



Función Pública

Concepto 120821 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000120821

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000120821

Fecha: 07/04/2021 12:59:10 p.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA: REMUNERACIÓN - SOBRESUELDO, ordenanza N° 013 de 1947. Radicado: 20212060124872 del 09 de marzo de 2021.

Acuso recibo a su comunicación de la referencia, mediante la cual consulta lo siguiente:

1. En el caso particular del señor García, conforme a los documentos aportados y la historia laboral se puede evidenciar que existió una interrupción laboral de 8 días (sin solución de continuidad), en tal medida sería pertinente aplicarle el 20% del sobresueldo.
2. Es pertinente aplicarle el sobresueldo del 20% emanado de la ordenanza 013 de 1947, basando en el principio de favorabilidad.
3. Es Prudente consultar hipotéticamente que, si se llegare a reconocer el 20% de sobresueldo al funcionario GARCIA, y el Consejo de Estado fallare en contra de los servidores públicos, podrá presentarse un detrimento patrimonial.
4. En el caso particular del señor García, conforme a los documentos aportados y la historia laboral se puede evidenciar su vinculación fue posterior al año 1969, en tal medida sería pertinente aplicarle y pagarle el 20% de sobresueldo.

De lo anterior, me permito manifestarle lo siguiente:

Frente a las competencias del Departamento Administrativo de la Función Pública de acuerdo con lo establecido en el Decreto [430](#) de 2016, le compete formular las políticas generales de Administración Pública, en especial en materias relacionadas con empleo público, la gestión del talento humano, la gerencia pública, el desempeño de las funciones públicas por los particulares, la organización administrativa del Estado, la planeación y la gestión, el control interno, la participación ciudadana, la transparencia en la gestión pública y el servicio al ciudadano, razón por la cual no es de nuestra competencia intervenir en situaciones internas de las entidades, ni de resolver circunstancia de manera particular, de lo pertinente, esta Dirección jurídica realizara un estudio de manera general.

La ley 4 de 1992 “cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales” dispone:

“ARTÍCULO 12. <Artículo CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE> El régimen prestacional de los servidores públicos de las entidades territoriales será fijado por el Gobierno Nacional, con base en las normas, criterios y objetivos contenidos en la presente Ley.

En consecuencia, no podrán las corporaciones públicas territoriales arrogarse esta facultad.

PARÁGRAFO. El Gobierno señalará el límite máximo salarial de estos servidores guardando equivalencias con cargos similares en el orden nacional.”

En ese sentido, sólo el gobierno Nacional se encuentra constitucionalmente facultado para establecer elementos o factores salariales, tanto a nivel nacional como a nivel territorial, de conformidad con los parámetros generales fijados por el Congreso de la República, en observancia de lo que consagra el Artículo 150 numeral 19 literal e) de la Carta Política.

En Sentencia del Consejo de Estado del 27 de octubre de 2011 señalo:

“La Ley 4ª de 1992, como ya se indicó arriba, señaló el marco en el que el Gobierno Nacional podía fijar los salarios, entre otros, del sector salud, y al hacer las regulaciones pertinentes, deja por fuera regulaciones territoriales como la del epígrafe, salvo para quienes en esa fecha hubiesen adquirido el derecho.

En el régimen salarial del sector salud, el Gobierno ejerció esta potestad mediante el Decreto 439 de 1995, en el que con respecto al campo de aplicación, Artículo 1º, señaló: “El presente decreto establece el Régimen Salarial y el Programa Gradual de Nivelación de Salarios y bonificaciones especiales de los empleados públicos de la salud del orden territorial.”; es decir, que el competente ejerció su competencia orgánica y con ello, quedaron derogadas tácitamente cualquier otra normatividad que regulara el tema salarial de este sector de servidores, salvo respecto de quienes ya tuviesen en cabeza ese derecho.

Se repite, para que exista derogatoria de las normas creadas por un nuevo competente no es necesario derogar expresamente actos administrativos que en materia salarial hubieran proferido, en nuestro caso, la Asamblea Departamental, sino con el mero ejercicio de sus competencias regulatorias deja por fuera cualquier disposición que le sea contraria, de manera que el sobresueldo previsto en la Ordenanza 013 de 1947 tuvo una derogatoria tácita con la expedición de la norma que fijó el cuanto salarial de cada empleo, proferido por el Gobierno Nacional en desarrollo de las facultades previstas en la Ley 4ª de 1992 y en concordancia con lo dispuesto por la Ley 60 de 1993 y en especial por el Decreto 439 de 1995.”

De lo anteriormente expuesto, el Consejo de Estado establece que la ley 4 de 1992 quien tiene la potestad para fijar régimen salarial le corresponde al gobierno nacional y deja por fuera las regulaciones territoriales, salvo para quienes tiene derechos adquiridos, por otro lado, establece que las disposiciones que se crearon en este caso la ordenanza 013 de 1947 quedaron tácitamente derogadas al existir normatividad que regula el tema, salvo a quienes ya tuvieren en cabeza ese derecho.

Así mismo, 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».

De 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 consecuencia, en el sentido de que no es posible aplicar la excepción de inconstitucionalidad de la Ordenanza 13 de 1947, toda vez que se expidió cuando las Asambleas Departamentales gozaban de competencia para la creación de elementos de salario, como el caso del sobresueldo, tal como lo ha entendido igualmente la Administración central del Departamento de Cundinamarca al dar paso al pago de dicho elemento, también es cierto que el acto legislativo 01 de 1968 prohíbe la creación por acuerdos u ordenanzas elementos salariales y prestacionales, dicha tesis la refuerza la constitución de 1991 la cual da la potestad al Gobierno Nacional.

Por lo tanto y dando contestación a su consulta, y respecto a los argumentos en la misma, se concluye que los empleados públicos que hayan ingresado a la administración con posterioridad a la expedición del acto legislativo 01 de 1968 no tiene derecho a la aplicación de la ordenanza N° 13 de 1947, así esta no se le aplique la excepción de inconstitucionalidad.

Por ende, el único facultado para establecer elementos salariales y prestaciones de orden territorial es el Gobierno Nacional, en aplicación de la ley 4 de 1992.

Respecto al principio de favorabilidad en materia laboral la sentencia de la corte constitucional T 559 de 2011 expone:

“El principio apunta a superar controversias respecto de la aplicación de dos normas y cuando un precepto admite diversas interpretaciones. A juicio de la Corte, *“la favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones...”*.^[20]

Profundizando en el último escenario propuesto, cuando una norma admite varias interpretaciones, ha expuesto esta Corte que para la aplicación de la favorabilidad deben presentarse, además, dos elementos, a saber: (i) la duda seria y objetiva ante la necesidad de elegir entre dos o más interpretaciones, ello, en función de la razonabilidad argumentativa y solidez jurídica de una u otra interpretación; y, (ii) la efectiva concurrencia de las interpretaciones en juego para el caso concreto, es decir, que sean aplicables a los supuestos fácticos concretos de las disposiciones normativas en conflicto”

En cuanto a lo señalado por la corte constitucional señala que para que se pueda aplicar el principio de favorabilidad deben existir dos elementos como son: la duda seria y objetiva y la efectiva concurrencia de las interpretaciones para el caso en concreto.

Frente a la aplicación del principio de Favorabilidad a la ordenanza 013 de 1947, esta dirección jurídica considera que no se aplica ya que el Acto Legislativo 01 de 1968, le quito la potestad a los entes territoriales la creación de régimen salarial y prestacional a los empleados públicos, así como lo señala el consejo de Estado a los empleados que ya venían con el reconocimiento de estas prestaciones continúan con el pago de la prestación por tener derechos adquiridos y pero las nuevas vinculaciones ya no se aplica.

Igualmente, el Consejo de Estado establece que dichas disposiciones a consecuencia del Acto Legislativo 01 de 1968 caso la ordenanza 013 de 1947 quedaron tácitamente derogadas, no por el hecho de la ordenanza sino por la aplicación del acto legislativo por lo que los elementos para aplicación del principio de favorabilidad no le son aplicables.

Así mismo, si el sobresueldo del 20% señalado en la ordenanza 013 de 1947, se reconoció a un empleado público y este no tenía derecho, la entidad incurriría en un detrimento patrimonial por no darse los presupuestos para su reconocimiento.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; y demás temas competencia de este Departamento Administrativo, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido 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 LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyecto: Adriana Sánchez

Revisó: José Fernando Ceballos

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 13:49:30