



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: Luis Fernando Álvarez Jaramillo

Bogotá, D.C., veinte (20) de mayo de dos mil diez (2010).

Radicación interna: **1.995**

Número Único: 11001-03-06-000-2010-00038-00

Referencia: **SOBRESUELDOS PARA LOS FUNCIONARIOS DEL INPEC.** Su reconocimiento por parte de los departamentos y municipios mediante Contrato con el INPEC.

La Directora del Departamento Administrativo de la Función Pública consulta a la Sala sobre el contenido del Contrato de que habla el artículo 19 de la Ley 65 de 1993, el cual establece la posibilidad de fijar un sobresueldo para los empleados del INPEC.

Al efecto la consulta se refiere a la facultad que el artículo 19 de la ley 65 de 1993, Código Penitenciario y Carcelario, otorga a los Departamentos o Municipios que no tienen cárceles propias para contratar con el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario el alojamiento de sus presos en instalaciones carcelarias del orden nacional, previo el reconocimiento del pago de algunos servicios y la fijación de un sobresueldo para los empleados del respectivo establecimiento de reclusión.

Se afirma que en virtud de dicha facultad en los convenios que venía suscribiendo anualmente el municipio de Medellín se estipulaba un porcentaje del veinte por ciento para el reconocimiento de sobresueldos a los empleados del INPEC; sin embargo, en el año de 2008 dicho convenio no fue suscrito por cuanto el Director del INPEC de esa época propuso reducir el porcentaje del sobresueldo para los empleados, propuesta que fue rechazada por el Sindicato del Instituto, el cual procedió a presentar una Acción de Cumplimiento ante un Juzgado Administrativo de esa ciudad, la cual fue negada, pero una vez apelada ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, el recurso fue concedido y revocada la sentencia de primera instancia.

No obstante, el municipio de Medellín no suscribió el convenio aduciendo que el fallo no contenía obligación expresa que así lo dispusiera. En este orden, se pregunta:

“1. ¿El Municipio de Medellín debe establecer o no dentro del convenio respectivo el reconocimiento del sobresueldo para los funcionarios del INPEC que laboran en las cárceles de Medellín? ¿En qué cuantía? ¿Es facultativo del municipio otorgar el sobresueldo?”.

CONSIDERACIONES

1. Convenio Interadministrativo entre los Departamentos o Municipios y el INPEC

El Código Penitenciario y Carcelario, ley 65 de 1993, estableció el *Sistema Nacional Penitenciario y Carcelario*, integrado por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario-INPEC y por todos los centros de reclusión que funcionan en el país. En el artículo 17 atribuye a los departamentos, municipios, áreas metropolitanas y al Distrito Capital 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; y faculta al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario para adelantar la inspección y vigilancia de las cárceles de las entidades territoriales.

Igualmente, la norma en cita dispone que los presupuestos departamentales y municipales incluirán las partidas necesarias para asumir los gastos de sus cárceles, tales como: pago de empleados, raciones de presos, vigilancia de los mismos, remisiones y viáticos, materiales y suministros, compra de equipos y demás servicios, advirtiendo que los gobernadores y alcaldes se abstendrán de aprobar o sancionar los presupuestos que no cumplan con los requisitos antes señalados.

En su inciso final, el referido artículo 17 señala que *“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 del sistema penitenciario y carcelario”.*

A su vez, en el artículo 19 al referirse al recibo por parte del INPEC de presos departamentales o municipales, precisa:

“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". (Negrillas de la Sala).

La norma transcrita es potestativa en cuanto faculta a los departamentos y municipios que no tienen cárceles para contratar con el INPEC el recibo de sus presos, previa la suscripción de un contrato en el que se acuerde el reconocimiento por parte de la entidad territorial del pago de unos servicios, dentro de los cuales figura la *"Fijación de sobresueldos a los empleados del respectivo establecimiento de reclusión"*. Dicho convenio se desarrolla en virtud de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad que rigen el ejercicio de las competencias atribuidas a los distintos niveles territoriales.

De ahí que el legislador en el artículo 76 de la ley 715 de 2001¹, al referirse a las competencias de los municipios, advierte que además de las previstas en la Constitución y en otras disposiciones éstos pueden, bien sea en forma directa o indirecta, con recursos propios o con los provenientes del Sistema General de Participaciones promover, financiar o cofinanciar proyectos de interés municipal; proyectos que **en materia de centros de reclusión** y al tenor del numeral 6 del citado artículo 76 tienen como finalidad, en coordinación con el INPEC, *"apoyar 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"*.

2. Instituto Nacional Penitenciario-INPEC

Creado mediante decreto 2160 de 1992, por medio del cual se ordenó la fusión de la Dirección General de Prisiones y el Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia, como un establecimiento público de orden nacional, adscrito al Ministerio de Justicia y del Derecho (hoy Ministerio del Interior y de Justicia), con personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía administrativa. Dentro de sus principales objetivos figura el desarrollo y la ejecución de la política carcelaria y penitenciaria acorde con los lineamientos que al respecto fije el Gobierno Nacional. Las personas que prestan sus servicios en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario son empleados públicos con régimen especial².

¹ Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 de la Constitución Política.

² DECRETO 407 DE 1994, Por el cual se establece el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, artículo 8o.

3. Antecedentes de la figura denominada "Sobresueldo"

En ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la ley 5a. de 1978³, el Gobierno Nacional expidió el **decreto ley 1302** del mismo año "por el cual se expiden normas sobre la clasificación y remuneración de empleos del personal carcelario y penitenciario", y en su artículo 1o. estableció que los Mayores, Capitanes, Tenientes, Sargentos, Cabos y Guardianes de los establecimientos carcelarios y penitenciarios dependientes del Ministerio de Justicia, así como los Directores y Subdirectores de esos establecimientos deberían "laborar o estar disponibles durante todo el tiempo que lo requieran las necesidades propias del servicio" y como retribución a su desempeño instituyó una contraprestación mensual fija a la cual denominó *sobresueldo*. (art. 2o.).

Previó igualmente el decreto en mención que dicho *sobresueldo* constituye factor salarial y cubre la totalidad de la remuneración de los servicios que se presten, por razón de trabajo o de disponibilidad, en tiempo que corresponda a uno cualquiera de los siguientes conceptos: jornada ordinaria nocturna, horas extras diurnas o nocturnas y trabajo ordinario u ocasional diurno o nocturno en días dominicales o festivos, (art. 3o.). Finalmente en el artículo 6o. fijó las cuantías del valor mensual del sobresueldo teniendo en cuenta la denominación del cargo, el código y el grado de remuneración del mismo.

Luego el Estatuto Orgánico del Cuerpo de Custodia y Vigilancia, **ley 32 de 1986**, estatuyó para los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional que laborarán y estuvieran disponibles durante todo el tiempo requerido según las necesidades del servicio, una contraprestación mensual fija denominada sobresueldo, la cual constituía factor de salario y se pagaría de conformidad con lo establecido en los decretos 1302 de 1978, antes citado y 447 de 1984⁴. (art. 84).

Igualmente, la mencionada ley 32 de 1986 en su artículo 85 estableció el pago de un *sobresueldo* bajo la figura de una prima extracarcelaria, en los siguientes términos:

"Artículo 85. PRIMA EXTRACARCELARIA. Los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional, que presten sus servicios en establecimientos donde se reciben presos departamentales o municipales, tendrán derecho a que el municipio o Departamento correspondiente les cancele un sobresueldo no menor al veinte por ciento (20%) de las asignaciones que devenguen, de acuerdo con lo establecido en el decreto 259 de 1938".

³ Por la cual se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias para modificar escalas de remuneración, revisar sistemas de clasificación y nomenclatura de empleos, y dictar otras disposiciones en materia de administración de personal.

⁴ DECRETO 447 DE 1984, "por el cual se fija la remuneración para los empleos del personal carcelario y penitenciario" señaló en el artículo 1o. "A partir del 1o. de enero de 1984, los sueldos básicos y los **sobresueldos** para el Personal Carcelario y Penitenciario, que desempeña los cargos contemplados en el artículo 6o. del Decreto-ley número 1302 de 1978, serán los siguientes: Director de Establecimiento Carcelario ... Subdirector de Establecimiento Carcelario ... Mayor de Prisiones ... Capitán de Prisiones ... Teniente de Prisiones ... Sargento de Prisiones ... Cabo de Prisiones... Guardián de Prisiones...". (Negrillas fuera de texto).

Es de anotar que ésta disposición fue declarada inexecutable por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 26 de junio de 1990, al considerar que:

“Se creó de esta manera una prestación económica en favor de empleados del orden nacional con cargo a los tesoros de los departamentos o municipios.

En la Constitución se encuentra perfectamente definido que el Congreso de la República tiene la competencia exclusiva ‘para fijar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, así como el régimen de las prestaciones sociales’; ...

Es claro además, que dentro del marco señalado por la Constitución y la ley, las asambleas y los concejos pueden señalar el régimen salarial y de prestaciones sociales de los empleados departamentales y municipales, respectivamente.

Sin embargo, la propia Carta Fundamental distingue entre los empleos oficiales de los diversos órdenes, sin que se pueda jurídicamente imponer obligaciones a entidades distintas a las cuales el funcionario se encuentra vinculado.

...

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 a 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 Constitución Nacional, por lo que se declarará su inexecutableidad.

No es de recibo el argumento del impugnante cuando afirma que se trata de un acto voluntario de la entidad territorial el reconocimiento del ‘sobresueldo’, ya que el artículo 85 de la ley 32 de 1986 rebasó la disposición del Decreto 259 de 1938, al disponer que los funcionarios allí indicados ‘tendrán derecho’, sin estar ese derecho supeditado a la celebración de un contrato entre la entidad territorial y la Nación, como sí lo hace el artículo 28 del Decreto citado”.

El artículo 28 del citado **decreto ley 259 de 1938**, por medio del cual “se fija el personal y asignaciones del Departamento de Prisiones y de los establecimientos de reforma, pena y detención de la República y se dictan otras disposiciones” era del siguiente tenor:

“Artículo 28. En las Penitenciarias, Cárceles de Distrito y Cárceles de Circuito, Colonias Penales y Agrícolas, Reclusiones de Mujeres y Reformatorios Nacionales, establecidos donde no existan Colonias, Reformatorios o Cárceles Departamentales y Municipales, se podrán recibir, previo contrato con el Director General de Prisiones, aprobado por el Ministerio de Gobierno, presos departamentales o municipales, mediante las condiciones siguientes a cargo de los Departamentos o Municipios:

...

b. Fijación de sobresueldos a los empleados civiles del respectivo establecimiento en una cuantía no menor al 20% de las asignaciones que devengan.

...”

No obstante que la declaratoria de inexequibilidad del artículo 85 de la ley 32 de 1986 obedeció a una decisión unánime de la Sala Plena de la Corte, el último párrafo de la parte considerativa transcrita, fue objeto de aclaración por uno de sus miembros quien argumentó que:

“... el último párrafo de las consideraciones de la sentencia podría inducir a un error, pues la forma como está concebido permitiría entender que mediando un contrato interinstitucional talvez se podría establecer un sobresueldo proveniente del tesoro territorial a los funcionarios nacionales que prestan sus servicios en las cárceles nacionales.

Tal interpretación conduciría a aceptar la violación o desconocimiento del artículo 64 de la Carta Política en virtud del cual se prohíbe que cualquier persona reciba más de una asignación que provenga del Tesoro Público, salvo lo que para casos especiales determine la ley. Por tanto ha de entenderse que solamente la ley puede establecer excepciones al principio constitucional contenido en el artículo 64 y que, por lo mismo, no es posible que por la sola voluntad de las entidades públicas contenidas en un contrato puedan crearse excepciones de tal naturaleza”.

Posteriormente, en desarrollo de las facultades extraordinarias otorgadas por el artículo 172 de la ley 65 de 1993 se expidió el *Régimen de Personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario*, **decreto ley 407 de 1994**, el cual define al Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional como un *“organismo que cumple un servicio esencial del Estado, armado, de carácter civil y permanente, al servicio del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario”*, cuya misión estriba en mantener y garantizar el orden, la seguridad y la disciplina en los centros de reclusión, así como la custodia y vigilancia de los internos, la protección de sus derechos fundamentales y de otras garantías consagradas en la Constitución.

El decreto ley 407 de 1994 en cita, establece en el artículo 185 que *los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Carcelaria* tienen derecho a las prestaciones sociales reconocidas por la ley 32 de 1986 y demás normas que el Gobierno Nacional expida en desarrollo de la ley 4a. de 1992, así como al pago del sobresueldo previsto en los decretos leyes 1302 de 1978 y 447 de 1984; en tanto que *el personal administrativo del INPEC* tiene derecho a las *“prestaciones reconocidas a los empleados públicos nacionales y las que el Gobierno Nacional establezca en desarrollo de la ley 4a. de 1992”*.

Precisamente, el Gobierno Nacional en desarrollo de la ley 4a. de 1992, expidió el **decreto 446 de 1994** por medio del cual estableció el *Régimen Prestacional de los servidores públicos del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario*, subrogando de esta forma el Título Sexto de la ley 32 de 1986, en lo que a prestaciones sociales se refiere. En el artículo 17 creó un sobresueldo en los mismos términos que el previsto en el artículo 84 de la ley 32 de 1986, el cual hizo extensivo a los Directores y Subdirectores de establecimientos carcelarios así:

“Artículo 17. SOBRESUELDO. Los Directores, Subdirectores y los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, deberán laborar y estar disponibles todo el tiempo que lo requieran las necesidades propias del servicio. Como

contraprestación tendrán una asignación mensual fija denominada sobresueldo que constituye factor de salario y que se pagará de acuerdo con lo establecido en los Decretos 1302 de 1978 y 447 de 1984, o en los que [los] modifiquen o sustituyan”.

A su vez, el decreto 446 de 1994 en el artículo 9o. consagró la prima extracarcelaria en los siguientes términos:

“Artículo 9o. 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”.

4. Fijación de salarios y prestaciones sociales en la Constitución Nacional

A partir de la reforma constitucional de 1968 el régimen salarial de los empleos oficiales se ha venido fijando a través del procedimiento de las leyes marco. Así en vigencia de la Constitución Política de 1886, tenida en cuenta la referida reforma, correspondía al Congreso de conformidad con lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 76, “fijar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, así como el régimen de sus prestaciones sociales”, en tanto que el Presidente de la República fijaba las dotaciones y emolumentos de los distintos empleos según las escalas de remuneración elaboradas por el Congreso, al tenor del numeral 21 del artículo 120.

Con la expedición de la Constitución Nacional de 1991 la función del Congreso se limitó a señalar las normas generales y los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos y el régimen prestacional mínimo de los trabajadores oficiales, tal como lo dispone el artículo 150-19, literales e) y f), al tiempo que el Presidente de la República fija los salarios y emolumentos correspondientes a los empleos de la administración central y de los empleados públicos, pero ajustándose al marco general que señala el Congreso, que para el caso está contenido en la ley 4a. de 1992.

En relación con los trabajadores oficiales, compete al Gobierno, con sujeción a la ley establecer el régimen salarial y prestacional mínimo que ha de regir los contratos, de manera que cualquier pacto por debajo de dichos mínimos es nulo y carece de validez.

5. Conclusiones

De lo anteriormente expuesto se tiene que la figura del sobresueldo, entendido como la “1.m. Retribución o consignación que se añade al sueldo fijo”⁵, ha sido instituido para el personal carcelario y penitenciario bajo dos modalidades así:

1. El **sobresueldo** establecido **como una contraprestación mensual fija**:

⁵ DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Real Academia Española, vigésima segunda edición, año 2001.

- 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. 1o., 2o. y 3o., Ley 32 /86, art. 84 y Dto. 446/94, art. 17).

2. El **sobresueldo** 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 *sobresueldo* 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 sobresueldo 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 inexecutable.

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 *sobresueldo* 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 9o.* 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 sobresueldo.

- 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 9o. 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 9o. 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 9o. llevaría a contravenir lo dispuesto por la Constitución Nacional en materia de régimen salarial y prestacional de los empleados públicos.

Con fundamento en lo expuesto, la Sala de Consulta y Servicio Civil

RESPONDE:

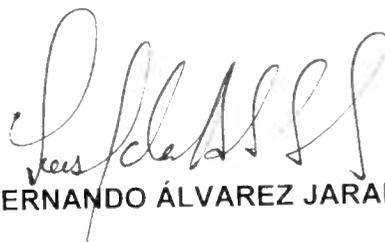
"1. ¿El Municipio de Medellín debe establecer o no dentro del convenio respectivo el reconocimiento del sobresueldo para los funcionarios del INPEC que laboran en las cárceles de Medellín? ¿En qué cuantía? ¿Es facultativo del municipio otorgar el sobresueldo?"

En el convenio que el Municipio de Medellín suscriba con el INPEC, debe contabilizar el monto total de las obligaciones que le va a reconocer a ese Instituto, incluida la prima creada en el artículo 9o. del decreto 446 de 1994, cuyo valor debe corresponder al fijado por el Gobierno Nacional en el decreto que para el efecto expida en ejercicio de la ley 4a. de 1992. Dicha prima debe ser pagada directamente por el INPEC a los beneficiarios de la misma.

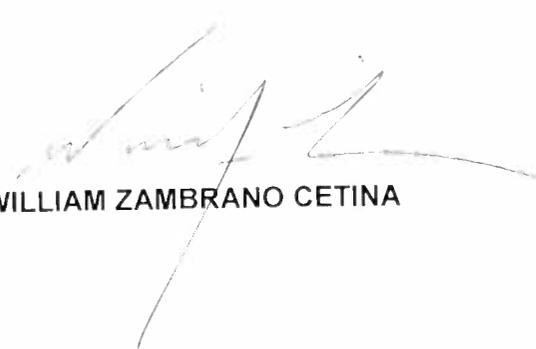
Transcríbese a la Directora del Departamento Administrativo de la Función Pública. Igualmente envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.



ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO
 Presidente de la Sala



LUÍS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO



WILLIAM ZAMBRANO CETINA

JENNY GALINDO HUERTAS
Secretaria de la Sala

03 JUN. 2014

LEVANTADA LA RESERVA LEGAL MEDIANTE AUTO DE FECHA 27 DE MAYO DE 2014