



Función Pública

Concepto 237061 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000237061

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000237061

Fecha: 06/07/2021 04:27:16 p.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA. REMUNERACIÓN. Prima de Servicios. RADICACION. 20212060496362 de fecha 30 de junio de 2021.

En atención al oficio de la referencia, mediante el cual consulta si es viable reconocer como derecho adquirido de los servidores públicos del municipio el pago de la prima de servicios equivalente a un mes de salario completo que se les venía reconociendo conforme a los acuerdos del Consejo Municipal, me permito manifestarle lo siguiente:

Inicialmente es importante destacar que la resolución de los casos particulares corresponderá a la autoridad empleadora y nominadora, en cuanto es la instancia que conoce de manera cierta y documentada la situación particular de su personal y, además, en desarrollo de los principios de la especialización presupuestal y de la autonomía administrativa, constituye el único órgano llamado a producir una declaración de voluntad con efectos vinculantes en el mundo del derecho.

Por tanto, este Departamento en ejercicio de sus funciones contenidas en el Decreto 430 de 2016, realiza la interpretación general de las disposiciones legales; sin embargo, no le corresponde la valoración de los casos particulares, y carece de competencia para ordenar reconocimiento de derechos; tampoco funge como ente de control ni es el competente para decidir sobre la legalidad de las actuaciones de las entidades del estado, competencia atribuida a los jueces de la república.

Ahora bien, el Gobierno Nacional mediante la expedición del Decreto 2351 de 2014, reguló la prima de servicios para los empleados públicos del nivel territorial y señaló frente al reconocimiento de esta, lo siguiente:

“ARTÍCULO 1°. Todos los empleados públicos vinculados o que se vinculen a las entidades del sector central y descentralizado de la Rama Ejecutiva del Orden Territorial, a las Asambleas Departamentales, a los Concejos Distritales y Municipales, a las Contralorías Territoriales, a las Personerías Distritales y Municipales y el personal administrativo del sector educación, tendrán derecho, a partir de, 2015, a percibir la prima de servicios de que trata el Decreto Ley 1042 de 1978 en los mismos términos y condiciones allí señalados y en las normas que lo modifican, adicionan o sustituyan. (...)”

Como puede observarse, la prima de servicios para los empleados públicos de nivel territorial se pagará a partir del año 2015, en los mismos términos y condiciones señalados en el Decreto Ley 1042 de 1978 y en lo previsto en el Decreto 2351 de 2014.

La Ley 1042 de 1978 señala con relación a la prima de servicios que se reconoce en el Sector Público:

"ARTÍCULO 58. La prima de servicio. Los funcionarios a quienes se aplica el presente Decreto tendrán derecho a una prima de servicio anual equivalente a quince días de remuneración, que se pagará en los primeros quince días del mes de julio de cada año.

Esta prima no se regirá para los funcionarios que con anterioridad tengan asignada esta contraprestación cualquiera que sea su nombre."

El Decreto 2278 de 2018 "Por medio del cual se modifica parcialmente el Decreto 2351 de 2014", dispone:

"ARTÍCULO 1. Modificar el Artículo 2 del Decreto 2351 de 2014, el cual quedará así:

"ARTÍCULO 2º. La prima de servicios de que trata el presente decreto se liquidará sobre los factores de salario que se determinan a continuación:

a) La asignación básica mensual correspondiente al cargo que desempeña el empleado al momento de su causación

b) El auxilio de transporte

c) El subsidio de alimentación

d) La bonificación por servicios prestados

PARÁGRAFO. El auxilio de transporte, el subsidio de alimentación y la bonificación por servicios prestados constituirán factor para la liquidación de la prima de servicios cuando el empleado los perciba.

Para los alcaldes y gobernadores, además de los factores señalados en el presente Artículo, se tendrá en cuenta como factor para liquidar la prima de servicios los gastos de representación, siempre y cuando los perciban."

Adicionalmente, La Ley 4 de 1992 "Mediante la 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 y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el Artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política", establece:

"ARTÍCULO 10.- Todo régimen salarial o prestacional que se establezca contraviniendo las disposiciones contenidas en la presente Ley o en los decretos que dicte el Gobierno Nacional en desarrollo de la misma, carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos."

Lo anterior quiere decir que en aquellos casos en donde el régimen salarial o prestacional que se establezca contravenga las disposiciones contenidas en la Ley 4 de 1992 o en los decretos que expida el Gobierno Nacional en desarrollo de esta, tendrán falta de efecto y no crea derechos adquiridos.

Respecto de los efectos de los actos administrativos mediante los cuales las corporaciones públicas hayan creado elementos salariales (como es el caso de la prima de servicio extralegal, semestral o extra semestral) 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.” (Subrayado fuera del texto)

En igual sentido, mediante Concepto C.E. 2379 de 2018 la misma sala del Consejo de Estado, La señora Ministra de Educación Nacional resuelve solicitud de aclaración del concepto 2302 emitido por la Sala el 28 de febrero de 2017, disponiendo:

“ii) Primas extralegales creadas para los docentes después del Acto Legislativo 01 de 1968 y antes de la Constitución de 1991

Para este periodo la jurisprudencia de la Sección Segunda y la doctrina de esta Sala del Consejo de Estado han concluido al unísono que 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, pero no para crear derechos de tal entidad.

En consecuencia, las normas departamentales que crearon primas extralegales contrariaban la Constitución Política de manera evidente, lo que implica para el operador jurídico, en este caso la Administración, la obligación de inaplicarlas por inconstitucionales.

Entonces, sin asomo de duda es menester acudir a la excepción de inconstitucionalidad y ante la incompatibilidad de las ordenanzas con la

norma de normas, debe prevalecer la supremacía constitucional.

En suma, las primas extralegales establecidas por las asambleas departamentales a partir del Acto Legislativo 1 de 1968 no pueden ser pagadas pues carecen de amparo constitucional y legal."

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 consecuencia, será preciso revisar los actos administrativos mediante los cuales se hayan creado elementos salariales como la prima a la que hace referencia en su consulta.

Por último en cuanto a la competencia para la creación de elementos salariales y prestacionales de conformidad con lo dispuesto en el literal e) del numeral 19 del Artículo 150 de la Constitución Política, recae exclusivamente en el Gobierno Nacional, dicha circunstancia fue reiterado por la Corte Constitucional en Sentencia C-402 del 3 de julio de 2013, en la cual se indicó que las Asambleas, los Concejos, los Gobernadores y los Alcaldes no tienen competencia para adoptar decisiones sobre el particular.

Por lo tanto y para dar respuesta a su consulta, esta Dirección Jurídica considera que la prima de servicios es un reconocimiento que se da a los empleados públicos vinculados en entidades del sector central y descentralizado de la Rama Ejecutiva del Orden Territorial y el cual consiste en una prima anual equivalente a quince días de remuneración que se pagará en los primeros quince días del mes de julio de cada año conforme a lo dispuesto en la Ley 1042 de 1978 y el Decreto 2351 de 2015. Cualquier norma (ordenanza o acuerdo) contraria a esta disposición, de acuerdo a lo señalado en el Artículo 10 de la Ley 4 de 1992, no tendrá efectos y no otorgará derechos adquiridos.

Me permito indicarle que para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web 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 imparte en los términos del Artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Sonia Estefanía Caballero Sua

Revisó: José Fernando Ceballos Arroyave

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:14:13