



## Función Pública

# Concepto 201941 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20216000201941\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000201941

Fecha: 08/06/2021 02:10:25 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: NEGOCIACIÓN COLECTIVA. Materias de negociación. Derechos adquiridos. REMUNERACIÓN. Prima de servicios. Radicado: 20219000215492 del 3 de mayo de 2021.

En atención a la comunicación de la referencia, solicita usted, en ejercicio del derecho de petición se le emita un concepto donde le sean resueltas las siguientes preguntas:

- 1. ¿Es viable y jurídicamente correcto, el reconocimiento y pago de una prima de servicios equivalente a 30 días de salario, a los empleados públicos pertenecientes a la planta de una entidad del Estado del orden territorial, en virtud de un acuerdo sindical?*
- 2. ¿En caso de que dicha prima de servicios se venga reconociendo en dichas condiciones a los empleados de una entidad pública del orden territorial, al culminar la vigencia del acuerdo laboral con el sindicato, el derecho a continuarla percibiendo corresponde un derecho adquirido que deba protegerse en virtud de la negociación de un nuevo acuerdo sindical o, por el contrario, los derechos adquiridos en virtud de la jurisprudencia, solamente pueden predicarse de aquellos que se adquieran con sujeción a la ley?*
- 3. ¿Cuál es la normatividad para efecto de liquidar la prima de servicios a los empleados públicos del orden territorial?" (copiado del original)*

### I. FUNDAMENTOS DEL CONCEPTO

La respuesta a los interrogantes planteados tendrá en cuenta los siguientes referentes normativos, conceptuales y jurisprudenciales:

La Carta Política respecto a la competencia para regular elementos salariales y prestacionales, señala que de conformidad el literal e), numeral 19 del Artículo 150 corresponde al Congreso de la República, «fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y la Fuerza Pública» así mismo, el numeral 11 del Artículo 189 señala que es facultad del Presidente de la República «ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las

leyes».

De la misma manera, en desarrollo del Artículo 150, numeral 19, literales e) y f), la Ley 4ª 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, señalando 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.

En este entendido, frente a las materias de negociación colectiva, el Decreto 1072 de 2015, Único Reglamentario del Sector Trabajo, dispone:

ARTÍCULO 2.2.2.4.4. MATERIAS DE NEGOCIACIÓN. Son materias de negociación:

1. Las condiciones de empleo, y
2. 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:

1. La estructura del Estado y la estructura orgánica y la interna de sus entidades y organismos;
2. Las competencias de dirección, administración y fiscalización del Estado;
3. El mérito como esencia y fundamento de las carreras especiales y de la carrera administrativa general y sistemas específicos;
4. La atribución disciplinaria de las autoridades públicas;
5. 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 la normativa citada, los empleados públicos pueden presentar pliego de solicitudes en relación con las condiciones del empleo excluyendo la negociación elementos salariales y prestacionales por cuanto, dicha regulación radica exclusivamente en cabeza del Gobierno Nacional.

En este orden de ideas, a continuación, nos referiremos con respecto a la procedencia de pagar 30 días por concepto de prima de servicios. Nos

permitimos mencionar el siguiente fundamento normativo:

El Decreto [2351](#) de 2014, «Por el cual se regula la prima de servicios para los empleados públicos del nivel territorial», establece:

ARTÍCULO 1°. Todos los empleados públicos vinculados o que se vinculen a las entidades del sector central y descentralizado de la Rama Ejecutiva del Orden Territorial, a las Asambleas Departamentales, a los Concejos Distritales y Municipales, a las Contralorías Territoriales, a las Personerías Distritales y Municipales y el personal administrativo del sector educación, tendrán derecho, a partir de, 2015, a percibir la prima de servicios de que trata el [Decreto Ley 1042 de 1978](#) en los mismos términos y condiciones allí señalados y en las normas que lo modifican, adicionan o sustituyan. (Destacado nuestro)

De igual manera, el Artículo 2 del Decreto 2351, modificado por el Artículo 1 del Decreto 2278 de 2018, fija los factores de salario sobre los cuales debe ser liquidada:

ARTÍCULO 2. Modificado por el Decreto [2278](#) de 2018. La prima de servicios de que trata el presente decreto se liquidará sobre los factores de salario que se determinan a continuación:

- a) La asignación básica mensual correspondiente al cargo que desempeña el empleado al momento de su causación
- b) El auxilio de transporte
- c) El subsidio de alimentación
- d) La bonificación por servicios prestados

PARÁGRAFO. El auxilio de transporte, el subsidio de alimentación y la bonificación por servicios prestados constituirán factor para la liquidación de la prima de servicios cuando el empleado los perciba.

Al respecto el Decreto Ley [1042](#) de 1978, «Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones», dispone:

ARTÍCULO 58.- La prima de servicio. Los funcionarios a quienes se aplica el presente Decreto tendrán derecho a una prima de servicio anual equivalente a quince días de remuneración, que se pagará en los primeros quince días del mes de julio de cada año.

Esta prima no se registrará para los funcionarios que con anterioridad tengan asignada esta contraprestación cualquiera que sea su nombre.

De conformidad con la anterior disposición, la prima de servicios es un elemento de salario que se paga a los empleados públicos de las entidades públicas la cual se reconoce y paga en los primeros 15 días del mes de julio, con el salario devengado por el empleado a 30 de junio de cada año. En otras palabras, la prima de servicios se liquida con base en el salario que el empleado estuviere percibiendo a 30 de junio de cada año conforme a los factores salariales previamente mencionados.

Adicionalmente, es importante mencionar el pronunciamiento del 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 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.

En otra oportunidad, la misma Corporación, en sentencia del 7 de octubre de 2010, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, es claro y enfático en pronunciarse sobre los derechos adquiridos, así:

(...) a los empleados públicos de las entidades territoriales, incluyendo a los de las universidades públicas, no les asiste derechos adquiridos sobre las prestaciones sociales que por fuera de lo previsto en la Constitución y en la ley les fueron concedidas a través de acuerdos o cualquier acto administrativo que no haya sido expedido por el Gobierno Nacional, debido a la falta de competencia de los órganos que los proferieron y, por tanto, dichos derechos no se consideran adquiridos con justo título ni conforme a las normas superiores, por lo que tales entidades pueden invocar válidamente la excepción de inconstitucionalidad prevista en el Artículo 4 de la Constitución Política para no seguir reconociendo y pagando prestaciones sociales que no sean las estrictamente legales.

## II. RESPUESTA A LAS PREGUNTAS OBJETO DE LA SOLICITUD DE CONCEPTO

Con fundamento en los criterios y disposiciones expuestos, damos respuesta a sus interrogantes en el mismo orden en que se formularon, concluyendo:

*1. ¿Es viable y jurídicamente correcto, el reconocimiento y pago de una prima de servicios equivalente a 30 días de salario, a los empleados públicos pertenecientes a la planta de una entidad del Estado del orden territorial, en virtud de un acuerdo sindical?*

Al empleador sólo le corresponde el pago de la prima de servicios correspondiente a 15 días por haber laborado entre el 1 de julio y el 30 de junio. Es decir, no resulta procedente modificar las normas sobre prima de servicios a través de un proceso de negociación colectiva.

*2. ¿En caso de que dicha prima de servicios se venga reconociendo en dichas condiciones a los empleados de una entidad pública del orden territorial, al culminar la vigencia del acuerdo laboral con el sindicato, el derecho a continuarla percibiendo corresponde un derecho adquirido que deba protegerse en virtud de la negociación de un nuevo acuerdo sindical o, por el contrario, los derechos adquiridos en virtud de la jurisprudencia, solamente pueden predicarse de aquellos que se adquieran con sujeción a la ley?*

De acuerdo con los pronunciamientos del Consejo de Estado, los empleados públicos que han percibido la prima de servicio a través de actos administrativos expedidos por las asambleas departamentales, concejos municipales, gobernadores o alcaldes no les asisten los derechos adquiridos sobre esta remuneración, por cuanto se reitera, la misma fue creada por fuera de lo establecido en la Constitución y la Ley.

Lo anterior, máxime cuando la Corporación es clara en mencionar que aquellos elementos salariales y prestacionales expedidos 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.

*3. ¿Cuál es la normatividad para efecto de liquidar la prima de servicios a los empleados públicos del orden territorial?*

La normativa en materia de prima de servicios en el orden territorial es: Decreto 2351 de 2014, Decreto 2278 de 2018, Decreto Ley 1042 de 1978, art. 58 y el Decreto 304 de 2020, art. 7º (decreto salarial modificado anualmente, continua vigente hasta tanto se expidan los decretos para la vigencia 2021).

## III. NATURALEZA DEL CONCEPTO

Este concepto lo emitimos en los términos y con los alcances dados por el Artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo - Ley 1437 de 2011.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web [www.funcionpublica.gov.co/eva](http://www.funcionpublica.gov.co/eva) en el link «Gestor Normativo» donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

Adicionalmente, en el link <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html> encuentra la normativa que ha emitido el Gobierno Nacional con relación a la emergencia sanitaria causada por el covid-19.

Cordialmente,

ARMANDO LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Angélica Guzmán Cañón

Revisó: José Fernando Ceballos Arroyave

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

---

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:31:27