



Concepto 215501 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000215501

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000215501

Fecha: 10/06/2022 04:15:54 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: SALARIOS Y PRESTACIONES SOCIALES. Factores salariales. Radicado: 20222060217152 del 25 de mayo de 2022

En atención a la comunicación de la referencia, solicita usted, en ejercicio del derecho de petición se le emita un concepto donde se revise la fórmula de liquidación de la bonificación por servicios prestados, la prima de servicios y la prima de vacaciones de acuerdo a un acuerdo colectivo.

FUNDAMENTOS DEL CONCEPTO

Sobre el particular es preciso señalar que, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016 este Departamento Administrativo tiene como objeto el fortalecimiento de las capacidades de los servidores públicos y de las entidades y organismos del Estado, su organización y funcionamiento, el desarrollo de la democratización de la gestión pública y el servicio al ciudadano, mediante la formulación, implementación, seguimiento y evaluación de políticas públicas, la adopción de instrumentos técnicos y jurídicos, la asesoría y la capacitación.

Razón por la cual, no tenemos competencia para elaborar, revisar, o determinar cuál es la fórmula de liquidación de las prestaciones sociales o de los elementos salariales de los servidores públicos. No obstante, lo anterior, y dado que menciona la modificación de los factores salariales de la bonificación por servicios prestados, la prima de servicios y la prima de vacaciones mediante un acuerdo colectivo nos referiremos a los siguientes temas: (i) Materias de negociación permitidos por la ley, (ii) Factores salariales y (iii) Excepción de inconstitucionalidad sobre la creación de elementos salariales y prestacionales.

Materias de negociación permitidos por la ley

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.

Frente al tema, la citada Ley 4 de 1992, también determina en su artículo 10: *Todo régimen salarial o prestacional que se establezca contraviniendo las disposiciones contenidas en la presente Ley o en los decretos que dicte el Gobierno Nacional en desarrollo de la misma, carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos.*

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:

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 (Destacado nuestro).

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 por cuanto, dicha regulación radica exclusivamente en cabeza del Gobierno Nacional.

Factores salariales

Los factores salariales de la bonificación por servicios prestados, la prima de servicios y la prima de vacaciones sólo son aquellos determinados en los decretos vigentes expedidos por el Gobierno Nacional en virtud de su competencia constitucional y legal. Al respecto las normas vigentes sobre la materia, determinan:

La bonificación por servicios prestados regulado por el Decreto 2418 de 2015 prevé que el empleado tiene derecho al 35% de su salario por cada año de servicios (será del 50% cuando devengue \$2.039.956). Este salario se liquida con base en los factores determinados por el artículo 3°:

ARTÍCULO 3. *Factores para liquidar la bonificación.* Para la liquidación de la bonificación por servicios prestados a que se refiere el presente decreto, solamente se tendrá en cuenta los siguientes factores:

- a) La asignación básica mensual señalada para el cargo que ocupe el empleado en la fecha en que se cause el derecho a percibirla, y
- b) Los gastos de representación.

PARÁGRAFO. Los gastos de representación constituirán factor para la liquidación de la bonificación por servicios prestados cuando el empleado los perciba.

La prima de servicios reglada por el Decreto 2351 de 2014 establece que el empleado tiene derecho a 15 días de salario por haber laborado entre el 1 de julio y el 30 de junio liquidada conforme a los factores salariales previstos en el artículo 2°:

ARTÍCULO 2. Modificado por el Artículo 1 del 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.

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

La prima de vacaciones conforme al Decreto 1919 de 2002 se reconoce a los empleados públicos del orden territorial en iguales términos que el Decreto Ley 1045 de 1978. La prima de vacaciones corresponde a 15 días por concepto de salario cada vez que el empleado salga a disfrutar de sus vacaciones, la cual se reconoce y paga según los factores salariales determinados por el artículo 17, así:

ARTÍCULO 17. De los factores salariales para la liquidación de vacaciones y prima de vacaciones: Para efectos de liquidar tanto el descanso remunerado por concepto de vacaciones como la prima de vacaciones de que trata este decreto, se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario, siempre que correspondan al empleado en la fecha en la cual inicie el disfrute de aquellas:

- a) La asignación básica mensual señalada para el respectivo cargo;
- b) Los incrementos de remuneración a que se refieren los artículos 49 y 97 del Decreto-Ley 1042 de 1978;
- c) Los gastos de representación;
- d) La prima técnica;
- e) Los auxilios de alimentación y transporte;
- f) La prima de servicios;
- g) La bonificación por servicios prestado.

Excepción de inconstitucionalidad sobre la creación de elementos salariales y prestacionales

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), en relación con los efectos de los actos administrativos expedidos por las autoridades locales creando elementos salariales o elementos prestacionales, refiere:

[...] 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 consecuencia, y como el Gobierno Nacional aún no ha contemplado el reconocimiento y pago en dinero de la dotación a favor de los empleados públicos del nivel territorial, de acuerdo al pronunciamiento del Consejo de Estado, en caso de advertir que el acto administrativo a través del cual se crea un elemento salarial o prestacional es contrario al ordenamiento superior, la Administración debe aplicar la excepción de inconstitucionalidad frente a dicho acto administrativo.

RESPUESTA A LA PREGUNTA OBJETO DE LA SOLICITUD DE CONCEPTO

Con fundamento en los criterios y disposiciones expuestos, modificar los factores salariales de los salarios y de las prestaciones no resulta viable por cuanto solo el Gobierno Nacional puede crear y regular este concepto. En materia de dotación el pago en dinero sólo procede cuando el empleado se retire del servicio sin que la misma se le hubiera reconocido. Por ende, la dotación se entrega en especie, o en bonos siempre y cuando no haya prescrito (3 años contados a partir de la fecha en que la obligación se hubiera hecho exigible) y el servidor tenga vigente el vínculo laboral.

Así, de acuerdo con el Consejo de Estado, en caso de advertir que el acto administrativo mediante el cual se regula un elemento salarial o prestacional es contrario al ordenamiento superior la Administración debe aplicar la excepción de inconstitucionalidad.

NATURALEZA DEL CONCEPTO

Este concepto lo emitimos en los términos y con los alcances dados por el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y 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 botón web *Gestor Normativo* puede consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

Cordialmente,

ARMANDO LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Angélica Guzmán Cañón

Revisó: Harold Israel Herreño Suarez

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Valor determinado anualmente por el artículo 10 del Decreto 473 de 2022, «Por el cual se fijan las remuneraciones de los empleos que sean desempeñados por empleados públicos de la Rama Ejecutiva, Corporaciones Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible, y se dictan otras disposiciones».
2. «Por el cual se fija el Régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos y se regula el régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial»
3. «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: 2024-12-04 13:53:42