



Función Pública

Concepto 085191 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000085191

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000085191

Fecha: 11/03/2021 11:45:49 a.m.

Bogotá D.C.

REF: REMUNERACION. Quinquenio. Prima de servicios como factor de salario para liquidar el quinquenio en una entidad del nivel territorial. RAD. 20219000129572 del 10 de marzo de 2021.

En atención a su comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si es procedente tener en cuenta la prima de servicios como factor de salario para liquidar el quinquenio de un empleado vinculado en una entidad del nivel territorial, me permito manifestarle lo siguiente:

Con el fin de dar respuesta a su escrito, se considera pertinente indicar que, de acuerdo con lo previsto en la Constitución Política (Artículo 150, numeral 19, literal e)), la autoridad facultada para establecer el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos es el Gobierno Nacional, en ese sentido, no se considera viable que otras autoridades, como es el caso de las corporaciones públicas (Asambleas departamentales o concejos municipales), establezcan mediante ordenanza o acuerdo la creación de elementos salariales o prestacionales a favor de los empleados públicos del nivel territorial.

Ahora bien, una vez revisadas las normas que determinan los elementos salariales y prestacionales a favor de los empleados públicos del nivel territorial, contenido entre otros, en el Decreto 314 de 2020, el Decreto 2351 de 2014, el Decreto 1545 de 2013; así como el Decreto Ley 1045 de 1978, no se evidencia una que haya ordenado la creación de quinquenio a favor de los empleados vinculados a las entidades territoriales.

Respecto de los efectos de los actos administrativos mediante los cuales las corporaciones públicas hayan creado elementos salariales (como es el caso del quinquenio) o elementos prestacionales, el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, consejero ponente: Germán Bula Escobar, fecha: 28 de febrero de 2017, radicado número 11001-03-06-000-2016-00110-00(2302), se refirió respecto a la procedencia de reconocer primas extralegales, así:

"[...] 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 lo anterior, el Consejo de Estado considera que aquellos elementos salariales y prestacionales que se hayan expedido por las autoridades 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.

De acuerdo con lo expuesto, se concluye que los actos administrativos emitidos con posterioridad a la expedición de la Constitución de 1991, mediante los cuales las autoridades territoriales crean elementos salariales (como es el caso del quinquenio de que trata su escrito) o prestacionales sociales, son contrarios al ordenamiento superior y, por lo tanto, señala el Consejo de Estado, la Administración deberá aplicar la excepción de inconstitucionalidad frente a dicho acto administrativo.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público, las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos; así como la normatividad que ha emitido el Gobierno Nacional a propósito de la emergencia ocasionada por el covid - 19, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> y <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html> podrá encontrar conceptos y normativa relacionados con el tema.

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 LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Harold Herreño

Revisó: José Fernando Ceballos

Aprobó: Armando López Cortes

GCJ-601 - 11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2025-03-03 01:55:02