



Concepto 531581 de 2024 Departamento Administrativo de la Función Pública - Unidad de Implementación del Acuerdo de Paz

20246000531581

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20246000531581

Fecha: 21/08/2024 10:28:20 a.m.

Bogotá D.C.

Referencia: NEGOCIACIÓN COLECTIVA. Materias de negociación. Radicado: 20249000632192 del 16 de agosto de 2024. Respetado señor, reciba un cordial saludo,

La Carta 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»¹ 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»².

En desarrollo del artículo 150, numeral 19, literales e) y f), se expidió a Ley 4 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 2015³, frente a las materias de negociación colectiva, dispone:

“ARTÍCULO 2.2.2.4.5. MATERIAS DE NEGOCIACIÓN. Son materias de negociación:

Las condiciones del empleo, y

Las relaciones entre las entidades y autoridades públicas competentes según el ámbito de negociación y las organizaciones sindicales de empleados públicos para la determinación de las condiciones de empleo.

Parágrafo. En materia salarial y prestacional habrá negociación en el ámbito nacional exclusivamente, de conformidad con las posibilidades fiscales y presupuestales. En relación con el incremento salarial no se podrán acordar aumentos diferenciados en los ámbitos nacional, sectorial, territorial o singular. [Subrayado nuestro].

Respecto de las reglas para adelantar la negociación entre las entidades u organismos públicos y los sindicatos de empleados, así como las materias objeto de negociación, el Decreto 1072 de 2015, establece:

“ARTÍCULO 2.2.2.4.4. REGLAS DE APLICACIÓN. Son reglas de aplicación de este Capítulo, las siguientes:

El respeto de la competencia constitucional y legal atribuida 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.

Unidad en la negociación colectiva, que significa unidad de pliego, de comisión negociadora unificada sindical, de mesa de negociación y de acuerdo colectivo por ámbito de negociación, ya sea nacional, sectorial, territorial y/o por entidad de carácter singular.

Aplicación de los principios de transparencia, publicidad y veracidad sobre el número de afiliados de cada organización sindical en las entidades públicas correspondientes, que se determinarán en el censo sindical que deberá realizar de manera bienal el Ministerio del Trabajo.

La negociación en todos los ámbitos o niveles se realizará como regla general en forma presencial; excepcionalmente la negociación podrá ser de forma virtual o mixta, según sea convenido por las partes.

PARÁGRAFO TRANSITORIO: *Entre tanto se realice el censo sindical por parte del Ministerio del Trabajo, la representatividad de las organizaciones sindicales se deberá determinar conforme con siguiente información:*

Certificado de descuento mensual efectuado por el empleador y pagado a la respectiva organización sindical, federal y confederal.

La certificación que, como requisito y condición de participación, necesariamente deberá expedir toda organización bien sea sindicato, federación o confederación, con las firmas de su secretario y fiscal, sobre el número de sus empleados públicos afiliados, registrados en los libros sindicales, con derecho y pago de su cuota sindical descontada por el empleador.

Esta certificación se entenderá expedida bajo la gravedad de juramento y debe ser coincidente con los fondos depositados en bancos por concepto de cuotas sindicales descontadas a los empleados públicos y consignadas a las organizaciones sindicales, con corte al 31 de diciembre del año inmediatamente anterior.

En caso de no entregarse la certificación o de no ser expedida en forma concreta, precisa y cierta sobre el número de empleados públicos afiliados a una organización sindical, quedará suspendida la participación, permisos sindicales y demás garantías eventuales de la respectiva organización sindical y sus negociadores o delegados durante el proceso de negociación, hasta tanto expida la certificación en forma debida, precisa y cierta.

En caso de existir diferencia entre las certificaciones señaladas en los numerales 1 y 2 del presente párrafo, para determinar el número de afiliados a las organizaciones, la organización sindical deberá demostrar el número de servidores públicos que efectúan el pago directo de la cuota sindical ordinaria.” (Subraya fuera de texto)

De acuerdo con lo anterior, es claro que las negociaciones que se surtan con los sindicatos de empleados públicos y las entidades u organismos del Estado se deberán respetar las competencias exclusivas que la Constitución Política y la ley atribuyen a las entidades y autoridades públicas.

De igual manera, es importante tener presente que, en materia de negociación, las organizaciones sindicales de 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 de manera exclusiva 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.

Frente al particular, es importante tener en cuenta que 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 diferentes al Gobierno nacional con posterioridad al Acto Legislativo 1 de 1968 carecen de amparo constitucional por cuanto, dicha competencia ha sido atribuida única y exclusivamente a este.

Es importante tener presente que 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 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 los determinados en la ley, debido a que efectuaría un gasto no decretado por el Congreso.

Adicional a lo anterior, la Ley 2342 de 2023, «Por la cual se decreta el presupuesto de rentas y recursos de capital y ley de apropiaciones para la vigencia fiscal del 01 de enero al 31 de diciembre de 2024», establece:

“ARTÍCULO 14. *Prohíbese 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, prestaciones sociales, remuneraciones extralegales o estímulos pecuniarios ocasionales que la ley no haya~~
Concepto 531581 de 2024 Departamento Administrativo de la Función Pública - EVA - Gestor Normativo
Unidad de Implementación del Acuerdo de Paz

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.

Con fundamento en los criterios y disposiciones expuestos, las entidades públicas en el marco de una negociación colectiva con las organizaciones sindicales de sus empleados públicos no deben reconocer y pagar primas extralegales, bonificaciones o auxilios pues su creación no procede a través de un proceso de negociación colectiva en ese nivel, en tanto, contradice la constitución, la ley y los decretos, 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, y, que ya se indicó, la única autoridad facultada para su creación es el Gobierno nacional en cabeza del Presidente de la República.

Finalmente, es importante tener presente que la protección de la visión y odontológica de los empleados públicos se encuentra prevista con los aportes y afiliación a las EPS que elijan los empleados públicos, los cuales se encuentran contenidos en el artículo 5 del Decreto ley 1045 de 1978, en consecuencia, no es dable efectuar otro tipo de negociaciones frente al particular.

Para más información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público y aplicables a su consulta, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido emitidos por esta Dirección Jurídica.

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

Proyecto: Harold Herreño

Revisó y aprobó. Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Literal e), numeral 19 del artículo 150 C.P.

2 Numeral 11, artículo 189 C.P.

3 “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo.”

Fecha y hora de creación: 2026-06-21 05:24:16