



Concepto 307671 de 2024 Departamento Administrativo de la Función Pública

20246000307671*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20246000307671

Fecha: 02/05/2024 09:25:13 a.m.

Bogotá D.C

Referencia: NEGOCIACIÓN COLECTIVA. Materias de negociación. Radicación: 20249000349302 del 22 de abril de 2024.

En atención a la radicación de la referencia, en la cual plantea y consulta: *¿Pueden, la administración de CARDIQUE conjuntamente con los sindicatos que tienen afiliados en esa entidad, mediante acuerdo establecido en mesa de negociación, otorgar beneficios económicos no salariales, que no afecten los giros presupuestales de la nación, con recursos propios de los rubros de bienestar laboral u otro rubro para tal fin, aplicando su autonomía, principios de previsión y provisión presupuestal, enmarcándolos en el decreto 243, en lo relacionado a mejorar las condiciones de empleo de sus funcionarios? Se da respuesta en los siguientes términos:*

En primer lugar, es importante precisar que conformidad con el Decreto 430 de 2016¹, este Departamento Administrativo, efectúa la interpretación general de la normatividad vigente, por lo tanto, la resolución de los casos concretos corresponde a cada entidad, de manera que no será posible reconocer ningún derecho, dicha potestad es propia del operador judicial, razón por la cual solo se dará información general, respecto del tema objeto de consulta.

La Constitución Política permite regular elementos salariales y prestacionales al Congreso de la República, así: «fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y la Fuerza Pública»² y al Presidente de la República de: «ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes»³.

En desarrollo del artículo 150, numeral 19, literales e) y f), se expidió a Ley 4^a de 1992, mediante la cual se establecieron 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. Por ende, corresponde al Congreso de la República dictar las normas generales, fijando los criterios y objetivos a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional, en cabeza del Presidente de la República. Para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, atendiendo a los lineamientos establecidos en la Ley 4 de 1992.

El Decreto 1072 de 2015, «Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo», frente a las materias de negociación colectiva, dispone:

“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.” [Subrayado nuestro].

Conforme a la normativa en materia de negociación, los empleados públicos podrán presentar pliego de peticiones en relación con las condiciones del empleo excluyendo la negociación elementos salariales y prestacionales por cuanto, dicha regulación le corresponde al Gobierno Nacional de conformidad con lo expuesto en la Ley 4 de 1992 en concordancia con el literal e) del numeral 19 del artículo 150 de la Carta Política.

De igual manera, en cuanto a la creación de elementos salariales y prestacionales, es importante tener en cuenta que los mismos se regulan según lo consagrado en los Decretos Ley 1042 y 1045 de 1978 para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional. Por ende, la regulación de estos por quien no tiene la competencia es ilegal, tal como lo afirma el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Germán Bula Escobar, fecha: 28 de febrero de 2017, radicado número 11001-03-06-000-2016-00110-00(2302), al referirse sobre la procedencia de reconocer primas extralegales:

Las asignaciones salariales creadas por ordenanzas antes del Acto Legislativo 01 de 1968 son ajustadas a derecho y deberán ser pagadas a los servidores de la educación a cuyo favor hayan sido legalmente decretadas, hasta cuando se produzca su retiro.

Para el período transcurrido desde la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 1968 hasta la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, es claro que el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos de todos los niveles no podía ser creado por acuerdos y ordenanzas y que a las asambleas departamentales solamente les estaba asignada la competencia para determinar las escalas salariales.

Por tal razón las normas departamentales que crearon primas extralegales contrariaban la Constitución Política de manera evidente, lo que implica para la Administración la obligación de aplicar la excepción de inconstitucionalidad.

Ningún educador podía ni puede ser beneficiario de asignaciones salariales creadas en oposición a la Constitución.

No obstante, los dineros percibidos por los docentes desde que entró a regir el Acto Legislativo 1 de 1968, en principio no deben ser reintegrados pues se entienden recibidos de buena fe.

Las primas extralegales creadas por corporaciones o autoridades territoriales no pueden ser pagadas pues carecen de amparo constitucional.

Para evitar el pago de lo no debido, la Administración debe aplicar la excepción de inconstitucionalidad respecto de los actos expedidos por las autoridades territoriales que crearon las denominadas primas extralegales.

Los dineros percibidos por los docentes y originados en los conceptos aludidos desde que entró a regir la Constitución de 1991, en principio no deben ser reintegrados pues se entienden recibidos de buena fe.

En todo caso, si la Administración considera que se debe obtener el reintegro de lo indebidamente pagado, podrá acudir al medio de control de reparación directa.

Por ser asignaciones sin amparo constitucional no pueden ser pagadas por el Estado.

Conforme a lo anterior, el Consejo de Estado considera que aquellos elementos salariales y prestacionales que se hayan expedido por las autoridades territoriales con posterioridad al Acto Legislativo 1 de 1968 carecen de amparo constitucional por cuanto, dicha competencia ha sido atribuida única y exclusivamente al Gobierno Nacional.

Adicional a lo anterior, la Ley 2276 de 2022, «Por la cual se decreta el presupuesto de rentas y recursos de capital y ley de apropiaciones para la vigencia fiscal del 10. de enero al 31 de diciembre de 2023», establece:

“Artículo 14. Prohibése tramitar actos administrativos u obligaciones que afecten el presupuesto de gastos cuando no reúnan los requisitos legales o se configuren como hechos cumplidos. El representante legal y ordenador del gasto o en quienes estos hayan delegado, responderán disciplinaria, fiscal y penalmente por incumplir lo establecido en esta norma.

(...)

Artículo 17. Los recursos destinados a programas de capacitación y bienestar social no pueden tener por objeto crear o incrementar salarios, bonificaciones, sobresueldos, primas, prestaciones sociales, remuneraciones extralegales o estímulos pecuniarios occasionales que la ley no haya establecido para los servidores públicos, ni servir para otorgar beneficios directos en dinero o en especie.

Todos los funcionarios públicos de la planta permanente o temporal podrán participar en los programas de capacitación de la entidad; las matrículas de los funcionarios de la planta permanente o temporal se girarán directamente a los establecimientos educativos, salvo lo previsto por el artículo 114 de la Ley 30 de 1992, modificado por el artículo 27 de la Ley 1450 de 2011. Su otorgamiento se hará en virtud de la reglamentación interna para la planta permanente o temporal del órgano respectivo.

La ley general de presupuesto prohíbe modificar o afectar el presupuesto para gastos adicionales diferentes a los previstos en la norma, así como para destinar los recursos de capacitación y bienestar social para crear o incrementar salarios, prestaciones sociales, entre otros, so pena de la responsabilidad disciplinaria, fiscal y penal por incumplimiento de la ley.

En este orden de ideas, y teniendo en cuenta la normativa citada nos referiremos a la viabilidad de adquirir auxilio de nacimiento; auxilio de lentes y monturas a favor de los empleados públicos, reiterando que la regulación de los mismos es oponible a la Constitución y la ley bajo los siguientes criterios:

La Ley 100 de 1993⁴ en el artículo 1, inciso 2, prevé que el sistema de seguridad social comprende las obligaciones del Estado y la sociedad, las instituciones y los recursos destinados a garantizar la cobertura de las prestaciones de carácter económico, de salud y servicios complementarios, materia de esta ley, u otras que se incorporen normativamente en el futuro.

Esta ley establece como una prestación adicional a cargo de las instituciones administradoras de pensiones el auxilio funerario así:

Para quienes opten por el régimen solidario de prima media con prestación definida, el artículo 51, dispone: Auxilio funerario. La persona que compruebe haber sufragado los gastos de entierro de un afiliado o pensionado, tendrá derecho a percibir un auxilio funerario equivalente al último salario base de cotización, o al valor correspondiente a la última mesada pensional recibida, según sea el caso, sin que este auxilio pueda ser inferior a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes, ni superior a diez (10) veces dicho salario. Para quienes opten por el régimen de ahorro individual con solidaridad, el artículo 86 consagra:

Auxilio funerario. La persona que compruebe haber sufragado los gastos de entierro de un afiliado o pensionado, tendrá derecho a percibir un auxilio funerario equivalente al último salario base de cotización, o al valor correspondiente a la última mesada pensional recibida, según sea el caso, sin que pueda ser inferior a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes, ni superior a diez (10) veces dicho salario.

El auxilio deberá ser cubierto por la respectiva administradora o aseguradora, según corresponda.

Cuando el deceso del funcionario se origina en un accidente de trabajo o en una enfermedad profesional, se trata de una contingencia comprendida en el sistema de riesgos profesionales y, por tanto, la prestación económica, esto es, el auxilio funerario está a cargo de la Administradora de Riesgos Profesionales, conforme lo señala el artículo 86 de la Ley 100 de 1993, que posteriormente fue recogido de manera expresa a nivel legal, en los siguientes términos:

Artículo 86. AUXILIO FUNERARIO. La persona que compruebe haber sufragado los gastos de entierro de un afiliado o pensionado, tendrá derecho a percibir un auxilio funerario equivalente al último salario base de cotización, o al valor correspondiente a la última mesada pensional recibida, según sea el caso, sin que pueda ser inferior a cinco

(5) salarios mínimos legales mensuales vigentes, ni superior a diez (10) veces dicho salario.

El auxilio deberá ser cubierto por la respectiva administradora o aseguradora, según corresponda.

Las administradoras podrán repetir contra la entidad que haya otorgado el seguro de sobrevivientes respectivo, en el cual se incluirá el cubrimiento de este auxilio.

La misma acción tendrán las compañías de seguros que hayan pagado el auxilio de que trata el presente artículo y cuyo pago no les corresponda por estar amparado este evento por otra póliza diferente.

Entonces, el auxilio funerario es una prestación a favor del empleado que se encuentra establecida a cargo de la administradora del régimen pensional o de la administradora del sistema de riesgos profesionales, según el origen del deceso.

En los demás casos, se considera que en tanto que el sistema de seguridad social integral consagrado en la Ley 100 de 1993, y sus decretos reglamentarios contemplan el reconocimiento de un auxilio funerario para el empleado y cubre los riesgos laborales en los términos legalmente establecido en la ley 1562 de 2012, no es procedente que una entidad pública reconozca y pague dichos beneficios para sus empleados de manera adicional, por cuanto la ley ya contempló este beneficio.

De igual manera, las prestaciones sociales a favor de los empleados públicos se encuentran dispuestas en el literal a), artículo 5 del Decreto Ley 1045 de 1978⁵, mediante la cual se prevé la protección en salud de estos.

En materia presupuestal y autorización del gasto público los artículos 345 y 346 de la Constitución Política consagran:

"Artículo 345. En tiempo de paz no se podrá percibir contribución o impuesto que no figure en el presupuesto de rentas, ni hacer erogación con cargo al Tesoro que no se halle incluida en el de gastos.

Tampoco podrá hacerse ningún gasto público que no haya sido decretado por el Congreso, por las asambleas departamentales, o por los concejos distritales o municipales, ni transferir crédito alguno a objeto no previsto en el respectivo presupuesto.

Artículo 346. Modificado por el art. 3, Acto Legislativo 003 de 2011. El nuevo texto del inciso primero es el siguiente: El Gobierno formulará anualmente el presupuesto de rentas y ley de apropiaciones, que será presentado al Congreso dentro de los primeros diez días de cada legislatura.

El presupuesto de rentas y ley de apropiaciones deberá elaborarse, presentarse y aprobarse dentro de un marco de sostenibilidad fiscal y corresponder al Plan Nacional de Desarrollo. En la Ley de Apropiaciones no podrá incluirse partida alguna que no corresponda a un crédito judicialmente reconocido, o a un gasto decretado conforme a ley anterior, o a uno propuesto por el Gobierno para atender debidamente el funcionamiento de las ramas del poder público, o al servicio de la deuda, o destinado a dar cumplimiento al Plan Nacional de Desarrollo.

Las comisiones de asuntos económicos de las dos cámaras deliberarán en forma conjunta para dar primer debate al proyecto de Presupuesto de Rentas y Ley de Apropiaciones (Destacado nuestro).

En consecuencia, no es procedente que una entidad pública reconozca gastos adicionales a lo determinado en la ley, debido a que efectuaría un gasto no decretado por el Congreso; en tanto, solo el legislador puede crear los seguros obligatorios. Así mismo, tampoco procede el financiamiento de pólizas con cargo a los recursos del plan de bienestar e incentivos.

Con fundamento en los criterios y disposiciones expuestos, reconocer y pagar elementos salariales no creados por el Gobierno nacional, un auxilio o una prestación social no procede a través de un proceso de negociación colectiva en tanto, contradice la constitución, la ley y las normas emitidas en esta materia, toda vez que este tipo de acuerdo no se ajusta a las materias permitidas de negociación, máxime cuando la ley general de presupuesto prohíbe a las entidades afectar el presupuesto para materias no autorizadas, so pena de ser responsables disciplinaria, fiscal y penalmente.

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.

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

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Janne Guzmán.

Revisó: Maia Borja.

Aprobó: Armando López.

NOTAS DE PIE DE PAGINA

Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública. Literal e), numeral 19 del artículo 150 C.P. Numeral

11, artículo 189 C.P. Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones 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."

Fecha y hora de creación: 2026-01-30 09:08:06