



Concepto 090731 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000090731

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000090731

Fecha: 24/02/2022 06:51:36 p.m.

Bogotá D.C.

REF: REMUNERACIÓN. Prima de Servicios. Reconocimiento de la prima de servicios en el orden territorial. RAD.: 20222060056362 del 28 de enero de 2022.

En atención a su comunicación de la referencia, en la cual consulta si un ente territorial puede seguir pagando la prima de servicios con fundamento en un acuerdo municipal expedido con anterioridad al año 2014 y si esa prima puede pagarse igualmente a los servidores que reciben su remuneración con recursos del sistema general de participaciones, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

Inicialmente es importante destacar que este Departamento en ejercicio de sus funciones contenidas en el Decreto 430 de 2016, realiza la interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con el empleo público y la administración de personal; sin embargo, no le corresponde la valoración de los casos particulares, y carece de competencia para ordenar el 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 o de los servidores públicos, competencia atribuida a los jueces de la república. Así las cosas, solo es dable realizar una interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con la materia de su consulta.

Ahora bien, para abordar su petición se hace necesario indicar que, de acuerdo con lo que menciona en su consulta y en sus anexos, la prima de servicios se reconoce en virtud del Acuerdo Municipal 016 de 1985, *“por la cual se crea la prima de servicio para los trabajadores municipales”*

Sobre lo anterior, es importante manifestar que, de conformidad con lo dispuesto en el literal e) del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política, así como lo previsto en la Ley 4 de 1992, la facultad para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos es exclusiva del Presidente de la República, sin que los gobernadores, alcaldes o las corporaciones públicas territoriales (asambleas o concejos) puedan abrogarse dicha competencia.

Respecto de los efectos de los actos administrativos mediante los cuales las corporaciones públicas hayan creado elementos salariales o elementos prestacionales, el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, en providencia de febrero de 2017, dentro del expediente con radicado número 11001-03-06-000-2016-00110-00(2302), con ponencia del Magistrado Germán Bula Escobar, 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."

(Destacado nuestro)

En igual sentido, mediante Concepto No. 2379 de 2018 la misma sala del Consejo de Estado, se 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."

(Destacado nuestro)

Conforme con 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 como la prima de servicios a la que hace referencia en su consulta, y si se colige que la mismos fueron expedidos con posterioridad al acto legislativo 1 de 1968 y a la expedición de la Constitución de 1991, se deberá tener en cuenta lo manifestado por el Consejo de Estado el cual señala que, en caso de advertir que el acto administrativo mediante el cual se creó un elemento salarial o prestacional es contrario al ordenamiento superior, la Administración deberá aplicar la excepción de inconstitucionalidad frente a dicho acto administrativo, y por lo tanto, no podrá seguirse reconociendo y pagando las primes extralegales establecidas por las asambleas departamentales y los concejos municipales a partir del Acto Legislativo 1 de 1968, pues carecen de amparo constitucional y legal.

Ahora bien, mediante el Decreto 2351 del 20 de noviembre del 2014, el Gobierno Nacional reguló el pago de la prima de servicios para los empleados públicos de las entidades del sector central y descentralizado de la Rama Ejecutiva del nivel territorial (alcaldías, gobernaciones, establecimientos públicos, Empresas Sociales del Estado, Empresas Industriales y Comerciales del Estado, entre otras entidades del orden territorial), para los empleados públicos de las Asambleas Departamentales, Concejos Municipales, Contralorías Territoriales, Personerías Distritales y Municipales y al personal administrativo del Sector de Educación, indicando que tendrían derecho percibir la mencionada 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.

Así mismo dispuso el artículo 3 del Decreto 2351 que: *“La prima de servicios que se crea en el presente decreto es incompatible con cualquier otra bonificación, prima o elemento salarial que perciban los empleados de la Rama Ejecutiva del nivel territorial por el mismo concepto o que remuneren lo mismo, independientemente de su denominación, origen o su fuente de financiación.”*

Con fundamento en lo expuesto para responder su consulta, esta Dirección Jurídica concluye lo siguiente:

No resulta procedente reconocer y pagar la prima de servicio extralegal en virtud de la normatividad vigente y de acuerdo al concepto del Consejo de Estado sobre los actos administrativos expedidos después del acto legislativo 01 de 1968, y por lo tanto, deberá aplicarse la excepción de inconstitucionalidad.

Así mismo, debe recordarse que, la prima de servicios, en virtud del artículo 3 del Decreto 2351 de 2014, es incompatible con cualquier otra bonificación, prima o elemento salarial que perciban los empleados de la Rama Ejecutiva del nivel territorial por el mismo concepto o que remuneren lo mismo, independientemente de su denominación, origen o su fuente de financiación.

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 [/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 CORTÉS

Director Jurídico

Proyectó: Melitza Donado.

Revisó: Harold Herreño.

Aprobó: Armando López C.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública.

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:16:39