



Concepto 058141 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000058141

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000058141

Fecha: 09/02/2023 09:25:07 a.m.

Bogotá D.C.

REF: REMUNERACION Prima especial. Reconocimiento y pago de prima que ha sido derogada. RAD. 20239000083892 del 7 de febrero de 2023.

En atención a su escrito de la referencia, mediante el cual consulta si se considera procedente el reconocimiento y pago a favor de los empleados públicos de una prima que ha sido derogada, y si es procedente tener en cuenta que se trata de derechos adquiridos, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

1.- 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) u otras autoridades administrativas puedan abrogarse dicha competencia.

Es importante resaltar que de conformidad con lo indicado por la Corte Constitucional en Sentencia C-402 del 3 de julio de 2013, el régimen salarial previsto en el Decreto Ley 1042 de 1978 se aplica para los empleados de la Rama Ejecutiva del nivel nacional, sin que sea viable extender sus efectos a las entidades públicas del nivel territorial.

Respecto de los efectos de los actos administrativos mediante los cuales las corporaciones públicas, y por consiguiente, otras autoridades hayan creado elementos salariales (como es el caso de una prima especial) o elementos prestacionales, 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 que se hayan expedido por las autoridades diferentes al presidente de la República 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, en el caso que la prima objeto de su escrito haya sido creada por una autoridad diferente al Presidente de la República y con posterioridad a la expedición de la Constitución de 1991, se considera preciso traer a colación el pronunciamiento del Consejo de Estado, que 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.

De otra parte, y como quiera que según su escrito, la norma que creó la prima especial objeto de su consulta fue derogada, se entiende que pierde sus efectos a partir de la derogatoria, y por consiguiente, no podrá darse aplicación a la misma; es decir, no es posible reconocer y pagar la prima, pues ya no existe un fundamento legal para ello.

2.- Ahora bien, en relación con los derechos adquiridos a favor de un empleado público, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, en Sentencia del 17 de julio de 1995, precisó lo siguiente:

“... 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.”

“La garantía de los derechos adquiridos protege aquellos derechos que se considera han ingresado al patrimonio del titular, como podría predicarse del derecho a un salario causado, a una pensión cuando se ha adquirido el estatus de pensionado según la ley, a unas vacaciones consolidadas, en fin, a todos los derechos que por el ejercicio del empleo hacen parte del patrimonio del servidor, es decir que tal garantía tiene que ver con las situaciones jurídicas particulares consolidadas, no con la regulación de general y abstracto.” Subraya nuestra

De acuerdo con el Consejo de Estado, los derechos adquiridos se pueden invocar en los casos 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 consecuencia, se tiene que en el caso de una norma que contiene la creación de un elemento salarial expedida por una autoridad administrativa que no poseía la competencia para tal efecto, no es posible reclamar derechos adquiridos, en razón a que como lo indica la Alta Corporación, no es posible reclamar derechos adquiridos sobre expectativas que dependan del mantenimiento de una legislación de derecho público, a cuya intangibilidad no se tiene ningún derecho.

De acuerdo con lo expuesto, y atendiendo puntualmente su interrogante, en criterio de esta Dirección Jurídica, como quiera que la norma mediante la cual se creó la prima especial objeto de su escrito fue derogada, no es posible señalar que se tratan de derechos adquiridos, por las razones expuestas.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público, las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos; así como la normatividad que ha emitido el Gobierno Nacional a propósito de la emergencia ocasionada por el covid 19, me permito indicar que en el link <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestornormativo> podrá encontrar conceptos y normativa relacionados con el tema.

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: Harold Herreño

Revisó: Maia Borja

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:13:05