



Función Pública

Concepto 317621 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000317621

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000317621

Fecha: 26/08/2022 10:45:35 a.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA: REMUNERACIÓN - PRESTACIONES SOCIALES. RADICACION: 20222060383162 del 29 de julio de 2022.

En atención a su comunicación de la referencia, mediante la cual consulta los siguientes interrogantes:

Puede la administración municipal cancelar el 100% del valor del salario como prima de servicios más los factores de liquidación a los funcionarios de carrera administrativa, aduciendo que tienen "derechos adquiridos" toda vez que se le ha venido cancelando desde antes del año 2015, año que entró en vigencia el Decreto [2351](#) de 2014?

Existen derechos adquiridos en el pago de la prima de servicios en el 100% del valor del salario, según lo manifestado por la Sentencia del 17 de julio de 1995 de la Sala de lo Contencioso Administrativo, en la cual precisó en relación con los derechos adquiridos del empleado público: "Respecto de los derechos adquiridos de los servidores públicos ha dicho la sala que solamente pueden invocarse respecto de aquellos derechos laborales que el servidor ha consolidado durante su relación laboral, no sobre expectativas que dependan del mantenimiento de una legislación de derecho público, a cuya intangibilidad no se tiene ningún derecho."?

En caso de que no existan derechos adquiridos, toda vez que el Decreto [2351](#) de 2014, manifiesta que la prima de servicios para los empleados públicos vinculados o que se vinculen y que por consiguiente, la prima de servicio anual es equivalente a quince días de remuneración, más los factores de liquidación (asignación mensual, el auxilio de transporte, el subsidio de alimentación y la bonificación por servicios prestados, siempre que el empleado los perciba al momento de su causación), puede el Municipio solicitar la devolución de los dineros pagados de más a los funcionarios, que se les haya pagado el 100% del valor de salario como prima de servicio?

Teniendo en cuenta que el artículo [11](#) de la Ley 2126 de 2021 no está vigente y que en el orden territorial, corresponde al Concejo municipal, según sea el caso, fijar conforme al presupuesto respectivo y dentro de los límites máximos salariales establecidos por el Gobierno Nacional, (subrayado fuera de texto) las escalas de remuneración correspondientes a las diferentes categorías de empleo del municipio, dependiendo de las particularidades de cada entidad territorial y teniendo en cuenta el sistema de nomenclatura y clasificación de empleos para los entes territoriales previsto en el Decreto [785](#) de 2005, puede la administración municipal a través de la tesorería municipal cancelar este nuevo salario al comisario de familia incrementado por fuera de los límites salariales establecidos por el gobierno para la vigencia 2022?

¿Debe el comisario de familia hacer devolución de los dineros que sobrepasen el valor del salario asignado en el 2021 más el incremento autorizado por el gobierno nacional para la vigencia 2022?

¿Puede el Alcalde Municipal presentar un proyecto de acuerdo al Concejo Municipal modificando la escala salarial del comisario de familia, con la proyección del año 2022, sin tener en cuenta lo estipulado en el artículo 11 de la ley 2126 de 2021, toda vez que no está vigente?

Así las cosas, en aras de dar claridad dado que su consulta se refiere a varios temas, es preciso en primer lugar determinar sobre la facultad para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos en los siguientes términos:

Facultad para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos.

En relación con la pertinencia de efectuar el incremento salarial a favor de los empleados públicos vinculados en las entidades u organismos

públicos del nivel territorial, es importante tener en cuenta que la Constitución Política contempla lo siguiente:

“ARTÍCULO 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...)

Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos:

- a) Organizar el crédito público;*
- b) Regular el comercio exterior y señalar el régimen de cambio internacional, en concordancia con las funciones que la Constitución consagra para la Junta Directiva del Banco de la República;*
- c) Modificar, por razones de política comercial los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas;*
- d) Regular las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público;*
- e) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública;” (Subraya fuera de texto)*

Por su parte, la Ley 4 de 1992 determina lo siguiente:

“ARTÍCULO 12. 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 Nuestro)

A su vez, el artículo 313 numeral 7 de la Constitución dispone que es función del Concejo Municipal establecer las escalas de remuneración de los empleados públicos del municipio, y el artículo 315 numeral 7 de la misma norma, dispone que es función del Alcalde Municipal fijarle emolumentos a los empleos de su planta de personal, más no pueden arrogarse la facultad es extensiva para crear elementos salariales.

Ahora bien, con ocasión a su primer y segundo interrogante una vez revisado sobre la facultad para la creación de los elementos salariales y la forma en cómo se reconocerán estos, es preciso indicar que la prima de servicios se crea a través del decreto Ley 1042 de 1978 para los empleados de la rama ejecutiva del orden nacional y se hace extensivo para los empleados del orden territorial mediante el decreto 2351 de 2014, así las cosas, las entidades del orden territorial están en la obligación de hacer efectivo el pago de la prima de servicios en los términos establecidos por el Gobierno nacional a partir del año 2014.

En cuanto al reconocimiento y pago proporcional de la prima de servicios para los empleados del orden territorial el artículo 7 del Decreto 1011 de 2019 señala que cuando a 30 de junio de cada año el empleado no haya trabajado el año completo, tendrá derecho al reconocimiento y pago en forma proporcional de la prima de servicios en los términos que dispone el artículo 58 del Decreto 1042 de 1978; en consecuencia, en criterio de esta Dirección Jurídica, se deberá reconocer y pagar por el tiempo efectivamente laborado y no por doceavas como se pagaba anteriormente.

Así las cosas, en el caso que la entidad u organismo público reconozca y pague la prima de servicios a favor de los empleados públicos sustentado en el Decreto Ley 1042 de 1978 y el Decreto 2351 de 2014 se le aplicará el reconocimiento y pago en forma proporcional del mencionado elemento salarial en proporción al tiempo laborado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 del mencionado Decreto 1011 de 2019.

Con el fin de dar claridad al asunto objeto de consulta, se considera procedente traer a colación el pronunciamiento del Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, consejero ponente: Germán Bula Escobar, fecha: 28 de febrero de 2017, radicado número 11001-03-06-000-2016-001110-00(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 lo anterior, el Consejo de Estado considera que aquellos elementos salariales y prestacionales que se hayan expedido por las 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.

En consecuencia, los actos administrativos emitidos con posterioridad a la expedición de la Constitución de 1991, mediante los cuales las autoridades territoriales crean elementos salariales (como es el caso de la prima de servicios que señala en su escrito) o prestacionales, son contrarios al ordenamiento superior y, por lo tanto, señala el Consejo de Estado, debe aplicarse la excepción de inconstitucionalidad frente a dichos actos administrativos.

Ahora bien, respecto los derechos adquiridos es preciso indicar que, la Ley 4 de 1992¹ establece:

ARTÍCULO 10.- *Todo régimen salarial o prestacional que se establezca contraviniendo las disposiciones contenidas en la presente Ley o en los decretos que dicte el Gobierno Nacional en desarrollo de la misma, carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos.*

En este orden de ideas, en caso de que un elemento salarial, como es el caso de la prima de servicios se reconozca contraviniendo las disposiciones establecidas por la autoridad competente en este caso el Gobierno nacional, la misma no crea derechos adquiridos por lo que, en criterio de esta Dirección, no se configura para el caso concreto un derecho adquirido por parte de los empleados de la alcaldía el reconocimiento de la prima de servicios por el 100% del salario.

Siguiendo el orden propuesto en su consulta, con ocasión a su tercer interrogante el cual hace referencia a: *“(sic) puede el Municipio solicitar la devolución de los dineros pagados de más a los funcionarios, que se les haya pagado el 100% del valor de salario como prima de servicio?”*

De acuerdo con la jurisprudencia arriba transcrita, una vez revisado que la administración debe aplicar la excepción de inconstitucionalidad respecto a los actos administrativos que otorgan la prima de servicios por el 100% del salario desconociendo los criterios establecidos por mandato del Gobierno nacional, la administración podrá iniciar a criterio propio posterior al análisis interno de las situaciones fácticas y en el marco de su autonomía administrativa un proceso a través del medio de reparación directa.

Así mismo, le corresponde realizar el análisis de cómo proceden los descuentos en caso de haber lugar a estos, para lo que el Decreto 1083 de 2015², dispuso:

“ARTÍCULO 2.2.31.5 Descuentos prohibidos. Queda prohibido a los habilitados, cajeros y pagadores, deducir suma alguna de los salarios que corresponden a los empleados oficiales.

Dichas deducciones sólo podrán efectuarse en los siguientes casos:

Cuando exista un mandamiento judicial que así lo ordene en cada caso particular, con indicación precisa de la cantidad que debe retenerse y su destinación; y

Cuando la autorice por escrito el empleado oficial para cada caso, a menos que la deducción afecte el salario mínimo legal o la parte inembargable del salario ordinario, casos estos en los cuales no podrá hacerse la deducción solicitada.”(subrayado fuera del texto).

En ese entendido, en criterio de esta Dirección Jurídica se considera que, si la administración consignó valores de más por concepto de prima de servicios desconociendo la norma aplicable al caso, la administración deberá realizar el respectivo análisis para efectos de determinar si es procedente la reclamación con la finalidad de determinar si el empleado se encuentra obligado a devolver los pagos recibidos en la entidad de acuerdo con la normativa aplicable.

Ahora, con ocasión al interrogante relacionado a: *“(sic) puede la administración municipal a través de la tesorería municipal cancelar este nuevo salario al comisario de familia incrementado por fuera de los límites salariales establecidos por el gobierno para la vigencia 2022?”*

De acuerdo con lo establecido, y para efectos de dar claridad es preciso indicar que, en primer lugar, la fijación de los límites salariales esta en cabeza del Gobierno nacional de acuerdo con lo manifestado al inicio de este documento por lo que el concejo municipal únicamente podrá establecer mediante acuerdo el aumento salarial supeditado a los montos establecidos en los decretos salariales expedidos anualmente por el Gobierno nacional.

Seguido a lo anterior, tal como expresa en su comunicación la Ley 2126 de 2021 establece en su artículo 47 lo siguiente:

ARTÍCULO 47. Vigencia. La presente ley rige a partir de su promulgación, salvo el parágrafo 1 del Artículo 5, los Artículos 6, 8, 9, 11, 22, 25, el inciso 1 del Artículo 27, el Artículo 28, el Artículo 29 a excepción de su parágrafo 3o y el capítulo VII, que entrarán a regir a partir de los dos (2) años de su entrada en vigencia.

Así, como el artículo 11 dispone que su entrada en vigencia sea a partir del 4 de agosto de 2023 de acuerdo con el artículo transcrito, por lo que la administración en cumplimiento de lo anterior, exclusivamente podrá ajustar de acuerdo con la norma los salarios de los comisarios a partir del 2023 y no para el 2022.

Siguiendo el orden propuesto en su comunicación respecto al interrogante *“(sic) ¿Debe el comisario de familia hacer devolución de los dineros que sobrepasen el valor del salario asignado en el 2021 más el incremento autorizado por el gobierno nacional para la vigencia 2022?”*

Respecto a este interrogante, la entidad territorial deberá realizar el respectivo análisis interno para determinar si en efecto se concedió un aumento salarial diferente al correspondiente para el año 2022 de acuerdo con los parámetros establecidos por el Gobierno nacional, por medio del decreto 462 de 2022³, si se canceló más de lo debido le corresponde a esta adelantar las gestiones necesarias para que los comisarios hagan el reintegro correspondiente, so pena de incurrir en una situación constituyente del pago de lo no debido.

Por su parte, frente al pago de lo no debido, la Corte Constitucional sentencia T- 732 de 2012⁴ consideró lo siguiente respecto al pago en exceso o de lo no debido:

“(…) ii) El pago de lo no debido” según el Artículo 2313 del Código Civil, se configura cuando una persona que por error ha hecho un pago, prueba que no lo debía, y por ello le surge el derecho a repetir por lo pagado. Ese pago de lo no debido incluye aún lo pagado por error de derecho cuando el pago no tenía fundamento en una obligación ni siquiera puramente natural.”

Así las cosas, la entidad una vez conozca que se incurrió en el pago de lo no debido por concepto de salarios, tendrá que repetir al empleado al cual se le consignó, y éste último tendrá que devolver el exceso pagado.

Aunado a lo anterior, el Artículo 39 de la Ley 1952 de 2019⁵, se encuentra expresamente prohibido a los servidores públicos, ordenar el pago o percibir remuneración oficial por servicios no prestados, o por cuantía superior a la legal, o reconocer y cancelar pensiones irregularmente reconocidas, o efectuar avances prohibidos por la ley o los reglamentos.

En ese sentido, le corresponde a la entidad realizar el respectivo análisis interno de la situación particular y determinar si en efecto procede la

reclamación para efectos del reintegro de los salarios concedidos por cuantía superior a la legal para el año 2022 de los Comisarios.

Por último, respecto a: *“(sic) ¿Puede el Alcalde Municipal presentar un proyecto de acuerdo al Concejo Municipal modificando la escala salarial del comisario de familia, con la proyección del año 2022, sin tener en cuenta lo estipulado en el artículo*

Es deber de la entidad realizar las gestiones de planeación para todas las obligaciones de carácter legal que estén en cabeza de la misma incluyendo la establecida por la Ley 2126 de 2021, no obstante, estas medidas únicamente tendrán validez jurídica con la entrada en vigencia de la norma que da inicio a la obligación, es decir, el 4 de agosto de 2023. En caso de tener dudas adicionales sobre el trámite de los acuerdos municipales le sugerimos acudir ante el Ministerio del Interior.

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 [/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

Proyectó: Ana María Naranjo

Revisó: Maia Valeria Borja

Aprobó: Armando López Cortes

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

¹Ley 4 de 1992 Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.

²Decreto 1083 de 2015 Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.

³Decreto 462 de 2022 Por el cual se fijan los límites máximos salariales de los Gobernadores, Alcaldes y empleados públicos de las entidades territoriales y se dictan disposiciones en materia prestacional.

⁴Corte Constitucional, Sentencia Tâ¿¿ 737 de 2012. M.P: Luis Ernesto Vargas

⁵Ley 1952 de 2019.” ARTÍCULO 39. *Prohibiciones. A todo servidor público le está prohibido: (...) 14. Ordenar el pago o percibir remuneración oficial por servicios no prestados, o por cuantía superior a la legal, o reconocer y cancelar pensiones irregularmente reconocidas, o efectuar avances prohibidos por la ley o los reglamentos.”*

Fecha y hora de creación: 2024-09-30 13:58:20