1919 de 2002.

Como concepto de violación indica que el Decreto 1919 de 2002, extendió para los empleados territoriales los beneficios establecidos a favor de los servidores del orden nacional; en tal virtud, las normas que rigen en materia prestacional para los servidores públicos de dicho orden, cobraron vigencia para quienes son empleados municipales; es así que los Decretos 1848 de 1969, 1045 y 1042 de 1978 en lo que tienen que ver con las prestaciones sociales, son aplicables a los servidores públicos de las entidades territoriales.

De conformidad con la Ley, a las demandantes se les deben pagar sus vacaciones con el salario que perciben a la fecha de iniciar su descanso remunerado, y no como acontece en la actualidad cuando se les liquida deduciendo la prima técnica que

perciben, con el pretexto de que “no es factor salarial”. La administración está violando las normas precitadas, así como la Ley 4 de 1992, que es ley marco en materia de salarios y prestaciones de todos los servidores públicos, ley que en su artículo 2 establece como objetivo y criterio de las normas laborales que en ningún caso se podrá desmejorar sus salarios y prestaciones sociales.

La entidad territorial niega a las demandantes la reliquidación de las vacaciones y la prima de vacaciones incluyendo dentro de los factores salariales a considerarla la prima técnica que perciben mensualmente, desconociendo no solo las normas prestacionales enunciadas, sino el concepto solicitado por el Gobierno Nacional y la jurisprudencia del Consejo de Estado.

IV. INTERVENCIÓN DE LA ENTIDAD DEMANDADA

La entidad demandada allegó escrito¹ oponiéndose a las pretensiones de la parte demandante, pues precisa que la prima técnica fue regulada mediante el Decreto 1661 de 1991; que la intención del legislador es brindarle la posibilidad de una prima técnica al personal que por adquirir cierto grado de competencia en el cargo que desempeñan puedan contar con incentivos que los mantengan en el sector público, mejorando de esta manera la competitividad y el profesionalismo de este sector, dando a la vez las posibilidades a cada entidad de regular la forma en que los funcionarios puedan adquirir dicho derecho sin que estas formalidades les quiten el derecho que por ley les corresponde.

Señaló que la prima técnica no puede ser computada como factor salarial cuando la misma sea asignada por evaluación del desempeño como lo establece el citado Decreto en su artículo 7, el cual se encuentra vigente y es la base para la liquidación de las prestaciones sociales de los docentes como lo son las vacaciones.

Propuso como excepciones: Cobro de lo no debido y prescripción.

¹ Folios 53 y s.s. del cuaderno No 1

V. LA SENTENCIA APELADA

Luego de referirse a la normatividad sobre la prima técnica, el *a quo* destacó que existen dos criterios para el otorgamiento de la prima técnica: por formación avanzada y por experiencia altamente calificada, y por evaluación de desempeño; advirtiendo que este último factor es el que según las demandantes las convirtió en beneficiarias de dicha prerrogativa.

Indicó que si bien el legislador estableció el pago de dicho incentivo, lo cierto es que se estipuló en el artículo 7 de la Ley 1661 de 1991 que este no constituye factor salarial cuando su reconocimiento se realiza con ocasión a la evaluación por desempeño, y dado que las razones alegadas por las accionantes desconocen lo establecido en la Ley y los criterios sentados por el Consejo de Estado y el Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda en sentencias que refiere, al pertenecer al nivel administrativo de la entidad territorial demandada y haber obtenido la prima técnica por la evaluación de desempeño, no es posible la liquidación de tales prestaciones sociales con la inclusión del incentivo mencionado.

Con fundamento en lo anterior, el Juez Tercero Administrativo de Pereira negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte demandante.

VI. EL RECURSO DE APELACIÓN

Mediante escrito visible a folio 130 del expediente, la parte demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, resaltando que el Decreto 1661 no modificó el Decreto 1045 de 1978, aplicable por disposición del Decreto 1919 de 2002, a todos los trabajadores oficiales del nivel territorial, en lo concerniente a las vacaciones y prima de vacaciones, y la manera como esta prestación social se liquida.

Luego de transcribir el artículo 17 del Decreto 1045 de 1978, refiere que el Decreto 1919 de 2002 impone que las prestaciones sociales contempladas en el primero de los mencionados serán liquidados con base en los factores para ellas establecidas, y que en ese sentido se tiene la existencia de una norma de carácter general vigente que incluye la prima técnica sin distinción, como factor salarial a tener en cuenta para liquidar las referidas prestaciones.

Manifestó que el Consejo de Estado ha indicado que las vacaciones son un periodo durante el cual el trabajador cesa temporalmente su labor, sin que se le interrumpa el pago de la remuneración que percibe por los servicios prestados y reducir esa remuneración bajo el argumento que una parte de ella no constituye factor salarial, hace que el trabajador no disfrute plenamente del descanso, por la preocupación generada por la disminución salarial; además consideró que durante el disfrute de las vacaciones, se tiene derecho al reconocimiento y pago de la prima de dirección o de la prima técnica y la prima técnica por desempeño.

En relación con la condena en costas por la suma de dos millones de pesos, trajo a colación la posición adoptada por los Tribunales Administrativos de Cundinamarca y del Huila, así como del Consejo de Estado, para indicar que en la sentencia de primera instancia no se hizo un análisis sobre la necesidad de imponerlas a la parte vencida en el proceso, atendiendo a los criterios ya definidos por la jurisprudencia, ni mucho menos se efectuó una valoración objetiva donde se haya comprobado algún comportamiento dilatorio o indicativo de mala fe, para optar a sancionar; precisó que en el presente caso se trata de la reclamación de derechos laborales e irrenunciables, que son de rango constitucional, y que los argumentos estuvieron racionalmente fundamentados en un estudio eminentemente jurídico.

VII. ALEGACIONES DE CONCLUSIÓN Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

Ante la convocatoria debida que se dio mediante auto del 14 de agosto de 2018 (fl. 141 Cd. 1), acudieron las partes así:

La **parte actora**, reitera los argumentos expuestos en el recurso de apelación (fls. 143 y s.s. C. 1).

La **parte demandada**, con escrito que obra a folios 147 y s.s., indicó que sostiene que el Decreto 1661 de 1991 estipula que la prima técnica por evaluación de desempeño no constituye factor salarial para liquidar prestaciones sociales y hace referencia a un pronunciamiento de esta Corporación frente al tema, para concluir que las pretensiones no cuentan con asidero jurídico.

VIII. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

1. COMPETENCIA.

Procede el Tribunal a decidir sobre el asunto litigado, siendo competente para hacerlo en segunda instancia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en concordancia con los artículos 243 y 247 *ibidem*.

Revisados los presupuestos procesales de la acción y del procedimiento, y por cuanto no se observa causal alguna que pueda dejar sin valor la actuación que hasta ahora se ha surtido, procede la Sala a decidir en esta instancia sobre el asunto litigioso, de acuerdo con el recurso de apelación interpuesto por la parte actora.

2. OBJETO DE DECISIÓN.

El análisis del asunto litigioso en esta instancia, se circunscribe a dilucidar si las demandantes tienen derecho a que sean reliquidadas sus prestaciones sociales vacaciones y prima de vacaciones, incluyéndose como factor salarial para tal efecto, la prima técnica por estas percibidas, evento en el cual habría lugar a declarar la nulidad de los actos acusados; o si por el contrario, como lo sostuvo el *a quo*, no hay lugar a ello, por cuanto dicha prima otorgada con base en la evaluación de desempeño no constituye factor salarial.

Es preciso indicar que esta Corporación ya se ha pronunciado sobre lo que es objeto de controversia², por lo que reiterando argumentos propuestos en los aludidos fallos se procede a su análisis, para determinar si están acreditados los supuestos fácticos para la prosperidad de las pretensiones.

² Sentencia del 11 de octubre de 2012, Referencia: Rad. 66001-33-31-702-2010-00132-01 (C-0103-2012) Nulidad y Restablecimiento del Derecho Demandante: María del Socorro Vélez Corrales, Demandando: Municipio de Dosquebradas y Sentencia del 14 de febrero de 2013 Rad. 66001-33-31-002-2010-00375-01 (O-1037-2012) Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Demandante: Lilia Stella Sierra de Arcila. Demandado: Municipio de Dosquebradas.

3. ANÁLISIS JURÍDICO PROBATORIO.

En el caso bajo estudio, se controvierte la legalidad del oficio de fecha 22 de septiembre de 2015 y la Resolución 1626 del 29 de diciembre de 2015, expedidos por la Secretaría de Educación del municipio de Dosquebradas, por medio de los cuales se resolvió desfavorablemente el derecho de petición formulado por las señoras María Argenis Carmona Hincapié y Doris Elena Escobar Naranjo, entre otros, relacionado con el reconocimiento, como factor salarial, de la prima técnica por evaluación de desempeño, y de ahí que sea tenida en cuenta en el momento de liquidar las prestaciones sociales de las actoras.

El Juzgado Tercero Administrativo de Pereira, profirió sentencia denegatoria de las pretensiones por considerar que de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 1661, y en diferentes pronunciamientos jurisprudenciales, la prima técnica percibida por evaluación de desempeño, no constituye factor salarial.

Se tiene entonces, que el Decreto Ley 1661 de 1991 *“Por el cual se modifica el régimen de la prima técnica, se establece un sistema para otorgar estímulos especiales a los mejores empleados oficiales y se dictan otras disposiciones”*, expedido por el Presidente de la República en uso de las facultades extraordinarias que le confería la Ley 60 de 1990, estableció los criterios para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público para su asignación, procedimiento y campo de aplicación, determinando que para ser beneficiario de dicha prima se tendrían en cuenta, los criterios de formación avanzada y experiencia calificada, y en segundo lugar, la evaluación de desempeño de los funcionarios o empleados de la Rama Ejecutiva del Poder Público, mediante los cuales se propende por garantizar la calidad en el servicio y la permanencia en los cargos.

Dicha disposición, en su artículo 7º, consagra lo siguiente:

“Artículo 7º. 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” (Negrillas fuera de texto).

Así mismo en el artículo 2º del Decreto 1661 de 1991 se fijaron los criterios para ser beneficiario de la prima técnica, así:

“Artículo 2º.- 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. El Decreto Nacional 2164 de 1991 reglamenta parcialmente el presente Decreto-Ley)

“Parágrafo 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.
(...)”

Por su parte, el Decreto 2164 de 1991, reglamentario del Decreto 1661 de 1991 en su artículo 1º³, definió el concepto de prima técnica y estableció como campo de aplicación de las normas relativas a la prima técnica que tendrían derecho a gozar de la misma, los empleados de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos, Empresas Industriales y Comerciales del Estado y Unidades Administrativas Especiales, en el orden nacional, así como también los empleados de las entidades territoriales y de sus entes descentralizados.

De acuerdo con el contenido de los artículos transcritos, para tener derecho al reconocimiento y pago de la Prima Técnica serán tenidos en cuenta alternativamente dos criterios a saber: *Los estudios y experiencia de carácter excepcional que posea el funcionario, caso en el cual la prima técnica constituye factor salarial; o la evaluación de los servicios del empleado, sin que constituya factor salarial*, convirtiéndose en este evento, en un reconocimiento económico como estímulo al buen desempeño.

³ “ARTICULO 1o. DEFINICION Y CAMPO DE APLICACION. 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”

En relación con el tema, la Sección Segunda del H. Consejo de Estado en sentencia proferida el 22 de noviembre de 2007, C.P. Jaime Moreno García, expresó lo siguiente:

“La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, se ha pronunciado sobre esta materia, como lo hizo en sentencia de 24 de abril de 2007, proferida dentro del expediente radicado con el No. 27851, en la que razonó:

*“La hermenéutica que el recurrente pretende darle a los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo, en cuanto a que todo lo que percibe el trabajador en forma habitual constituye salario, contraviene al entendimiento que de marras le ha dado a las citadas disposiciones la jurisprudencia, por cuanto **siempre existirán pagos, que aún, reconocidos en forma habitual, no son de naturaleza salarial, por no corresponder a la retribución directa del servicio.** Además, no se puede soslayar que al interpretar el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, la jurisprudencia laboral ha expresado que lo realmente consagrado en su última parte es que pagos que son considerados “salario” pueden no obstante excluirse de la base de cómputo para la liquidación de otros beneficios laborales, tales como prestaciones sociales, indemnizaciones, etc., sin que ello implique violación de ningún precepto legal o constitucional.*

“Así razonó esta Sala de Casación, en la sentencia de 7 de febrero de 2006, radicación No. 25734, cuando recordando lo sostenido en relación con el tema, desde el extinto Tribunal Supremo del Trabajo afirmó:

*“Para la Corte el anterior razonamiento del recurrente es equivocado al pretender que todo pago que reciba el trabajador en su calidad de tal y dentro de la ejecución de una relación de trabajo es constitutivo de salario, pues desconoce que desde antiguo la legislación laboral de nuestro país ha consagrado la existencia de diferentes pagos al trabajador que si bien tienen origen en el contrato de trabajo y se deben hacer en atención a la calidad de parte de ese contrato que adquiere el trabajador, **no pueden ser considerados como salario por no remunerar el servicio prestado, esto es, por no corresponder a la retribución directa del trabajo.** Por ello, al diferenciar el salario de otros derechos igualmente surgidos del hecho de trabajar, las prestaciones sociales, el extinto Tribunal Supremo del Trabajo aún antes de la expedición del Código Sustantivo del Trabajo, sentenció en fallo del 30 de abril de 1949 que:*

*“El salario es la remuneración del servicio que el trabajador presta al patrono; es la contraprestación correspondiente a la prestación trabajo. Las prestaciones sociales que emanan también del trabajo, pero que no tienen como finalidad retribuirlo directamente, tal como el auxilio de enfermedad, la cesantía, las vacaciones remuneradas, son cosa diversa que la ley ha creado con el propósito de otorgar un beneficio al trabajador en su afán de atender la debida protección que al Estado le atañe. Pero, en rigor, **debe entenderse como salario solamente aquella porción que el trabajador recibe como remuneración inmediata de su servicio.** Los beneficios colaterales o subsiguientes no tienen el mismo carácter, no importa que para ciertos efectos algunos de ellos deban ser considerados como tales” (G. del T. T IV. Núms 29 a 40).” (Negrillas fuera de texto)*

De acuerdo con el lineamiento anterior, resulta claro que en el régimen laboral Colombiano existen pagos que, aún reconocidos en forma habitual, no son de naturaleza salarial, por no corresponder a la retribución directa del servicio, lo que

significa que, contrario a lo alegado por el recurrente, no todo aquello que percibe el trabajador en forma habitual constituye salario, como sucede en el caso de marras, con el pago percibido por las demandantes por concepto de prima técnica por evaluación de desempeño, sobre la cual, tanto la legislación como la jurisprudencia han sido claras en establecer que la misma no constituye factor salarial y por ende debe ser excluida de la base de cómputo para la liquidación de prestaciones sociales, indemnizaciones u otro tipo de beneficios laborales, sin que ello implique, violación de precepto legal o constitucional alguno; máxime cuando se ha establecido claramente que la prima técnica se creó como un reconocimiento económico para atraer o mantener en el servicio del Estado a funcionarios o empleados altamente calificados que se requieren para el desempeño de cargos y **no como una contraprestación directa del servicio.**

Una vez revisado el acervo probatorio arrojado al proceso, se observa certificación expedida por la Secretaría de Educación del municipio de Dosquebradas, obrante a folio 86 del expediente, de la cual se desprende que la prima técnica de la cual gozan las demandantes fue devengada **con base en el criterio de evaluación de desempeño.**

Bajo las circunstancias descritas, considera la Sala que no le asiste razón a la parte accionante, en cuanto pretende le sea reconocida y liquidada dicha prima técnica como factor salarial, toda vez que conforme al material probatorio obrante en el expediente, se encuentra probado que la misma le fue asignada atendiendo el criterio relacionado con la **evaluación de desempeño**, circunstancia frente a la cual la normatividad vigente, ya mencionada, es clara en señalar que no constituirá factor salarial, sino que representa un reconocimiento económico como estímulo al buen desempeño.

Al respecto el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, mediante sentencia proferida el 23 de febrero de 2006 C.P. Jaime Moreno García, estableció lo siguiente:

*“En relación con la prima técnica, no aparece en el proceso que la demandante hubiere agotado para ese efecto el procedimiento establecido en el decreto No. 2164 de 1991, reglamentario del decreto No. 1661 del mismo año, ni el consagrado en el acuerdo No. 027 de 1992, artículo 4°, que regula dicha prima en el Hospital Militar, para la eventual asignación de la misma. **Dicha prima, constituye un reconocimiento económico para atraer o mantener en el servicio del Estado, a empleados altamente calificados, que sean necesarios para el desempeño de cargos cuyas funciones demandan la aplicación de***

conocimientos técnicos o científicos especializados, o la realización de labores de dirección o de especial responsabilidad, de conformidad con la necesidades específicas de cada organismo. **Tal reconocimiento se otorga bajo dos modalidades: la primera con base en los estudios y experiencia de carácter excepcional que posea el funcionario, caso en el cual la prima técnica constituye factor salarial; la segunda con base en la evaluación de los servicios del empleado, sin que constituya factor salarial convirtiéndose en un estímulo al buen desempeño.** En este caso, la actora se limitó a solicitar en la demanda el reconocimiento de la prima técnica, pero no determina si la pide con base en los estudios y experiencia excepcional que posea, o con base en la evaluación de los servicios prestados, razón que impide al juez examinar el fondo del asunto, sobre esta pretensión...” (Negritas fuera de texto)

Así mismo, dicha Corporación, mediante Concepto proferido el 4 de septiembre de 2007 por la Sala de Consulta y Servicio Civil, señaló lo siguiente:

“2. El caso concreto

En forma más o menos reciente, el gobierno nacional en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el legislador,⁴ reguló la prima técnica en dos modalidades: por evaluación de desempeño, aplicable a los empleados inscritos en la carrera administrativa, y como salario adicional para los empleados altamente calificados, y posteriormente, ya en ejercicio de las facultades de la ley 4 de 1992, estatuyó la prima de dirección.⁵

De acuerdo con el artículo 7° del decreto ley 1661 de 1991 que consagró la primera, la prima técnica sólo constituye factor de salario cuando se otorga para atraer o mantener en el servicio del Estado a funcionarios o empleados altamente calificados; y no es factor salarial cuando se asigna con fundamento en la evaluación del desempeño. En el mismo sentido, el decreto 600 de 2007 expresa que esta prima no es factor de salario en ningún caso.

El problema concreto consiste entonces en definir si la determinación legal de excluir como factor de salario las citadas primas, implica que debe excluirse la suma pagada por este concepto para liquidar la remuneración del descanso vacacional.

Sobre el particular se dan dos posiciones, la primera, contenida en un concepto de esta misma Sala de Consulta y Servicio Civil, que lleva el número 1038 de 1997, según la cual, **como los decretos que organizaron estas primas les quitaron la connotación de ser factor salarial, no se puede pagar el descanso de las vacaciones incluyendo el valor de las mismas, dado que para los funcionarios administrativos las vacaciones son una prestación social.**

La otra interpretación, que es la que adopta en este concepto la Sala variando así su posición anterior, consiste en diferenciar las vacaciones y el pago del descanso remunerado, de las demás prestaciones sociales a que tienen derecho los funcionarios de la administración. Bajo esta diferenciación, **la afirmación de que tales primas no son factor de salario, se aplica a todas las demás prestaciones** salvo a la remuneración del descanso y a la licencia de maternidad, de conformidad con los argumentos que se exponen enseguida.”

⁴ Conferidas por la ley 60 de 1990.

⁵ Creada mediante el decreto 11 en el año 1993

Resulta oportuno referirse a la sentencia proferida el 4 de marzo de 2010, por el honorable Consejo de Estado, Rad. 2002-00283-01(0703-07), M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, quien se pronunció en los siguientes términos:

“Concretamente, frente a la prima técnica por evaluación de desempeño, el Decreto Reglamentario 2164 de 1991 precisó en el artículo 5º que tendrían derecho a ella los empleados que desempeñaran en propiedad cargos en los niveles directivo, asesor, ejecutivo, profesional, técnico, administrativo y operativo o sus equivalentes en los sistemas especiales, que obtuvieron un porcentaje correspondiente al 90% como mínimo, en la calificación de servicios realizada en el año inmediatamente anterior a la solicitud, señalando a su vez que la cuantía correspondiente sería determinada por el Jefe del Organismo respectivo o por las Juntas o Consejos Directivos según el caso.

*Recuérdese ahora, por si fuera necesario y para mayor claridad, que el régimen de la prima técnica se origina en la Ley 60 de 1990 que en su artículo 2º autorizó al Presidente para “Modificar el régimen de la prima técnica” pero en todo caso, según su texto, “sin que constituya factor salarial” (lo subrayado no es original), de lo cual se sigue que **no es posible añadir al salario básico el componente prima técnica como se pidió en la demanda**, y menos para incrementar el ingreso, quienes para devengarla han debido acreditar condiciones personales.*

3.- Análisis del presente caso. *Como ya quedó dicho en el repaso legislativo precedente, la prima técnica solamente se otorga a quienes acrediten títulos y especiales conocimientos técnicos o científicos; por eso, como ha dicho insistentemente esta Corporación, ella se concede in tuito personae y no como un provecho generalizado, de modo que si hubo un acto administrativo que al demandante reconoció la prima, como resultado de la evaluación de desempeño y no por sus estudios o especialidad, no puede reclamar que posteriormente ella opere por sus calidades y conocimientos como médico especialista, pues en su momento no protestó el acto administrativo que determinó el tipo **de prima que le fue concedida por la evaluación del desempeño, desprovista por tanto del carácter salarial.**”*

De conformidad con las precisiones anteriores, es claro entonces que cuando la prima técnica se reconoce con fundamento en el criterio de evaluación del desempeño, como sucede en el caso *sub examine*, la misma no puede tenerse como factor salarial; no obstante lo anterior, esta podrá ser reconocida con carácter de tal, en el evento de acreditarse por parte del trabajador el cumplimiento de los criterios contenidos en el artículo 2º literal a) del Decreto 1661 de 1991 como lo son: 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; circunstancia esta última que no se encuentra demostrada en el caso bajo estudio, pues la actora se limitó a solicitar en la demanda el reconocimiento de la prima técnica, como factor salarial susceptible de ser computado para liquidar sus prestaciones sociales de vacaciones y prima de vacaciones, sin manifestar inconformidad alguna frente al acto administrativo que determinó el tipo de prima

que le fue concedida por la evaluación del desempeño, desprovista por tanto del carácter salarial; y sin especificar en ningún momento, si cumplía con los requisitos establecidos en la norma en cita, para que la prima técnica le fuera tenida en cuenta como factor salarial, habida cuenta que la existencia de dos criterios diferenciados para la asignación de dicha prima, no es óbice para hacer tránsito de uno a otro, **exclusivamente en el evento de acreditarse el lleno de las exigencias legales ya descritas**, y sobre las cuales, cabe precisar que, en el caso particular, no se aportó prueba alguna que permitiera establecer que las demandantes tuvieran derecho al reconocimiento de la prima técnica en los términos perseguidos, esto es, constitutiva de factor salarial.

Ahora bien, en cuanto a los argumentos expuestos por la parte actora, cuando afirma que al no liquidarse la prima técnica como factor salarial, se desmejoran sus condiciones salariales en la época en la que disfruta sus vacaciones, debe la Sala precisar que, las distinciones establecidas por el legislador para otorgar la prima técnica, fundadas en la existencia de dos criterios, como los son la evaluación del desempeño y la 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, obedecen a que las calidades exigidas en ambos casos son distintas, y por lo tanto ameritan un tratamiento diferente, sin que ello genere vulneración alguna como lo señala la parte accionante.

Sobre el particular, se pronunció el Máximo Tribunal Constitucional, mediante sentencia C-424 de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, en los siguientes términos:

“13.- La Corte Constitucional elaboró en la sentencia C-279 de 1996 un conjunto de conceptos que se reiteran aquí para declarar la exequibilidad de la disposición demandada en el presente proceso. 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.** A propósito de lo anterior, vale la pena transcribir el siguiente pasaje:

"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" (Énfasis dentro del texto).

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."

Respecto del argumento presentado por la demandante de acuerdo con el cual "el hecho de que las normas acusadas establezcan a favor de ciertos funcionarios del Estado una prima técnica y una especial, que no constituye factor salarial, lesiona el derecho a la igualdad constitucional en el campo del trabajo" (énfasis dentro del texto), recordó la Corte que existía ya una jurisprudencia reiterada, rica en matices y contenidos, acerca del derecho a la igualdad. Recalcó, por lo demás, que "el derecho a la igualdad se predica[ba] entre iguales". De ahí, que cuando existen razones objetivas y no arbitrarias para determinar regímenes diferentes entre sujetos ubicados en condiciones distintas, es factible establecer diferenciaciones sin que ello signifique una discriminación injustificada. Dijo la Corte en aquella oportunidad:

"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.

El Ministerio Público señala que los Convenios Internacionales del Trabajo admiten que las calificaciones exigidas para un empleo ocasionen exclusiones distinciones o preferencias. Con mayor razón pueden servir para establecer distinciones al otorgar la prima técnica fundada en la evaluación del desempeño.

Tampoco existe una disposición, constitucional de la cual puede inferirse que (...) deba existir idéntico régimen salarial [para todos los funcionarios]. No siendo iguales las calidades para acceder a los cargos ni sus funciones, no es extraño que su remuneración sea diferente."

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.**” (Negrilla de la Sala)

En este orden de ideas, atendiendo las pautas normativas y jurisprudenciales que desarrollan el concepto de prima técnica y los casos en que esta opera como factor salarial, considera la Sala acertada la decisión del *a quo* al negar las súplicas de la demanda, toda vez que se encuentra plenamente establecido que solo habrá lugar a percibir la Prima Técnica como factor salarial, cuando se acredite el cumplimiento de los requisitos previstos en el literal a) del artículo 2º del Decreto 1661 de 1991, esto es, la 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 el tiempo legalmente establecido; *contrario sensu*, en el evento en que la asignación provenga del criterio de evaluación de desempeño, dicha prima quedará excluida como factor salarial, situación esta última, es la que se presenta en el *sub-lite* y sin que de ninguna manera pueda indicarse, como lo señala la parte actora, que se contraviene lo expuesto en los Decretos 1045 de 1978 y 1919 de 2002.

Así las cosas, no habiendo demostrado la parte actora las imputaciones formuladas contra la validez de los actos administrativos demandados, permanece incólume la legalidad que por disposición normativa se presume de los mismos, siendo forzoso confirmar la sentencia impugnada, desestimatoria de las pretensiones formuladas en la demanda.

4. COSTAS.

Respecto a la condena en costas de primera instancia apelada por la parte demandada, es dable indicar que esta Corporación ya se ha pronunciado sobre lo que es objeto de controversia. En el mencionado fallo se incorporaron razones que serán reiteradas en el presente, dado que sirven de fundamento para la decisión que en éste habrá de proferirse.

En el presente proceso se condenó en costas a la parte demandante, de conformidad con las previsiones contenidas en el artículo 365 del Código General

del Proceso, aplicable por remisión a las normas procedimentales civiles contenida en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Lo anterior, por cuanto fue vencida en juicio.

Así, al haberse apelado la sentencia de primera instancia en lo que corresponde a la condena en costas, esta Sala recoge la postura y acoge los planteamientos expuestos por la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, expediente radicado número: 76001-23-33-000-2013-00668-01(1909-17) del 24 de enero de 2019 en cuanto precisa que el artículo 188 del CPACA entrega al juez la facultad de disponer sobre su condena, lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del CGP; descartándose así una apreciación objetiva que simplemente consulte quien resulte vencido para que le sean impuestas.

Es de resaltar que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 señala que «*Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas*», por lo que tratándose de un asunto de carácter laboral en el que se debate un interés particular, se debe decidir por parte del juez, bajo un criterio valorativo y con base en presupuestos objetivos, la imposición de la condena en costas, debiéndose valorar en el expediente la prueba de causación de expensas que justifiquen su imposición.

Así las cosas, al evaluarse en el presente caso la causación de las costas, de conformidad con el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se encuentra que las mismas no aparecen probadas, en la medida en que, no obra elemento de erogación alguno en su consecución, razón por la cual esta Colegiatura revocará la condena en costas de primera instancia.

5. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.

En lo que concierne a la segunda instancia, esta Sala atendiendo la postura adoptada, y en vista de que en esta instancia no aparecen en el expediente la prueba de causación de expensas que justifiquen su imposición, no se condenará en costas.

En mérito de lo expuesto el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Risaralda administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

IX. FALLA

1. **REVÓCASE** el numeral 2º de la parte resolutive de la sentencia proferida el 20 de junio de 2018 por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Pereira, de conformidad con lo razonado en precedencia.
2. **CONFÍRMASE** en lo demás la sentencia proferida en este proceso por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Pereira, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.
3. Sin costas en esta instancia, por las consideraciones expuestas.
4. Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JUAN CARLOS HINCAPIÉ MEJÍA
MAGISTRADO



LEONARDO RODRÍGUEZ ARANGO
MAGISTRADO

Firma
escaneada.
Válida de
conformidad con el Art. 11
del Decreto 491 de 2020.
Sólo para providencias
judiciales del TCAR.



FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN
MAGISTRADO