

Bogotá D.C., 26 de Marzo de 2015

No. de radicación 2015-ER-020647  
solicitud:



**2015-EE-027760**

Doctor

**Alcaldía Santiago De Cali**

Cali

Valle Del Cauca

Asunto: Consulta sobre primas extralegales (antigüedad y servicios)

Damos respuesta a la comunicación, radicada ante este Ministerio, bajo el número 2015ER020647, frente a la cual, nos permitimos manifestar lo siguiente:

### **OBJETO DE LA CONSULTA**

*"(...) De manera atenta me permito solicitar instrucciones con referencia reconocimiento y pago de las primas extralegales (antigüedad y servicios), contenidas en el Decreto Municipal 0216 de 1991, a los docentes vinculados bajo el régimen de Decreto 1278 de 2002, adscritos a la planta de personal de la Secretaría de Educación de Cali.*

*La presente solicitud radica en las múltiples solicitudes mediante derecho de petición efectuados a la Secretaría de Educación de Santiago de Cali, en los cuales solicitan reconocimiento y pago del asunto, entre otros soportadas en el derecho a la igualdad debido al reconocimiento de deuda por concepto de primas extralegales a un grupo de 761 docentes y directivos vinculados bajo el régimen del Decreto 1278 de 2002 para periodo 2010-2012 según oficio 214EE5214 del 14 de julio del 2014 expedido por Subdirección de Monitoreo y Control de esa entidad, a quienes se les reconoció ese derecho en el año 2010 (...)"*

### **NORMAS Y CONCEPTO**

Calle 43 No. 57-14 Centro Administrativo Nacional, CAN, Bogotá, D.C.

PBX: + 057 (1) 222 2800 - Fax 222 4953

www.mineducacion.gov.co - atencionalciudadano@mineducacion.gov.co

P 1 / 8

En atención a la solicitud presentada por usted, esta Oficina se permite informar que en cuanto al reconocimiento y pago de las primas extralegales que hace mención en su consulta, este Ministerio no puede establecer si es o no procedente el reconocimiento o el pago, toda vez que no es su competencia el reconocimiento o negación de derechos alguno a los funcionarios de las entidades territoriales, bien sean administrativos o docentes, al ser la entidad territorial el nominador, quien conoce los datos laborales de los peticionarios y quien le corresponde por ley la administración de su planta; por lo cual será ésta la que revisando de manera completa las hojas de vida de sus trabajadores, verificará si cumple o no con los requisitos establecidos para asignarles el derecho y si se encuentra en los términos legales para hacerlo exigible en caso de tenerlo.

Ahora bien, tal y como se ha expuesto en casos similares, lo que sí puede efectuar esta Oficina Asesora Jurídica, es emitir el concepto general sobre los alcances jurídicos de las primas territoriales:

**Desarrollo histórico de las facultades de las entidades territoriales para crear primas o establecer el régimen salarial del personal administrativo y docente.**

En materia de primas creadas por las entidades territoriales, la jurisprudencia si bien ha tenido varias interpretaciones, en los últimos años ha creado una línea clara, en la cual se hace un estudio profundo e histórico de las competencias de los Departamentos de Gobierno y Legislativo para crear primas. Es así como evidencia varios momentos de transiciones normativas, los cuales determinan consecuencias distintas a las facultades para la creación y reconocimiento de las citadas primas.

Es así como el Consejo de Estado parte de la interpretación de estas normas, en sus tiempos, el primero identificado con el acto legislativo No. 3 de 1910 que concede a las Asambleas Departamentales la facultad para fijar el número de empleados departamentales, sus atribuciones y sueldos. El segundo, con el acto legislativo 01 de 1968, que estableció que a las Asambleas por medio de las ordenanzas le correspondía determinar a iniciativa del Gobernador, las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleo, y a los Gobernadores le atribuyó la fijación de los emolumentos, en este sentido **a partir del Acto Legislativo 01 de 1968 las Asambleas no tenían la facultad de crear salarios o factores salariales**, lo cual se reiteró en la tercera etapa que comienza con la Constitución de 1991.

Así las cosas, al tenor del contenido de las normas anteriormente relacionadas, **ni las asambleas departamentales o concejos municipales, ni los gobernadores alcaldes, tenían ni tienen la facultad para crear asignaciones salariales a partir del acto legislativo 01 de 1968, ni prestacionales desde la Ley 6 de 1945.**

Al respecto la Jurisprudencia de los últimos años, ha explicado claramente las situaciones planteadas en párrafos anteriores e incluso ha ejercido la excepción de inconstitucionalidad en algunos casos.

Para mayor claridad se transcribe algunos apartes de sentencias del Consejo de Estado:

*“Resalta la Sala, que la facultad constitucional otorgada a las Asambleas Departamentales para fijar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleo, como en anterior oportunidad lo advirtió la Corporación [19], es de índole eminentemente técnica, que no comprende la facultad de crear el salario factores salariales, sino que se limita a la de agrupación o clasificación de los empleados del nivel departamental en las diferentes categorías, debiendo señalar en forma escalonada las consecuencias económicas que se derivan de dicha categorización. (...) En lo que concierne al régimen prestacional de los empleados públicos territoriales, fue el artículo 22 de la Ley 6ª de 1945 [22] el que facultó al Gobierno para establecer por medio de Decreto las prestaciones que se debían pagar a dichos empleados.*

*Posteriormente, el numeral 9º del artículo 11 del Acto Legislativo No. 1 de 1968 [23] reformatorio del artículo 75 de la Carta Política de 1886, dispuso que era al Congreso quien le competía fijar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, así como el régimen de sus prestaciones sociales.*

*Con lo que se tiene que a partir del año 1968, el régimen prestacional de los empleados públicos del nivel seccional y local, al igual que del nacional, era exclusivamente de resorte legal, sin que fuera posible su reconocimiento por medio de actos jurídicos de contenido diferente, tales como los acuerdos u ordenanzas.*

*Se colige de lo anterior, que ni antes ni ahora existe disposición que faculte a las entidades territoriales para establecer las prestaciones sociales de los empleados públicos del orden nacional, seccional y local, pues dicha atribución corresponde al Gobierno Nacional conforme a la Ley Marco que expida el Congreso.”[1]*

Así mismo, en sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda del 1 de octubre de 2009, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, se afirmó:

*"Queda claro así que constitucionalmente se ha dejado en manos exclusivamente al Congreso, la facultad de regular el sistema salarial y prestacional de los empleados oficiales de cualquier orden, siendo proscrito cualquier régimen señalado por los Concejos Municipales, las Asambleas Departamentales, o el Gobernador Departamental, por lo cual no es posible pretender el reconocimiento de remuneraciones salariales como en este evento, creadas mediante ordenanzas y decretos departamentales, pues cuanto tales actos resultan contrarios al ordenamiento superior, toda vez que las entidades territoriales, están sometidas en cuanto al régimen salarial, como ya se dijo a las disposiciones legales y reglamentarias que expida el Congreso de la República o el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades pro tempore que para ello le otorgue el Congreso Nacional, con fundamento en las cuales se han de fijar las escalas de remuneración y reconocer las prestaciones sociales.*

*Así las cosas y, como el actor soporta su reclamo salarial en actos departamentales que como quedó visto fueron expedidos por fuera de la órbita de competencia de la Asamblea y el gobierno departamental, que no están facultados para crear rubros salariales, para la Sala es claro que de tales actos no se pueden derivar los derechos peticionados, máxime cuando es obligación del juez contencioso en eventos como este hacer uso de la figura contenida en el artículo 4º superior que le permite cuando observa incompatibilidad entre un acto o norma con la constitución, inaplicar el acto o los actos para el caso concreto que se sometió a su conocimiento."*

Incluso, es de anotar que el Consejo de Estado siguiendo sus pronunciamientos, ha procedido a inaplicar en algunos casos las ordenanzas que crearon las primas sin competencia legal para ello. Precisamente en sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, del 28 de enero de 2010, M.P. Alfonso Vargas Rincón, se estableció:

*"De los preceptos constitucionales transcritos, se puede apreciar que el Constituyente de 1968 estatuyó una competencia concurrente para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, razón por la cual, encuentra la Sala que las entidades que profirieron los actos contentivos de las primas semestral y de antigüedad que reclama el demandante no tenían competencia para crear emolumentos a favor de*

*los empleados del Departamento de Sucre.*

*De la lectura armónica de los artículos transcritos se puede concluir que a las Asambleas Departamentales les estaba asignada la competencia para determinar las escalas salariales mas no para crear derechos salariales como es la prima semestral contenida en la Ordenanza 08 de 1985. En igual manera al Gobernador, quien debe someterse a lo reglado por la mencionada corporación en desarrollo de la función asignada.*

*En tales circunstancias y en atención a lo anteriormente expuesto, comparte la Sala decisión proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre, en el sentido de inaplicar por inconstitucional la Ordenanza 08 de 1985 y el Decreto 402 de 1988, en cumplimiento lo dispuesto por el artículo 4º de la Constitución Política, pues como se precisó, el contenido de las mismas es contrario a la normatividad superior vigente si se tiene en cuenta que fueron proferidas por autoridades incompetentes”.*

Así las cosas, es claro para esta Oficina que dependiendo del autor de la prima y la fecha de su creación, ésta puede haber sido creada con o sin competencia y en ese sentido será una prima contraria a derecho o no. Frente a lo cual la entidad territorial debe establecer la falta de competencia en el momento de creación de la prima, **debe proceder de manera inmediata a demandarla para que no continúe produciendo efectos en el mundo jurídico.**

No obstante lo anterior, debe aclararse tal y como lo ha hecho esta oficina en varias oportunidades, que de conformidad con lo establecido por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) en su artículo 86 en materia de actos administrativos, estos “*se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo*”, por lo tanto, esta oficina considera que si no existe un fallo jurisdiccional declarando la nulidad, sobre los actos administrativos que crearon la prima territorial subsiste la presunción de legalidad y **por lo tanto deben cumplirse.** Situación que debe ser estudiada directamente por el Departamento caso por caso, toda vez que es él, quien tiene el conocimiento de la vigencia o el estado de las demandas que puedan existir en contra de los actos administrativos que son base de las asignaciones y prestaciones.

Ahora bien, debe distinguirse de manera clara en materia de aplicación de las normas con el tiempo, que una es la situación de los docentes del Decreto 2277 de 1979 y otra es

la de los docentes del Decreto 1278 de 2002. La primera desarrollada cuando no existía la Ley 4 de 1992 y la otra cuando todos los conceptos salariales y prestacionales ya no se encontraban regulados por dicha ley.

Tan cierta es la anterior posición que el mismo Decreto 1278 de 2002, estableció en su artículo 46 que *“El Gobierno Nacional, en desarrollo de la Ley 4 de 1992, establecerá una escala única nacional de salarios y el régimen prestacional para los docentes escalafonados, de acuerdo con el grado y nivel que acrediten en el Escalafón Docente de conformidad con el presente decreto, lo mismo que las remuneraciones adicionales para los directivos docentes, de acuerdo con los niveles educativos y el tamaño de la institución educativa que dirijan”*. El mismo Decreto en su ámbito de aplicación establece que las normas de dicho estatuto se aplicarán a quienes se vinculen a partir de la vigencia del presente Decreto, es decir, establece de entrada las normas aplicables en materia salarial y prestacional, que son las establecidas en la Ley 4 de 1992 y cierra toda posibilidad de aplicación de normas distintas.

Diferente es el caso de los docentes del Decreto 2277 de 1979, quienes venían en unas condiciones distintas y con unos derechos específicos dados por la entidad territorial al momento de entrar en vigencia la Ley 4 de 1992. Los cuales sin importar si fueron creados con falta de competencia por parte de las entidades territoriales o no, mientras no sean anulados por la jurisdicción competente, subsisten en su presunción de legalidad.

Aplicar los conceptos salariales y prestacionales creados por las entidades territoriales a los docentes que entraron en vigencia del Decreto 1278 de 2002 sería una violación a la Constitución y a los principios de la ley en el tiempo, además de constituir un pago de no debido, toda vez que para el año 2002 no existía obligación legal que sustentara dichos pagos a los docentes que entraban a hacer parte del sector educativo.

La obligatoriedad de la aplicación de la Ley 4 de 1992 a los docentes que entraron con el Decreto 1278 de 2002, se basa en que este Decreto estableció el régimen salarial y prestacional para ese grupo de docentes de manera expresa y de obligatorio cumplimiento por parte de las entidades territoriales, con el propósito de realizar un buen manejo de los recursos del Sistema General de Participaciones, los cuales al tenor del artículo 148 de la Ley 1450 de 2011, las deudas por homologaciones, primas y otros derechos laborales, sólo se pagarán siempre que tengan amparo constitucional, cual no ocurriría si se pretende reconocer primas territoriales creadas sin competencia

los docentes vinculados en vigencia del Decreto 1278 de 2002.

Y es que no siempre las deudas o acreencias laborales surgidas del reconocimiento creación por actos administrativos, deben ser financiadas con recursos del Sistema General de Participaciones, toda vez que de conformidad con el art. 148 de la Ley 1471 de 2011, con estos recursos sólo se reconocen las deudas que tengan amparo legal constitucional, en caso contrario deberán ser canceladas con recursos propios.

A su vez, el inciso 3 del artículo 38 transitorio de la Ley 715 de 2001, para efectos de incorporación de los docentes, directivos docentes y administrativos a las plantas de entidad territorial certificada estableció de manera expresa y clara que *"los docentes directivos docentes y funcionarios administrativos de los planteles educativos que se financien con recursos del Sistema General de Participaciones, sólo se les podrá reconocer el régimen salarial y prestacional establecido por ley o de acuerdo con ésta"*

Así las cosas, en caso de que la entidad territorial reconozca las primas objeto de estudio, al personal docente bajo el régimen del Decreto 1278 de 2002, los pagos de éstos deberán ser efectuados con recursos propios de la entidad territorial que los ha reconocido.

El anterior concepto se da en los términos contemplados en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), y cuyo contenido señala: Las respuestas en estos casos *"no comprometerán la responsabilidad de las entidades que las atienden, ni serán de obligatorio cumplimiento o ejecución"*, aplicable a la fecha de declaratoria de inexecuibilidad de los artículos que regulaban dicho tema en la Ley 1471 de 2011.

Atentamente,

-----  
[19] Consejo de Estado. Sentencia de 11 de septiembre de 2003. Radicado No. 1518. Consejera Ponente Dra. Susana Montes Echeverri.

[22] Ley 6ª de 1945. Artículo 22. "El Gobierno, teniendo en cuenta la condición económica de los respectivos Departamentos, Intendencias, Comisarías y Municipios, señalará por medio de decreto las prestaciones que hayan de pagar a los empleados obreros correspondientes".

[23] Acto Legislativo No. 1 de 11 de diciembre de 1968. Artículo 11. "El artículo 76 de la Constitución Nacional quedará así: "Corresponden al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones: ... 9) Determinar la estructura de la administración nacional mediante la creación de Ministerios, Departamentos Administrativos y Establecimientos Públicos, y fijar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, así como el régimen de sus prestaciones sociales".

[1] Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. M.P. Luis Rafael Vergara Quintana. 24 de Mayo de 2012.

**INGRID CAROLINA SILVA RODRIGUEZ**

Jefe de Oficina

Oficina Asesora Jurídica

Folios: 1

Anexos: 0

**Anexo:**