



**Función Pública**

## Concepto 275281 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20206000275281\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000275281

Fecha: 25/06/2020 01:04:30 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: REMUNERACIÓN. Sobresueldo. Radicado: 20202060209032 del 27 de mayo de 2020

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si es deber de una Empresa Social del Estado reconocer el sobresueldo a una persona perteneciente a la misma.

Al respecto, me permito manifestarle lo siguiente:

Inicialmente, es importante mencionar que conforme al artículo 26 de la Ley 10 de 1990 las plantas de personal de las Empresas Sociales del Estado, por regla general, se conforman por empleados públicos y, excepcionalmente por trabajadores oficiales, entendidos, como aquellos que realizan actividades de mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales.

Por lo tanto, y dado que en su consulta no aclara cuál es la vinculación de la persona que reclama el sobresueldo. Nos pronunciaremos a las diferencias, en temas de remuneración, entre empleados públicos y trabajadores oficiales.

En este entendido, en el caso que la persona a la que hace referencia en su consulta tenga una vinculación legal y reglamentaria es decir que sea un empleado público se debe tener en cuenta el criterio dado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado<sup>1</sup> respecto a extender el reconocimiento de elementos salariales fijados para los empleados del orden Nacional a empleados del orden territorial, con base en los siguientes argumentos:

«En el caso de las autoridades públicas el deber de obediencia al ordenamiento jurídico constituye además el fundamento para el ejercicio de las competencias, de acuerdo con lo previsto en el artículo 121 de la Carta, según el cual “Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”, lo que hace que la competencia sea un presupuesto de validez de los actos que se profieren, de manera que si una autoridad pública expide un acto sin ser titular de ella, éste sería nulo.

En tal sentido, encontrándose vigente el decreto ley 1042 de 1978 que contempla los elementos salariales para los empleados públicos del orden nacional, no podrían los entes territoriales asumir una competencia de la que carecen y hacer extensivo a sus servidores tales elementos.

-

Con base en las anteriores consideraciones la Sala, RESPONDE:

1. ¿Deben los entes territoriales reconocer y pagar los elementos de salario contemplados en el Decreto 1042 de 1978 a sus empleados públicos?”

-

El decreto ley 1042 de 1978 se encuentra vigente, pero en cuanto sólo contempla los elementos salariales para los empleados públicos del orden nacional, su regulación sobre este respecto no puede hacerse extensiva a los servidores públicos del orden territorial». (Subrayado fuera del texto).

-

De acuerdo al pronunciamiento anterior, la competencia de las Corporaciones territoriales (asambleas y concejos) se limita a la fijación de las escalas de remuneración para las distintas categorías de empleos, más no para regular elementos salariales y/o prestacionales. Por cuanto, dicha competencia es exclusiva del Gobierno Nacional.

Así mismo, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado<sup>2</sup> también se pronunció con respecto a la ilegalidad de reconocer primas extralegales a los empleados públicos, afirmando:

«[...] Las asignaciones salariales creadas por ordenanzas antes del Acto Legislativo 01 de 1968 son ajustadas a derecho y deberán ser pagadas a los servidores de la educación a cuyo favor hayan sido legalmente decretadas, hasta cuando se produzca su retiro. [...]

Para el período transcurrido desde la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 1968 hasta la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, es claro que el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos de todos los niveles no podía ser creado por acuerdos y ordenanzas y que a las asambleas departamentales solamente les estaba asignada la competencia para determinar las escalas salariales.

Por tal razón las normas departamentales que crearon primas extralegales contrariaban la Constitución Política de manera evidente, lo que implica para la Administración la obligación de aplicar la excepción de inconstitucionalidad. [...]

Ningún educador podía ni puede ser beneficiario de asignaciones salariales creadas en oposición a la Constitución.

No obstante, los dineros percibidos por los docentes desde que entró a regir el Acto Legislativo 1 de 1968, en principio no deben ser reintegrados pues se entienden recibidos de buena fe. [...]

Las primas extralegales creadas por corporaciones o autoridades territoriales no pueden ser pagadas pues carecen de amparo constitucional. [...]

Para evitar el pago de lo no debido, la Administración debe aplicar la excepción de inconstitucionalidad respecto de los actos expedidos por las autoridades territoriales que crearon las denominadas primas extralegales. [...]

Los dineros percibidos por los docentes y originados en los conceptos aludidos desde que entró a regir la Constitución de 1991, en principio no deben ser reintegrados pues se entienden recibidos de buena fe.

En todo caso, si la Administración considera que se debe obtener el reintegro de lo indebidamente pagado, podrá acudir al medio de control de reparación directa. [...]

Por ser asignaciones sin amparo constitucional no pueden ser pagadas por el Estado».

Conforme a lo anterior, el Consejo de Estado considera que aquellos elementos salariales y prestacionales que se hayan expedido por las autoridades territoriales con posterioridad al Acto Legislativo 1 de 1968 carecen de amparo constitucional por cuanto, dicha competencia ha sido atribuida única y exclusivamente al Gobierno Nacional.

En este orden de ideas, una vez revisado el Decreto Ley 1042 de 1978 no se encontró el elemento salarial denominado “sobresueldo” que haya sido creado para los empleados públicos del orden territorial.

Ahora bien, si, por el contrario, el señor, objeto de consulta, tiene una vinculación de carácter contractual como trabajador oficial se entiende que el mismo puede negociar las condiciones de su relación laboral a través del contrato de trabajo, la convención colectiva, el pacto o laudo arbitral o en las normas del reglamento interno de trabajo. En lo no previsto en dichos instrumentos se aplicará las normas de la Ley 6 de 1945 y el Decreto 1083 de 2015.

Por tanto, corresponde a la E.S.E. verificar en los instrumentos que rigen a los trabajadores oficiales si se acordó el reconocimiento de un sobresueldo, así como, las condiciones para su pago.

En consecuencia, y de acuerdo a los elementos presentados en su consulta no son claros, corresponde al interesado, de acuerdo a las precisiones que se han dejado indicadas, determinar las condiciones de la vinculación del señor que solicita el sobresueldo, así como, la procedencia de reconocer dicho elemento salarial.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web [www.funcionpublica.gov.co/eva](http://www.funcionpublica.gov.co/eva) en el link «Gestor Normativo» donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Angélica Guzmán Cañón

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Radicación 1.956 del 10 de septiembre de 2009, Número Único 11001-03-06-000-2009-00038-00, Referencia: Función Pública. Aplicación del Decreto Ley 1042 de 1978 a los empleados públicos del nivel territorial. Excepción de inconstitucionalidad.

2. Radicado número 11001-03-06-000-2016-00110-00(2302) del 28 de febrero de 2017, Consejero Ponente: Germán Bula Escobar

---

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:13:03