



**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN SEGUNDA-SUBSECCIÓN A**

**Consejero Ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS**

Bogotá, primero (1) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

**Radicación: 73001233300020140014601**

**No. Interno: 4772-14**

**Apelación sentencia. Reconocimiento Prima Técnica**

**Actor: María Islena Chambo Peña**

Le corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 7 de octubre de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, que denegó las pretensiones de la demanda.

## **1. Antecedentes**

### **1.1. La demanda**

#### **1.1.1. Pretensiones**

Maria Islena Chambo Peña, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, solicitó que se declare la nulidad del Oficio SAC2013EE11626 de 12 de julio de 2013, por el cual el secretario de Educación y Cultura de la Administración Central del departamento del Tolima denegó el reconocimiento y pago de la prima técnica por evaluación de desempeño.

Como consecuencia de la anterior declaración, solicitó condenar a la entidad demandada al reconocimiento de la prima técnica por evaluación de desempeño desde el año 1997 sobre la asignación básica mensual correspondiente; que se cancelen las sumas adeudadas conforme al índice de precios al consumidor; y, que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de lo dispuesto en el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

#### **1.1.2. Hechos**

Para sustentar sus pretensiones, la parte actora expuso los siguientes hechos:

**1.1.2.1.** Se vinculó al servicio del Departamento del Tolima – Secretaría de Educación, en el cargo de auxiliar administrativo código 407 grado 9.

**1.1.2.2.** Durante el tiempo que ha prestado sus servicios al ente Departamental no ha sido sancionada disciplinariamente y ha obtenido puntajes superiores al 90 % de la calificación total asignada anualmente.

**1.1.2.3.** El 9 de mayo de 2013 solicitó el reconocimiento y pago de la prima técnica por evaluación de desempeño, así como la regulación de su pago hacia futuro; petición que fue denegada, en contravía de los postulados consagrados en los Decretos 1661 de 1991 y 1724 de 1997.

### **1.1.3 Normas violadas y concepto de la violación**

Como tales se señalaron los artículos 1, 2, 6, 13, 25, 53 y 58 de la Constitución Política; 1, 4 y 10 del Decreto 1661 de 1991 y 4.º del Decreto 1724 de 1997.

Al desarrollar el concepto de violación, se adujo que la parte actora tiene derecho a la prima técnica por evaluación de desempeño, pues conforme a las normas previamente señaladas y del material probatorio aportado al plenario se puede inferir que obtuvo calificaciones superiores al 90%, desempeñó funciones que demandaron la aplicación de conocimientos administrativos, y ocupó un cargo en propiedad, requisitos que hacen viable el reconocimiento de la citada prima técnica.

### **1.2. La contestación de la demanda**

El apoderado especial del Departamento del Tolima se opuso a las pretensiones de la demanda y expuso como argumentos de defensa, los siguientes:

Señaló que el Consejo de Estado, en la sentencia del 19 de marzo de 1998, Consejero ponente Silvio Escudero, declaró la nulidad del artículo 13 del Decreto 2164 de 1991, «por el cual se facultaba a los gobernadores y alcaldes para adoptar los mecanismos necesarios para la aplicación del régimen de prima técnica, a los empleados públicos del orden departamental y municipal» como quiera que la intención del legislador al conferir las potestades extraordinarias, fue únicamente englobar o comprender a los empleos del sector público del orden nacional.

Dijo que de conformidad con lo anterior, se ha mantenido la tesis jurisprudencial, en la que se concluye que no es procedente el reconocimiento de la prima técnica a los empleados del orden departamental, considerando que esta asignación solo es atribuible a los empleados públicos del orden nacional.

Propuso como excepciones las de cobro de lo no debido, inexistencia de vulneración de principios constitucionales y legales, y buena fe.

### **1.3. La sentencia apelada**

El Tribunal Administrativo del Tolima en la audiencia inicial celebrada el 7 de octubre de 2014 denegó las pretensiones de la demanda.

Señaló que conforme a los Decretos 1661 de 1991, y 2164 del mismo año, el reconocimiento y pago de la prima técnica solo cobija a los empleados del orden nacional, debido a que la norma que permitía establecerla para los

empleados territoriales fue declarada nula por el Consejo de Estado, y dado que la entidad demandada es del orden territorial, se hace incuestionable que a la actora no le asiste el derecho por tratarse de una empleada al servicio del Departamento del Tolima.

#### **1.4. El recurso de apelación**

La señora Maria Islena Cambo Peña, actuando por intermedio de apoderado, interpuso recurso de apelación, argumentando que el tribunal incurrió en error al afirmar que no era posible reconocer la prima técnica a funcionarios de Entidades del Orden Territorial, pues de conformidad con lo previsto en el Decreto 1919 de 2002<sup>1</sup>, los empleados públicos vinculados o que se vinculen dentro del Nivel Central, Departamental y Distrital tienen derecho a devengar las prestaciones contempladas en el régimen de los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional en el cual está incluida la prima técnica.

#### **1.5. Alegatos de conclusión en segunda instancia**

##### **1.5.1. Parte demandante**

El apoderado especial de la parte actora reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

---

<sup>1</sup> **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.

La parte demandada y el Ministerio Público guardaron silencio en esta etapa procesal.

La Sala decide, previas las siguientes,

## **2. Consideraciones**

### **2.1. El problema jurídico**

Se circunscribe a determinar si la señora Maria Islena Chambo Peña es beneficiaria del reconocimiento de la prima técnica por evaluación de desempeño, en los términos consagrados en la Ley 60 de 1990 y los Decretos 1661 y 2164 de 1991 y 1724 de 1997.

### **2.2. Marco normativo y jurisprudencial**

#### **2.2.1. Prima técnica por evaluación de desempeño**

En uso de las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 2 de la Ley 60 de 28 de diciembre de 1990<sup>2</sup>, el presidente de la República expidió el

---

<sup>2</sup> **Ley 60 de 1990**, «Por la cual se reviste el Presidente de la República de facultades extraordinarias para modificar la nomenclatura, escalas de remuneración, el régimen de comisiones, viáticos y gastos de representación y tomar otras medidas en relación con los empleados del sector público del orden nacional».

«**Artículo 2.** 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[.]...

Decreto Ley 1661 de 27 de junio de 1991<sup>3</sup>, 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.

El artículo 2 del mencionado decreto estableció dos criterios alternativos para el otorgamiento de la prima técnica, en los siguientes términos:

**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 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.

**Parágrafo 2º.-** La experiencia a que se refiere este artículo será calificada por el jefe de la entidad con base en la documentación que el funcionario acredite.

---

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».

<sup>3</sup> «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».

El artículo 3 *ibídem* señaló que para tener derecho a la prima técnica por el criterio de formación avanzada y experiencia altamente calificada se requiere estar desempeñando un cargo en los niveles profesional, ejecutivo, asesor o directivo; en tanto que la prima técnica por evaluación del desempeño podría asignarse en todos los niveles. A su vez, el párrafo del mencionado artículo señaló que «En ningún caso podrá un funcionario o empleado disfrutar de más de una Prima Técnica».

Posteriormente, el Decreto Reglamentario 2164 de 17 de septiembre de 1991<sup>4</sup> 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»<sup>5</sup>.

En cuanto a la prima técnica por evaluación de desempeño, el artículo 5 dispuso:

**Artículo 5.** De la prima técnica por evaluación del desempeño. Por este criterio tendrán derecho a prima técnica los empleados que desempeñen, en propiedad, cargos que sean susceptibles de asignación de prima técnica, de acuerdo con lo establecido en el artículo 7 del presente Decreto, de los niveles directivo, asesor, ejecutivo, profesional, técnico, administrativo y operativo, o sus equivalentes en los sistemas especiales, y que obtuvieren un porcentaje correspondiente al noventa por ciento (90%), como mínimo, del total de puntos de cada una de las calificaciones de

---

<sup>4</sup> «Por el cual se reglamenta parcialmente el Decreto-Ley 1661 de 1991».

<sup>5</sup> Artículo 1.º inciso segundo.

servicios realizadas en el año inmediatamente anterior a la solicitud de otorgamiento.

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

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

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 Castro<sup>6</sup> declaró la nulidad de la citada disposición con base en los siguientes argumentos:

---

<sup>6</sup> Radicado No. 11995. Sentencia de 19 de marzo de 1998.

“[...] 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 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.

### **2.2.2. Alcance del Decreto 1919 de 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.º estableció:

Artículo 1.º **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.

**Las prestaciones sociales contempladas en dicho régimen serán liquidadas con base en los factores para ellas establecidas.** (Negrillas de la sala).

Del análisis del artículo en comento, esta Corporación en reiterada jurisprudencia<sup>7</sup> 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.

---

<sup>7</sup> Véase las sentencias del 28 de octubre de 2015. expediente: 2445-2014 Consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez; y del 30 de julio de ese año, expediente: 4251-13 Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero

Sin embargo, es necesario decir que -aún con la equiparación realizada por el artículo 1º 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.<sup>a</sup> de 1992, y no a instituciones municipales, departamentales o distritales.

En un asunto de similares contornos, esta corporación en la sentencia del 20 de marzo de 2014 expediente 1919-13 Consejero Ponente Gerardo Arenas Monsalve señaló:

La prima técnica no constituye una prestación social sino un factor salarial<sup>8</sup> para atraer o mantener personal calificado en la función pública, razón por la cual dicho complemento salarial no está cobijado por las disposiciones del artículo 1 del Decreto 1919 de 2002, mediante el cual se hizo extensivo al orden territorial, el régimen de prestaciones sociales establecido para los empleados públicos del orden nacional, como erróneamente lo interpretó el actor.

En este orden, no resulta acertada la censura cuando plantea que la prima técnica reconocida debe continuar aplicándose en virtud de lo previsto en el artículo 2 del Decreto 1919 de 2002<sup>9</sup>, pues aquella no se encuentra comprendida

---

<sup>8</sup> Artículo 42 Decreto 1042 de 1978.

<sup>9</sup> **Decreto 1919 de 2002. Artículo 2.-** A las personas vinculadas a las Empresas Sociales del Estado se les continuará aplicando el régimen de prestaciones sociales de la Rama Ejecutiva del Orden nacional, de conformidad con lo establecido en el artículo 195 de la Ley 100 de 1993».

dentro del alcance de dicha disposición normativa, que alude exclusivamente al *régimen prestacional* de los empleados públicos y no al régimen salarial.

### **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 2013<sup>10</sup> 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 inaplicando<sup>11</sup> 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 se 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.

---

<sup>10</sup> MP Dr. Luís Ernesto Vargas Silva.

<sup>11</sup> Véase la sentencia del 2 de mayo de 2013, expediente 0477-12, actor: Maria Helena Rodriguez Gamboa, Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero.

1. «del orden nacional», contenida en el artículo 1°.
2. «a quienes se aplica este Decreto», contenida en el artículo 31.
3. «para los funcionarios a que se refiere el artículo 1» y «de los enumerados en el artículo 1 de este Decreto», contenidas en el artículo 45.
4. «por la ley», prevista en el artículo 46.
5. «a que se refiere el artículo 1 del presente Decreto», prevista en el artículo 50.
6. «señaladas en el artículo 1 de este Decreto», indicada en el artículo 51.
7. «Los funcionarios a quienes se aplica el presente Decreto», contenida en el artículo 58.
8. «a que se refiere el presente decreto», prevista en el artículo 62.

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.

[...]

En efecto, se ha explicado en esta sentencia que la determinación del régimen salarial de los servidores públicos del orden territorial responde a una fórmula de armonización entre el principio de Estado unitario y el grado de autonomía que la Constitución reconoce a las entidades locales. A partir de ese marco, el Congreso y el Gobierno fijan los criterios y objetivos generales a los que se sujetan las entidades territoriales para el ejercicio de sus competencias, se insiste de raigambre constitucional, para la fijación de las escalas salariales y los emolumentos de los cargos adscritos a ellas.

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 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.

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 inaplicando 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.

### **2.3. Caso concreto**

**2.3.1.** A través del presente medio de control, la señora Maria Islena Chambo Peña solicita el reconocimiento y pago de una prima técnica por evaluación del

desempeño en su condición de servidor público del Departamento del Tolima, argumentando que durante todo el tiempo que ha permanecido vinculada al ente territorial sus calificaciones de servicio superan el 90% de los criterios de evaluación.

Dentro del expediente se encuentra acreditado que la actora se vinculó al servicio del departamento del Tolima en el cargo de auxiliar administrativo 407-09, nivel asistencial, área funcional de recursos humanos, y fue calificada por los periodos comprendidos entre el 1/02/09<sup>12</sup> al 31/01/10 del 11/02/10 al 31/01/11<sup>13</sup>, del 01/02/11 al 31/01/12<sup>14</sup>, del 13/08/12 al 31/01/13<sup>15</sup> y del 01/02/13 al 31/07/13<sup>16</sup>.

De conformidad con lo anterior, estima la Sala que en el caso concreto no hay duda de que la demandante ha venido desempeñándose como empleado público del orden territorial 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

---

<sup>12</sup> Folios 13-22

<sup>13</sup> Folios 23-32

<sup>14</sup> Folios 33-42

<sup>15</sup> Folios 43-47

<sup>16</sup> Folios 48-53

anulada por esta Corporación en la sentencia del 19 de marzo de 1998, con ponencia del doctor Silvio Escudero Castro.

Sobre el particular, es preciso señalar que en un asunto de similares contornos, esta corporación<sup>17</sup> 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 sólo 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.

---

<sup>17</sup> Sentencia del 20 de marzo de 2014, Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve, expediente 1919-13.

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 1978<sup>18</sup>, 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 desconocimiento del artículo 13 de la Constitución Política.

### **3. Conclusión**

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

### **4. De la condena en costas**

Esta Subsección en sentencia del 7 de abril de 2016<sup>19</sup>, respecto de la condena en costas en vigencia del CPACA, concluyó que la legislación varió del Código Contencioso Administrativo al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de un criterio subjetivo a uno objetivo valorativo.

Objetivo, en cuanto prescribe que en toda sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, bien sea total o parcial o con abstención, según las reglas del Código General del Proceso; y valorativo, en cuanto se requiere que el juez

---

<sup>18</sup> Sentencia C-402 de 3 de julio de 2013

<sup>19</sup> Rad. 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014), actor: José Francisco Guerrero Bardi, Consejero ponente: William Hernández Gómez.

revise si ellas se causaron y en la medida de su comprobación (como sucede con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad profesional realizada dentro del proceso), sin que en esa valoración se incluya la mala fe o temeridad de las partes.

Así mismo, se definió que la cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de las partes, pues varía según sea la parte vencida el empleador o el trabajador (Acuerdo 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura) y la complejidad e intensidad de la participación procesal; que las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas; que la liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho) la hará el juez de primera o única instancia y que procede condenar en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Conforme a las anteriores reglas, no hay lugar a imponer condena en costas, como quiera que no se presentó intervención alguna de la parte demandada durante el trámite de segunda instancia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

## **FALLA**

**1. Confirmar** la sentencia del siete (7) de octubre de dos mil catorce (2014) proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, que negó las súplicas de la

demanda, dentro del proceso promovido por Maria Islena Chambo Peña contra el Departamento del Tolima

2. Sin condena en costas en la segunda instancia

**Cópiese, notifíquese y cúmplase.**

**WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ**

**GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**

**RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS**