

**Función Pública**

Concepto 377501 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000377501

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000377501

Fecha: 11/10/2022 04:52:34 p.m.

Bogotá D.C.

REF: REMUNERACIÓN. Quinquenio. Pago de quinquenio o sobresueldo a empleados de contraloría territorial. RAD.: 20222060470322 del 12 de septiembre de 2022.

En atención a su comunicación de la referencia, en la cual formula varios interrogantes relacionados con el pago de quinquenio o sobresueldo en una contraloría del orden municipal, considerando que tal figura fue reconocida mediante resolución desde el año 2017, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

Inicialmente es importante destacar que este Departamento Administrativo 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.

Por lo tanto, esta Dirección Jurídica advierte que no resulta viable emitir un pronunciamiento respecto de la legalidad de los actos administrativos mediante los cuales se reconoce el quinquenio o sobresueldo o sobre la conducta del servidor público que los expidió, considerando que se carece de competencia para ello.

No obstante, se estima pertinente hacer referencia de manera general a las normas que regulan la materia, precisando que de acuerdo con lo previsto en la Constitución Política (artículo 150, numeral 19, literal e), la autoridad facultada para establecer el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos es el Gobierno Nacional, en ese sentido, no se considera viable que otras autoridades establezcan mediante actos administrativos la creación de elementos salariales o prestacionales a favor de los empleados públicos del nivel territorial.

Ahora bien, una vez revisadas las normas que determinan los elementos salariales y prestacionales a favor de los empleados públicos del nivel territorial, contenido entre otros, en el Decreto 462 de 2022, el Decreto 2351 de 2014, el Decreto 1545 de 2013, así como el Decreto Ley 1045 de 1978, no se evidencia una que se haya ordenado la creación de quinquenio a favor de los empleados vinculados a las entidades territoriales.

Por otra parte, respecto de los efectos de los actos administrativos mediante los cuales las corporaciones públicas hayan creado elementos salariales (como es el caso del quinquenio) o elementos prestacionales, el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto emitido el 28 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." (Subrayado nuestro)

Conforme con 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.

De acuerdo con lo expuesto, se concluye que 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 del quinquenio de que trata su escrito) o prestacionales sociales, son contrarios al ordenamiento superior y, por lo tanto, señala el Consejo de Estado, la Administración deberá aplicar la excepción de inconstitucionalidad frente a dicho acto administrativo.

Por consiguiente, se colige que no es procedente el reconocimiento y pago del quinquenio, por cuanto el Gobierno Nacional, que es el competente en esta materia, no lo ha establecido para los empleados públicos de las entidades del orden territorial.

Por otra parte, en lo que se refiere al pago de lo no debido, el Consejo de Estado en sentencia T-737 de 2012, consideró que: (...) 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".

Por consiguiente, en caso de que se cancele al empleado una cuantía superior a la que se tiene derecho, se incurriría en enriquecimiento sin justa causa en favor del trabajador, y según el numeral 14 del artículo 39 de la Ley 1952 de 2019, se encuentra expresamente prohibido para 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.

Ahora bien, el Decreto Ley 3135 de 1968, en su artículo 12, dispone:

"ARTÍCULO 12. Deduciones y retenciones. Los habilitados, cajeros y pagadores no pueden deducir suma alguna de los sueldos de los empleados y trabajadores sin mandamiento judicial o sin orden escrita del trabajador, a menos que se trate de cuotas sindicales, de previsión social, de cooperativas o de sanción disciplinaria conforme a los reglamentos.

No se puede cumplir la deducción ordenada por el empleado o trabajador cuando afecte el salario mínimo legal o la parte inembargable del salario.

Es embargable hasta la mitad del salario para el pago de las pensiones alimenticias de que trata el artículo 411 del Código Civil y de las demás obligaciones que para la protección de la mujer o de los hijos establece la ley. En los demás casos, sólo es embargable la quinta parte del exceso del respectivo salario mínimo legal."

A su vez, el Decreto 1083 de 2015 sobre los descuentos permitidos, consagra:

"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:

a. 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

b. 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."

De acuerdo con lo expuesto, para que la entidad proceda a recuperar el exceso de lo pagado y si es legalmente procedente realizar el descuento directo por nómina, se tiene que los empleados encargados de cancelar la nómina en una entidad no pueden, por ningún concepto, deducir suma alguna de los sueldos de los empleados y trabajadores sin mandato judicial o sin orden escrita del trabajador, a menos de que sean por expresa autorización legal.

En ese entendido, en criterio de esta Dirección Jurídica se considera que, si la administración consignó valores de más a sus empleados, deberá solicitar la autorización del servidor público para descontar los valores a los que haya lugar, en tanto no es procedente descontarlos de directamente por la entidad. Por el contrario, si el empleado no accede al descuento, será necesario acudir a la jurisdicción contenciosa para recuperar dichos valores, o a través del mecanismo de la conciliación.

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 <https://www.funcionpublica.gov.co/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: Maia Borja G.

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.

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.

Por el cual se regula la prima de servicios para los empleados públicos del nivel territorial.

Por el cual se establece la prima de servicios para el personal docente y directivo docente oficial de las instituciones educativas de preescolar, básica y media.

Por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional.

Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales.

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

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:29:24