



**Función Pública**

## Concepto 144641 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20226000144641\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000144641

Fecha: 11/04/2022 04:40:09 p.m.

Bogotá D.C

REFERENCIA: REMUNERACIÓN. Prima extra carcelaria INPEC - RAD. 20222060110112 del 4 de marzo de 2022.

En atención a la comunicación de la referencia, remitida por la Contraloría General de La República, en la cual consulta sobre la legalidad del pago de sobresueldo a funcionarios del INPEC en los convenios interadministrativos suscritos con los entes territoriales, frente a lo anterior, es importante señalar que a este Departamento Administrativo de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016, le compete formular las políticas generales de Administración Pública, en especial en materias relacionadas con empleo público, la gestión del talento humano, la gerencia pública, el desempeño de las funciones públicas por los particulares, la organización administrativa del Estado, la planeación y la gestión, el control interno, la participación ciudadana, la transparencia en la gestión pública y el servicio al ciudadano, razón por la cual no es de nuestra competencia intervenir y/o definir situaciones particulares de las entidades, su estructura o funcionamiento.

Así mismo, este Departamento Administrativo carece de competencia para pronunciarse sobre la legalidad de sobresueldos como el planteado en su consulta, toda vez que dicha facultad le corresponde a los jueces de la república.

No obstante, respecto al sobre sueldo en el INPEC nos permitimos traer a colación lo manifestado en el concepto 20206000407531 de fecha 19 de agosto de 2020, el cual dispone lo siguiente:

Así las cosas, solo es dable realizar una interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con la materia de su consulta. Al respecto, se debe indicar que en virtud de los artículos traídos en su consulta, la Ley 65 de 1993 “Código Penitenciario y Carcelario”, dispone:

ARTÍCULO 17. CÁRCELES DEPARTAMENTALES Y MUNICIPALES. Corresponde a los departamentos, municipios, áreas metropolitanas y al Distrito Capital de Santafé de Bogotá, la creación, fusión o supresión, dirección, organización, administración, sostenimiento y vigilancia de las cárceles para las personas detenidas preventivamente y condenadas por contravenciones que impliquen privación de la libertad, por orden de autoridad policiva.

(...)

En los presupuestos municipales y departamentales, se incluirán las partidas necesarias para los gastos de sus cárceles, como pagos de empleados, raciones de presos, vigilancia de los mismos, gastos de remisiones y viáticos, materiales y suministros, compra de equipos y demás servicios.

(...)

La Nación y las entidades territoriales podrán celebrar convenios de integración de servicios, para el mejoramiento de la infraestructura y el

sostenimiento de los centros de reclusión de sistema penitenciario y carcelario.

(...)

“ARTÍCULO 19. RECIBO DE PRESOS DEPARTAMENTALES O MUNICIPALES. Los departamentos o municipios que carezcan de sus respectivas cárceles, podrán contratar con el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, el recibo de sus presos mediante el acuerdo que se consagrará en las cláusulas contractuales, conviniendo el reconocimiento que los departamentos o municipios hagan del pago de los siguientes servicios y remuneraciones:

a) Fijación de sobresueldos a los empleados del respectivo establecimiento de reclusión;

(...)”

(Subrayas fuera del texto)

En relación con la norma antes transcrita, es pertinente traer a colación el fallo de la Sección Segunda del Consejo de Estado en el cual se pronunció así:

“En resumen, se encuentra que la “prima extra carcelaria” a favor de empleados del INPEC por recibir presos departamentales o municipales en sus centros de reclusión, fue regulada en los arts. 28-b del D. L. 259 /38, 85 de la Ley 32 de 1986, art. 19 -a de la Ley 65 de 1993 (Código Penitenciario y Carcelario), 185 del D. L. 407 /94, Art. 9º del D.L. 446 de 1994, y 4º del Decreto 1345 de 1995. El Art. 85 de la Ley 32 de 1986, que consagró la prima extra carcelaria fue declarado inexecutable por la Corte Suprema de Justicia en Fallo de junio 26 de 1990, exp. 2055 por considerar que quebrantaba el art. 183 de la Constitución Nacional: tal objeción es igualmente válida para la citada prima prevista en los Art. 19-a de la Ley 65 de 1993, 185 del Decreto Ley 407 de 1994, 9 del Decreto ley 446 de 1994, 4 del Decreto 1345 de 1995, frente al actual 287 de la C.P. De esta manera, estas últimas disposiciones resultan INAPLICABLES por vía de excepción de inconstitucionalidad.

(...)

De las consideraciones actuales

Es cierto que el Decreto. Ley 259 de febrero 10 de 1938 dispuso que en las Penitenciarías, Cárceles de Distrito y Cárceles de Circuito, Colonias Penales y Agrícolas, Reclusiones de Mujeres y Reformatorios Nacionales, que reciban presos de los Departamentos y Municipios donde no existan colonias, Reformatorios o Cárceles de éstos, previo contrato con el Director General de Prisiones aprobado por el Ministerio de Gobierno, mediante ciertas condiciones a CARGO DE LOS DEPARTAMENTOS O MUNICIPIOS, se fijó un sobresueldo en cuantía no menor al 20% de las asignaciones (que posteriormente se denominó “prima extra carcelaria”) en favor de los empleados civiles de los centros ya mencionados.

Una norma en parte similar (prima extra carcelaria) se estableció en el art. 85 de la Ley 32 de 1986 de acuerdo con lo establecido en el Dcto. Ley 259 /38, pero en beneficio de “Los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria nacional...”

Ahora bien, la Corte Suprema de Justicia declaró la INEXEQUIBILIDAD del art. 85 de la Ley 32 /86 por considerarlo contrario al art. 183 de la antigua Constitución Nacional y el Consejo de Estado, a su vez, en el fallo ya identificado señaló que otro tanto se predica el art. 28-b del D. L. 259 de 1938, por lo que el primero desapareció del ordenamiento jurídico y el segundo se inaplica por la vía de excepción.

De otra parte, en el art. 19-a de la Ley 65 de 1993 (Código Penitenciario) se fijó un sobresueldo para los empleados del respectivo establecimiento de reclusión nacional, a cargo de los Departamentos o Municipios cuando reciban presos departamentales o municipales, en las condiciones que allí se determinaron. Y en el art. 185-1 del Dcto. Ley 407 de 1994 (del Régimen de personal del Inpec) al referirse a las prestaciones sociales de los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Carcelaria del Inpec reconocidas por la Ley 32 de 1986 y por las normas que el Gobierno Nacional expida en desarrollo de la Ley 4ª de 1992 consagró –entre otras- la prima extra carcelaria.

Ahora bien, respecto de lo dispuesto en el art. 19-a de la Ley 65 /93 (sobresueldo para empleados nacionales a cargo de Departamentos o Municipios) cabe la inaplicación por vía de excepción por la contrariedad de esta obligación frente al art. 287 de la C. P. Y en cuanto al art. 185-1 del Dcto. Ley 407 de 1994 (del Régimen de personal del Inpec) que nuevamente señaló la “prima extra carcelaria” con fundamento en la Ley 32 de 1986, fuera de lo que se dispusiera conforme a la Ley 4ª de 1992, cabe anotar que la Corte Constitucional en fallo de junio 26 /90 declaró la inexecutable del art. 85 de la citada Ley 32 por su contrariedad con el art. 183 de la antigua Constitución Nacional; en esas condiciones, no podía ser revivida la citada prima y en caso de vigencia, cabe la inaplicabilidad por vía de excepción también por su contrariedad con el art. 287 de la C. P. Inexplicablemente, en el art. 9º del Dcto. 446 /94 –mismo año de la normatividad anterior que se citó- y en art. 4º del Dec. 1345 de

1995 se consagró nuevamente la prima extra carcelaria; éstas adolecen del mismo vicio que le imputó la Corte Suprema al art. 85 de la Ley 32 /86 -que fue el fundamento de la consagración de esa prima en el art. 185-1 del D.L. 407 /94, por lo que devienen inaplicables. Pero, si el Legislador desea establecer un “estímulo” a cargo de los entes territoriales para el personal de custodia y vigilancia nacionales, cuando tengan que atender presos departamentales y municipales en establecimientos nacionales, deberá buscar un medio diferente al que utilizó por las decisiones judiciales existentes que impiden su aplicación.

Y en las nuevas disposiciones salariales del personal del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Nacionales no aparece regulada la PRIMA EXTRACARCELARIA, ni otra con otra denominación de igual alcance.

(...)

En el caso sub-lite se tiene que la parte actora es un EMPLEADO ADMINISTRATIVO DEL INPEC cuyo cargo es Auxiliar Administrativo Código 5120 grado 11 que laboraba en la Cárcel del Distrito Judicial de Villavicencio; él reclama la prima extra carcelaria desde sept. 01 /98. Pues bien, para dicho cargo concretamente en las disposiciones pertinentes para la época en discusión no se consagra la PRIMA EXTRACARCELARIA, ni otra de diferente denominación, pero de igual alcance. Además resalta que en el Dcto. Ley No. 407 de feb. 20 de 1994 (del Régimen de personal del Inpec) y específicamente en el inc. 2º del art. 185, para el PERSONAL ADMINISTRATIVO DEL INPEC claramente se estableció que sus prestaciones serían las establecidas para los empleados públicos nacionales por el Gobierno en desarrollo de la Ley 4ª de 1992, dentro de los cuales no existe la prima extra carcelaria, ni otra de denominación diferente, pero de igual alcance.

Además, se recuerda que en la demanda -fundamentalmente- se reclamó el presunto derecho económico con fundamento en los artículos 28-b del D. L. 259 /38 y 17 de la Ley 65 /93. La primera norma inaplicable, como ya se expresó y la segunda, no regula el supuesto derecho económico. Y se analizaron otras normas que regularon la citada prima para el personal que en ellas se determinó y aplicable en otros tiempos, respecto de las cuales se hicieron observaciones sobre su contrariedad con el régimen superior y consecuencias. Varias providencias de esta Corporación igualmente han concluido sobre la denegación de pretensiones similares”. (Subrayas y negrilla fuera del texto)

En igual sentido, la misma sala de la Corporación más adelante, mediante sentencia del 18 de octubre de 2007, con consejero ponente: Bertha Lucia Ramírez De Páez, dispuso:

“... Precisó en aquella oportunidad la Corte Suprema de Justicia, que una cosa es determinar la órbita de acción dentro de la cual deben las entidades territoriales ejercer su autonomía administrativa, y otra, es disponer de su patrimonio para fijar “sobresueldos” de empleados que no son suyos como lo hace la norma acusada. Indicó que al señalarse en la norma el monto del sobresueldo que debe pagar el Municipio o el Departamento sobre las asignaciones que devenguen los miembros de custodia y vigilancia que prestan servicios en establecimientos donde se reciben presos departamentales o municipales, se violaba el artículo 183 de la Constitución Política de 1886. Expresó que: “Se ha dicho, y así lo ha sostenido la Corte, que el Congreso puede determinar la prestación de los servicios a cargo de las entidades territoriales; sin embargo la disposición que se analiza no regula la prestación de un servicio sino que concede un derecho laboral en favor de empleados nacionales, disponiendo de los bienes y rentas de los departamentos y los municipios en franca contravía con los mandatos del artículo 183 de la C.N., por lo que se declarará su inexecutable.” Así las cosas, el sobresueldo de que trata el literal a) del artículo 19 de la Ley 65 de 1993, fue contemplado en normas posteriores como prima extra carcelaria, y fue así como se reguló por los artículos 185 del Decreto Ley 407 de 1994, 9º del Decreto Ley 446 de 1994 y 4º del Decreto 1345 de 1995. Por tanto, y en consideración a la declaratoria de inexecutable del artículo 85 de la Ley 32 de 1986 mencionada, todas las disposiciones señaladas anteriormente resultan INAPLICABLES, se repite, por vía de excepción de inconstitucionalidad. Estima la Sala que, dadas las disposiciones transcritas y los hechos probados en el proceso, para el cargo desempeñado por el actor, esto es, el de PAGADOR, Código 5045-20, y para el cual reclama el sobresueldo del 20% o “prima extra carcelaria”, no está contemplado para la época en discusión, la mencionada prima ni otra de igual alcance. De otra parte, como ya se ha dicho, conforme a lo dispuesto en el Decreto 407 de 1994, para el personal administrativo del INPEC claramente indicó que sus prestaciones serían las establecidas para los empleados públicos nacionales por el Gobierno Nacional en desarrollo de la Ley 4ª de 1992, dentro de las cuales no se consagra la prima extra carcelaria. Así las cosas, como el fundamento invocado para solicitar el presunto derecho económico fue el artículo 28 literal b) del Decreto 259 de 1938 que es inaplicable en virtud de la sentencia de inexecutable de la Corte Suprema de Justicia citada y, la Ley 65 de 1993 en sus artículos 17 y 19, respecto de los cuales debe decir en primer lugar la Sala que el artículo 17 no regula expresamente el supuesto derecho, y en segundo lugar, que el artículo 19 literal a) es inaplicable por vía de excepción, no es posible acceder a las pretensiones de la demanda.” (Destacado fuera del texto)

De acuerdo a las anteriores sentencias del consejo de Estado, se efectuó un recuento cronológico sobre las normas que regula la prima extra carcelaria a favor de empleados del INPEC por recibir los presos departamentales o municipales en sus centros de reclusión. Dicha prima fue regulada en los artículos 28-b del Decreto Ley 259 de 1938, artículo 85 de la Ley 32 de 1986, artículo 19-A de la Ley 65 de 1993 (Código Penitenciario y Carcelario), artículo 185 del Decreto Ley 407 de 1994, Artículo 9º del Decreto Ley 446 de 1994, y 4º del Decreto 1345 de 1995.

El Artículo 85 de la Ley 32 de 1986, que consagró la prima extra carcelaria fue declarado inexecutable por la Corte Suprema de Justicia en Fallo de junio 26 de 1990 (expediente 2055), por considerar que quebrantaba el artículo 183 de la Constitución Nacional. Tal objeción es igualmente

válida para la citada prima prevista en los Art. 19-A de la Ley 65 de 1993, y entre otras en el artículo 9 del Decreto ley 446 de 1994 frente al actual 287 de la constitución Política.

También, se indica que los artículos 28-b del Decreto Ley 259 /38 y 17 de la Ley 65 de 1993, la primera norma inaplicable, como ya se expresó y la segunda, no regula el supuesto derecho económico; así mismo, se analizaron otras normas que regularon la citada prima aplicable en otros tiempos, respecto de las cuales se hicieron observaciones sobre su contrariedad con el régimen superior.

Así las cosas y para responder el tema objeto de su consulta, el sobresueldo de que trata el literal a) del artículo 19 de la Ley 65 de 1993, fue contemplado en normas posteriores como prima extra carcelaria, y fue así como se reguló por los artículos 185 del Decreto Ley 407 de 1994, artículo 9º del Decreto Ley 446 de 1994 y 4º del Decreto 1345 de 1995. Por tanto, y en consideración a la declaratoria de inexecutable del artículo 85 de la Ley 32 de 1986 mencionada, todas las disposiciones señaladas anteriormente resultan INAPLICABLES, se repite, por vía de excepción de inconstitucionalidad.

Finalmente, 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](http://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.

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Luis Fernando Nuñez

Revisó: Harold Herreño.

1602.8.4

---

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 13:54:14