



Concepto 216621 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000216621

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000216621

Fecha: 19/06/2021 10:56:19 a.m.

Bogotá D.C.

Referencia: NEGOCIACIÓN COLECTIVA. Materias de negociación. Términos y etapas de la negociación. Radicado: 20212060458352 del 1 de junio 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 posible que en los acuerdos convencionales que se suscriban con los empleados públicos en virtud del Decreto 160 de 2014, compilado en el Decreto 1072 de 2015 y demás normas concordantes, se pacten beneficios prestacionales, salariales, entregas de viáticos para citas médicas, reconocimientos de viáticos en comisiones sindicales y en general actividades que no están regladas en los Decretos 160 de 2014, compilado en el decreto 1072 de 2015?

2. En el evento de que actualmente se encuentre vigente un acuerdo con empleados públicos, donde se encuentren pactados algunos de estos acuerdos (beneficios prestacionales, salariales, entregas de viáticos para citas médicas, reconocimientos de viáticos en comisiones sindicales, reconocimiento de entrega de primas salariales) ¿El Alcalde se encuentra en la obligación de darle cumplimiento? En el evento de que esté obligado a cumplirlas, ¿implicaría alguna forma de detrimento patrimonial?

3. ¿Cuál es la vigencia de los acuerdos suscritos con los empleados públicos?, es decir, ¿es por el término que se pacta en el acuerdo o las obligaciones que se hayan pactado tiene alguna extra temporalidad y deben ser cumplidas en el futuro por tratarse de derechos adquiridos?

4. ¿Se entiende que los acuerdos suscritos entre empleados públicos y las entidades estatales, constituyen derechos adquiridos que deben respetarse, independiente de lo pactado?" (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 lo anterior, 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.

Ahora bien, frente a las materias de negociación colectiva, el Decreto 1072 de 2015¹, 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. [Subrayado nuestro].

De conformidad con la normativa citada, 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 radica exclusivamente en cabeza del Gobierno Nacional.

En este orden de ideas, a continuación, nos referiremos con respecto a la procedencia de negociar una prima anual equivalente a 1 SMLMV, mencionado el siguiente fundamento normativo:

En cuanto a los elementos salariales y prestacionales, es importante tener en cuenta que los mismos se encuentran consagrados en los Decretos Ley 1042 y 1045 de 1978 para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional.

Al respecto, 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 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.

Ahora bien, respecto a los derechos adquiridos de los empleados públicos del nivel territorial sobre las prestaciones sociales extralegales que les fueron concedidas, es pertinente señalar lo manifestado por el Consejo de Estado en Sentencia del 7 de octubre de 2010 de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, en los siguientes términos:

(...) 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 profirieron 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.

De otra parte, con respecto a la vigencia de los acuerdos colectivos logrados entre la Administración y los sindicatos de los empleados públicos, el Decreto 1072 de 2015², señala:

ARTÍCULO 2.2.2.4.12. Acuerdo colectivo. El acuerdo colectivo contendrá lo siguiente:

1. Lugar y fecha.
2. Las partes y sus representantes.
3. El texto de lo acordado.
4. El ámbito de su aplicación, según lo previsto en el Artículo 2.2.2.4.6. del presente Decreto.
5. El período de vigencia.
6. La forma, medios y tiempos para su implementación, y
7. La integración y funcionamiento del comité de seguimiento para el cumplimiento e implementación del acuerdo colectivo.

PARÁGRAFO. Una vez suscrito el acuerdo colectivo será depositado en el Ministerio del Trabajo dentro de los diez (10) días siguientes a su celebración.

Una vez firmado el acuerdo colectivo no se podrán formular nuevas solicitudes durante la vigencia del mismo.

En los términos de la norma transcrita, el acuerdo colectivo contendrá, entre otros, el período de vigencia, término dentro del cual, no se podrán formular nuevas solicitudes durante la vigencia del mismo. Significa lo anterior, que los acuerdos sindicales están sujetos a una vigencia previamente determinada, dentro de la cual se debe dar cumplimiento a lo acordado en la negociación; finalizado dicho término, para efecto de la continuidad de los beneficios acordados deben consultarse los términos en relación con lo pactado, de lo contrario estos beneficios serán objeto de una nueva negociación por vencimiento del plazo acordado.

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 posible que en los acuerdos convencionales que se suscriban con los empleados públicos en virtud del Decreto 160 de 2014, compilado en el Decreto 1072 de 2015 y demás normas concordantes, se pacten beneficios prestacionales, salariales, entregas de viáticos para citas médicas,

reconocimientos de viáticos en comisiones sindicales y en general actividades que no están regladas en los Decretos 160 de 2014, compilado en el decreto 1072 de 2015?

Los empleados públicos sólo tienen derecho a los elementos salariales y prestacionales fijados en los Decretos Ley 1042 y 1045 de 1978 y demás normas que los modifiquen y adicione. De igual manera, de acuerdo con el Consejo de Estado, a partir del Acto Legislativo 1 de 1968 la competencia para crear salarios o prestaciones se le atribuye única y exclusivamente al Gobierno Nacional. En consecuencia, esta Dirección Jurídica considera que la regulación de incentivos de tipo económico a través del proceso de negociación colectiva de carácter particular se encuentra constitucional y legalmente prohibido.

2. En el evento de que actualmente se encuentre vigente un acuerdo con empleados públicos, donde se encuentren pactados algunos de estos acuerdos (beneficios prestacionales, salariales, entregas de viáticos para citas médicas, reconocimientos de viáticos en comisiones sindicales, reconocimiento de entrega de primas salariales) ¿El Alcalde se encuentra en la obligación de darle cumplimiento? En el evento de que esté obligado a cumplirlas, ¿implicaría alguna forma de detrimento patrimonial?

Conforme a las disposiciones del Decreto 430 de 2016 este Departamento Administrativo establece las directrices jurídicas para la aplicación de las normas guardan directa relación con la interpretación general de aquellas expresiones que ofrezcan algún grado de dificultad en su comprensión o aplicación; sin que tales atribuciones comporten, de manera alguna, la definición de casos particulares que se presenten al interior de las diferentes entidades, ni tiene competencia para emitir concepto sobre los actos administrativos o determinaciones proferidas por las mismas.

3. ¿Cuál es la vigencia de los acuerdos suscritos con los empleados públicos?, es decir, ¿es por el término que se pacta en el acuerdo o las obligaciones que se hayan pactado tiene alguna extra temporalidad y deben ser cumplidas en el futuro por tratarse de derechos adquiridos?

Los acuerdos colectivos rigen por el término de vigencia pactado al momento de firmar el mismo. Sin embargo, acorde con el Consejo de Estado no asisten derechos adquiridos cuando se crearon incentivos de tipo de económico contrariando la facultad exclusiva del Gobierno Nacional; por cuanto, no se consideran adquiridos con justo título, ni conforme a las normas superiores.

4. ¿Se entiende que los acuerdos suscritos entre empleados públicos y las entidades estatales, constituyen derechos adquiridos que deben respetarse, independiente de lo pactado?

Frente a este punto, se reitera lo establecido en el punto anterior, sobre el hecho de no considerar como derechos adquiridos el reconocimiento y pago de salarios o prestaciones creados a través de un proceso de negociación colectiva de carácter particular.

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 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

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. «Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo»
2. Único Reglamentario del Sector Trabajo

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:17:30