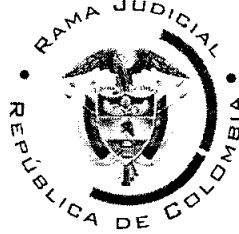


**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO  
JUDICIAL DE TUNJA**

Tunja, veintisiete (27) de octubre de dos mil dieciséis (2016)

**DEMANDANTE: FLOR ÁNGELA ROPERÓ CUADRADO**

**DEMANDADO: DEPARTAMENTO DE BOYACÁ**

**RADICACIÓN: 150013333011201500104-00**

**MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO  
DEL DERECHO**

**ASUNTO A RESOLVER:**

Agotadas las etapas procesales previstas en los artículos 180 y 181 inciso final de la Ley 1437 de 2011 – CPACA, se procede a dictar **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA** en el medio de control de la referencia.

**I. ANTECEDENTES:**

**1. Demanda y tesis del demandante (fol. 28-33 y 107):**

La ciudadana FLOR ÁNGELA ROPERÓ CUADRADO, a través de apoderado judicial, presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, prevista en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, contra el Departamento de Boyacá.

Solicitó la demandante la declaratoria de nulidad del oficio No.1.2.5.1.1-38 2014 PQR43662 de 10 de noviembre de 2014, a través del cual se negó la reliquidación del factor prestacional de prima de vacaciones. A título de restablecimiento del derecho reclama la reliquidación de la mencionada prestación social con la inclusión del factor salarial de prima técnica en porcentaje del 50%. Pide que los valores que resulten sean actualizados y que se paguen intereses moratorios.

Para la accionante, la entidad demandada debió liquidar la prima de vacaciones incluyendo el 50% de la prima técnica como factor salarial, habida cuenta que **i)** el Decreto Ley 1045 de 1978 en su artículo 17 contempla la prima técnica como factor salarial que debe ser tenido para liquidar la prima de vacaciones; y **ii)** dicho factor ha sido percibido de forma habitual, por lo que no es válido desmejorar el ingreso del trabajador desconociendo la naturaleza salarial de los pagos percibidos por el mismo y afectando la remuneración en los períodos de descanso en relación con los efectivamente laborados.

## **2. Contestación y tesis de la demandada (fl. 72-76 y 107 vto.):**

La demandada Departamento de Boyacá compareció al proceso mediante apoderado, para oponerse a las pretensiones de la demanda, bajo el argumento de que no es procedente incluir el porcentaje de prima técnica como factor salarial para liquidar y pagar la prima de vacaciones establecida en el Decreto 1045 de 1978 (artículo 17), por cuanto dicho concepto no constituye factor salarial cuando sea asignada con base en la evaluación del desempeño, conforme lo señala el artículo 7º del Decreto 1661 de 1991.

Propuso las excepciones que denominó: **i)** cobro de lo no debido y **ii)** prescripción.

## **3. Alegatos de conclusión:**

En el término de traslado para alegar (fl. 122), el Ministerio Público se abstuvo de emitir concepto y las partes se pronunciaron en los siguientes términos:

**3.1.- Parte demandante:** Insiste en que el artículo 17 del Decreto 1045 de 17 de junio de 1978 contiene los factores salariales que deben ser tenidos en cuenta para liquidar la prima de vacaciones, en el que se incluye la prima técnica, pues la norma no diferencia las clases de prima técnica, por lo que se hace mención del postulado que indica "*Donde la ley no distingue no le es dable al interprete hacerlo*". No obstante, expresa que si se diera la discusión al respecto, debe acudirse al principio de favorabilidad en el entendido que debe aplicarse la norma que incluye la prima técnica como factor para liquidar la prima de vacaciones.

Expresa que el problema jurídico no se contrae a analizar la naturaleza jurídica de la prima técnica sino que se deben determinar los factores salariales a tener en cuenta para liquidar la prima de

vacaciones, los cuales se encuentran taxativamente relacionados en el artículo 17 del Decreto 1045 de 1978. Para sustentar su argumento, transcribe un aparte de una sentencia del Consejo de Estado-Sala de Consulta y Servicio Civil de fecha 2 de junio de 1998, radicación 1380 (fl.127-130).

**3.2.-Parte demandada:** Reitera lo manifestado en relación con imposibilidad de incluir la prima técnica para liquidar prestaciones sociales, en atención a lo dispuesto en el Decreto 1661 de 1991, que dispone expresamente que la prima técnica no constituirá factor salarial cuando se asigne con base en la evaluación del desempeño. Enuncia algunas sentencias del Consejo de Estado en torno al desarrollo legal y jurisprudencial de la prima técnica (fol.124-126).

## **II. CONSIDERACIONES:**

### **1. Problema jurídico:**

De conformidad con la fijación del litigio efectuada en audiencia inicial, corresponde al Despacho el estudio de legalidad del oficio No.1.2.5.1.1-38 2014 PQR43662 de 10 de noviembre de 2014, por medio del cual el Departamento de Boyacá le negó la inclusión de la prima técnica por evaluación de desempeño como factor salarial para la liquidación de la prima de vacaciones, para el efecto, se deberá determinar si la demandante FLOR ANGELA ROPERO CUADRADO tiene derecho a la reliquidación de la prestación prima de vacaciones teniendo en cuenta la inclusión de la prima técnica en virtud de lo dispuesto en el Decreto 1045 de 1978.

Para resolver el problema jurídico el Despacho abordará el fondo del asunto de la siguiente manera:

### **2. Marco jurídico:**

#### **2.1.- De la prima técnica por evaluación de desempeño como factor salarial.**

A través del artículo 2º de la Ley 60 de 1990, el Congreso de la República confirió facultades extraordinarias al Ejecutivo, a efectos de modificar el régimen de la prima técnica, realizando las siguientes precisiones:

*"De conformidad con el ordinal 12 del artículo 76 de la Constitución Política, revístese al Presidente de la República de*

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

Así entonces, la prima técnica fue concebida por el Decreto Ley 1661 de 1991, como un reconocimiento económico otorgado con dos (2) criterios fundamentales: El primero de ellos, “...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...”<sup>1</sup> y en segundo lugar, como “...un reconocimiento al desempeño del cargo...”<sup>2</sup>.

En tratándose de **la prima técnica por evaluación de desempeño**, encuentra el Despacho que, a diferencia de la otorgada por títulos de formación avanzada y experiencia, ésta se contempló en la normatividad citada, para todos los niveles,<sup>3</sup> siendo procedente reconocerla cuando la calificación del funcionario fuera igual o superior al noventa por ciento (90%), según la correspondiente evaluación, pues así lo reglamentó el Decreto 2164 del 17 de Septiembre de 1991, el cual dispuso además que dicha prestación podía reconocerse 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...” (Artículo 1º), así como a los servidores de las entidades territoriales y de sus entes descentralizados.

Frente a la naturaleza jurídica de la prima técnica, en el Decreto 1661 de 1991 -artículo 7º-, se precisó que no en todos los casos tenía una connotación salarial, al precisar:

**Artículo 7º.-** *Forma de pago, compatibilidad con los gastos de representación. La Prima Técnica asignada se pagará*

<sup>1</sup> ARTÍCULO 1º.

<sup>2</sup> Ibid.

<sup>3</sup> “ARTÍCULO 3. 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.”

*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. (Resalta el Despacho)***

Así pues, el legislador consideró razonable establecer que la prima técnica otorgada en función del desempeño, no puede constituir factor salarial a tener en cuenta para liquidar las prestaciones sociales; en contraposición a lo dispuesto respecto de la prima técnica que se reconoce en atención a los estudios de formación avanzada y experiencia altamente calificada.

En torno a dicha diferenciación, la Corte Constitucional se pronunció en Sentencia C-424 de 2006, al pronunciarse respecto de la inconstitucionalidad del artículo 7º del Decreto 1661 de 1991, argumentando que dicho precepto desconocía el derecho a la igualdad y la protección del trabajo y el salario. En dicho pronunciamiento, la referida Corporación decidió estarse a lo resuelto en sentencia C-279 de 1996, por cuanto allí se analizó la misma disposición pero insertada en un cuerpo legislativo diferente, y en consecuencia, para decidir de fondo, acude a los criterios fijados en la sentencia primigenia, de la siguiente forma:

*"...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.*

*(...) "Este entendimiento de la norma es el único que racionalmente cabe hacer, ya que aun 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...*** (Resalta el Despacho)

En síntesis, la declaratoria de exequibilidad de la mencionada norma se sustenta en dos argumentos, de una parte refiere a la libertad de la que goza el legislador al fijar los factores salariales a tener en cuenta para efectos de liquidar las prestaciones sociales, y de otra parte, alude a 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.

Por su parte, el Consejo de Estado ha mantenido la posición referente a que la prima técnica por evaluación de desempeño no puede ser tenida en cuenta como factor salarial para liquidar las prestaciones sociales<sup>4</sup>, indicando que *"...la prima técnica asignada se pagará mensualmente y es compatible con los gastos de representación. Constituye factor salarial cuando se otorga por el criterio del literal a) del art. 2º y no constituirá factor salarial cuando se otorga por evaluación del desempeño (Art. 7º DL 1661 /91)..."*. Postura que ha sido matizada por la Sala de Consulta y Servicio Civil de dicha Corporación al pronunciarse frente a la forma de liquidar el descanso remunerado y la licencia de maternidad, pues en estos casos ha indicado que no puede haber una desmejora de los ingresos percibidos habitualmente por el trabajador, y por ende, deben ser liquidadas con la inclusión de la prima técnica por desempeño. Al respecto, señaló:

*"...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,<sup>8</sup> 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*

---

<sup>4</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. C.P. Tarsicio Cáceres Toro. Sentencia de 14 de abril de 2005. Radicación número: 25000-23-25-000-2001-04805-01(5726-03). Actor. Hernando Peña Castro.  
Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. C.P. Tarsicio Cáceres Toro. Sentencia de 19 de enero de 2006. Radicación número: 23001-23-31-000-2000-1950-01(399-03). Actor. Nelda Arrieta fabra.

*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.*

*Ante todo, la noción de vacaciones en tanto descanso remunerado, que se encuentra en múltiples leyes, en la misma Constitución Política y en los acuerdos de la OIT, según la cual, el trabajador cesa temporalmente su labor sin que se le interrumpa el pago de la remuneración de lo que recibe por sus servicios personales. **Reducir esta remuneración, bajo la idea de que una parte de ella no es factor salarial, implica que el servidor público reciba un monto inferior al salario devengado y además no disfrute plenamente del descanso por la preocupación causada al recibir, durante este período, una compensación económica insuficiente para sufragar los gastos habituales, de acuerdo a su mínimo vital.***

*Una interpretación finalista del artículo 17 del decreto ley 1045 de 1978, permite llegar a la misma conclusión, pues como se exponía en el punto anterior, al enumerar los factores sobre los cuales se debe liquidar y pagar el tiempo de descanso del funcionario administrativo, incluía todos los factores salariales enumerados por la misma ley, salvo los viáticos, indicando claramente que la remuneración por el descanso debe ser la misma que la que se obtiene por el trabajo. Esta idea de pagar por el descanso lo mismo que por el trabajo, que se encuentra inmersa en la norma comentada, debe mantenerse en la interpretación de los decretos sobre prima técnica por desempeño y prima de dirección, de manera que el valor de éstas no puede serle descontado al funcionario que salga de vacaciones.(...)”<sup>5</sup> (Resalta el Despacho).*

Advierte el Despacho que no le asiste razón al apoderado de la parte actora al pretender hacer extensiva esta última interpretación, a efectos de lograr la inclusión de la prima técnica en la liquidación de la prima de vacaciones, como quiera que el descanso remunerado y la

---

<sup>5</sup> Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. C.P. Enrique José Arboleda Perdomo. Concepto de 4 de septiembre de 2007. Radicación número: 1834



prima de vacaciones tienen una naturaleza jurídica distinta, pues el primero corresponde a un reconocimiento en tiempo libre y en dinero a que tiene derecho todo empleado público por haberle servido a la administración durante un (1) año, el cual debe ser liquidado con el salario devengado al momento de salir a disfrutarlas, mientras que la segunda se trata de un auxilio económico que percibe el empleado, por valor de quince días de salario, con el fin de que disponga de recursos adicionales para disfrutar de su período de descanso, respecto del cual, según se explicó, el legislador tiene la libertad de disponer sobre qué factores debe liquidarse, sin que ello vulnere los derechos de los trabajadores ni su derecho a la igualdad.

Finalmente, la parte actora refiere en sus alegatos que el problema jurídico no se circunscribe a analizar la naturaleza jurídica de la prima técnica, sino que el estudio se debe limitar a la interpretación y aplicación de manera favorable del Decreto 1045 de 1978 *"por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional"*.

Sea del caso señalar que en efecto, por virtud del Decreto 1919 de 2002, los empleados públicos del orden territorial gozan del régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional, esto es, el dispuesto en el Decreto 1045 de 1978, que en lo que interesa al *sub lite*, dispone:

***"...Artículo 17º.- 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) Los gastos de representación;*
- d) La prima técnica;*
- e) Los auxilios de alimentación y transporte;*
- f) La prima de servicios;*
- g) La bonificación por servicios prestado.*

*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.(...)”*

Precisa el Despacho que no es posible acudir al principio de interpretación invocado por la parte actora, según el cual, *"donde el legislador no distingue no le es dado al intérprete distinguir"*, como quiera que si bien el Decreto 1045 de 1978 refiere de manera general a la prima técnica como factor salarial para liquidar las vacaciones y la prima de vacaciones, dicha norma no puede ser interpretada de manera aislada del resto del ordenamiento jurídico, pues existe un precepto normativo que reguló expresamente dicha prestación, esto es, el Decreto 1616 de 1991, el cual, dispuso taxativamente que cuando la prima técnica era reconocida por evaluación del desempeño no sería factor salarial, expresión que ya fue analizada en sede de constitucionalidad y se encontró ajustada a la Carta Política.

### **5. Conclusión:**

El Despacho denegará las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que el Decreto 1616 de 1991, estableció de manera expresa que la prima técnica por razón de evaluación del desempeño no podía ser considerada factor salarial para liquidar prestaciones sociales; disposición que fue analizada por la Corte Constitucional, encontrando que dicha diferenciación se basaba en razones objetivas y no arbitrarias, y que se había dado en el marco de la libertad legislativa de establecer los factores a tener en cuenta para liquidar prestaciones sociales.

Así mismo, se acoge la posición de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en la que determinó que la prima técnica por evaluación de desempeño solo podía ser tenida en cuenta como factor salarial para liquidar las vacaciones y la licencia de maternidad, en atención a la naturaleza jurídica de las mismas, no así para las restantes prestaciones sociales, pues frente a estas debía acudirse a lo preceptuado en el Decreto 1045 de 1978 en concordancia con el Decreto 1616 de 1991.

### **⚡ DE LAS COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO:**

Se condenará en costas y agencias en derecho a la parte vencida, tal como lo ordena el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, las cuales serán liquidadas por Secretaría de conformidad con el artículo 366 del CGP.

En los términos del numeral 3.1.2. del Acuerdo 1887 de 2003, fíjese como agencias en derecho el 3% del valor de las pretensiones de la demanda, esto es, la suma de \$30.802,5.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

**FALLA:**

**PRIMERO: NIEGANSE** las pretensiones de la demanda.

**SEGUNDO: Condénese** en costas a la parte demandante de conformidad con el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011. Líquidense por Secretaría y sígase el trámite que corresponda.

**TERCERO:** En los términos del numeral 3.1.2. del Acuerdo 1887 de 2003, fíjese como agencias en derecho el 3% del valor de las pretensiones negadas en la sentencia, esto es, la suma de \$30.802,5.

**CUARTO:** Si existe excedente de gastos procesales, devuélvanse al interesado. Realícense las anotaciones de rigor en el sistema siglo XXI y verificado su cumplimiento (Art. 298 CPACA). Archívese el expediente dejando las constancias respectivas.

**QUINTO: NOTIFÍQUESE** por Secretaría del contenido de la presente providencia en la forma y términos previstos en el artículo 203 del CPACA a las partes y al Ministerio Público.

**NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
**ASTRID XIMENA SANCHEZ PÁEZ**  
Juez