



Concepto 384681 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000384681

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado N°: 20216000384681

Fecha: 22/10/2021 04:31:53 p.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA. REMUNERACIÓN. Prima extra carcelaria INPEC. RADICACION. 20219000666312 de fecha 12 de octubre de 2021.

Me refiero a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta: "*¿cuál es el sueldo básico para efectos de liquidar el sobresueldo de que trata el art. 19, literal a), de la ley 65 de 1993?*", me permito manifestar lo siguiente:

Sea lo primero informar que la asignación básica es el salario básico reglamentado, libre de cualquier otro ingreso laboral ordinario o extraordinario, que recibe una persona como remuneración periódica a razón de su trabajo.

Ahora bien, con relación a las disposiciones de la Ley 65 de 1993, esta norma señala lo siguiente:

"ARTÍCULO 19. RECIBO DE PRESOS DEPARTAMENTALES O MUNICIPALES. Los departamentos o municipios que carezcan de sus respectivas cárceles, podrán contratar con el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, el recibo de sus presos mediante el acuerdo que se consagrará en las cláusulas contractuales, conviniendo el reconocimiento que los departamentos o municipios hagan del pago de los siguientes servicios y remuneraciones:

- a) *Fijación de sobresueldos a los empleados del respectivo establecimiento de reclusión;*
- b) *Dotación de los elementos y recursos necesarios para los internos incorporados a las cárceles nacionales;*
- c) *Provisión de alimentación en una cuantía no menor de la señalada por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario para sus internos;*
- d) *Reparación, adaptación y mantenimiento de los edificios y de sus servicios, si son de propiedad de los departamentos o municipios.*

PARÁGRAFO. *Las cárceles municipales podrán recibir presos nacionales en las mismas condiciones en que los centros de reclusión nacionales reciben presos municipales.*" (Subrayado fuera del texto)

De la norma se puede concluir que aquellos departamentos o municipios que no tengan cárceles propias, podrán contratar con el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, para que reciba a sus presos mediante el acuerdo en el cual se consagrará el reconocimiento que los departamentos o municipios hagan del pago de los algunos servicios y remuneraciones dentro del que se encuentra la fijación de sobresueldos a los empleados del respectivo establecimiento de reclusión.

Para la interpretación de esta disposición es importante tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 9 del Decreto 446 de 1994 "por el cual se establece el régimen prestacional de los servidores públicos del Instituto Nacional Penitenciario y carcelario, Inpec", el cual establece:

"ARTÍCULO 9. Prima extracarcelaria. Los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, que presten sus servicios en establecimientos donde se reciben presos departamentales o municipales, tendrán derecho a que se les cancele la prima acordada en el respectivo convenio entre el Instituto y el Departamento o Municipio, la que no constituye factor de salario."

Ahora bien, con relación a este tema, la Sección Segunda del Consejo de Estado mediante sentencia del 18 de octubre de 2007, con consejero ponente: Bertha Lucia Ramírez De Páez, dispuso:

“... Precisó en aquella oportunidad la Corte Suprema de Justicia, que una cosa es determinar la órbita de acción dentro de la cual deben las entidades territoriales ejercer su autonomía administrativa, y otra, es disponer de su patrimonio para fijar “sobresueldos” de empleados que no son suyos como lo hace la norma acusada. Indicó que al señalarse en la norma el monto del sobresuelo que debe pagar el Municipio o el Departamento sobre las asignaciones que devenguen los miembros de custodia y vigilancia que prestan servicios en establecimientos donde se reciben presos departamentales o municipales, se violaba el artículo 183 de la Constitución Política de 1886. Expresó que: “Se ha dicho, y así lo ha sostenido la Corte, que el Congreso puede determinar la prestación de los servicios a cargo de las entidades territoriales; sin embargo la disposición que se analiza no regula la prestación de un servicio sino que concede un derecho laboral en favor de empleados nacionales, disponiendo de los bienes y rentas de los departamentos y los municipios en franca contravía con los mandatos del artículo 183 de la C.N., por lo que se declarará su inexequibilidad.” Así las cosas, el sobresuelo de que trata el literal a) del artículo 19 de la Ley 65 de 1993, fue contemplado en normas posteriores como prima extra carcelaria, y fue así como se reguló por los artículos 185 del Decreto Ley 407 de 1994, 9º del Decreto Ley 446 de 1994 y 4º del Decreto 1345 de 1995. Por tanto, y en consideración a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 85 de la Ley 32 de 1986 mencionada, todas las disposiciones señaladas anteriormente resultan INAPLICABLES, se repite, por vía de excepción de inconstitucionalidad. Estima la Sala que, dadas las disposiciones transcritas y los hechos probados en el proceso, para el cargo desempeñado por el actor, esto es, el de PAGADOR, Código 5045-20, y para el cual reclama el sobresuelo del 20% o “prima extra carcelaria”, no está contemplado para la época en discusión, la mencionada prima ni otra de igual alcance. De otra parte, como ya se ha dicho, conforme a lo dispuesto en el Decreto 407 de 1994, para el personal administrativo del INPEC claramente indicó que sus prestaciones serían las establecidas para los empleados públicos nacionales por el Gobierno Nacional en desarrollo de la Ley 4ª de 1992, dentro de las cuales no se consagra la prima extra carcelaria. Así las cosas, como el fundamento invocado para solicitar el presunto derecho económico fue el artículo 28 literal b) del Decreto 259 de 1938 que es inaplicable en virtud de la sentencia de inexequibilidad de la Corte Suprema de Justicia citada y, la Ley 65 de 1993 en sus artículos 17 y 19, respecto de los cuales debe decir en primer lugar la Sala que el artículo 17 no regula expresamente el supuesto derecho, y en segundo lugar, que el artículo 19 literal a) es inaplicable por vía de excepción, no es posible acceder a las pretensiones de la demanda.” (Destacado fuera del texto).

Así mismo, la Sala de Consulta y Servicio Civil, del Consejo de Estado, por medio del radicado número: 11001-03-06-000-2010-00038-00(1995) del 20 de mayo de 2010, Consejero Ponente: Luis Fernando Álvarez Jaramillo, estableció:

“(...)

5. Conclusiones

De lo anteriormente expuesto se tiene que la figura del sobresuelo, entendido como la "Retribución o consignación que se añade al sueldo fijo", ha sido instituido para el personal carcelario y penitenciario bajo dos modalidades así:

1. El sobresuelo establecido como una contraprestación mensual fija:

- Se reconoce al personal del Cuerpo de Custodia y Vigilancia y a los Directores y Subdirectores de los establecimientos carcelarios.
- Bajo la condición de que trabajen o estén disponibles durante todo el tiempo requerido según las necesidades del servicio.
- Constituye factor salarial. (Dto. Ley 1302/78, arts. 10., 20. y 30., Ley 32 /86, art. 84 y Dto. 446/94, art. 17).2. El sobresuelo previsto como una prima extracarcelaria:
- Fue creada como una retribución a los empleados de los establecimientos carcelarios del INPEC donde se reciben presos de los departamentos y municipios que no tienen cárceles.
- Esta modalidad fue estatuida inicialmente con el carácter de sobresuelo en el artículo 28 del decreto ley 259 de 1938, posteriormente la ley 32 de 1986 la consagró en su artículo 85 como una prima extracarcelaria.
- En ninguna de dichas normas se enunciaba si el mismo constituía o no factor salarial.
- En el decreto ley 259 el reconocimiento se hacía a los empleados civiles del respectivo establecimiento, en tanto que en la ley 32 se otorgaba a los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional que se desempeñaran en los establecimientos carcelarios donde se recibían presos departamentales o municipales.
- Ambas disposiciones preveían que el monto no podía ser inferior al 20% de la asignación devengada por el empleado.
- En el decreto ley 259 el pago del sobresuelo estaba sujeto a la suscripción de un contrato entre la entidad territorial y el Director General de Prisiones, en tanto que en la ley 32 de 1986 aquella condición no fue contemplada. Cabe recordar que esta última disposición como antes se anotó fue declarada inexequible.

Posteriormente, la ley 65 de 1993, Código Penitenciario y Carcelario, en su artículo 19 mantuvo para los departamentos y municipios la facultad

de reconocer dicha retribución como un sobresuelo en los siguientes términos:

- *Su pago se hará "a los empleados del respectivo establecimiento de reclusión" en forma general, es decir, ya no sólo a los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia*
- *Le quitó el carácter de prima,*
- *Nada dijo respecto de si el mismo constituía o no factor salarial, y*
- *Su monto se supeditó a lo que convinieran los entes territoriales con el INPEC en el contrato que para tal efecto suscriban.*

Finalmente el artículo 19 de la ley 65 de 1993 fue subrogado por el artículo 90. del decreto 446 de 1994, el cual conservó la figura del referido reconocimiento bajo las siguientes condiciones:

- *Le dio el carácter de prima extracarcelaria y no de sobresuelo.*
- *Pagadera únicamente a los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria que laboran en las cárceles donde se reciban presos departamentales o municipales.*
- *Su valor corresponde "a la prima acordada en el respectivo convenio entre el Instituto y el Departamento o Municipio".*
- *No constituye factor de salario.*

La Sala considera que en el asunto materia de estudio para poder dar aplicación al artículo 90. del decreto 446 de 1994 se hace necesario que, de una parte, el Gobierno Nacional expida con base en los lineamientos fijados en la ley 4a. de 1992 un decreto por medio del cual fije el valor de la prima a que se refiere el artículo 90. en cita y de otra, que en el respectivo convenio se tenga en cuenta la suma correspondiente a dicha prima, para que sea directamente el INPEC la entidad que efectúe su pago a los beneficiarios de la misma, ya que dar otro alcance al mencionado artículo 90. llevaría a contravenir lo dispuesto por la Constitución Nacional en materia de régimen salarial y prestacional de los empleados públicos." (Subrayado fuera del texto)

De acuerdo a las anteriores sentencias del consejo de Estado, se efectuó un recuento cronológico sobre las normas que regula la prima extra carcelaria a favor de empleados del INPEC por recibir los presos departamentales o municipales en sus centros de reclusión. Dicha prima fue regulada en los artículos 28-b del Decreto Ley 259 de 1938, artículo 85 de la Ley 32 de 1986, artículo 19-A de la Ley 65 de 1993 (Código Penitenciario y Carcelario), artículo 185 del Decreto Ley 407 de 1994, Artículo 9º del Decreto Ley 446 de 1994, y 4º del Decreto 1345 de 1995.

El Artículo 85 de la Ley 32 de 1986, que consagró la prima extra carcelaria fue declarado inexequible por la Corte Suprema de Justicia en Fallo de junio 26 de 1990 (expediente 2055), por considerar que quebrantaba el artículo 183 de la Constitución Nacional. Tal objeción es igualmente válida para la citada prima prevista en los Art. 19-A de la Ley 65 de 1993, y entre otras en el artículo 9 del Decreto ley 446 de 1994 frente al actual 287 de la constitución Política.

También, se indica que los artículos 28-b del Decreto Ley 259/38 y 17 de la Ley 65 de 1993, la primera norma inaplicable, como ya se expresó y la segunda, no regula el supuesto derecho económico; así mismo, se analizaron otras normas que regularon la citada prima aplicable en otros tiempos, respecto de las cuales se hicieron observaciones sobre su contrariedad con el régimen superior.

Así las cosas y para responder el tema objeto de su consulta, el sobresuelo de que trata el literal a) del artículo 19 de la Ley 65 de 1993, fue contemplado en normas posteriores como prima extra carcelaria, y fue así como se reguló por los artículos 185 del Decreto Ley 407 de 1994, artículo 9º del Decreto Ley 446 de 1994 y 4º del Decreto 1345 de 1995. Por tanto, y en consideración a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 85 de la Ley 32 de 1986 mencionada, todas las disposiciones señaladas anteriormente resultan INAPLICABLES, se repite, por vía de excepción de inconstitucionalidad.

Es importante aclarar que el único facultado para establecer elementos de salario y de prestaciones sociales es el Presidente de la República de acuerdo con lo previsto en el art. 150 de la Constitución Política y Ley 4 de 1992. En la actualidad en los Decretos Salariales vigentes, no se ha creado una prima extracarcelaria a favor de empleados del INPEC por recibir los presos departamentales o municipales en sus centros de reclusión.

Me permito indicarle que para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web www.funcionpublica.gov.co/eva en el link "Gestor Normativo" donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

El anterior concepto se imparte en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Sonia Estefanía Caballero Sua

Revisó: Harold Israel Herreño Suárez

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2025-12-20 04:52:46