



Función Pública

Concepto 101531 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000101531

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000101531

Fecha: 24/03/2021 02:47:57 p.m.

Bogotá D.C.

REF.: REMUNERACIÓN. Creación de prima de antigüedad para efectos de dar cumplimiento a una convención colectiva, o acuerdo colectivo.
RAD.: 20212060154382 del 23-03-2021.

Acuso recibo comunicación remitida por el Ministerio de Trabajo, mediante la cual informa que, "En la convención colectiva de trabajo suscrita entre la Gobernación de Sucre y el Sindicato de Trabajadores Oficiales y Empleados Públicos SINTRAOFEMSUCRE, de esta entidad, vigente, en el Artículo 22 se estableció Prima de Antigüedad así:

"ARTÍCULO 22 PRIMA DE ANTIGÜEDAD. (Convención 89): El Departamento de Sucre, pagará por nómina a los trabajadores oficiales sindicalizados una prima de antigüedad por quinquenios cumplidos al servicio de la Gobernación de Sucre, a más tardar 10 días después de haber adquirido este derecho así: "Tiempo de servicio Valor de la Prima de Antigüedad 5 años..... 20 días de salarios 10 años..... 30 días de salarios 15 años..... 40 días de salarios 20 años 50 días de salarios Desde los 25 años 60 días de salarios "Y por cada cinco (5) años que se cumplan después de los 25 años, la Gobernación de Sucre le pagará una prima de antigüedad por valor de 55 días de salario.

"PARÁGRAFO: Para efectos de la liquidación de la prima se tomará como base el salario que esté devengando el trabajador Oficial al momento de causarse. "Que el Sindicato de Trabajadores Oficiales y Empleados Públicos SINTRAOFEMSUCRE, cuenta con 52 afiliados, de los cuales solo quedan seis (06) que tienen la calidad de trabajadores oficiales, los demás son empleados públicos.

Con fundamento en la anterior información consulta si los trabajadores oficiales pueden recibir primas extralegales por convención colectiva; y si el hecho de que el Sindicato de Trabajadores oficiales antes mencionado este conformado por trabajadores oficiales y empleados públicos, y que el número de empleados público sea mayor que el de trabajadores oficiales que lo conforma, no cambia su naturaleza y/o razón social; y si se ellos se rigen por Convención Colectiva o por Acuerdos Colectivos.

Sobre el tema me permito manifestarle lo siguiente:

1.- Respecto a la consulta si los trabajadores oficiales pueden recibir primas extralegales por convención colectiva, como la prima de

antigüedad, se precisa lo siguiente:

El reconocimiento y pago del incremento por antigüedad, es un elemento salarial consagrado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional en el Decreto 1042 de 1978, cuyo campo de aplicación no se ha extendido a los empleados públicos del nivel territorial.

El Gobierno nacional es el competente para fijar los salarios y prestaciones sociales de los empleados públicos, razón por la cual ninguna autoridad, incluyendo las asambleas departamentales y los concejos municipales tienen facultad en esta materia.

En relación con la prima de antigüedad, es oportuno señalar que 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\(2302\)](#), se refirió respecto a la procedencia de reconocer primas extralegales, así:

[...] 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 extralegales creadas por corporaciones o autoridades territoriales, y a la vez reconocidas y pagadas por dichas autoridades 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.

Ahora bien, teniendo en cuenta que los trabajadores oficiales se rigen en su relación laboral por el contrato de trabajo, la convención colectiva, pacto colectivo y reglamento interno de trabajo, y en lo no regulado en dichos instrumentos, por lo dispuesto en la Ley 6a de 1945, y el título 30 del Decreto 1083 de 2015, de tal manera que si en la convención colectiva se estableció una prima de antigüedad a favor de los mismos, es procedente su reconocimiento y pago en los términos allí indicados; pero dicho beneficio no se hace extensivo a los empleados públicos.

2.- En cuanto a la consulta si el hecho de que el Sindicato de Trabajadores oficiales antes mencionado esté conformado por trabajadores oficiales y empleados públicos, y que el número de empleados público sea mayor que el de trabajadores oficiales que lo conforma, no cambia su naturaleza y/o razón social, se precisa lo siguiente:

De acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 58 de la Ley 50 de 1990, adicionado al Artículo 414 del Código Sustantivo del Trabajo, está permitido a los empleados oficiales constituir organizaciones sindicales mixtas, integradas por trabajadores oficiales y empleados público, las cuales, para el ejercicio de sus funciones, actuarán teniendo en cuenta las limitaciones consagradas por la ley respecto al nexo jurídico de sus afiliados para con la administración.

Conforme a lo anterior y atendiendo puntualmente la consulta, en criterio de esta Dirección Jurídica, el hecho de que las organizaciones sindicales mixtas constituidas por trabajadores oficiales y empleados públicos, en su mayoría esté integrada por empleados públicos, no cambia su naturaleza jurídica.

3.- Respecto a la consulta si los trabajadores oficiales y los empleados públicos que constituyen una organización sindical mixta, se rigen por Convención Colectiva de trabajo o por Acuerdos Colectivos de Trabajo, se precisa lo siguiente:

El Código Sustantivo del Trabajo establece:

“ARTICULO 414. DERECHO DE ASOCIACION. El derecho de asociación en sindicatos se extiende a los trabajadores de todo servicio oficial, con excepción de los miembros del Ejército Nacional y de los cuerpos o fuerzas de policía de cualquier orden, pero los sindicatos de empleados públicos tienen sólo las siguientes funciones:

1. Estudiar las características de la respectiva profesión y las condiciones de trabajo de sus asociados.
2. Asesorar a sus miembros en la defensa de sus derechos como empleados públicos, especialmente los relacionados con la carrera administrativa.
3. Representar en juicio o ante las autoridades los intereses económicos comunes o generales de los agremiados, o de la profesión respectiva.
4. Presentar a los respectivos jefes de la administración memoriales respetuosos que contengan solicitudes que interesen a todos sus afiliados en general, o reclamaciones relativas al tratamiento de que haya sido objeto cualquiera de éstos en particular, o sugerencias encaminadas a mejorar la organización administrativa o los métodos de trabajo.
5. Promover la educación técnica y general de sus miembros.

6. Prestar socorro a sus afiliados en caso de desocupación, de enfermedad, invalidez o calamidad.

7. Promover la creación, el fomento o subvención de cooperativas, cajas de ahorro, de préstamos y de auxilios mutuos, escuelas, bibliotecas, institutos técnicos o de habilitación profesional, oficinas de colocación, hospitales, campos de experimentación o de deporte y demás organismos adecuados a los fines profesionales, culturales, de solidaridad y de previsión, contemplados en los estatutos.

8. Adquirir a cualquier título y poseer los bienes inmuebles y muebles que requieran para el ejercicio de sus actividades. Y

9. Adicionado por el art. 58, Ley 50 de 1990. Está permitido a los empleados oficiales constituir organizaciones sindicales mixtas, integradas por trabajadores oficiales y empleados públicos, las cuales, para el ejercicio de sus funciones, actuarán teniendo en cuenta las limitaciones consagradas por la ley respecto al nexo jurídico de sus afiliados para con la administración.”

(...)

“ARTICULO 416. LIMITACION DE LAS FUNCIONES. Reglamentado por el Decreto Nacional 535 de 2009. EXEQUIBLE Los sindicatos de empleados públicos no pueden presentar pliegos de peticiones ni celebrar convenciones colectivas, pero los sindicatos de los demás trabajadores oficiales tienen todas las atribuciones de los otros sindicatos de trabajadores, y sus pliegos de peticiones se tramitarán en los mismos términos que los demás, (aún cuando no puedan declarar o hacer huelga).

NOTA: El texto subrayado fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1234 de 2005, bajo el entendido de que para hacer efectivo el derecho de negociación colectiva contemplado en el Artículo 55 de la Constitución Política y de conformidad con los Convenios 151 y 154 de la OIT, las organizaciones sindicales de empleados públicos podrán acudir a otros medios que garanticen la concertación en las condiciones de trabajo, a partir de la solicitud que al respecto formulen los sindicatos, mientras el Congreso de la República regula el procedimiento para el efecto.

El texto entre paréntesis fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-110 de 1994, en el entendido de que únicamente es aplicable a los sindicatos de trabajadores oficiales que laboren para entidades encargadas de prestar servicios públicos que la ley califique como esenciales.

De acuerdo con las disposiciones transcritas, los empleados públicos no son destinatarios de la convención colectiva de trabajo, ésta solamente cobija a los trabajadores oficiales.

Los empleados públicos son destinatarios de las garantías y los derechos que, de acuerdo con la Constitución y la ley, se establezcan en los acuerdos colectivos firmados entre las organizaciones sindicales de empleados públicos y las entidades y autoridades públicas, de conformidad con lo señalado en el Decreto 1072 de 2015 y las demás normas legales que lo modifiquen, adicionen o sustituyan.

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 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

Elaboró: Pedro P. Hernández Vergara

Revisó: Jose F. Ceballos Arroyave

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-09-30 13:49:51