

14 Enero

Vence 14/Enero Katherine sobre Primas

1-12/08

110.03.2009 (117)



CONTRALORIA Departamental del Cauquetá

DC. 2185

Florencia, 26 NOV 2008



Fecha 27/11/2008 10:50:07
Us Rad. ACLOPATOFSKY
Red No 2008-233-005912-2
Asunto : SOLICITUD DE CONCEPTO, DC 2185
Destino : / Rem CU CONTRALORIA DEPARTAMENTAL
www.auditoria.gov.co - Auditoría General de la República

Doctora
ANA CRISTINA SIERRA DEL LOMBANA
Auditora General de la República
Carrera 10 No.17-18 Piso 9
Conmutador 318 6800
Bogotá D.C.

Drs Dayray
Jatun
a.M.

Asunto: Solicitud de Concepto

Respetada doctora Ana Cristina:

En atención a las diversas interpretaciones que se dan al derecho a devengar la prima servicios por parte de los servidores públicos del orden territorial, solicito de manera respetuosa que se aclare si dentro de las prestaciones sociales y/o factores salariales a que tienen derecho los empleados públicos de las entidades públicas territoriales y Contralorías de orden territorial se puede considerar comprendida la prima de servicios. Lo anterior en consideración a que en concepto OJ110-435 del 19 de agosto de 2004, la Auditoría General de la República conceptuó de manera favorable frente a los funcionarios de las Contralorías.

La anterior solicitud la efectuó bajo tres hipótesis: la primera que a la fecha exista ordenanza o acuerdo municipal que establezca la prima de servicios; la segunda, que a la fecha no exista ordenanza o acuerdo municipal que establezca la prima de servicios de manera expresa, pero que en las mismas (ordenanza o acuerdo) se otorguen facultades amplias a los ordenadores del gasto para liquidar los presupuestos y que en dicha liquidaciones se consagre el derecho a la prima en forma explícita; y la tercera que no exista la ordenanza o acuerdo pero que se establezca la prima de servicios a partir de la fecha, a través de los mencionados actos (ordenanza o acuerdo).

Finalmente, que se indique si un funcionario que gozaba de la Prima de Servicios en una Entidad Pública del Orden Nacional, tiene derecho a seguir devengando la misma al trasladarse a una Entidad Pública del Orden Territorial, cuando entre el cambio de una entidad a otra no han transcurrido más de 15 días, con lo que podría señalarse que no ha existido solución de continuidad en la prestación de servicios a favor del Estado.

Cordialmente.

CARLOS ALIRIO LOZADA ROJAS
Contralor Departamental (E)

Margarita M.

13 ENE. 2009

YY 18076209 CO

133 (118)

Cra. 10a. No. 17-18 Piso 9 - PBX: (571) 3166800 - Fax: (571) 3166790 - Línea Gratuita: 018000 120205
Sitio Web: www.auditoria.gov.co - Correo-e: correspondencia@auditoria.gov.co - Bogotá D.C. - Colombia



AUDITORÍA GENERAL
DE LA REPÚBLICA



Rad Salida No 2009-110-008687-1
Us Rad. ACLOPATOFSKY
Fecha 09/01/2009 14:57:41
Asunto : REMISION CONCEPTO PRIMA DE SERVICIOS
Destino : Oficina Jurídica / Ram. CUI CARLOS ALIRIO LOZADA ROJAS
www.auditoria.gov.co - Auditoría General de la República

Bogotá D.C.,

OJ-110.03.2009

Doctor
CARLOS ALIRIO LOZADA ROJAS
Contralor Departamental
Contraloría Departamental del Caquetá
Carrera 13 N° 15:00 Piso 4° Edificio de la Gobernación
Florencia Caquetá.

REFERENCIA: Rad. 2008-233-005912-2
Prima de Servicios Contraloría Territorial.

Respetado Doctor Lozada:

Esta oficina recibió su petición donde solicita en primer término: "se aclare si dentro de las prestaciones sociales y/o factores salariales a que tienen derecho los empleados públicos de las entidades territoriales y Contralorías del orden territorial se puede considerar comprendida la prima de servicios."

En segundo término requiere "que se indique si un funcionario que gozaba de la Prima de Servicios en una Entidad Pública del Orden Nacional, tiene derecho a seguir devengando la misma al trasladarse a una Entidad Pública del Orden Territorial, cuando entre el cambio de una entidad a otra no han transcurrido más de 15 días, con lo que podría señalarse que no ha existido solución de continuidad en la prestación de servicios a favor del Estado."

Antes de entrar a resolver sus inquietudes es conveniente recordar que, dadas las funciones constitucionales y legales asignadas a la Auditoría General de la República, no puede este ente de control tener injerencia en la toma de decisiones que sean de competencia de las entidades vigiladas, ya que nos corresponde un control posterior y selectivo de su gestión fiscal; por tanto nos abstenemos de emitir conceptos sobre asuntos o situaciones particulares individuales o concretas que puedan llegar a ser sometidos a vigilancia.

Hecha la aclaración anterior para ofrecer una orientación a sus interrogantes es necesario hacer las siguientes precisiones:

Alfaro enero 13/09



134 (19)

En primer lugar se debe señalar que a partir de la entrada en vigencia del decreto 1919 de 2002 se estableció que las prestaciones sociales para los empleados de las contralorías territoriales serán única y exclusivamente las señaladas para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional y dentro ellas no esta reconocida la prima de servicios por tanto no se puede considerar dicha prima como prestación social.

Además la naturaleza de la prima de servicio es salarial, de acuerdo con su finalidad es una recompensa, estímulo o contraprestación por los servicios prestados, y no para atender eventualidades riesgos o infortunios de los empleados que es la finalidad u objetivo de las prestaciones sociales.

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto del 26 de marzo de 1992 menciona:

"Remuneración: Es todo lo devengado por el empleado o trabajador, como consecuencia directa o indirecta de su relación laboral. Comprende en consecuencia, los sueldos, primas, bonificaciones y demás reconocimientos que se hagan directa o indirectamente por causa o razón del trabajo o empleo, sin ninguna excepción". Es equivalente al salario, pero esta denominación de ordinario se reserva a la retribución que perciben las personas vinculadas por contrato de trabajo."

"Prestación Social: Es lo que debe el patrono al trabajador en dinero, especie, servicios y otros beneficios, por ministerio de la ley, o por haberse pactado en convenciones colectivas o en pactos colectivos, o en el contrato de trabajo, o establecidas en el reglamento interno de trabajo, en fallos arbitrales o en cualquier acto unilateral del patrono, para cubrir los riesgos o necesidades del trabajador que se originan durante la relación del trabajo o con motivo de la misma" (Negrilla y subrayado fuera de texto).

De acuerdo con lo anterior se puede colegir que la prima por servicios prestados hace parte de la remuneración de todo empleado público que tenga derecho a ella. Por tanto es preciso analizar la competencia que se tiene para fijar el régimen de salarial de los empleados públicos del orden territorial y para esto se parte de la Constitución política así:

ARTICULO 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

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

e) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los



735 (120)

miembros del Congreso Nacional y la Fuerza Pública;

Así mismo la Constitución Política en el artículo 300 numeral 7 establece que le corresponde a las asambleas departamentales a través de ordenanza determinar las escalas de remuneración correspondientes a sus distintas categorías de empleo, en los mismos términos estipula en el artículo 313 que los concejos municipales determinaran las escalas de remuneración a través de acuerdos.

De igual forma la Ley 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." Indica:

"ARTÍCULO 12. <Artículo CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE> 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.

En este mismo sentido se pronunció la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto de diciembre trece (13) de dos mil cuatro (2004), Consejero Ponente Dr. Flavio Augusto Rodríguez, cuando amplió la consulta No. 1518 del 11 de septiembre de 2003 al Departamento Administrativo de la Función Pública:

"1.- Fijación del régimen salarial de los empleados públicos del orden territorial.

Según el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política, al Congreso de la República corresponde dictar las normas generales - ley marco o cuadro - y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el gobierno para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos.

Por su parte, los artículos 300-7 y 313-6 ibídem, respectivamente, establecen que corresponde a las Asambleas departamentales y a los Concejos municipales determinar "...las escalas de



126 (121)

remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos...”, dentro de los órdenes seccional y local y los artículos 305-7 y 315-7 atribuyen, respectivamente a los gobernadores y alcaldes, la potestad de fijar los emolumentos de los empleos de sus dependencias

En desarrollo de lo establecido en el artículo 150 numeral 19 literales e) y f), el Congreso de la República expidió la ley 4ª de 1992, en cuyo artículo 12 se dispuso

(...)

Del anterior contexto normativo, jurisprudencial y doctrinal, considera la Sala que la atribución conferida a las corporaciones administrativas territoriales en los artículos 300-7 y 313-6 de la Constitución Política para determinar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos de los órdenes seccional y local, comprende únicamente la facultad de establecer en forma sucesiva, numérica, progresiva y sistemática tablas salariales por grados, en donde se consignan la asignación o remuneración básica mensual para el año respectivo, teniendo en cuenta la clasificación por niveles de los diferentes empleos - sobre la base además de que cada nivel tiene una nomenclatura específica de empleos y una escala de remuneración independiente-, no involucrándose dentro de tal concepto la potestad de crear factores salariales diferentes. En relación con este último punto, debe precisarse que la competencia es la facultad que tiene una autoridad para ejercer determinada función otorgada por la Constitución y la ley. Dentro del marco de la Constitución de 1991 y de la ley, al cual se ha hecho referencia, no encuentra la Sala que se le hubiera atribuido a las asambleas departamentales y a los concejos municipales la función en comento.

Las asambleas departamentales y los concejos municipales, entonces, dentro del sistema de remuneración de cargos territoriales tienen autonomía para establecer y definir las correspondientes escalas salariales, esto es, para fijar los sueldos correspondientes a cada una de las diferentes categorías ocupacionales, pero dentro del límite máximo, fijado por el gobierno nacional, el cual busca establecer el equilibrio y unificación del sistema. Por su parte, los gobernadores y alcaldes quienes también tienen atribuciones en materia salarial, actúan sujetos a tales parámetros "... dentro de esas escalas, determina(n) el sitio que corresponde a cada uno de

5





137(122)

los empleos, lo cual equivale a determinar el sueldo concreto asignado a cada uno de ellos...". De suerte que dentro de este marco la asignación mensual correspondiente a cada empleo queda determinada por su grado y la escala del respectivo nivel.

2.3.- Los factores salariales.

Como ya se anotó corresponde al Congreso de la República dictar las normas generales y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el gobierno para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos – art. 150.19.e) de la C.P. -. Dentro de este orden de ideas, el Gobierno señala el límite máximo salarial de los empleados públicos del orden territorial, guardando equivalencias con cargos similares en el orden nacional – par. Art. 12 de la ley 4ª de 1992

(....)

En este orden de ideas, es preciso concluir, entonces, que la potestad otorgada a las corporaciones administrativas territoriales para establecer "las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos" no comprende la atribución de establecer factores salariales.

De otra parte, se anota que el régimen prestacional de los empleados públicos tanto del orden nacional, como del seccional y local lo fija el gobierno nacional conforme a la ley marco que al efecto expida el Congreso de la República – art. 150.19.e) de la Constitución Política - función que, en todo caso, es indelegable en las corporaciones públicas territoriales. Por tanto, a tales servidores públicos sólo puede reconocérseles y pagárseles las prestaciones establecidas por las autoridades competentes conforme a la Constitución Política, liquidadas con base en los factores salariales dentro del marco señalado por el Congreso y desarrollado por el Gobierno Nacional, no siendo viable tomar en cuenta ningún otro factor salarial, distinto a los fijados dentro de sus competencias propias por estas autoridades..."

Igualmente sobre el tema se pronunció la Honorable Corte Constitucional en Sentencia C-510/99 señalando:

"GOBIERNO NACIONAL-Competencia para determinar régimen salarial de empleados públicos de entidades territoriales

Corresponde única y exclusivamente al Gobierno Nacional fijar el régimen prestacional de los empleados públicos de los entes territoriales, siguiendo, obviamente, los parámetros establecidos por el legislador en la ley general. En



138 (13)

tratándose de los trabajadores oficiales de estas entidades, al Gobierno solamente le corresponde regular el régimen de prestaciones sociales mínimas, según lo establece el literal f) del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución. Es decir, que a partir de esos mínimos, las corporaciones públicas territoriales podrían establecer un régimen prestacional mayor al señalado por el Gobierno Nacional, sin que pueda entenderse que estos entes están usurpando competencia alguna en cabeza del ejecutivo central. "El Gobierno señalará el límite máximo salarial de estos servidores -se refiere a los de las entidades territoriales- guardando equivalencia con cargos similares en el orden nacional." (Negrilla y subrayado fuera de texto).

EMPLEADOS PUBLICOS TERRITORIALES-Competencia concurrente para determinar el salario

Existe una competencia concurrente para determinar el régimen salarial de los empleados de las entidades territoriales, así: Primero, el Congreso de la República, facultado única y exclusivamente para señalar los principios y parámetros generales que ha de tener en cuenta el Gobierno Nacional en la determinación de este régimen. Segundo, el Gobierno Nacional, a quien corresponde señalar sólo los límites máximos en los salarios de estos servidores, teniendo en cuenta los principios establecidos por el legislador. Tercero, las asambleas departamentales y concejos municipales, a quienes corresponde determinar las escalas de remuneración de los cargos de sus dependencias, según la categoría del empleo de que se trate. Cuarto, los gobernadores y alcaldes, que deben fijar los emolumentos de los empleos de sus dependencias, teniendo en cuenta las estipulaciones que para el efecto dicten las asambleas departamentales y concejos municipales, en las ordenanzas y acuerdos correspondientes. Emolumentos que, en ningún caso, pueden desconocer los límites máximos determinados por el Gobierno Nacional." (Negrilla y subrayado fuera de texto)

De lo anterior en nuestro criterio se puede establecer que el Congreso de la República fija la ley marco a la cual debe sujetarse el gobierno nacional para fijar el régimen máximo salarial de los empleados públicos del orden territorial entendido como la creación de los factores salariales y su monto máximo.

Las asambleas y concejos municipales y distritales establecerán las escalas salariales entendidas como la descripción, nomenclatura y grado de los diferentes cargos de las entidades territoriales, adoptando para ellos los factores salariales dentro del límite máximo fijado por el gobierno nacional.

Los gobernadores y alcaldes determinarán para todos los empleados públicos de su ente territorial, los emolumentos entendidos como la fijación de la asignación básica mensual y su incremento anual a cada uno de los cargos establecidos en las escalas



139
124

salariales, respetando el límite máximo fijado por el gobierno nacional para este factor salarial.

En consecuencia, el único que tiene competencia para crear los elementos de salario para los empleados del orden territorial es el Gobierno Nacional y a la fecha no ha señalado cuales son los elementos que constituyen salario para empleados de este orden, excepto cuando se establecen anualmente los límites de la asignación básica mensual, el Departamento Administrativo de la Función Pública en Circular 014 del 3 de noviembre de 2005 mencionó: La Circular 0013 de 2005, tiene como finalidad precisar que el Decreto 1919 de 2002, que regula el régimen prestacional de los empleados públicos del orden territorial, no hizo extensivo el régimen salarial aplicable en el orden nacional establecido en los Decretos leyes 1042 de 1978, 1661 de 1991 y en el decreto 916 de 2005, a los servidores públicos del orden territorial; los elementos salariales allí consagrados serán aplicables cuando el Gobierno Nacional extienda su campo de aplicación, decisión que debe sujetarse a los objetivos y criterios señalados en la ley 4 de 1992, teniendo en cuenta las limitaciones presupuestales para cada organismo o entidad. Sin embargo el Consejo de Estado Sección Segunda en sentencia de (6) seis de agosto de 2008 con ponencia del Doctor Gerardo Arenas Monsalve expresó:

"La prima de servicios y la bonificación por servicios constituyen acreencias laborales conforme a la normatividad prevista en el Decreto 1042 de 1978 solo fueron establecidas para los empleados del orden nacional, sin incluirlas para los empleados públicos del orden territorial.

Si bien es cierto las entidades territoriales no pueden arrogarse la facultad de fijar prestaciones salariales y sociales para sus empleados públicos pues esta es una función reservada al Gobierno Nacional, esta Corporación en aras de proteger el derecho a la igualdad contenido en el artículo 13 de la C.P., y con fundamento en el artículo 4º ibidem, ha inaplicado la expresión "del orden nacional" de las normas que regulan los salarios y prestaciones de los empleados nacionales, para reconocer a los empleados territoriales prestaciones del orden nacional". Por tanto, se plantea que el régimen salarial de los empleados del orden nacional será aplicable a los empleados del orden territorial."

En este orden de ideas en aras del respeto al derecho a la igualdad las asambleas departamentales podrán aplicar lo establecido en el Decreto 1042 de 1978 donde se encuentra como elemento de salario para los empleados del orden nacional la prima de servicios y adoptarla mediante ordenanza, en todo caso se reitera teniendo en cuenta lo establecido por el Gobierno Nacional sobre el particular, observando lo dispuesto por la Constitución y la Ley y, atendiendo las particulares condiciones financieras y administrativas de cada entidad territorial, sin desconocer los límites establecidos por la Ley 617 de 2000 en relación con los gastos de funcionamiento.





140
123

En cuanto ha su segundo interrogante sobre la solución de continuidad para el pago de la prima de servicios se señala lo siguiente:

Al respecto es necesario precisar el alcance y las condiciones del término sin solución de continuidad

La no solución de continuidad es una prerrogativa que la ley expresamente otorga a determinados funcionarios que permite la acumulación de tiempos servidos entre entidades para reconocimiento de ciertos derechos laborales siempre y cuando se observe el término establecido, que para el caso de la prima de servicios entre la desvinculación de una entidad y su vinculación a otra no deben transcurrir más de quince (15) días hábiles.

Cuando no se presente solución de continuidad, entre el retiro del empleado y su nuevo ingreso al servicio, se deben tener en cuenta los tiempos servidos entre una y otra vinculación para efectos de reconocimiento y pago de las prestaciones sociales que establezca la Ley.

Al respecto el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, en Concepto de fecha 17 de marzo de 1995, Radicación 675, expresó:

"La "solución de continuidad", a que alude la consulta, consiste en que, por disposición legal o de decreto ejecutivo, para los efectos del reconocimiento de determinadas prestaciones sociales, la desvinculación del servicio no es jurídicamente relevante si el empleado público se retira de él y se vuelve a vincular inmediatamente o dentro de un determinado plazo. En consecuencia, si la ley o el decreto ejecutivo nacional disponen para el reconocimiento de una prestación social, que la desvinculación del servicio durante un tiempo determinado no constituye solución de continuidad, ello significa que, para su reconocimiento, se pueden sumar los tiempos servidos antes de la desvinculación y con posterioridad al nuevo ingreso (...) 8°) La prima de vacaciones, la prima semestral o de servicios y la prima de navidad deben pagarse por la entidad en la cual se causen (...)."

Es pertinente precisar que el solo hecho de no transcurrir más de quince días entre el retiro del funcionario y su nueva vinculación con la Administración, no faculta a esta última para que reconozca al servidor el derecho de la no-solución de continuidad para el reconocimiento de determinada acreencia laboral, pues para que ésta figura proceda deben darse los siguientes presupuestos: de un lado que en la nueva entidad a la que se vincule el funcionario se aplique el mismo régimen salarial y prestacional que disfrutaba en la entidad que se retiró y, que la no solución de continuidad se encuentre expresamente consagrada en la ley.





M/ (126)

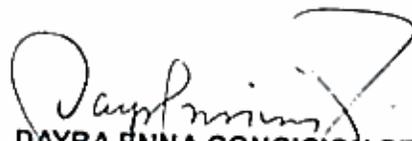
Entonces, para el caso planteado es claro que se trata de funcionarios de distinto nivel y no existe una norma legal de remisión expresa que haga extensivo el beneficio acumulación de tiempos servidos para el reconocimiento de la prima de servicios a los empleados del nivel territorial.

En criterio de esta oficina se debe respetar el derecho a la igualdad aplicando la norma que establece los elementos salariales para la Rama Ejecutiva del Orden Nacional a los empleados territoriales, siempre y cuando se tenga en cuenta el contenido y valor de cada una de los elementos de salario consagrados en el régimen general, sin incluir las disposiciones sobre acumulación de tiempos.

Lo anterior hasta tanto el Gobierno Nacional expida las normas que fijen el régimen salarial de los empleados públicos del orden territorial entendido como la creación de los factores salariales y su monto máximo.

El presente concepto, al tenor del artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, no compromete la responsabilidad de la Auditoría General de la República, ni es de obligatorio cumplimiento.

Cordialmente,


DAYRA ENNA CONCICION PERICO
Directora Oficina Jurídica

Proyectó: María Katherina Ramírez Navarrete,
Abogada Oficina Jurídica