



## Concepto 367621 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20226000367621\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000367621

Fecha: 04/10/2022 11:46:44 a.m.

Bogotá D.C.

Ref.: REMUNERACION. Prima de servicios. Reconocimiento y pago de prestaciones sociales y elementos salariales a favor de los docentes ocasionales RAD. 20229000485382 del 19 de septiembre de 2022.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta en relación con la posibilidad de efectuar el reconocimiento y pago a favor de los docentes ocasionales las prestaciones sociales y elementos salariales que corresponden a los docentes de la planta de personal de la universidad, particularmente de la prima de servicios, me permito dar respuesta a la misma en los siguientes términos:

La Ley 30 de 1992, respecto de los docentes ocasionales señala:

*"ARTÍCULO 74. Serán profesores ocasionales aquellos que con dedicación de tiempo completo o de medio tiempo, sean requeridos transitoriamente por la entidad para un período inferior a un año.*

*Los docentes ocasionales no son empleados públicos ni trabajadores oficiales, sus servicios serán reconocidos mediante resolución y no gozarán del régimen prestacional previsto para estos últimos. El texto subrayado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-6 de 1996.*

En la citada sentencia C-006 de 1996, la Corte Constitucional señaló:

*"Los profesores de cátedra tienen también una relación laboral subordinada, por cuanto cumplen una prestación personal de servicio, igual a la que realizan los profesores de tiempo completo, de medio tiempo o los llamados ocasionales, ellos devengan una remuneración por el trabajo desempeñado y están sujetos a una subordinación como se les exige a los otros, como horarios, reuniones, evaluaciones, etc., contemplados en el reglamento. Entonces frente a esta similar situación de hecho que identifica la misma relación de trabajo subordinado de estos servidores públicos, debe corresponderles el mismo tratamiento en cuanto a prestaciones sociales, que deben pagárseles proporcionalmente al trabajo desempeñado. Otro tratamiento desconocería el principio de igualdad y de justicia y sería evidentemente discriminatorio." Subraya fuera de texto*

De acuerdo con lo anterior, a partir de la sentencia arriba referenciada, los docentes ocasionales si bien no son considerados empleados públicos ni trabajadores oficiales, se consideran una especie de servidores públicos que en virtud de que cumplen una prestación personal de servicio, igual a la que realizan los profesores de tiempo completo o de medio tiempo, ellos devengan una remuneración por el trabajo desempeñado y están sujetos a una subordinación como se les exige a los otros docentes como horarios, reuniones o evaluaciones, deben ser beneficiarios de las prestaciones sociales correspondientes a los empleados de la planta de personal de la entidad u organismo público y en las condiciones que establezcan las normas que regulan la materia.

Así las cosas, se considera procedente diferenciar el concepto de salario al de prestación social, en ese sentido esta Dirección Jurídica los ha diferenciado de la siguiente manera:

**SALARIO:** Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación o retribución directa y onerosa del servicio, y que ingresan real y efectivamente a su patrimonio, es decir, no a título gratuito o por mera liberalidad del empleador, ni lo que recibe en dinero en especie no para su beneficio ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, ni las prestaciones sociales, ni los pagos o suministros en especie, conforme lo acuerden las partes, ni los pagos que según su naturaleza y por disposición legal no tienen carácter salarial, o lo tienen en alguna medida para ciertos efectos, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales, acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando por disposición expresa de las partes no tienen el carácter de salario, con efectos en la liquidación de prestaciones sociales. (Corte Constitucional, sentencia C-521 de 1995).

**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.)

En ese sentido, es pertinente indicar que las prestaciones sociales de los docentes se encuentran establecidas en los artículos 33 y siguientes del Decreto 1279 de 2002, siendo procedente su reconocimiento y pago en la forma como lo indica la norma, se consideran como prestaciones sociales, las siguientes:

Vacaciones, art. 33 Decreto 1279 de 2002,

Prima de vacaciones, art. 38 Decreto 1279 de 2002,

Prima de Navidad, art. 45 Decreto 1279 de 2002,

Cesantías, art. 48 Decreto 1279 de 2002.

Por otra parte, se precisa que la Prima de Servicios y la Bonificación por Servicios Prestados, son considerados como elementos salariales y no como prestaciones sociales, en ese sentido no se considera viable su reconocimiento y pago, por cuanto ya se advirtió la Sentencia de la Corte Constitucional fue clara al indicar que los docentes ocasionales tendrán derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de que gozan los docentes de planta.

De acuerdo con lo expuesto, es viable concluir que los docentes ocasionales en virtud de las actividades y funciones personales que realizan, y en razón a que se encuentran sujetos a una subordinación como se les exige a los otros docentes como horarios, reuniones o evaluaciones, son considerados servidores públicos beneficiarios del reconocimiento y pago de las prestaciones sociales correspondientes a los docentes de planta, tales como vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad y cesantías.

Por otra parte, se concluye que como quiera que la prima de servicios y la bonificación por servicios prestados son considerados como elementos de salario y no como prestaciones sociales, razón por la cual no se encuentran dentro del concepto de prestación social.

En atención a la segunda parte de su escrito, en relación con la posibilidad para que la universidad acuerde en negociación con el sindicato de empleados públicos el reconocimiento y pago en forma proporcional de la prima de servicios, le indico:

El Decreto 160 de 2014, incorporado en el Decreto 1072 de 2015 determina, como regla de negociación entre la Administración y las organizaciones sindicales de los empleados públicos, el respeto de la competencia constitucional y legal atribuida a las entidades y autoridades públicas.

Con respecto al ámbito de negociación en materia salarial y prestacional, el Decreto 160 de 2014, por el cual se reglamenta la Ley 411 de 1997 aprobatoria del Convenio 151 de la OIT, en lo relativo a los procedimientos de negociación y solución de controversias con las organizaciones de empleados públicos, consagra:

*“ARTÍCULO 2.2.2.4.2. Reglas de aplicación del presente capítulo. Son reglas de aplicación de este capítulo, las siguientes:*

*1. El respeto de la competencia constitucional y legal atribuida a las entidades y autoridades públicas: la negociación debe respetar las competencias exclusivas que la Constitución Política y la ley atribuyen a las entidades y autoridades públicas.*

*El respeto al presupuesto público o principio de previsión y provisión presupuestal en la ley, ordenanza o acuerdo para la suscripción del o los*

acuerdos colectivos con incidencia económica presupuestal, teniendo en cuenta el marco de gasto de mediano plazo, la política macroeconómica del Estado y su sostenibilidad y estabilidad fiscal.

Una sola mesa de negociación y un solo acuerdo colectivo por entidad o autoridad pública.

ARTÍCULO 2.2.2.4.4. Materias de negociación. Son materias de negociación:

Las condiciones de empleo, y

Las relaciones entre las entidades y autoridades públicas competentes y las organizaciones sindicales de empleados públicos para la concertación de las condiciones de empleo.

PARÁGRAFO 1. No son objeto de negociación y están excluidas, las siguientes materias:

La estructura del Estado y la estructura orgánica y la interna de sus entidades y organismos.

Las competencias de dirección, administración y fiscalización del Estado.

El mérito como esencia y fundamento de las carreras especiales y de la carrera administrativa general y sistemas específicos.

La atribución disciplinaria de las autoridades públicas.

La potestad subordinante de la autoridad pública en la relación legal y reglamentaria.

PARÁGRAFO 2. En materia salarial podrá haber negociación y concertación, consultando las posibilidades fiscales y presupuestales. 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 negociar y concertar, toda vez que por mandato constitucional y legal la única autoridad competente para regular la materia es el Presidente de la República.”

De conformidad con lo previsto en la norma transcrita, en caso de negociación entre la Administración y las organizaciones sindicales se deberá tener en cuenta el respeto de la competencia constitucional y legal atribuida a las entidades y autoridades públicas.

Para el caso objeto de consulta, se tiene que, el numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política, corresponde al Gobierno Nacional la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y la Fuerza Pública; competencia que el Gobierno Nacional ha venido ejerciendo a través de diferentes actos administrativos.

En relación con la autonomía de las universidades para establecer elementos prestacionales y salariales para el personal docente y administrativo de las mismas, el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente, Augusto Trejos Jaramillo, en concepto de 15 de abril de 1998, expresó:

“La Constitución asigna al Gobierno Nacional, y al Presidente de la República, funciones especiales en lo relacionado con la política económica y la planeación para el desarrollo del país. Entre ellas se destacan la elaboración anual del presupuesto de rentas y ley de apropiaciones; la del plan nacional de desarrollo; la estricta recaudación y administración de las rentas y caudales públicos y la facultad de disponer su inversión de acuerdo con las leyes.

La determinación de la remuneración de los servidores del Estado tiene implicaciones en la política económica pues del manejo salarial depende en buena manera el equilibrio fiscal; de ahí que resulte congruente que al Presidente, que como se ha visto tiene responsabilidades en materia de política económica, se le asigne la atribución de regular el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso y de la fuerza pública y la de establecer el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales. Como la fijación de los salarios y prestaciones de los funcionarios y empleados de las universidades estatales tiene influjo sobre las finanzas del Estado, no es coherente que ellas sean apartadas de la norma general que busca la homeóstasis presupuestal y el manejo armónico y estable de los recursos públicos.

La autonomía que atribuye la Carta a ciertos órganos no implica, necesariamente, que la fijación salarial y prestacional la realice el mismo organismo. Dicha autonomía nunca podrá ser absoluta dentro de nuestro actual Estado de derecho, menos aún en esa materia, puesto que los emolumentos no pueden superar la cifra del gasto público que determine el presupuesto aprobado por el Congreso.

(...)

Dado que las personas que prestan sus servicios tanto en el área docente como administrativa de las universidades del Estado son servidores públicos, que el presupuesto de estas entidades proviene casi en su totalidad del Estado, que por expresa disposición legal corresponde al

Gobierno Nacional regular el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos y que la ley 30 de 1992 consagró en el artículo 77 que el régimen salarial y prestacional de los profesores de las universidades estatales se regirá por la ley 4ª de 1992 y demás normas complementarias, la Sala considera que compete al Presidente de la República fijar el régimen salarial y prestacional del personal docente y administrado de las universidades oficiales". (Resaltado fuera de texto)

Esta misma Corporación mediante sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B del 21 de mayo de 2009, C.P. DR. Víctor Hernando Alvarado Ardila, Ref.: Expediente No. 250002325000200403790 - 02, señaló:

"(...) Si bien en la citada disposición no se incluyó al cuerpo administrativo de las universidades estatales, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido muy clara en afirmar que si los profesores están sometidos a las previsiones de la Ley 4 de 1992, con mayor razón los administrativos, pues en los primeros es en donde con mayor fuerza se refleja la autonomía universitaria. Al respecto sostuvo la Sección Segunda, Subsección A, en sentencia de 19 de abril de 2007, M. P. doctor Alberto Arango Mantilla, radicado 444-2005:

*"Cuando la norma de rango legal (artículo 77 de ley 30 de 1992) mencionó solamente a los empleados docentes, lo hizo precisamente para zanjar cualquier duda que se pudiera suscitar sobre la competencia del Gobierno Nacional para fijar el salario de los profesores universitarios - que cumplen una función eminentemente académica-, frente a la autonomía universitaria.*

*En este orden de ideas y acudiendo al criterio lógico sistemático de interpretación judicial que busca encontrar las relaciones que existen entre el ordenamiento Constitucional y las normas legales, encuentra la Sala un argumento a fortiori de aplicación incuestionable: si el legislador entendió que la autonomía universitaria no se extiende a la facultad de regulación propia y autónoma del régimen salarial de los docentes, con mayor razón debe entenderse dicha limitación a la autonomía universitaria respecto de los funcionarios administrativos de las universidades, para quienes concurren razones menos claras e imperiosas que soportarían el argumento contrario." (Subrayado y negrilla fuera de texto)*

De conformidad con lo señalado por el Consejo de Estado la autonomía universitaria consagrada en el artículo 69 de la Constitución no faculta a los entes universitarios autónomos para fijar el régimen salarial y prestacional del personal docente y administrativo de las mismas, pues el compete para fijar el régimen salarial y prestacional del personal docente y administrado de las universidades oficiales es el Presidente de la República.

Es así como a través de la Ley 4 de 1992 dictada por el Congreso de la República se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los trabajadores oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política. De acuerdo con lo establecido en la Constitución Política y la Ley 4 de 1992, el único competente para establecer elementos salariales es el Gobierno Nacional.

Finalmente, se considera importante tener en cuenta que de conformidad con lo previsto en el artículo 88 de la Ley 1437 de 2011, los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar.

En ese sentido, en el caso que la Administración haya expedido un acto administrativo mediante el cual reconoce y paga elementos salariales o prestacionales, dicho acto administrativo se presume vigente mientras no haya orden de un Juez de la República que lo suspenda o anule.

Conclusiones.

De acuerdo con lo expuesto, se considera pertinente concluir lo siguiente:

1.- De conformidad con la normativa vigente, los docentes ocasionales en virtud de las actividades y funciones personales que realizan, y en razón a que se encuentran sujetos a una subordinación como se les exige a los otros docentes como horarios, reuniones o evaluaciones, son considerados servidores públicos beneficiarios del reconocimiento y pago de las prestaciones sociales correspondientes a los docentes de planta, tales como vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad y cesantías.

Así las cosas, y, como quiera que la prima de servicios y la bonificación por servicios prestados son considerados como elementos de salario y no como prestaciones sociales, razón por la cual no se encuentran dentro del concepto de prestación social y por tanto no se considera procedente su reconocimiento y pago; sin embargo, si han sido expedidos actos administrativos, convenciones colectivas, pactos o laudos arbitrales se les deberá cumplimiento a estos.

Por otra parte, el numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política, determina que corresponde al Gobierno Nacional la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y la Fuerza Pública; competencia que el Gobierno

Nacional ha venido ejerciendo a través de diferentes actos administrativos.

Por lo anterior, es importante manifestar, que no es viable que la Administración acuerde con las organizaciones sindicales de la universidad el reconocimiento y pago de elementos salariales, como es el caso de la prima de servicios a favor de los docentes ocasionales, pues no cuentan con la facultad legal para el efecto, se reitera, sin embargo que si han sido expedidos actos administrativos, convenciones colectivas, pactos o laudos arbitrales se les deberá cumplimiento a estos.

Finalmente, se considera importante tener en cuenta que de conformidad con lo previsto en el artículo 88 de la Ley 1437 de 2011, los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar.

En ese sentido, en el caso que la Administración (Universidad) haya expedido un acto administrativo mediante el cual reconoce y paga elementos salariales o prestacionales, dicho acto administrativo se presume vigente mientras no haya orden de un Juez de la República que lo suspenda o anule, por tanto, corresponde a la Administración verificar si se cumplen con las condiciones para su reconocimiento y pago.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público, las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos; así como la normatividad que ha emitido el Gobierno Nacional a propósito de la emergencia ocasionada por el Covid - 19, me permito indicar que en el link <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> y <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html> podrá encontrar conceptos y normativa relacionados con el tema.

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

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Harold Herreño

Revisó: Maia Borja

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

"Por la cual se organiza el servicio público de la educación superior".

"Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional de los docentes de las universidades estatales."

"Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo"

---

Fecha y hora de creación: 2024-11-28 07:13:07