



**Función Pública**

## Concepto 047971 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20226000047971\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000047971

Fecha: 28/01/2022 04:09:28 p.m.

Bogotá D.C.

REF.: REMUNERACIÓN. Sobresueldo del 20% establecido mediante Ordenanza 13 de 1947 emitida por la Asamblea del Departamento de Cundinamarca. Edad de retiro forzoso. RAD.: 20222060044482 del 24-01-2022.

Acuso recibo comunicación, mediante la cual solicita concepto sobre el reconocimiento y pago de sobresueldo del 20% de la asignación básica de dos servidores de la Contraloría de Cundinamarca, con fundamento en la Ordenanza 13 de 1947 expedida por la Asamblea Departamental de Cundinamarca; y sobre si procede el retiro forzoso de un empleado al cumplir setenta (70) años de edad, las cuales serán absueltas a continuación así:

1.- Respecto a la consulta si es procedente o no el pago del sobresueldo del veinte por ciento (20%) de la asignación básica salarial, si su reconocimiento es retroactivo, de ser positiva la respuesta desde cuándo se le reconoce este derecho por parte de la entidad, a dos funcionarios que, según certificación laboral adjunta, consideran que tienen derecho en aplicación del Artículo 5º de la Ordenanza 13 de 1947 expedida por la Asamblea Departamental de Cundinamarca, tema sobre el cual se precisa:

En relación con el sobresueldo del 20%, mediante la Ordenanza No. 13 de 1947, la Asamblea de Cundinamarca estableció a favor de los empleados públicos y trabajadores oficiales del Departamento, que cumplan con los requisitos señalados en dicha norma, lo siguiente:

"Artículo 5º. Los empleados y obreros del Departamento que hayan cumplido veinte años o más, al servicio de Cundinamarca, que no hayan sido pensionados y que se hallen en el ejercicio de sus funciones con una antigüedad no menor de cinco años, sin solución de continuidad, tendrán derecho a un aumento del veinte por ciento del sueldo o jornal que devenguen.

La Gobernación procederá a liquidar en el presupuesto las partidas correspondientes, quedando ampliamente facultada para hacer las operaciones del caso, a fin de dar cumplimiento a esta disposición, la cual regirá desde el día primero de julio próximo".

Sobre el mencionado sobresueldo establecido en la ordenanza 13 de 1947, esta Dirección Jurídica ha conceptuado que a la luz de la Constitución Política de 1991, no tiene cabida que las Asambleas Departamentales creen elementos de salario, en tanto que tal competencia - al igual que en materia prestacional - es exclusiva del Gobierno Nacional en virtud del numeral 19 del Artículo 150 de la Carta.

Ahora, bien para el año 1947 y tal como lo afirmó la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en consulta No. 1518 del 11 de Septiembre de 2003 se tiene que "(...) De 1886 a 1968. Según el texto original del Artículo 62 de la Constitución de 1886, la Ley determinaba las condiciones de jubilación y el Congreso de la República creaba todos los empleos y fijaba sus respectivas dotaciones (Artículo 76.7); con el Acto Legislativo No. 3 de 1910, se facultó a las Asambleas para fijar el número de empleados departamentales, sus atribuciones y sueldos (Artículo 54.5) (...)”

(...) Así las cosas, a la luz de la disposición Constitucional vigente a la fecha de expedición de la ordenanza objeto de la Consulta, la Asamblea de Cundinamarca contaba con tal facultad constitucional para establecer los sueldos de los empleados de este nivel, por lo tanto, no es dable pretender aplicar hoy la excepción de inconstitucionalidad por falta de competencia sobre un acto que fue regularmente expedido por esa Corporación en su momento.(...)” (Se subraya y resalta).

En tal sentido se ha concluido que en términos generales las Corporaciones territoriales –Concejos Municipales y Asambleas Departamentales – no tienen competencia para la creación de elementos de salario.

Sin embargo, las Asambleas Departamentales tuvieron competencia para la fijación de “sueldos” en el período comprendido entre 1910 a 1968, por lo cual se considera que la creación de este sobresueldo mediante la Ordenanza 13 de 1947 por parte de la Asamblea de Cundinamarca, se ajusta a las normas que regían la materia y es procedente continuar con su pago con sujeción a lo establecido en ella.

Cabe precisar que en la Consulta del Consejo de Estado que nos ocupa, dicha Corporación respondió:

“1, 2 y 3. De conformidad con lo expuesto en este concepto, respecto a la Ordenanza 13 de 1947 expedida por la Asamblea Departamental de Cundinamarca no resulta aplicable la excepción de inconstitucionalidad prevista en el Artículo 4 de la Carta.”

De esta forma, esta Dirección Jurídica acogió el criterio del Consejo de Estado, 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.

En consecuencia, se considera procedente el pago del sobresueldo para los empleados públicos del Departamento de Cundinamarca con fundamento en la Ordenanza 13 de 1947, y será la entidad correspondiente la competente para verificar el cumplimiento de las condiciones y requisitos, y la fecha a partir de la cual reconoce y paga dicho beneficio.

Ahora bien, no puede perderse de vista que el Consejo de Estado mediante Sentencia radicada con el número: 25000-23-25-000-2004-08852-01(1313-08) del veintisiete (27) de octubre de dos mil once (2011), Consejero ponente: Dr. VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, sobre el tema del sobresueldo de la Ordenanza 13 de 1947, se pronunció en los siguientes términos:

“Es evidente que, al proferirse esta Ordenanza y al regular lo relacionado con sueldos, era vigente y aplicable y, como tal, los derechos adquiridos bajo su imperio, deben respetarse conforme a los postulados del derecho laboral entonces vigente y a lo previsto en el Artículo 48 de nuestra actual Carta Política. Sin embargo, en criterio de la Sala, como ya se indicó arriba, esta clase de normas sufrieron una derogatoria tácita, porque el legislador reguló de manera completa los salarios y prestaciones de los empleados del sector salud, y en especial al fijar los salarios. Es decir que la remuneración salarial estaba en proceso de ser unificada, bajo la escala salarial fijada para el orden nacional, por ello, resulta improcedente reconocer emolumentos previstos en la Ordenanza a los empleados que prestan sus servicios en ese ente territorial, máxime cuando se vincularon después de 1968. 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 conformidad con lo anterior, esta Dirección Jurídica, ha acogido el criterio de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, 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 objeto del presente concepto.

No obstante el mismo Consejo de Estado al pronunciarse en un caso particular y concreto, señaló la derogatoria tacita de la mencionada ordenanza, situación que deberá ser analizada de manera detallada por parte de la Gobernación de Cundinamarca, con el fin de no vulnerar los derechos de los funcionarios que reúnan los requisitos para acceder al sobresueldo consagrado en la mencionada ordenanza.

2.- En cuanto a la consulta si se debe expedir resolución mediante la cual se retire del servicio por cumplimiento de edad de retiro forzoso, o previo a ello debe adelantarse alguna actuación por parte del Ente de Control al cual se encuentra vinculado, se precisa lo siguiente:

Al respecto se precisa que, según lo dispuesto en la Ley 1821 de 2016, en su Artículo 2º, quien cumpla con los requisitos de edad y de semanas mínimas de cotización al sistema de seguridad social para acreditar los requisitos para obtener el reconocimiento de la pensión de jubilación, se puede acoger a la decisión de la opción de permanecer voluntariamente en el ejercicio de su cargo hasta la edad máxima de setenta (70) años para el retiro forzoso del cargo conforme a lo dispuesto en el Artículo 1º de la citada ley, con la obligación de seguir contribuyendo al régimen de seguridad social (salud, pensión y riesgos laborales), sin que le sea aplicable lo dispuesto en el parágrafo 3º del Artículo 9º de la Ley 797 de 2003.

Conforme a lo expuesto y atendiendo puntualmente la consulta, en criterio de esta Dirección Jurídica, si el servidor al cual se refiere, cumplió con los requisitos de edad y de semanas mínimas de cotización al sistema de seguridad social para acreditar requisitos para el reconocimiento de pensión de jubilación, y se acogió a la opción de permanecer voluntariamente en el ejercicio del cargo que viene desempeñando hasta la edad de setenta (70) años, lo cual debió comunicárselo por escrito a la entidad en la cual labora, para que no se le aplique lo dispuesto en el parágrafo 3º del Artículo 9º de la Ley 797 de 2003, será procedente su retiro, una vez el servidor cumpla la edad de retiro forzoso de setenta (70) años.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, 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

Elaboró: Pedro P. Hernández Vergara

Revisó: Maia V. Borja Guerrero

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

---

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:25:26