



Departamento Administrativo  
de la FUNCIÓN PÚBLICA  
República de Colombia

PROSPERIDAD  
PARA TODOS



Al contestar por favor cite estos datos:  
Radicado No.: 20136000158061  
Fecha: 16/10/2013 06:48:18 p.m.

Bogotá D. C.,

Doctora  
**MARIA CAROLINA MARIN MORA**  
[mcmarin@ghuv.gov.co](mailto:mcmarin@ghuv.gov.co)

**REF. PRESTACIONES SOCIALES.** ¿En un acuerdo colectivo suscrito por empleados públicos y en una convención colectiva suscrita por trabajadores oficiales se puede aprobar el reconocimiento y pago de un incentivo por jubilación y reconocimiento de pensión por vejez, invalidez y gran invalidez?

**RAD.** 2013-206-013858-2 de fecha 06/09/2013

Respetada doctora Marín, cordial saludo.

En atención a su oficio de la referencia, en primera medida me permito efectuar las siguientes precisiones:

El artículo 123 de la Constitución Política de Colombia establece:

**"ARTÍCULO 123.-** Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio".

De acuerdo con lo anterior, los servidores públicos que prestan sus servicios al Estado, pueden clasificarse como miembros de las corporaciones públicas, empleados y trabajadores del Estado.

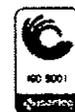
Con respecto a las categorías de empleados públicos y trabajadores oficiales, el artículo 5 del D.L. 3135 de 1968, señala:

**"ARTICULO 5. EMPLEADOS PÚBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES.** <Aparte entre paréntesis declarado INEXEQUIBLE> Las personas que prestan sus servicios en los Ministerios Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. (En los estatutos de los establecimientos Públicos se precisará que actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo).

Las personas que prestan sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos".

"Tú sirves a tu país, nosotros te servimos a tí"

Carrera 6 No. 12-62, Bogotá. D.C., Colombia • Teléfono: 334 4080/87 • Fax: 341 0515 • Línea gratuita 018000 917 770  
Código Postal: 111711. Internet: [www.dafp.gov.co](http://www.dafp.gov.co) • Email: [webmaster@dafp.gov.co](mailto:webmaster@dafp.gov.co)





Para mayor ilustración, a continuación se enunciarán las principales diferencias existentes entre un Empleado Público y un Trabajador Oficial:

- El Empleado Público se rige por una relación legal y reglamentaria, y se concreta con un acto de nombramiento y la suscripción de un acta de posesión, en tanto que un Trabajador Oficial suscribe un contrato de trabajo;
- Los empleados públicos desarrollan funciones que son propias del Estado, de carácter administrativo, de jurisdicción o de autoridad, las cuales se encuentran detalladas en la Ley o el reglamento, mientras que los Trabajadores Oficiales desarrollan actividades que realizan o pueden realizar ordinariamente los particulares, entre otras, labores de construcción y sostenimiento de obras públicas (D.L. 3135/68)
- El régimen jurídico que se aplica a los Empleados Públicos es de derecho público y las controversias que se susciten con la Administración deben ventilarse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en tanto que el régimen jurídico que se aplica a los Trabajadores Oficiales es en principio de derecho común, y los conflictos laborales son de competencia de los jueces laborales.
- Con respecto al tema de fuero sindical, es importante señalar que el artículo 39 de la Constitución Política no hace diferenciación en esta materia y extiende este derecho a empleados y trabajadores. Según la Ley 362 de 1997, "Por la cual se modifica el artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y se dictan normas sobre competencia en materia laboral", la jurisdicción del trabajo conoce, entre otros, de los asuntos sobre fuero sindical de los trabajadores particulares y oficiales y del que corresponde a los empleados públicos.

De acuerdo con lo anterior, la primera precisión que se hace necesario efectuar frente a la consulta formulada es que a diferencia de los empleados públicos, los trabajadores oficiales tienen la posibilidad de la previa deliberación sobre las condiciones del servicio y la modificación de tales condiciones y de las prestaciones y elementos salariales por medio de la presentación de pliego de peticiones y la suscripción de convenciones colectivas o pactos colectivos, los cuales hacen parte de su contrato de trabajo; por tal razón, a través de la celebración de convenciones colectivas, los trabajadores oficiales pueden fijar sus condiciones de trabajo; de otro lado, la relación laboral del empleado público se rige por una situación "legal y reglamentaria", esto es, establecida por la ley o por reglamentos válidos, que no pueden ser modificados sino por normas de la misma jerarquía de aquellas que las crearon. Esta es la diferencia radical de tal tipo de vinculación con la contractual, donde existe la posibilidad de la previa deliberación sobre las condiciones del servicio y la modificación de tales condiciones y de las prestaciones correspondientes, en sentido favorable, por decisión unilateral del patrono o por convenciones colectivas de trabajo.

Ahora bien, el Decreto 1092 de 2012, "Por el cual se reglamentan los artículos 7° y 8° de la Ley 411 de 1997 en lo relativo a los procedimientos de negociación y solución de controversias con las organizaciones de empleados públicos", respecto de los temas que están excluidos de la negociación señala:

**"ARTÍCULO 3°.** Para los efectos de la aplicación del presente decreto se entenderá como:





(...)

**7. Ámbito de la negociación.** Están excluidos de la negociación de las condiciones laborales, los asuntos que excedan el campo laboral, tales como: la estructura organizacional, las plantas de personal, las competencias de dirección, administración y fiscalización del Estado, los procedimientos administrativos, la carrera administrativa y el régimen disciplinario.

**En materia salarial podrá haber concertación. Sin perjuicio de lo anterior, en el nivel territorial, se respetarán los límites que fije el Gobierno Nacional.**

**En materia prestacional las entidades no tienen facultad de concertación.**" (Subrayado y negrilla nuestro)

De conformidad con el artículo mencionado, están excluidos de la negociación de las condiciones laborales, los asuntos que excedan el campo laboral, tales como: la estructura organizacional, las plantas de personal, las competencias de dirección, administración y fiscalización del Estado, los procedimientos administrativos, la carrera administrativa y el régimen disciplinario.

En materia salarial las entidades pueden efectuar concertaciones, siempre y cuando se respeten los límites que fije el Gobierno Nacional; y respecto a prestaciones la Ley prohíbe todo tipo de concertación.

De otro lado, mediante el Decreto 1919 de 2002, el Gobierno Nacional estableció las prestaciones sociales a que tienen derecho los empleados públicos y los trabajadores oficiales de las entidades del Estado del orden territorial, señalando:

**"ARTÍCULO 1.- A partir de la vigencia del presente Decreto todos los empleados públicos vinculados o que se vinculen a las entidades del sector central y descentralizado de la Rama Ejecutiva de los niveles Departamental, Distrital y Municipal, a las Asambleas Departamentales, a los Concejos Distritales y Municipales, a las Contralorías territoriales, a las Personerías Distritales y Municipales, a las Veedurías, así como el personal administrativo de empleados públicos de las Juntas Administrativas Locales, de las Instituciones de Educación Superior, de las Instituciones de Educación Primaria, Secundaria y media vocacional, gozarán del régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional.**

**Las prestaciones sociales contempladas en dicho régimen serán liquidadas con base en los factores para ellas establecidas.**" (Resaltado nuestro).

**ARTICULO 4.- "El régimen de prestaciones sociales mínimas aplicable a los trabajadores oficiales vinculados a las entidades de que trata este Decreto será, igualmente, el consagrado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional."**

Con la expedición del Decreto 1919 de 2002, los empleados del nivel territorial, tienen derecho a las prestaciones sociales propias de los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del orden Nacional.





En virtud de tal decreto y a partir del 1º de septiembre de 2002 (fecha de entrada en vigencia de la disposición), los empleados del nivel territorial, tienen derecho al reconocimiento y pago de las siguientes prestaciones sociales:

1. Vacaciones,
2. Prima de vacaciones,
3. Auxilio de recreación,
4. Prima de navidad
5. Subsidio familiar
6. Auxilio de cesantías
7. Intereses a las cesantías (en el régimen con liquidación anual)
8. Calzado y vestido de labor
9. Pensión de jubilación
10. Indemnización sustitutiva de Pensión de jubilación
11. Pensión de sobrevivientes
12. Auxilio de enfermedad
13. Indemnización por accidente de trabajo o enfermedad profesional
14. Auxilio funerario
15. Asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria, servicio odontológico.
16. Pensión de invalidez
17. Indemnización sustitutiva de Pensión de invalidez
18. Auxilio de maternidad.
19. Auxilio de transporte.

Por su parte, la Corte Constitucional en Sentencia C-402 del 03 de Julio de 2013, al respecto indicó:

*"Conforme a la línea jurisprudencial de esta Corporación, la determinación del régimen salarial de los servidores públicos del orden territorial responde a una fórmula de armonización entre el principio del Estado Unitario y el grado de autonomía que la Constitución reconoce a las entidades locales. A partir de ese marco, el Congreso y el Gobierno fijan los criterios y objetivos generales a los que se sujetan las entidades territoriales para el ejercicio de sus competencias, de raigambre constitucional, para la fijación de las escalas salariales y los emolumentos de los cargos adscritos a ellas. De esta manera, cada entidad territorial está investida de la facultad de determinar los aspectos concretos de su régimen salarial, que respondan a las particularidades del ejercicio de la función pública en cada departamento, municipio o distrito, así como las variables presupuestales, la estructura institucional de la entidad territorial, el nivel de especialización profesional requerida, etc.*

*A juicio de la Corte, no es de recibo la tesis del actor, según la cual, el régimen salarial de los servidores públicos adscritos a la Rama Ejecutiva debe estar contenido en un solo estatuto, promulgado por el Gobierno en desarrollo de la ley marco fijada por el Congreso. De ser así, se vaciaría de contenido las competencias de las entidades territoriales en esta materia, a partir de una maximización del principio del Estado unitario y en abierta contradicción con la eficacia del grado de autonomía que la Constitución reconoce a las mencionadas entidades. Además, desde el punto de vista foral, exigir que el Decreto acusado tenga alcance no solo para los servidores públicos del orden nacional, sino también para aquellos adscritos al nivel territorial, configuraría un exceso en el ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas para la expedición del Decreto 1042 de 1978.*

*En consecuencia, tanto a partir de la Constitución derogada como de la Carta Política vigente, el Gobierno tenía vedado extender el campo de regulación a la determinación del régimen salarial de los*





servidores públicos de la Rama Ejecutiva del nivel territorial. Además, dicha extensión no puede llevarse válidamente a cabo de acuerdo al parámetro constitucional vigente, merced del grado de autonomía anteriormente explicado. En esa medida, si el primer problema jurídico materia de decisión debe resolverse de manera negativa, no están los presupuestos para entrar a dilucidar el segundo problema, relativo a la presunta vulneración del principio de igualdad, en tanto su supuesto metodológico es la existencia de un mandato constitucional de regulación uniforme del régimen salarial que sirviera como criterio de comparación entre los servidores del nivel nacional y del territorial. Como ese mandato no concurre en la Carta Política, dicho juicio no podía llevarse a cabo. Por ende, se impuso la declaratoria de exequibilidad de los apartes normativos acusados, por el cargo analizado en esa sentencia."

De acuerdo con la anterior sentencia de constitucionalidad a la que fue sometido el Decreto 1042 de 1978, es claro para la Corte Constitucional que las entidades territoriales no tienen la facultad para crear elementos salariales y prestacionales, la competencia para crear los elementos salariales y prestacionales de los **empleados públicos** tanto del nivel nacional como del nivel territorial es exclusivo del Gobierno Nacional; así las cosas, y como quiera que el **Gobierno Nacional no ha creado el incentivo por jubilación y reconocimiento de vejez, invalidez y gran invalidez** señalado en su consulta, no es viable su reconocimiento y pago por parte de ninguna entidad a los empleados públicos.

A diferencia de los empleados públicos y como se mencionó, los **trabajadores oficiales** tienen la posibilidad de la previa deliberación sobre las condiciones del servicio y la modificación de tales condiciones y de las prestaciones y elementos salariales por medio de la presentación de pliego de peticiones y la suscripción de convenciones colectivas o pactos colectivos, los cuales hacen parte de su contrato de trabajo. Por tal razón, los trabajadores oficiales se rigen por dicho contrato, la convención colectiva, el pacto colectivo, laudo arbitral o reglamento interno de trabajo si los hay, y por lo no previsto en ellos, por la Ley 6 de 1945, el Decreto 2127 de 1945 y el Decreto 1919 de 2002 en cuanto a prestaciones sociales mínimas se refiere.

Como quiera que los trabajadores oficiales pueden discutir sus condiciones de empleo y fijar alcances laborales distintos de los concebidos por las normas generales, en criterio de esta Dirección es viable reconocer prestaciones sociales extralegales, siempre y cuando éstas hayan sido establecidas en el contrato de trabajo, convención colectiva, pacto colectivo o laudo arbitral, los cuales hacen parte de su contrato de trabajo.

Ahora bien, frente al concepto de prestación social, se tiene lo siguiente:

**PRESTACION SOCIAL:** "Es lo que debe el patrono al trabajador en dinero, especie, servicios y otros beneficios, por ministerio de la ley, o por haberse pactado en convenciones colectivas o en pactos colectivos, o en el contrato de trabajo, o establecidas en el reglamento interno de trabajo, en fallos arbitrales o en cualquier acto unilateral del patrono, para cubrir los riesgos o necesidades del trabajador que se originan durante la relación del trabajo o con motivo de la misma". (Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, Sentencia de julio 18 de 1995.)

Conforme lo anterior, las prestaciones sociales legales surgen por ministerio de la ley, en tanto que las prestaciones sociales extralegales son aquellas prestaciones sociales de carácter





extralegal, reconocidas directamente por la entidad o adoptadas a través de pacto, convención colectiva, laudo arbitral, contrato de trabajo, o en cualquier acto unilateral del patrono.

Ahora bien, el artículo 467 del Código Sustantivo de Trabajo define la Convención Colectiva en los siguientes términos:

**"ARTICULO 467. DEFINICION.** *Convención colectiva de trabajo es la que se celebra entre uno o varios {empleadores} o asociaciones patronales, por una parte, y uno o varios sindicatos o federaciones sindicales de trabajadores, por la otra, para fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia."*

La Corte Constitucional, mediante sentencia C-902/03 del 7 de octubre de 2003, Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Beltrán Sierra, al decidir sobre la exequibilidad de los artículos 474, 478 y 479 del Código Sustantivo del Trabajo, señaló:

*"4.1. La convención colectiva es un acto regulador de los contratos de trabajo, producto de una negociación colectiva, que como lo han señalado la doctrina y la jurisprudencia contiene dos elementos: el normativo y el obligacional. En efecto, según la define el artículo 467 del Código Sustantivo de Trabajo "es la que se celebra entre uno o varios patronos o asociaciones patronales, por una parte, y uno o varios sindicatos o federaciones sindicales de trabajadores, por la otra, para fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia. (Subrayas fuera de texto)."*

Los elementos referidos, esto es, el normativo y el obligacional, han sido explicados por esta Corporación, así:

*"[E]l elemento normativo de la convención se traduce en una serie de disposiciones, con vocación de permanencia en el tiempo, instituidas para regular las relaciones de trabajo individual en la empresa; en virtud de dichas disposiciones se establecen anticipadamente y en forma abstracta las estipulaciones que regirán las condiciones individuales para la prestación de los servicios, esto es, los contratos individuales de trabajo. Las cláusulas convencionales de tipo normativo constituyen derecho objetivo, se incorporan al contenido mismo de los contratos de trabajo y, en tal virtud, contienen las obligaciones concretas del patrono frente a cada uno de los trabajadores, como también, las obligaciones que de modo general adquiere el patrono frente a la generalidad de los trabajadores, vgr., las que fijan la jornada de trabajo, los descansos, los salarios, prestaciones sociales, el régimen disciplinario, o las que establecen servicios comunes para todos los trabajadores en el campo de la seguridad social, cultural o recreacional.*

(...)

*Entendida así la convención colectiva, puede decirse que se trata de un acto jurídico de forzoso cumplimiento entre quienes lo suscriben, es decir, entre quienes se encuentra ligados por una relación laboral, so pena de incurrir en responsabilidad por su incumplimiento, según lo dispone el artículo 468 del Código Sustantivo del Trabajo. Esto es, se encuentran obligados tanto el empleador como los trabajadores, como quiera que se trata del cumplimiento de convenios que resultan de una negociación colectiva, en los cuales se establecen las condiciones rectoras de los contratos de trabajo que continúan en cabeza de cada uno de los afiliados hasta la terminación del contrato, evento en el cual desaparece la responsabilidad. Ello es así, si se tiene en cuenta que las convenciones colectivas son el instrumento que mejor encarna el derecho colectivo, el cual, en palabras de esta Corporación "se presenta en el ámbito constitucional, como el derecho regulador de una esfera de libertad en cabeza de los patronos y los trabajadores, originada especialmente en el reconocimiento constitucional de los derechos al trabajo, a la asociación*





*sindical, a la negociación colectiva y a la huelga, para que unos y otros, en forma organizada, contribuyan a la solución pacífica de los conflictos laborales, y promuevan y realicen la defensa de los derechos e intereses que le son comunes, según la particular situación que ocupan en la empresa, y las relaciones que surgen de sus condiciones de dadores o prestadores de trabajo".*  
(Subrayado fuera de texto)

En ese orden de ideas, en criterio de esta Dirección las posibilidades jurídicas para acceder a las prestaciones extralegales en el caso de los trabajadores oficiales, se presentan cuando se haya pactado tal derecho en convenciones colectivas, situación que obliga al empleador y a los trabajadores de su empresa.

No obstante, la Constitución Política de Colombia en su artículo 48 señala:

*"ARTICULO 48. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley. (...)*

***PARÁGRAFO 2o.** <Parágrafo adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005. El nuevo texto es el siguiente:> A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones". (Subrayado nuestro)*

Por lo anterior, para los trabajadores oficiales, tal como se señaló inicialmente, resulta viable que se establezcan posibilidades jurídicas para acceder a las prestaciones extralegales; no obstante la Constitución Política de Colombia prohíbe de manera expresa que se establezcan condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones, por lo que un incentivo por jubilación y el reconocimiento de pensión por vejez tampoco podrán establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o actos jurídico alguno.

El presente concepto se emite de conformidad con los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

  
CLAUDIA PATRICIA HERNANDEZ LEON  
Directora Jurídica

Víctor Edwart Cubillos V - JFC / GCJ - 601  
600.4.8.

