



Función Pública

## Concepto 069771 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20226000069771\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000069771

Fecha: 09/02/2022 04:31:33 p.m.

Bogotá D.C.,

REF.: REMUNERACIÓN. Prima Antigüedad. ¿Es viable crear la Prima Antigüedad en una entidad del orden territorial mediante ordenanza?  
RADICADOS: 20229000021372 del 13 de enero de 2022.

Acuso recibo de su comunicación, mediante la cual realiza varios interrogantes en relación con la creación de la prima de antigüedad para empleados públicos vinculados a una Empresa Social del Estado.

Al respecto, me permito indicarle que, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016<sup>1</sup>, este Departamento Administrativo tiene como objeto el fortalecimiento de las capacidades de los servidores públicos y de las entidades y organismos del Estado, su organización y funcionamiento, el desarrollo de la democratización de la gestión pública y el servicio al ciudadano, mediante la formulación, implementación, seguimiento y evaluación de políticas públicas, la adopción de instrumentos técnicos y jurídicos, la asesoría y la capacitación, por lo cual no es de nuestra competencia pronunciarnos sobre la resolución de los casos particulares, pues esto le 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, así como tampoco estamos facultados para determinar si dicha situación genera derechos adquiridos o no, por cuanto esta competencia recae en cabeza de los jueces de la república.

No obstante, lo anterior, me permito dar respuesta a sus interrogantes en el siguiente orden:

1. ¿La Asamblea Departamental está facultada legalmente o está dentro de sus competencias constitucionales y legales el establecer mediante Ordenanza la prima de antigüedad para los servidores públicos departamentales del nivel central y descentralizado?

Sea lo primero señalar que, sobre la naturaleza de la prima de antigüedad, la sentencia del 25 de marzo de 1992, expedida por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección Segunda, Magistrada Ponente Doctora Clara Forero de Castro, señaló:

*“..La prima de antigüedad no es una prestación sino que hace parte del salario... Tanto la ley como la jurisprudencia y la doctrina han considerado siempre como salario la prima de antigüedad. Dicha prima de antigüedad es un incremento salarial que se origina en la*

*permanencia del empleado en el servicio y gracias a ella la remuneración mensual se aumenta de acuerdo a los porcentajes establecidos, según el tiempo de esa permanencia.” (Se subraya y resalta)*

Según lo expuesto, la prima de antigüedad hacer parte del salario, por lo que me permito aclarar lo siguiente en relación con la competencia de las entidades territoriales para crear o establecer el régimen salarial o prestacional de los servidores públicos:

La Constitución Política de Colombia en su Artículo 150, numeral 19, otorga al Congreso de la República la potestad para dictar y regular las normas que requiere el Gobierno Nacional para fijar el régimen salarial de los empleados públicos, y en el artículo 313 numeral 6 establece que los concejos municipales podrán determinar “...las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos...”, en concordancia con el artículo 315 numeral 7, que deja en cabeza de los alcaldes la facultad de fijar los salarios de los empleos de sus dependencias en observancia de los acuerdos correspondientes.

Como consecuencia de lo establecido en el mencionado artículo 150 el Congreso de la República expidió la Ley 4ª de 1992, disponiendo en su artículo 12 lo siguiente:

*“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.” (Subrayado fuera del texto).*

Respecto a la facultad de las corporaciones públicas del nivel territorial para fijar, determinar o crear elementos salariales, el Consejo de Estado ha señalado reiteradamente:

*“(...) el Constituyente de 1991, retomó el concepto de escalas de remuneración del Acto Legislativo N° 1 de 1968 y atribuyó a las autoridades seccionales y locales funciones afines en esta materia a las que se venían ejerciendo en vigencia de la Constitución anterior, es decir, conservó el concepto que venía desde la reforma constitucional de 1968, en relación con la necesidad de la existencia de una competencia compartida entre el legislador y el ejecutivo en la regulación de determinadas materias, una de ellas la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, entre otros servidores del Estado. En donde la función del primero se debe limitar a establecer unos marcos generales, unos lineamientos que le circunscriban al segundo la forma como este ha de desarrollar su actividad reguladora para los asuntos señalados por la propia Constitución”.*

*En este orden de ideas, para la Sala es claro que la atribución conferida a las Corporaciones Administrativas Territoriales en los artículos 300-7 y 313-6 de la Constitución Política para determinar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos de los órdenes seccional y local, comprende únicamente la facultad de establecer en forma sucesiva, numérica y progresiva y sistemática tablas salariales por grados, donde se consignan la asignación o remuneración básica mensual para el año respectivo, teniendo en cuenta la clasificación por niveles de los diferentes empleos sobre la base además de que cada nivel tiene una nomenclatura específica de empleos y una escala de remuneración independiente, no involucrándose dentro de tal concepto la potestad de crear factores salariales diferentes”.*

Así mismo, respecto de la autonomía de las entidades territoriales para determinar las estructuras de sus administraciones, fijar las escalas salariales y los emolumentos de sus empleados, el Consejo de Estado ha considerado:

*“En efecto, el artículo 287 Superior prevé que las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses y dentro de los límites de la Constitución y la ley, en virtud de lo cual tienen los siguientes derechos: “1. Gobernarse por autoridades propias. 2. Ejercer las competencias que les correspondan. 3. Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones. 4. Participar en las rentas nacionales”.*

*El artículo 313 ibídem consagra las funciones de los concejos municipales y entre otras la de “6. Determinar la estructura de la administración municipal y las funciones de sus dependencias; las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos; crear, a iniciativa del alcalde, establecimientos públicos y empresas industriales o comerciales y autorizar la constitución de sociedades de economía mixta”.*

*Por su parte, el artículo 315 de la misma normatividad establece: “Son atribuciones del alcalde: ... 7. Crear, suprimir o fusionar los empleos de sus dependencias, señalarles funciones especiales y fijar sus emolumentos con arreglo a los acuerdos correspondientes. No podrá crear obligaciones que excedan el monto global fijado para gastos de personal en el presupuesto inicialmente aprobado”.*

*En concordancia con los anteriores, al referirse a las atribuciones de los Gobernadores y Alcaldes, el artículo 74 de la Ley 617 de 2000 establece: “... El gobernador y el alcalde en ejercicio de las funciones establecidas en los artículos 305 numeral 7 y 315 numeral 7 de la Constitución*

*Política respectivamente, podrán crear, suprimir y fusionar los empleos de sus dependencias, señalar sus funciones especiales y fijar sus emolumentos con sujeción a la ley, las ordenanzas y los acuerdos respectivamente. El gobernador con cargo al tesoro departamental no podrá crear obligaciones que excedan el monto global fijado para el respectivo servicio en el presupuesto inicialmente aprobado. El alcalde no podrá crear obligaciones que excedan el monto globalmente fijado para gastos de personal en el presupuesto inicialmente aprobado. Para dar cumplimiento a los efectos de la presente ley”*

*Sin perjuicio de la autonomía de las entidades territoriales para determinar los aspectos referidos (estructura de sus administraciones, fijación de escalas salariales y emolumentos de sus empleados públicos), en relación con el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos de los mismos órdenes, el Constituyente atribuyó al Congreso, entre otras, la facultad de determinar un límite máximo salarial, dentro del cual las entidades pueden ejercer sus competencias según sus posibilidades fiscales.*

(...)

*Se concluye entonces que, en ejercicio de la autonomía que les confiere la Constitución Política, las entidades territoriales tienen atribución para fijar el régimen salarial de sus servidores, sin exceder los límites establecidos por el Gobierno en los decretos que desarrollan la ley marco; no se trata entonces de unificar el régimen salarial de las entidades territoriales, sino de propugnar porque exista equilibrio entre los salarios de los servidores nacionales y territoriales. (Negrilla y subrayado fuera del texto original).*

De modo que la competencia de las Corporaciones públicas del orden territorial en materia salarial se encuentra reservada a la fijación de las escalas salariales de los empleados públicos de acuerdo con los límites establecidos por el Gobierno Nacional, en ejercicio de la atribución que le confiere la Constitución Política.

En este orden de ideas, en el nivel territorial, el único competente para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos del respectivo orden, es el Gobierno Nacional.

Aclarado lo anterior, es necesario indicar que frente a la prima de antigüedad particularmente, el Decreto 1042<sup>1</sup> de 1978, establece:

*“ARTÍCULO 49.- DE LOS INCREMENTOS DE SALARIO POR ANTIGÜEDAD. Las personas que a la fecha de expedición de este decreto estén recibiendo asignaciones correspondientes a la 3a. o 4a. columna salarial del Decreto 540 de 1977, por razón de los incrementos de antigüedad establecidos en disposiciones legales anteriores, continuarán recibiendo, hasta la fecha en la cual se produzca su retiro del respectivo organismo, la diferencia entre sueldo básico fijado para su empleo en la segunda columna de dicho decreto y el de la tercera o cuarta columna, según el caso.*

*Los incrementos salariales de que trata este Artículo no se perderán cuando los funcionarios cambien de empleo dentro del mismo organismo, tratase de nuevo nombramiento, ascenso, traslado o encargo.*

*El retiro de un organismo oficial no implicará la pérdida de los incrementos salariales por antigüedad cuando el respectivo funcionario se vincule, sin solución de continuidad, a cualquiera de las entidades enumeradas en el Artículo 1o. del presente Decreto.*

*Para efectos de lo dispuesto en el inciso anterior, se entenderá que no hay solución de continuidad si entre el retiro y la fecha de la nueva posesión no transcurrieren más de quince días hábiles.*

*Los funcionarios que perciban incrementos de remuneración por concepto de antigüedad deberán manifestar esta circunstancia al hacer su solicitud de empleo en otra entidad oficial.*

(...)

*ARTÍCULO 97.- DE LOS INCREMENTOS POR ANTIGÜEDAD. De acuerdo con el Artículo 49 de este Decreto, los empleados que estuvieran percibiendo remuneraciones de la tercera o cuarta columna de la escala salarial fijada en el Decreto 540 de 1977, por efecto de los incrementos establecidos en disposiciones anteriores, continuarán recibiendo la diferencia entre tales remuneraciones y el salario fijado para su cargo en la segunda columna de dicha escala hasta la fecha en que se retiren del servicio, aunque cambien de empleo ya sea por razón de nuevo*

nombramiento, ascenso, traslado o encargo. En caso de cambio de entidad se aplicará lo dispuesto en el Artículo 49”.

Por otra parte, el Decreto 961 de 2021<sup>2</sup>, dispone:

*“ARTÍCULO 9. Incremento de salario por antigüedad. A partir del 1° de enero de 2021, el incremento de salario por antigüedad que vienen percibiendo los empleados públicos de las entidades a quienes se les aplica este título, en virtud de lo dispuesto en los Decretos 1042 de 1978, modificado por el Decreto 420 de 1979, se reajustará en el mismo porcentaje en que se incrementa su asignación básica.*

*Si al aplicar el porcentaje de que trata el presente Artículo resultaren centavos, se ajustarán al peso siguiente”.*

Igualmente, el Consejo de Estado por medio de su Sala de Consulta y Servicio Civil<sup>2</sup> ante la Consulta presentada por este Departamento Administrativo, indicó:

*“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)*

En concordancia con la normatividad transcrita, solo tienen derecho al incremento de salario por antigüedad quienes se hayan vinculado en entidades de la Rama Ejecutiva del orden nacional con anterioridad al 01 de abril de 1977.

Así las cosas, esta Dirección Jurídica considera que los empleados públicos que prestan sus servicios en entidades del nivel territorial no tienen derecho al incremento de salario por antigüedad, en razón a que no se encuentran dentro del campo de aplicación del Decreto 1042 de 1978.

Por lo antes expuesto y en atención a su consulta, esta Dirección Jurídica considera que la Asamblea Departamental no está facultada legalmente para crear mediante ordenanza la prima de antigüedad para los servidores públicos departamentales del nivel central y descentralizado, por cuanto esta facultad está en cabeza del Gobierno nacional y además el Decreto 1042 de 1978, que es la norma que regula dicha prima para los empleados de la Rama Ejecutiva del Orden nacional, no se aplica de manera extensiva a las entidades del orden territorial.

2. Si la Ordenanza ya existe y se viene aplicando a estos servidores públicos, en caso de ser contraria a la Constitución y a la Ley, cuál es el procedimiento a seguir para que se suspenda su aplicabilidad.

Sobre el particular, es oportuno informarle que 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 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.

Por consiguiente, de acuerdo con el anterior pronunciamiento del Consejo de Estado, en criterio de esta Dirección Jurídica, no será procedente que se continúe reconociendo y pagando por la autoridad territorial la prima de antigüedad reconocida a los empleados públicos a través de ordenanza con posterioridad al acto legislativo 1 de 1968, ya que esta se reconoció en contra la Constitución Política y la ley 4 de 1992 como se expresó anteriormente.

En este caso y para evitar el pago de lo no debido, la administración debe revisar los actos administrativos mediante los cuales se hayan creado elementos como la prima de antigüedad a la que hace referencia en su consulta, y si se colige que los mismos fueron expedidos con posterioridad a la expedición de la Constitución de 1991, la Administración deberá aplicar la excepción de inconstitucionalidad frente a dichos actos administrativos.

3. ¿En caso de que los servidores públicos del nivel central y descentralizado del orden departamental sean beneficiarios de la mentada prima de antigüedad, se han creado para éstos derechos adquiridos y podrán seguirla devengando o caso contrario la pierden en el momento en que la Ordenanza que la creo se suspenda y sea retirada del ordenamiento jurídico por ser contraria a la Ley si a ello hubiera lugar?

Al respecto, me permito reiterar que, de conformidad con el Decreto 430 de 2016, este Departamento Administrativo no tiene competencia para determinar si un empleado público tiene derechos adquiridos o no por alguna circunstancia en particular, pues esa competencia está en cabeza de los jueces de la República, sin embargo, se precisa que igualmente, la Corte Constitucional en la Sentencia C-314-04 del 1 de abril de 2004<sup>3</sup>, afirmó:

*“De conformidad con la jurisprudencia constitucional, los derechos adquiridos son aquellos que han ingresado definitivamente en el patrimonio de la persona. Así, el derecho se ha adquirido cuando las hipótesis descritas en la ley se cumplen en cabeza de quien reclama el derecho, es decir, cuando las premisas legales se configuran plenamente. De acuerdo con esta noción, las situaciones jurídicas no consolidadas, es decir, aquellas en que los supuestos fácticos para la adquisición del derecho no se han realizado, no constituyen derechos adquiridos sino meras expectativas.*

A este respecto la Corte dijo:

*“La Corte ha indicado que se vulneran los derechos adquiridos cuando una ley afecta situaciones jurídicas consolidadas que dan origen a un derecho de carácter subjetivo que ha ingresado, definitivamente, al patrimonio de una persona. Sin embargo, si no se han producido las condiciones indicadas, lo que existe es una mera expectativa que puede ser modificada o extinguida por el legislador (6)”. (Sentencia C-584/97, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz)*

De igual modo, el Consejo de Estado en Sentencia del 7 de octubre de 2010 de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, se pronunció sobre el tema en los siguientes términos:

*(...) a los empleados públicos de las entidades territoriales, incluyendo a los de las universidades públicas, no les asiste derechos adquiridos sobre las prestaciones sociales que por fuera de lo previsto en la Constitución y en la ley les fueron concedidas a través de acuerdos o cualquier acto administrativo que no haya sido expedido por el Gobierno Nacional, debido a la falta de competencia de los órganos que los profirieron y, por tanto, dichos derechos no se consideran adquiridos con justo título ni conforme a las normas superiores, por lo que tales entidades pueden invocar válidamente la excepción de inconstitucionalidad prevista en el Artículo 4 de la Constitución Política para no seguir reconociendo y pagando prestaciones sociales que no sean las estrictamente legales.*

Como se evidencia de la jurisprudencia transcrita, un derecho adquirido es el que ha entrado al patrimonio de una persona por cumplirse los presupuestos previstos en una ley, siempre y cuando el título legal que los otorga sea lícito; por lo tanto, la prima de antigüedad otorgada fuera de lo previsto en la Constitución y la Ley, no constituye derecho adquirido, por cuanto ha sido reconocida y se está pagando ilegalmente.

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.

Adicionalmente, en el link <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html> encuentra la normativa que ha emitido el Gobierno Nacional con relación a la emergencia sanitaria causada por el covid-19.

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 Ma. Camila Bonilla G.

Reviso: Harold I. Herreño

Aprobó: Armando Lopez C

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública
2. Por el cual se fijan las remuneraciones de los empleos que sean desempeñados por empleados públicos de la Rama Ejecutiva, Corporaciones Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible, y se dictan otras disposiciones.
3. Sala Plena. Corte Constitucional. Exp. D-4842. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

---

*Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:04:18*