



Concepto 192901 de 2024 Departamento Administrativo de la Función Pública

20246000192901

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20246000192901

Fecha: 03/04/2024 01:32:06 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: REMUNERACIÓN. Prima técnica. Radicación: 20242060227422 del 11 de marzo de 2024.

"Con el propósito de promover la efectividad de los derechos de los ciudadanos, garantizando la transparencia de la función pública, se remite la documentación del radicado de la Procuraduría E-2023-658966 para que como entidad competente, se pronuncien nuevamente sobre el contenido del documento señalado (resaltando que el señor ya recibió respuesta por parte de ustedes sobre el mismo tema el 5 de octubre de 2023) y de ser pertinente genere las acciones que correspondan dentro de la órbita de su gestión, informando a esta Procuraduría Delegada las conclusiones respectivas y remitiendo copia de la respuesta al señor.

Se da respuesta en los siguientes términos.

En atención a su oficio de la referencia, remitido a esta Dirección Jurídica por la Procuradora Delegada Segunda para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública (E) en la cual solicita lo siguiente:

"EL MINISTERIO DEL TRABAJO HA MANIFESTADO QUE EL DAFP HA EMITIDO LOS CONCEPTOS: 20156000041671 DEL 12 DE MARZO DE 2015; 1077 DE 14 DE FEBRERO DE 2001 Y 20216000355621 DEL 28 DE SEPTIEMBRE DE 2021, EN LOS QUE EXPRESA QUE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS NO TIENEN DERECHO A PRIMA TECNICA EN VACACIONES Y QUE TAMPOCO ES FACTOR SALARIAL, LO CUAL ES CONTRARIO A LO ORDENADO POR EL CONSEJO DE ESTADO EN CONCEPTO DE LA SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, SOBRE EL TEMA Y LO SEÑALADO EN SENTENCIA DE ESE ORGANISMO CE SC RAD 2007-N01834 (00051-00). ¿NO ES OBLIGATORIO EL CONCEPTO DE LA SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL DEL CONSEJO DE ESTADO PARA EL DAFP? ¿SE PAGA O NO SE PAGA LA PRIMA TECNICA POR EVALUACION DEL DESEMPEÑO EN VACACIONES DE UN FUNCIONARIO PUBLICO? ESA PRIMA TECNICA POR EVALUACION DEL DESEMPEÑO ES FACTOR SALARIAL PARA PAGAR VACACIONES Y PRIMA DE VACACIONES DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS? SE PAGA PRIMA TECNICA EN LICENCIA DE INCAPACIDAD? IGUALMENTE, CON RESPECTO AL TEMA DEL ENCARGO, AFIRMA EL MINISTERIO QUE EL DAFP LE AUTORIZA PARA NO PAGAR PRIMA TECNICA POR EVALUACION DEL DESEMPEÑO, CONTRARIO A LO SEÑALADO EN SENTENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO DE FECHA 10 DE FEBRERO DE 2011, SECCION 2 EXPEDIENTE N 25000232500020010788501(1653-08)".(sic)

Se da respuesta en los siguientes términos:

En primer lugar, se precisa que este Departamento Administrativo en ejercicio de las funciones descritas en el Decreto 430 de 2016¹, realiza la interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con el empleo público y la administración de personal, en desarrollo de lo anterior, se emiten conceptos técnicos y jurídicos mediante los cuales brinda interpretación general de aquellas normas de administración de personal en el sector público que ofrezcan algún grado de dificultad en su comprensión o aplicación, sin que tales atribuciones comporten de manera alguna ordenar a las entidades u organismos públicos la forma como deben administrar su personal.

La resolución de los casos particulares, como resulta apenas obvio, corresponderá en todos los casos a la autoridad empleadora y nominadora, en cuanto es la instancia que conoce de manera cierta y documentada la situación particular de su personal, en desarrollo de los principios de la especialización presupuestal y de la autonomía administrativa, constituye el único órgano llamado a producir una declaración de voluntad con efectos vinculantes en el mundo del derecho.

Por lo tanto, a manera de información se indica lo siguiente:

En primer lugar, frente al radicado 20156000041671 del 12 de marzo de 2015², tenemos que en el mismo se afirmó:

"1.- Con respecto al reconocimiento de la prima técnica por evaluación del desempeño en vacaciones, le informo lo siguiente:

El Decreto 1661 del 27 de Junio de 1991, por el cual se modifica el régimen de prima técnica, establece:

"ARTÍCULO 2. CRITERIOS PARA OTORGAR PRIMA TÉCNICA. Para tener derecho a prima técnica serán tenidos en cuenta alternativamente uno de los siguientes criterios, siempre y cuando, en el primer caso, excedan de los requisitos establecidos para el cargo que desempeña el empleado;

a. Título de estudios de formación avanzada y experiencia altamente calificada en el ejercicio profesional o en la investigación técnica o científica en áreas relacionadas con las funciones propias del cargo durante un término no menor de tres (3) años.

b. Evaluación del desempeño.

PARÁGRAFO 2. La experiencia a que se refiere este artículo será calificada por el Jefe de la entidad con base en la documentación que el funcionario acredite." (Subrayado fuera de texto)

"ARTÍCULO 7. FORMA DE PAGO, COMPATIBILIDAD CON LOS GASTOS DE REPRESENTACIÓN. La Prima Técnica asignada se pagará mensualmente y es compatible con el derecho a percibir gastos de representación. La Prima técnica constituirá factor de salario cuando se otorgue con base en los criterios de que trata el literal a) del artículo 2º de presente Decreto, y no constituirá factor salarial cuando se asigne con base en la evaluación del desempeño a que se refiere el literal b) del mismo artículo." (Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con lo anterior, la prima técnica que se otorga por el criterio de evaluación del desempeño no constituye factor salarial.

El Decreto 1045 de 1978, por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional, aduce:

"ARTÍCULO 17. DE LOS FACTORES SALARIALES PARA LA LIQUIDACION DE VACACIONES Y PRIMA DE VACACIONES. Para efectos de liquidar tanto el descanso remunerado por concepto de vacaciones como la prima de vacaciones de que trata este decreto, se tendrán en cuenta los

siguientes factores de salario, siempre que correspondan al empleado en la fecha en la cual inicie el disfrute de aquellas:

- a. La asignación básica mensual señalada para el respectivo cargo;
- b. Los incrementos de remuneración a que se refieren los artículos 49 y 97 del decreto-ley 1042 de 1978;
- c. Los gastos de representación;
- d. La prima técnica;
- e. Los auxilios de alimentación y de transporte;
- f. La prima de servicios;
- g. La bonificación por servicios prestados." (Subrayado fuera de texto)

El Departamento Administrativo de la Función Pública, mediante concepto No. 1077 de 14 de febrero de 2001, preceptuó:

"Esta Oficina Jurídica describe la expresión "factor salarial", de la siguiente manera:

Factor salarial es todo valor que, establecido específicamente en una norma que consagre un beneficio prestacional o salarial, incremente, a manera de elemento multiplicador, el valor de los beneficios salariales y prestacionales que se liquidan."

De acuerdo con lo expuesto, en concepto de esta Dirección, la única Prima Técnica que constituye factor salarial para liquidar beneficios salariales o percibirlos es la que se otorga por Estudios y Experiencia.

En consecuencia la Prima Técnica por evaluación del desempeño, no constituye factor salarial, y por consiguiente no podrá tenerse como factor para la liquidación de las prestaciones sociales como en el caso de las vacaciones, prima de vacaciones; únicamente constituye factor la Prima Técnica otorgada por Estudios y Experiencia.

2.- Frente al reconocimiento de la prima técnica por evaluación del desempeño en incapacidad médica, vale la pena señalar lo preceptuado por la Superintendencia de Salud respecto al pago de las incapacidades, en concepto 8002-1-168633, de diciembre 16 de 2005:

"(...) Los factores salariales.

Bajo la concepción propia del Derecho Laboral todo aquello que recibe el trabajador por la prestación del servicio es salario. Así mismo, los demás ingresos, que en virtud de un régimen especial, se asimilan como tales. Como se sabe, tal previsión persigue garantizar los derechos de los trabajadores en el desarrollo de la relación laboral y así garantizar la intangibilidad de la asignación y su valoración dentro de las prestaciones a que se tiene derecho.

En punto a los factores salariales que se deben tener en cuenta para determinar el valor de las incapacidades reconocidas por el Sistema General de Seguridad Social en Salud, ha sostenido que el valor de las incapacidades está sujeto al ingreso base de cotización sobre el cual se realizaron los respectivos aportes al subsistema de salud, en consecuencia, no puede pretenderse que el sistema de salud reconozca las prestaciones económicas a su cargo sobre una base distinta a la establecida para los aportes en salud.

En tal sentido, sostuvo este despacho en el concepto Nurc-8001-1-118257 del 30 de octubre de 2002, lo siguiente:

"En primer lugar, debe precisarse que el valor de las incapacidades surge en proporción al ingreso base de cotización sobre el cual se realizaron los respectivos aportes al subsistema de salud, en consecuencia, no puede pretenderse que el sistema de salud reconozca las prestaciones económicas a su cargo sobre una base distinta a la establecida para los aportes en salud.

En efecto, tras la vigencia de la Ley 100 de 1993, la base de cotización para pensiones y salud es la misma, según voces del artículo 18 en concordancia con el parágrafo primero del artículo 204 de la Ley 100 de 1993. Siendo, entonces, el salario elemento calificador del monto de los aportes y por ende factor esencial para el reconocimiento de las prestaciones económicas su tasación resulta indispensable, y por lo tanto cualquier factor salarial que se hubiere omitido al determinar el sueldo básico para liquidar los aportes en salud, afecta el valor de las prestaciones económicas.

De ahí que resulta indispensable determinar los factores que constituyen el salario mensual base para liquidar las cotizaciones en salud, que como ya se dijo se asimilan a las de pensiones.

Bajo esas consideraciones se entrará a precisar los factores que constituyen la base para liquidar los aportes a pensiones que son los mismos para salud, como se reitera.

Al respecto, prescribe el Decreto 691 de 1994, aplicable por remisión expresa del inciso 3 del artículo 65 del Decreto 806 de 1998.

Decreto 691 de 1994 "ARTÍCULO 6. BASE DE COTIZACION. El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:

a) La asignación básica mensual;

b) Los gastos de representación;

c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;

d) Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario.

e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;

f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;

g) La bonificación por servicios prestados."

Por consiguiente, de la lectura anterior se impone una conclusión, a saber que no pueden calcularse aportes al sistema de salud sobre factores distintos a los arriba reseñados y por ende tampoco para efectos del reconocimiento de las prestaciones económicas."

En consecuencia, el valor de las incapacidades está sujeto al ingreso base de cotización sobre el cual se realizaron los respectivos aportes al subsistema de salud. En efecto, el Sistema de Seguridad Social ha ligado el aporte con la prestación de forma tal que se establezca un equilibrio financiero en el mismo. Si bien esto es claro en materia de pensiones, también lo es a nivel del sistema de salud, pues las prestaciones que se reconocen giran en torno al salario sobre el cual se declare.

En el caso concreto, y, tal como se menciona en la consulta según la cual "los funcionarios de la Contraloría General de la República (...) efectúan los aportes al Sistema General de Seguridad Social de conformidad con los factores establecidos en el Decreto 1158 de 1994" debe concluirse que las prestaciones económicas deben reconocerse sobre dichos factores de que trata el mencionado decreto. Así, mismo, lo establece el Decreto 920 de 2005, cuando preceptúa:

ARTÍCULO 15. Liquidación de pensiones. Las pensiones de los empleados de la Contraloría General de la República se liquidarán sobre los mismos factores que constituyen el ingreso base de cotización establecidos por el Decreto 691 de 1994 modificado por el artículo 1 del Decreto 1158 de 1994, dentro de los límites dispuestos por el artículo 2 del Decreto 314 de 1994 (...)" (Negrilla y subrayado es nuestro)

Del mismo modo, el Ministerio de la Protección Social, mediante concepto 3731 del 23 de Agosto de 2005, señaló:

"De acuerdo con lo establecido por el parágrafo 1 del artículo 204 de la Ley 100 de 1993, la base de cotización de las personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, afiliados obligatorios al sistema General de Seguridad Social en Salud, será la misma contemplada en el Sistema General de Pensiones.

El artículo 1 del Decreto 1158 de 1994 establece que el salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:

a. La asignación básica mensual

b. Los gastos de representación

c. La prima técnica, cuando sea factor de salario

d. Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sea factor de salario

e. La remuneración por trabajo dominical o festivo

f. La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna

g. La bonificación por servicios prestados.

Por lo que, la base de cotización al SGSSS de las personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, será la misma contemplada en el Sistema General de Pensiones, esto es, la definida por el artículo 1 del Decreto 1158 de 1994, que define el salario mensual

base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo.

(...)

Teniendo en cuenta lo anterior, el pago del subsidio en dinero por incapacidad del empleado oficial motivada por enfermedad no profesional, se liquidará y pagará con base en el salario mensual base utilizado para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones, devengado por el trabajador al momento de la incapacidad, teniendo en cuenta los factores del salario utilizados para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos." (Negrilla y subrayado es nuestro)

De conformidad con lo anteriormente expuesto, y como ya se indicó, la prima técnica otorgada por evaluación del desempeño no es factor salarial; teniendo en cuenta que el pago del subsidio en dinero por incapacidad del servidor público por enfermedad no profesional se liquidará y pagará con base en el salario mensual, base que se utiliza para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones, en la cual se incluye la prima técnica cuando es factor de salario, esta Dirección considera que la prima técnica por evaluación del desempeño no puede ser reconocida cuando el empleado que la ostenta se encuentra en incapacidad médica".

Posteriormente, en el concepto 20212060638472 de fecha 23 de septiembre de 2021³ se afirmó:

Es importante en primer lugar, mencionar que la prima técnica está definida como un reconocimiento económico para atraer o mantener al servicio del Estado a servidores o empleados altamente calificados que se requieran para el desempeño de cargos cuyas funciones demanden la aplicación de conocimientos técnicos o científicos especializados o la relación de labores de dirección o de especial responsabilidad, de acuerdo con las necesidades específicas de cada organismo. Así mismo, es un reconocimiento al óptimo desempeño en el cargo.

La prima técnica por evaluación del desempeño, es aquella que se otorga a los empleados que desempeñen en propiedad, los cargos del nivel directivo, jefes de oficina asesora y de asesor cuyo empleo se encuentre adscrito a los despachos de los siguientes funcionarios: ministro, viceministro, director de departamento administrativo, subdirector de departamento administrativo, superintendente, director de establecimiento público, director de agencia estatal y director de unidad administrativa especial o sus equivalentes en los diferentes órganos y ramas del poder público, y que obtuvieren un porcentaje correspondiente al noventa por ciento (90%), como mínimo, del total de la última evaluación del desempeño, correspondiente a un periodo no inferior a 3 meses en el ejercicio del cargo en propiedad. (Artículo 1 Decreto 1164 del 1 de junio de 2012).

Una vez otorgada la prima técnica, el servidor deberá ser evaluado anualmente. Será causal de pérdida de la misma obtener una calificación definitiva inferior al 90%.

Respecto del reconocimiento y pago de la prima técnica por evaluación del desempeño, el Decreto 1661 del 27 de junio de 1991, por el cual se modifica el régimen de prima técnica, establece:

"ARTÍCULO 2. CRITERIOS PARA OTORGAR PRIMA TÉCNICA. Para tener derecho a prima técnica serán tenidos en cuenta alternativamente uno de los siguientes criterios, siempre y cuando, en el primer caso, excedan de los requisitos establecidos para el cargo que desempeña el empleado; a). Título de estudios de formación avanzada y experiencia altamente calificada en el ejercicio profesional o en la investigación técnica o científica en áreas relacionadas con las funciones propias del cargo durante un término no menor de tres (3) años. b). Evaluación del desempeño. PARÁGRAFO 2. La experiencia a que se refiere este artículo será calificada por el Jefe de la entidad con base en la documentación que el funcionario acredite." (Subrayado fuera de texto)

"ARTÍCULO 7. FORMA DE PAGO, COMPATIBILIDAD CON LOS GASTOS DE REPRESENTACIÓN. La Prima Técnica asignada se pagará mensualmente y es compatible con el derecho a percibir gastos de representación. La Prima técnica constituirá factor de salario cuando se otorgue con base en los criterios de que trata el literal a) del artículo 2 de presente Decreto, y no constituirá factor salarial cuando se asigne con base en la evaluación del desempeño a que se refiere el literal b) del mismo artículo." (Subrayado fuera de texto) De acuerdo con lo anterior, la prima técnica por evaluación del desempeño se reconoce y paga junto con la asignación básica al empleado público al que se le haya concedido el

derecho; no obstante, se precisa que la prima técnica por evaluación del desempeño no constituye factor de salario para el reconocimiento y pago de los elementos salariales o prestacionales. El Decreto 1045 de 1978, por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional, aduce:

"ARTÍCULO 17. DE LOS FACTORES SALARIALES PARA LA LIQUIDACION DE VACACIONES Y PRIMA DE VACACIONES. Para efectos de liquidar tanto el descanso remunerado por concepto de vacaciones como la prima de vacaciones de que trata este decreto, se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario, siempre que correspondan al empleado en la fecha en la cual inicie el disfrute de aquellas:

a. La asignación básica mensual señalada para el respectivo cargo;

b. Los incrementos de remuneración a que se refieren los artículos 4936(sic) y 9737(sic) del decreto-ley 1042 de 1978; c. Los gastos de representación; d. La prima técnica; e. Los auxilios de alimentación y de transporte; f. La prima de servicios; g. La bonificación por servicios prestados." (Subrayado fuera de texto)

El Departamento Administrativo de la Función Pública, mediante concepto No. 1077 de 14 de febrero de 2001, preceptuó: "Esta Oficina Jurídica describe la expresión "factor salarial", de la siguiente manera: Factor salarial es todo valor que, establecido específicamente en una norma que consagre un beneficio prestacional o salarial, incremente, a manera de elemento multiplicador, el valor de los beneficios salariales y prestacionales que se liquidan."

De acuerdo con lo expuesto, en concepto de esta Dirección, la única prima técnica que constituye factor salarial para liquidar beneficios salariales o percibirlos es la que se otorga por formación académica avanzada y experiencia altamente calificada. En consecuencia, la prima técnica por evaluación del desempeño, no constituye factor salarial, y por consiguiente no podrá tenerse como factor para la liquidación de las prestaciones sociales como en el caso de las vacaciones, prima de vacaciones.

Atendiendo puntualmente su consulta, se precisa que en virtud de lo dispuesto en el artículo 2.2.5.5.56 del Decreto 1083 de 2015, la remuneración a favor de los empleados públicos corresponde a servicios efectivamente prestados, en ese sentido, se considera que en el caso del disfrute de vacaciones de un empleado público que goza de prima técnica por evaluación del desempeño, no tendrá derecho al reconocimiento y pago de la prima técnica durante el respectivo periodo de vacaciones. Conforme a lo anterior, dando respuesta a su consulta, esta Dirección Jurídica concluye que la prima técnica por evaluación del desempeño, no constituye factor salarial, y por consiguiente no podrá tenerse como factor para la liquidación de las prestaciones sociales como en el caso de las vacaciones, prima de vacaciones".

En relación con los pronunciamientos mencionados en la comunicación, se hace necesario precisar lo siguiente:

Concepto 1834 de 2007 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil.

En dicho concepto se expresó entre otras cosas lo siguiente:

"Sobre el particular se dan dos posiciones, la primera, contenida en un concepto de esta misma Sala de Consulta y Servicio Civil, que lleva el número 1038 de 1997, según la cual, como los decretos que organizaron estas primas les quitaron la connotación de ser factor salarial, no se puede pagar el descanso de las vacaciones incluyendo el valor de las mismas, dado que para los funcionarios administrativos las vacaciones son una prestación social.

La otra interpretación, que es la que adopta en este concepto la Sala variando así su posición anterior, consiste en diferenciar las vacaciones y el pago del descanso remunerado, de las demás prestaciones sociales a que tienen derecho los funcionarios de la administración. Bajo esta diferenciación, la afirmación de que tales primas no son factor de salario, se aplica a todas las demás prestaciones salvo a la remuneración del descanso y a la licencia de maternidad, de conformidad con los argumentos que se exponen enseguida.

Ante todo, la noción de vacaciones en tanto descanso remunerado, que se encuentra en múltiples leyes, en la misma Constitución Política y en los acuerdos de la OIT, según la cual, el trabajador cesa temporalmente su labor sin que se le interrumpa el pago de la remuneración de lo que recibe por sus servicios personales. Reducir esta remuneración, bajo la idea de que una parte de ella no es factor salarial, implica que el servidor público reciba un monto inferior al salario devengado y además no disfrute plenamente del descanso por la preocupación causada al recibir, durante este período, una compensación económica insuficiente para sufragar los gastos habituales, de acuerdo a su mínimo vital.

Una interpretación finalista del artículo 17 del decreto ley 1045 de 1978, permite llegar a la misma conclusión, pues como se exponía en el punto anterior, al enumerar los factores sobre los cuales se debe liquidar y pagar el tiempo de descanso del funcionario administrativo, incluía todos los factores salariales enumerados por la misma ley, salvo los viáticos, indicando claramente que la remuneración por el descanso debe ser la misma que la que se obtiene por el trabajo. Esta idea de pagar por el descanso lo mismo que por el trabajo, que se encuentra inmersa en la norma comentada, debe mantenerse en la interpretación de los decretos sobre prima técnica por desempeño y prima de dirección, de manera que el valor de éstas no puede serle descontado al funcionario que salga de vacaciones."

Ahora bien, frente a los conceptos emitidos por esa autoridad deberá tenerse en cuenta que, la función del Consejo de Estado como Cuerpo Supremo Consultivo del Gobierno se encuentra establecida en la Constitución Política de 1991 (artículo 237) y en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011, artículos 109 y 112).

Sobre el particular, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta, Consejero ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez⁴ Radicación número: 11001-03-15-000-2014-02268-00(AC), consideró:

"Estos conceptos no son vinculantes, además, porque que no son dictados en ejercicio de la función judicial y tampoco contienen la voluntad de la administración o la manifestación de alguna función administrativa; en otras palabras, debido a que no son providencias judiciales ni actos administrativos propiamente dichos:

son la manifestación de las opiniones técnico-jurídicas de una autoridad investida de funciones asesoras o consultivas y, como tal, no tienen la entidad suficiente para definir o modificar una situación jurídica concreta, así como tampoco la tiene para definir algún derecho subjetivo particular (individual o colectivo).

(...)

Y se dice que no son actos administrativos porque no contienen la expresión de la voluntad de una autoridad o de un particular en ejercicio de función administrativa, así como tampoco modifican el ordenamiento jurídico, es decir, que no crean, extinguen o modifican ninguna situación jurídica específica. Súmese a lo expuesto que los conceptos que emite la autoridad demandada no están dotados de los atributos propios de un acto administrativo, esto es, la presunción de legalidad, la ejecutividad, la ejecutoriedad, la impugnabilidad y la revocabilidad.

En consecuencia, no pueden recibir aquella denominación y, mucho menos, puede pensarse que produzcan los mismos efectos jurídicos de un acto administrativo.

En suma, se puede concluir lo siguiente: (i) que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado es el máximo órgano consultivo del Gobierno Nacional; (ii) que a este órgano consultivo se le pueden solicitar, entre otras cosas, conceptos generales o particulares; (iii) que la legitimidad en la causa por activa para solicitar aquellos referidos conceptos la tienen los Ministros del despacho y los Directores de Departamento Administrativo; (iv) que los conceptos previamente referidos no son providencias judiciales y tampoco actos administrativos, y (v) que estos conceptos no son vinculantes para la entidad que lo solicita y, mucho menos, para los particulares".

Por lo tanto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado emite conceptos que no son providencias judiciales y tampoco actos administrativos, y estos conceptos no son vinculantes para la entidad que lo solicita y, mucho menos, para los particulares y cuya finalidad es

facilitar a la autoridad pública resolver lo relativo al asunto consultado.

- Sentencia de 10 de febrero de 2011, Exp. [25000-23-25-000-2001-07885- 01\(1653-08\)](#) MP. GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN.

Respecto de dicha sentencia, debe tener en cuenta que corresponde a una decisión dentro de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho de manera que los efectos de la misma son interpartes.

Así lo consideró ese máximo tribunal⁵ al diferenciarla de la acción de nulidad, en los siguientes términos:

"En lo que respecta a las diferencias, la doctrina se refiere a las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho con expresiones diferentes como las de contencioso popular de anulación, contencioso objetivo o recurso por exceso de poder, respecto de la acción de nulidad, y con las de contencioso subjetivo o de plena jurisdicción o de restablecimiento del derecho, para la segunda de estas acciones. El código de 1984 introdujo el nombre actual, por considerarlo más técnico. Dichas acciones se diferencian, entre otros, en los siguientes aspectos: En cuanto a la titularidad de la acción, se observa que la de nulidad es una acción popular, abierta a todas las personas, cuyo ejercicio no necesita del ministerio de un abogado; en tanto que el uso de la acción de nulidad y restablecimiento está condicionado a la existencia de un interés, de manera que podrá ejercerla quien considere que su derecho ha sido lesionado y es necesario para tal efecto el apoderamiento de un profesional del derecho; En cuanto a la oportunidad para ejercer la respectiva acción, la de nulidad no tiene por lo general término de caducidad, de manera que puede utilizarse en cualquier tiempo, mientras que la de restablecimiento del derecho debe ser presentada ante el juez en un término que, en la mayor parte de los casos, es de cuatro (4) meses, o de dos (2) años cuando se trata de acción indemnizatoria. En relación con los efectos de la sentencia, la que se produce en proceso de nulidad los tiene "erga omnes", si la decisión es anulatoria, en caso contrario, cuando no se accede a las pretensiones de la demanda, esos efectos se limitarán a los motivos de nulidad invocados por la actora; mientras que en las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, la sentencia tiene efectos inter partes y respecto de terceros interesados. Otros rasgos de estas dos acciones tienen que ver con el hecho de que la de nulidad no es desistible, cualquier persona puede coadyuvar o impugnar la demanda, lo que no sucede con la de nulidad y restablecimiento del derecho, que sí es desistible, con el cumplimiento de los requisitos de ley, y solamente a los terceros interesados les es permitido participar en un proceso de esa naturaleza. En el mismo orden de ideas, el fenómeno de la perención no opera, cuando se trata de acción de nulidad, lo que sí sucede en el caso de la otra acción. Otro aspecto que distingue a las dos acciones tiene que ver con su procedibilidad, el cual se vincula directamente con la teoría de los motivos y finalidades".

De esta manera, no resultan de obligatorio cumplimiento las sentencias proferidas dentro de procesos de nulidad y restablecimiento del derecho para sujetos que no fueron parte del respectivo proceso.

Finalmente; sobre la fuerza vinculante de los conceptos emitidos por las entidades públicas (y en el caso consultado por parte de esta dirección jurídica), me permito manifestarle en primer lugar que, la Constitución Política establece:

"ARTÍCULO 23. Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales."

Por otra parte, la Ley [1437](#) de 2011⁶ señala:

"ARTÍCULO 13. OBJETO Y MODALIDADES DEL DERECHO DE PETICIÓN ANTE AUTORIDADES. Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades, en los términos señalados en este código, por motivos de interés general o particular, y a obtener pronta resolución completa y de fondo sobre la misma.

Toda actuación que inicie cualquier persona ante las autoridades implica el ejercicio del derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política, sin que sea necesario invocarlo. Mediante él, entre otras actuaciones, se podrá solicitar: el reconocimiento de un derecho, la intervención de una entidad o funcionario, la resolución de una situación jurídica, la prestación de un servicio, requerir información, consultar, examinar y requerir copias de documentos, formular consultas, quejas, denuncias y reclamos e interponer recursos.

El ejercicio del derecho de petición es gratuito y puede realizarse sin necesidad de representación a través de abogado, o de persona mayor cuando se trate de menores en relación a las entidades dedicadas a su protección o formación".

(...)

"ARTÍCULO 28. ALCANCE DE LOS CONCEPTOS. Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución".

Como se aprecia, el derecho de petición, por ser un derecho fundamental, está especialmente protegido por la Constitución y la Ley, en virtud de ello, las entidades públicas se encuentran en la obligación de atender las peticiones de los ciudadanos en los términos establecidos en la Ley. En el caso del derecho de petición de consulta, el concepto emitido no será de obligatorio cumplimiento o ejecución.

En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado, Sección Cuarta, quien en sentencia emitida el 19 de mayo de 2016 dentro del expediente con radicado No. 11001-03-27-000-2011-00024-00, con ponencia del consejero Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, indicó:

"El concepto dado por la autoridad en respuesta a una consulta, generalmente, no constituye un acto administrativo, por cuanto se trata simplemente de consejos, orientaciones u opiniones que brinda la autoridad pública a los asociados, pero que, de ninguna manera, producen efectos particulares ni generales, pues no crean derechos ni deberes ni imponen obligaciones. Los interesados, en ese caso, tienen la opción de acogerlos o no."

Por su parte, la Corte Constitucional, en su Sentencia C-542 del 24 de mayo de 2005, con ponencia del Magistrado Humberto Antonio Sierra Porto, sobre la obligatoriedad de los conceptos emitidos por las entidades públicas, manifestó lo siguiente:

"Aquí la Corte se pronunció sobre la distinción entre acto administrativo y una variedad de actos que expresan un juicio, deseo o querer de la administración pero no llegan a ostentar ni los alcances ni los efectos de un acto administrativo. El acto administrativo representa el modo de actuar ordinario de la administración y se exterioriza por medio de declaraciones unilaterales o bien orientadas a crear situaciones jurídicas generales, objetivas y abstractas o bien orientadas a crear situaciones concretas que reconocen derechos o imponen obligaciones a los administrados. Los conceptos no configuran, en principio, decisiones administrativas pues no se orientan a afectar la esfera jurídica de los administrados, esto es, no generan deberes u obligaciones ni otorgan derechos. En el evento que el concepto se emita a solicitud de un interesado, éste tiene la opción de acogerlo o no acogerlo.

A reglón seguido, la Corte marcó otra distinción que tiene que ver con el eventual carácter autoregulador de la actividad administrativa. Cuando el concepto emitido por la Administración se relaciona con tal actividad autoreguladora, entonces, dice la Corte, "se impone su exigencia a terceros." En esta línea de argumentación, tales conceptos bien podrían considerarse como actos administrativos con los efectos jurídicos que todo acto administrativo trae consigo. Este acto administrativo según la Corte, ostentaría una naturaleza "igual o similar a las llamadas circulares o instrucciones de servicio".

La Corte puso énfasis en que este modo de argumentar coincide plenamente con la jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado y subraya, por lo demás, que tales actos adquieren la categoría que le es propia a los actos reglamentarios "aunque de rango inferior a los que expide el Presidente de la República (Artículo 189 (11))."

(...)

En este orden de cosas, la Corte Constitucional realiza una distinción y sienta algunas pautas. Confirma, de acuerdo con la interpretación que de lo dispuesto en el inciso tercero del Artículo 25 del Código Contencioso Administrativo ofrece también el Consejo de Estado, el carácter no

obligatorio de las peticiones de consulta. Los conceptos no contienen, en principio, decisiones de la administración y no pueden considerarse, por consiguiente, actos administrativos. La Corte acepta la posibilidad de que en ciertos casos excepcionales los conceptos emitidos hacia el interior de la administración puedan ser vinculantes. (Sentencia de la Corte Constitucional C-487 de 1996 M. P. Antonio Barrera Carbonell)." (Se subraya).

Ahora bien, la citada sentencia C-487 de 1996, emitida por la misma Corporación y que retoma el pronunciamiento anterior, indica lo siguiente:

"Los conceptos, como se vio antes, no constituyen, en principio, una decisión administrativa, es decir, una declaración que afecte la esfera jurídica de los administrados, en el sentido de que se les imponga mediante ellos deberes u obligaciones o se les otorguen derechos.

Cuando el concepto se produce a instancia de un interesado, éste queda en libertad de acogerlo o no y, en principio, su emisión no compromete la responsabilidad de las entidades públicas, que los expiden, ni las obliga a su cumplimiento o ejecución. Por consiguiente, de la circunstancia de que el administrado no se someta a sus formulaciones no puede ser objeto de consecuencias negativas en su contra, diferentes a las que podrían originarse del contenido de las normas jurídicas sobre cuyo entendimiento o alcance se pronuncia el concepto. No obstante, cuando el concepto tiene un carácter autorregulador de la actividad administrativa y se impone su exigencia a terceros, bien puede considerarse como un acto decisivo de la Administración, con las consecuencias jurídicas que ello apareja. En tal virtud, deja de ser un concepto y se convierte en un acto administrativo, de una naturaleza igual o similar a las llamadas circulares o instrucciones de servicio." (Se subraya).

De la legislación y de los pronunciamientos de las Altas Cortes, esta Dirección Jurídica concluye lo siguiente:

- Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución.
- El concepto dado por la autoridad en respuesta a una consulta, de forma general, no constituye un acto administrativo, toda vez que no llega a ostentar ni los alcances ni los efectos de aquellos.
- Los conceptos no generan, en principio, deberes u obligaciones ni otorgan derechos. En el evento que el concepto se emita a solicitud de un interesado, éste tiene la opción de acogerlo o no acogerlo.
- La Corte acepta la posibilidad de que en ciertos casos excepcionales los conceptos emitidos hacia el interior de la administración puedan ser vinculantes, cuando el concepto tiene un carácter autorregulador de la actividad administrativa y se impone su exigencia a terceros, bien puede considerarse como un acto decisivo de la Administración, con las consecuencias jurídicas que ello apareja. En tal virtud, deja de ser un concepto y se convierte en un acto administrativo, de una naturaleza igual o similar a las llamadas circulares o instrucciones de servicio.

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.

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Copia: Procuraduría Delegada Preventiva Y De Control De Gestión 2: Segunda Para La Vigilancia Preventiva De La Función Pública - correo electrónico: funcionpublica2@procuraduria.gov.co

Anexo: Radicado 20236000475751 del 05/10/2023.

Proyectó: Janne Guzmán.

Revisó. Maia Borja.

Aprobó: Armando López.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. "Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública".

2. Radicado No.: 20156000041671 Fecha: 12/03/2015 05:44:46 p.m.

3. Radicado No.: [20216000355621](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/159/AC/11001-03-15-000-2014-02268-00(AC).pdf) Fecha: 28/09/2021 10:12:58 a.m.

4. [https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/159/AC/11001-03-15-000-2014-02268-00\(AC\).pdf](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/159/AC/11001-03-15-000-2014-02268-00(AC).pdf)

5. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: Manuel Santiago Urueta Ayola. Bogotá, D. C., cuatro (4) de marzo del dos mil tres (2003). Radicación número: 11001-03-24-000-1999-05683-02(IJ-030).

6. "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo".

Fecha y hora de creación: 2025-12-07 02:37:53