



Función Pública

Concepto 222041 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000222041

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000222041

Fecha: 17/06/2022 10:10:33 a.m.

Bogotá D.C.

REF.: REMUNERACIÓN. Reconocimiento y pago de prima de antigüedad en el orden territorial. RAD.: 20229000316992 del 10-06-2022.

Acuso recibo comunicación, mediante la cual consulta si los empleados públicos de libre nombramiento y remoción de la planta de personal de la Empresa de Energía de Arauca -ENELAR ESP, tienen derecho a prima de antigüedad, debido a que en ENELAR ESP, se viene pagando esta prima a dos Empleados públicos posiblemente desde los tres años posteriores a su nombramiento, vinculados a nuestra empresa, uno desde el 19 de junio de 1990 (32 años de servicio) y el otro desde el 16 de febrero de 1995 (27 años de servicio). Es de aclarar que la consulta se realiza en atención a que, si bien es cierto, dentro de nuestra convención colectiva de trabajadores en su art 25 se establece el pago de prima de antigüedad, esto es a favor de los trabajadores oficiales y no de empleados públicos de libre nombramiento y remoción.

Al respecto me permito manifestarle lo siguiente:

Para efectos de abordar el estudio y análisis de la consulta, es necesario previamente precisar que la Empresa de Energía de Arauca -ENELAR ESP, creada en el año 1985, es una empresa industrial y comercial del estado del orden departamental, vinculada a la Gobernación de departamento de Arauca, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio a la cual le son aplicables la ley 142 de 1994 de servicios públicos domiciliarios y la Ley 143 de 1994 para la generación, interconexión, trasmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional.

Por otra parte, el reconocimiento y pago del incremento por antigüedad, es un elemento salarial consagrado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional en el Decreto 1042 de 1978, cuyo campo de aplicación no se ha extendido a los empleados públicos del nivel territorial, como serían los empleados públicos de libre nombramiento y remoción de la Empresa de Energía de Arauca - ENELAR ESP.

El Gobierno nacional es el competente para fijar los salarios y prestaciones sociales de los empleados públicos, razón por la cual ninguna autoridad, incluyendo las asambleas departamentales y los concejos municipales tienen facultad en esta materia; ni tampoco procede crear dicho elemento salarial mediante convención colectiva por acuerdo entre las organizaciones sindicales y las autoridades territoriales.

Ahora bien, en relación con la prima de antigüedad, es oportuno señalar 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 extralegales creadas por corporaciones o autoridades territoriales, y a la vez reconocidas y pagadas por dichas autoridades 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 lo estipulado en los literales e) y f) del artículo 150 de la Constitución Política y el pronunciamiento del Consejo de Estado transcrito, en criterio de esta Dirección Jurídica, la prima de antigüedad a la que se hace alusión, fijada mediante convención colectiva, no será procedente que se continúe reconociendo y pagando a los empleados públicos de libre nombramiento y remoción de la planta de personal de la Empresa de Energía de Arauca -ENELAR ESP, a los cuales hace alusión, por cuanto no ha sido creada por el Gobierno nacional que es el competente. En este caso y 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 dicha prima.

Dicha Convención Colectiva firmada entre la Empresa de Energía de Arauca -ENELAR ESP, y la organización sindical solo aplica a los trabajadores oficiales.

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: Harold I. Herreño Suarez

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-11 18:45:07