



Función Pública

Concepto 198021 de 2024 Departamento Administrativo de la Función Pública

20246000198021

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20246000198021

Fecha: 07/04/2024 04:08:00 p.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA: REMUNERACIÓN. SOBRE SUELDO, INPEC – RADICADO: 20242060177052 del 26 de febrero de 2024.

Acuso recibo de su comunicación, a través de la cual consulta: “1. Es viable la aplicabilidad del artículo 19 literal a) de la Ley 65 de 1993, lo anterior teniendo en cuenta que la Corte Suprema de Justicia en fallo del 26 de junio de 1990 declaro la inexequibilidad del artículo 85 de la Ley 32 de 1986, el cual trataba del pago de sobre sueldos, y que en consecuencia el operador jurídico nuevamente reglamentó la fijación de sobre sueldos a empleados del INPEC por medio de la Ley 65 de 1993 artículo 19 literal a), cuando ya existía pronunciamiento al respecto.

en consecuencia realizar el pago de sobresueldo destinados al personal del cuerpo y custodia del INPEC por parte de la administración municipal en el marco del convenio interadministrativo, se incurriría en un detrimento al patrimonio, falta disciplinaria o una acción penal por dar aplicabilidad al artículo 19 literal a) de la Ley 63 de 1993”.

Es importante destacar que este Departamento en ejercicio de sus funciones contenidas en el Decreto 430 de 2016¹, 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, no funge como ente de control, y carece de competencia para decidir sobre las actuaciones de las entidades del Estado o de los servidores públicos.

Así las cosas, solo es dable realizar una interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con la materia de su consulta.

Por tanto, este Departamento Administrativo, en ejercicio de sus funciones, realiza la interpretación general de las disposiciones legales y, en consecuencia, no le corresponde la valoración de los casos particulares ni pronunciarse sobre la legalidad de las actuaciones internas de las entidades públicas.

Es preciso tener en cuenta que el precitado convenio se funda en las siguientes normas de la Ley 65 de 1993 “CÓDIGO PENITENCIARIO Y CARCELARIO”, que dispone:

“ARTÍCULO 17. CÁRCELES DEPARTAMENTALES Y MUNICIPALES. Corresponde a los departamentos, municipios, áreas metropolitanas y al Distrito Capital de Santafé de Bogotá, la creación, fusión o supresión, dirección, organización, administración, sostenimiento y vigilancia de las cárceles para las personas detenidas preventivamente y condenadas por contravenciones que impliquen privación de la libertad, por orden de autoridad policiva.

(...)

En los presupuestos municipales y departamentales, se incluirán las partidas necesarias para los gastos de sus cárceles, como pagos de empleados, raciones de presos, vigilancia de los mismos, gastos de remisiones y viáticos, materiales y suministros, compra de equipos y demás servicios.

Los gobernadores y alcaldes respectivamente, se abstendrán de aprobar o sancionar según el caso, los presupuestos departamentales y municipales que no llenen los requisitos señalados en este artículo.

La Nación y las entidades territoriales podrán celebrar convenios de integración de servicios, para el mejoramiento de la infraestructura y el sostenimiento de los centros de reclusión de sistema penitenciario y carcelario.

(...)

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”.

En relación con la norma antes transcrita, es pertinente traer a colación el fallo del Consejo de Estado² en el cual se pronunció sobre el la misma norma así:

En resumen, se encuentra que la “prima extracarcelaria” a favor de empleados del INPEC por recibir presos departamentales o municipales en sus centros de reclusión, fue regulada en los arts. 28-b del D. L. 259 /38, 85 de la Ley 32 de 1986, art. 19 -a de la Ley 65 de 1993 (Código Penitenciario y Carcelario), 185 del D. L. 407 /94, Art. 9º del D.L. 446 de 1994, y 4º del Decreto 1345 de 1995. El Art. 85 de la Ley 32 de 1986, que consagró la prima extracarcelaria fue declarado inexecutable por la Corte Suprema de Justicia en Fallo de junio 26 de 1990, exp. 2055 por considerar que quebrantaba el art. 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, 185 del Decreto Ley 407 de 1994, 9 del Decreto ley 446 de 1994, 4 del Decreto 1345 de 1995, frente al actual 287 de la C.P. De esta manera, estas últimas disposiciones resultan INAPLICABLES por vía de excepción de inconstitucionalidad.

(...)

De las consideraciones actuales

Es cierto que el Dec. Ley 259 de febrero 10 de 1938 dispuso que en las Penitenciarias, Cárceles de Distrito y Cárceles de Circuito, Colonias Penales y Agrícolas, Reclusiones de Mujeres y Reformatorios Nacionales, que reciban presos de los Departamentos y Municipios donde no existan colonias, Reformatorios o Cárceles de éstos, previo contrato con el Director General de Prisiones aprobado por el Ministerio de Gobierno, mediante ciertas condiciones a CARGO DE LOS DEPARTAMENTOS O MUNICIPIOS, se fijó un sobresueldo en cuantía no menor al 20% de las asignaciones (que posteriormente se denominó “prima extracarcelaria”) en favor de los empleados civiles de los centros ya mencionados.

Una norma en parte similar (prima extracarcelaria) se estableció en el art. 85 de la Ley 32 de 1986 de acuerdo con lo establecido en el Dcto. Ley 259 /38, pero en beneficio de “Los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria nacional...”

Ahora bien, la Corte Suprema de Justicia declaró la INEXEQUIBILIDAD del art. 85 de la Ley 32 /86 por considerarlo contrario al art. 183 de la antigua Constitución Nacional y el Consejo de Estado, a su vez, en el fallo ya identificado señaló que otro tanto se predica el art. 28-b del D. L. 259 de 1938, por lo que el primero desapareció del ordenamiento jurídico y el segundo se inaplica por la vía de excepción.

De otra parte, en el art. 19-a de la Ley 65 de 1993 (Código Penitenciario) se fijó un sobresueldo para los empleados del respectivo establecimiento de reclusión nacional, a cargo de los Departamentos o Municipios cuando reciban presos departamentales o municipales, en las condiciones que allí se determinaron. Y en el art. 185-1 del Dcto. Ley 407 de 1994 (del Régimen de personal del Inpec) al referirse a las prestaciones sociales de los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Carcelaria del Inpec reconocidas por la Ley 32 de 1986 y por las normas que el Gobierno Nacional expida en desarrollo de la Ley 4ª de 1992 consagró -entre otras- la prima extracarcelaria.

Ahora bien, respecto de lo dispuesto en el art. 19-a de la Ley 65 /93 (sobresueldo para empleados nacionales a cargo de Departamentos o Municipios) cabe la inaplicación por vía de excepción por la contrariedad de esta obligación frente al art. 287 de la C. P. Y en cuanto al art. 185-1 del Dcto. Ley 407 de 1994 (del Régimen de personal del Inpec) que nuevamente señaló la “prima extracarcelaria” con fundamento en la Ley 32 de 1986, fuera de lo que se dispusiera conforme a la Ley 4ª de 1992, cabe anotar que la Corte Constitucional en fallo de junio 26 /90 declaró la inexecutable del art. 85 de la citada Ley 32 por su contrariedad con el art. 183 de la antigua Constitución Nacional; en esas condiciones, no podía ser revivida la citada prima y en caso de vigencia, cabe la inaplicabilidad por vía de excepción también por su contrariedad con el art. 287 de la C. P. Inexplicablemente, en el art. 9º del Dcto. 446 /94 -mismo año de la normatividad anterior que se citó- y en art. 4º del Dec. 1345 de 1995 se consagró nuevamente la prima extracarcelaria; éstas adolecen del mismo vicio que le imputó la Corte Suprema al art. 85 de la Ley 32 /86 -que fue el fundamento de la consagración de esa prima en el art. 185-1 del D.L. 407 /94, por lo que devienen inaplicables. Pero, si el Legislador desea establecer un “estímulo” a cargo de los entes territoriales para el personal de custodia y vigilancia nacionales, cuando tengan que atender presos departamentales y municipales en establecimientos nacionales, deberá buscar un medio diferente al que utilizó por las decisiones judiciales existentes que impiden su aplicación.

Y en las nuevas disposiciones salariales del personal del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Nacionales no aparece regulada la PRIMA EXTRACARCELARIA, ni otra con otra denominación de igual alcance.

Visto el panorama general antes citado se observa que se han expedido disposiciones reguladoras parciales de derechos del personal relacionado como el campo carcelario y penitenciario. A primera vista en este ámbito se destacan grupos de personal, a saber : el de vigilancia y seguridad (uniformado), directivos y demás personal administrativo, que bien pudiera ser la base para establecer disposiciones diferenciales de personal en los regímenes situacional, carrera, remuneracional y prestacional, en cuanto sea necesario por las diferencias que puedan existir, o dejar en claro que en ciertos aspectos quedan sometidos al régimen general de los servidores públicos administrativos nacionales. Es trascendental que para dichos grupos se establezca con toda claridad y precisión especialmente su régimen remuneracional, pues en determinados años solo se consagran normas parciales del mismo, sin establecer si continúan o no vigentes otras anteriores y ello puede conducir a la inseguridad jurídica como a la proliferación de conflictos; y se observa que en otros regímenes se derogan normas anteriores al establecer el nuevo régimen y no se ve la razón para que en éste no se pueda proceder de manera similar, con miras a dejar claramente señalados todos los derechos vigentes en esa materia en un momento dado.

En el caso sub-lite se tiene que la parte actora es un EMPLEADO ADMINISTRATIVO DEL INPEC cuyo cargo es Auxiliar Administrativo Código 5120 grado 11 que laboraba en la Cárcel del Distrito Judicial de Villavicencio; él reclama la prima extracarcelaria desde sept. 01 /98. Pues bien, para dicho cargo concretamente en las disposiciones pertinentes para la época en discusión no se consagra la PRIMA EXTRACARCELARIA, ni otra de diferente denominación, pero de igual alcance. Además, resalta que en el Dcto. Ley No. 407 de feb. 20 de 1994 (del Régimen de personal del Inpec) y específicamente en el inc. 2º del art. 185, para el PERSONAL ADMINISTRATIVO DEL INPEC claramente se estableció que sus prestaciones serían las establecidas para los empleados públicos nacionales por el Gobierno en desarrollo de la Ley 4ª de 1992, dentro de los cuales no existe la prima extracarcelaria, ni otra de denominación diferente, pero de igual alcance.

Además, se recuerda que en la demanda -fundamentalmente- se reclamó el presunto derecho económico con fundamento en los artículos 28-b del D. L. 259 /38 y 17 de la Ley 65 /93. La primera norma inaplicable, como ya se expresó y la segunda, no regula el supuesto derecho económico. Y se analizaron otras normas que regularon la citada prima para el personal que en ellas se determinó y aplicable en otros tiempos, respecto de las cuales se hicieron observaciones sobre su contrariedad con el régimen superior y consecuencias. Varias providencias de esta Corporación igualmente han concluido sobre la denegación de pretensiones similares”.

Sobre la excepción de inconstitucionalidad, se considera pertinente traer a colación la sentencia C - 122 de 2011 en la que se manifestó lo siguiente:

La excepción de inconstitucionalidad o el control de constitucionalidad por vía de excepción, se fundamenta en la actualidad en el artículo 4º de la Constitución, que establece que “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales...”. Esta norma hace que nuestro sistema de control de constitucionalidad sea calificado por la doctrina como un sistema mixto ya que combina un control concentrado en cabeza de la Corte Constitucional y un control difuso de constitucionalidad en donde cualquier autoridad puede dejar de aplicar la ley u otra norma jurídica por ser contraria a la Constitución. De otra parte hay que tener en cuenta que el control por vía de excepción lo puede realizar cualquier juez, autoridad administrativa e incluso particulares que tengan que aplicar una norma jurídica en un caso concreto. Este tipo de control se realiza a solicitud de parte en un proceso judicial o ex officio por parte de la autoridad o el particular al momento de aplicar una norma jurídica que encuentre contraria a la Constitución. En este caso se debe subrayar que la norma legal o reglamentaria que haya sido exceptuada por inconstitucional no desaparece del sistema jurídico y continúa siendo válida ya que los efectos del control por vía de excepción son inter partes, solo se aplican para el caso concreto y no anulan en forma definitiva la norma que se considera contraria a la Constitución. Por este hecho una norma que haya sido exceptuada por cualquier autoridad judicial, administrativa o por un particular cuando tenga que aplicar una norma, puede ser demandada ante la Corte Constitucional que ejercerá el control de constitucionalidad y decidirá en forma definitiva, de manera abstracta, general y con efectos erga omnes si la norma exceptuada es constitucional o no. Teniendo en cuenta lo anterior, considera la Corte que las excepciones de inconstitucionalidad que profieren las autoridades judiciales, administrativas o los particulares cuando tengan que aplicar una ley, no elimina la posibilidad que tiene la corporación de realizar el control de constitucionalidad de determinado precepto”.

La citada sentencia del consejo de Estado, efectúa un recuento cronológico sobre las normas que regula la prima extracarcelaria 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 D. L. 259 /38, 85 de la Ley 32 de 1986, art. 19 -a de la Ley 65 de 1993 (Código Penitenciario y Carcelario), 185 del D. L. 407 /94, Art. 9º del D.L. 446 de 1994, y 4º del Decreto 1345 de 1995.

El Art. 85 de la Ley 32 de 1986, que consagró la prima extracarcelaria fue declarado inexecutable por la Corte Suprema de Justicia en Fallo de

junio 26 de 1990, exp. 2055 por considerar que quebrantaba el art. 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, 185 del Decreto Ley 407 de 1994, 9 del Decreto ley 446 de 1994, 4 del Decreto 1345 de 1995, frente al actual 287 de la C.P.

En esta sentencia se indica que el Decreto Ley No. 407 de feb. 20 de 1994 (Régimen de personal del Inpec) y específicamente en el inc. 2º del art. 185, para el PERSONAL ADMINISTRATIVO DEL INPEC claramente se estableció que sus prestaciones serían las establecidas para los empleados públicos nacionales por el Gobierno en desarrollo de la Ley 4ª de 1992, dentro de los cuales no existe la prima extracarcelaria, ni otra de denominación diferente pero de igual alcance.

Se indica que los artículos 28-b del D. L. 259 /38 y 17 de la Ley 65 /93, 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 para el personal que en ellas se determinó y aplicable en otros tiempos, respecto de las cuales se hicieron observaciones sobre su contrariedad con el régimen superior.

De acuerdo con lo antes señalado, en concepto de esta Dirección, se encuentra que el convenio suscrito entre la entidad territorial y el INPEC se soporta entre otros, en el artículo 19 de la Ley 65 de 1993, norma que de acuerdo con lo establecido en la sentencia del Consejo de Estado antes relacionada, es INAPLICABLE por vía de excepción de inconstitucionalidad y por lo tanto, la Administración municipal deberá tener en cuenta el pronunciamiento de la justicia contencioso administrativa, al momento de aplicar el clausulado del convenio en estudio.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link <http://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 imparte en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Jorge González

Revisó: Maia Borja

Aprobó: Armando López.

NOTAS DE PIE DE PAGINA

Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública”. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, Consejero Ponente: TARSICIO CACERES TORO, Bogotá. D.C., nueve (09) de septiembre del dos mil cuatro (2004). Radicación número: 50001-23-31-000-2000-00242-01(2782-03). Actor: LUCILA GORDILLO. Demandado: DEPARTAMENTO DEL META

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 00:44:36