



Función Pública

Concepto 210201 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000210201

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000210201

Fecha: 08/06/2022 09:26:26 a.m.

Bogotá D.C.

Referencia: NEGOCIACIÓN COLECTIVA. Materias de negociación. Radicado: 20222060198982 del 12 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 en respuesta a las siguientes preguntas:

1-. *¿Cuáles son los límites máximos y mínimos en ejercicio de la autonomía territorial de las entidades territoriales, para pactar prestaciones u obligaciones en favor de los empleados públicos a través de un acuerdo colectivo con la organización sindical que agrupe a los empleados públicos?*

¿Pueden las entidades territoriales pactar a través de la negociación con las organizaciones sindicales de empleados públicos y que luego derive en un acuerdo colectivo, auxilios o prestaciones para la compra de anteojos a favor de los afiliados a la organización sindical beneficiarios del acuerdo colectivo?

¿Están facultadas legalmente las entidades territoriales para pactar a través de la negociación con las organizaciones sindicales de empleados públicos y que luego derive en un acuerdo colectivo, ayudas para la útiles y gastos escolares para los hijos menores de 25 años de los empleados públicos, que estudien en básica primaria, secundaria o superiores?

¿Están facultadas legalmente las entidades territoriales para pactar a través de la negociación con las organizaciones sindicales de empleados públicos y que luego derive en un acuerdo colectivo, ayudas para educación o escolar, para los hijos menores de 25 años de los empleados públicos que estén estudiando una técnica, técnica profesional, tecnología o universitarios, ya sea de empleados públicos vinculados en carrera administrativa, libre nombramiento y remoción o provisionalidad?

¿Están facultades legalmente las entidades territoriales para pactar a través de la negociación con las organizaciones sindicales de empleados públicos y que luego derive en un acuerdo colectivo, ayudas para educación, a favor de los empleados públicos que estén estudiando una técnica, técnica profesional, tecnología, universitarios, diplomados y otros de manera general-; ya sea de empleados públicos vinculados en carrera administrativa, libre nombramiento y remoción o provisionalidad?

En el evento que resultara negativa la respuesta a los interrogantes 2, 3, 4 y 5, ¿son o no derechos adquiridos de los empleados públicos cuando dichas prestaciones o auxilios ya obran en un acuerdo colectivo y si los mismos se deben respetar, esto es, seguir cancelándolos conforme el art. 2° del Decreto 1631 del 30 de noviembre de 2021?

¿Cuál resulta ser el alcance y posibilidad de la aplicar la excepción de inconstitucionalidad cuando se reconocen prestaciones u obligaciones en los acuerdos colectivos de las organizaciones sindicales de empleados públicos, contraviniendo lo normado en el parágrafo 2° del art. 2.2.2.4.4. del Decreto 1072 de 2015, en virtud de la entrada en vigencia del art. 2° del Decreto 1631 del 30 de noviembre de 2021?

FUNDAMENTOS DEL CONCEPTO

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» 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».

En desarrollo del artículo 150, numeral 19, literales e) y f), se expidió a 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, 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.

En materia salarial, para el nivel territorial, la Constitución Política establece como competencia de los concejos municipales «determinar la estructura de la administración municipal y las funciones de sus dependencias; las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos; crear, a iniciativa del alcalde, establecimientos públicos y empresas industriales o comerciales y autorizar la constitución de sociedades de economía mixta». Adicionalmente, como atribuciones del alcalde es: «crear, suprimir o fusionar los empleos de sus dependencias, señalarles funciones especiales y fijar sus emolumentos con arreglo a los acuerdos correspondientes. No podrá crear obligaciones que excedan el monto global fijado para gastos de personal en el presupuesto inicialmente aprobado».

Por tanto, la facultad de las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos en sus dependencias, fue asignada a los concejos, y la de fijación de emolumentos, es de los alcaldes, con arreglo a los acuerdos respectivos. Frente a las materias de negociación colectiva, el Decreto 1072 de 2015, «Por medio del cual se expide el Decreto 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. [Subrayado nuestro].

Conforme a la normativa en materia de negociación, 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 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.

De igual manera, en cuanto a la creación de elementos salariales y prestacionales, es importante tener en cuenta que los mismos se regulan según lo consagrado en los Decretos Ley 1042 y 1045 de 1978 para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional. Por ende, 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 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 este orden de ideas, y teniendo en cuenta la normativa citada nos referiremos a cada uno de los ítems anexos a su consulta en el mismo orden en que se formularon bajo los siguientes criterios:

Auxilios o prestaciones para la compra de anteojos

La Ley 100 de 1993, «Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones», establece:

ARTICULO. 157.-Tipos de participantes en el sistema general de seguridad social en salud. A partir de la sanción de la presente ley, todo colombiano participará en el servicio público esencial de salud que permite el sistema general de seguridad social en salud. Unos lo harán en su condición de afiliados al régimen contributivo o subsidiado y otros lo harán en forma temporal como participantes vinculados.

A) Afiliados al sistema de seguridad social

Existirán dos tipos de afiliados al sistema general de seguridad social en salud:

Los afiliados al sistema mediante el régimen contributivo son las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago. Estas personas deberán afiliarse al sistema mediante las normas del régimen contributivo de que trata el capítulo I del título III de la presente ley.

(...).

Así mismo, conforme a la realización de exámenes médicos de ingreso, periódicos y de egreso, la Dirección General de Riesgos Profesionales del Ministerio de la Protección Social mediante circular unificada No. 2004 del 22 de abril de 2004 a efectos de unificar las instrucciones para la vigilancia, control y administración del Sistema General de Riesgos Profesionales y dirigida entre otros a empleadores del sector público y privado, establece:

Examen médico para efectos de salud ocupacional

En materia de salud ocupacional y para efecto de establecer el estado de salud de los trabajadores al iniciar una labor, desempeñar un cargo o

función determinada, se hace necesario en el desarrollo de la gestión para identificación y control del riesgo, practicarlos exámenes médicos ocupacionales de ingreso, periódicos y de retiro, los cuales son a cargo y por cuenta del empleador, conforme al artículo 348 del Código Sustantivo de Trabajo; el literal b) del artículo 30 del Decreto 614 de 1984 y el numeral 1 del artículo 10 de la Resolución 1016 de 1989.

Adicionalmente, las entidades administradoras de riesgos profesionales podrán realizar exámenes relacionados con los sistemas de vigilancia epidemiológica, los cuales no pueden reemplazar la obligación del empleador de realizar exámenes periódicos para la población trabajadora a su cargo.

Acorde con la normativa indicada, corresponde a la Administración afiliar a la totalidad de sus empleados al Sistema de Seguridad Social en Salud, así como a practicarles los exámenes médicos ocupacionales de ingreso, periódicos o de retiro cubriendo la totalidad de costos de los mismos.

Educación formal

El Decreto 1083 de 2015, «Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública», sobre los programas de bienestar, dispone:

ARTÍCULO 2.2.10.2. *Beneficiarios.* Las entidades públicas, en coordinación con los organismos de seguridad y previsión social, podrán ofrecer a todos los empleados y sus familias los programas de protección y servicios sociales que se relacionan a continuación:

[...]

PARÁGRAFO 1. Los programas de educación no formal y de educación formal básica primaria, secundaria y media, o de educación superior, estarán dirigidos a los empleados públicos.

También se podrán beneficiar de estos programas las familias de los empleados públicos, cuando la entidad cuente con recursos apropiados en sus respectivos presupuestos para el efecto.

PARÁGRAFO 2. Para los efectos de este artículo se entenderá por familia el cónyuge o compañero(a) permanente, los padres del empleado y los hijos hasta los 25 años o discapacitados mayores, que dependan económicamente del servidor.

De la misma manera, el artículo 2.2.10.5 del mismo decreto, menciona:

ARTÍCULO 2.2.10.5. *Financiación de la educación formal.* La financiación de la educación formal hará parte de los programas de bienestar social dirigidos a los empleados de libre nombramiento y remoción y de carrera. Para su otorgamiento, el empleado deberá cumplir las siguientes condiciones:

Llevar por lo menos un año de servicio continuo en la entidad.

Acreditar nivel sobresaliente en la calificación de servicios correspondiente al último año de servicio.

PARÁGRAFO. Los empleados vinculados con nombramiento provisional y los temporales, dado el carácter transitorio de su relación laboral, no podrán participar de programas de educación formal o no formal ofrecidos por la entidad, teniendo únicamente derecho a recibir inducción y entrenamiento en el puesto de trabajo.

La financiación de la educación formal hace parte de los programas de bienestar social dirigidos a los empleados de libre nombramiento y remoción y de carrera y a sus familias. No obstante, el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Germán Alberto Bula Escobar, el 18 de diciembre de 2020, número único: 11001-03-06-000-2020-00205-00 (2455) incluyó a los provisionales y sus familias.

Lo anterior, se sujeta a las condiciones dispuestas por el artículo 3° de la Ley 1960 de 2019 el cual, modifica el literal g), artículo 6 del Decreto Ley 1567 de 1998, así:

Profesionalización del servicio Público. Los servidores públicos independientemente de su tipo de vinculación con el Estado, podrán acceder a los programas de capacitación y de bienestar que adelante la Entidad, atendiendo a las necesidades y al presupuesto asignado. En todo caso, si el presupuesto es insuficiente se dará prioridad a los empleados con derechos de carrera administrativa.

En mérito de lo anterior, la educación formal es extensiva a todos los empleados públicos, independientemente del tipo de vinculación con la

Entidad.

RESPUESTA A LAS PREGUNTAS OBJETO DE LA SOLICITUD DE CONCEPTO

Con fundamento en los criterios y disposiciones expuestos, antes de dar respuesta a sus preguntas, es importante precisar que conforme a lo establecido en el Decreto 430 de 2016 este Departamento Administrativo tiene competencia para establecer directrices jurídicas en la aplicación las normas que 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.

Así las cosas, las respuestas a su consulta harán referencia al fundamento legal previamente descrito, sin que por este hecho las mismas, se encaminen a decidir en cada caso lo particular; por cuanto, tal competencia se le atribuye a la respectiva entidad nominadora por ser quien conoce de manera cierta y detallada la situación del personal a su cargo. Hecha esta aclaración, a continuación, nos referiremos a cada uno de los interrogantes propuestos en el mismo orden en que se formularon, concluyendo:

¿Cuáles son los límites máximos y mínimos en ejercicio de la autonomía territorial de las entidades territoriales, para pactar prestaciones u obligaciones en favor de los empleados públicos a través de un acuerdo colectivo con la organización sindical que agrupe a los empleados públicos?

R/ Las entidades no pueden, ni por decisión unilateral o a través de un proceso de negociación colectiva de carácter particular, reconocer beneficios, incentivos o recompensas económicas por cuanto, 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, cualquier estímulo de tipo económico se encuentra constitucional y legalmente prohibido.

¿Pueden las entidades territoriales pactar a través de la negociación con las organizaciones sindicales de empleados públicos y que luego derive en un acuerdo colectivo, auxilios o prestaciones para la compra de anteojos a favor de los afiliados a la organización sindical beneficiarios del acuerdo colectivo?

R/ El auxilio para la adquisición de anteojos no es posible acordarlo dado que el empleado afiliado a una EPS se le otorga el derecho de asistir a las citas de control con el especialista que requiera. Así como, a que la entidad realice los exámenes médicos ocupacionales de ingreso, periódicamente y de retiro. En consecuencia, no resulta procedente reconocerlo a través de un proceso de negociación colectiva carácter particular por cuanto, se reitera que la competencia constitucional se le atribuye única y exclusivamente al Gobierno Nacional.

¿Están facultadas legalmente las entidades territoriales para pactar a través de la negociación con las organizaciones sindicales de empleados públicos y que luego derive en un acuerdo colectivo, ayudas para la útiles y gastos escolares para los hijos menores de 25 años de los empleados públicos, que estudien en básica primaria, secundaria o superiores?

R/ Las ayudas para los útiles y gastos escolares para los hijos menores de 25 años de los empleados públicos no resulta procedente reconocerlos por cuanto el único competente para su regulación es el Gobierno Nacional.

¿Están facultadas legalmente las entidades territoriales para pactar a través de la negociación con las organizaciones sindicales de empleados públicos y que luego derive en un acuerdo colectivo, ayudas para educación o escolar, para los hijos menores de 25 años de los empleados públicos que estén estudiando una técnica, técnica profesional, tecnología o universitarios, ya sea de empleados públicos vinculados en carrera administrativa, libre nombramiento y remoción o provisionalidad?

¿Están facultadas legalmente las entidades territoriales para pactar a través de la negociación con las organizaciones sindicales de empleados públicos y que luego derive en un acuerdo colectivo, ayudas para educación, a favor de los empleados públicos que estén estudiando una técnica, técnica profesional, tecnología, universitarios, diplomados y otros ¿¿ de manera general-; ya sea de empleados públicos vinculados en carrera administrativa, libre nombramiento y remoción o provisionalidad?

R/ En respuesta a los numerales 4 y 5 la financiación de la educación formal se encuentra regulada en el Decreto 1083 de 2015 en el artículo 2.2.10.5, aplicable a todos los empleados públicos, independiente de su vinculación y su familias, de acuerdo con el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Germán Alberto Bula Escobar, el 18 de diciembre de 2020, número único: 11001-03-06-000-2020-00205-00 (2455), siempre y cuando lleven por lo menos 1 año de servicio continuo y acrediten nivel sobresaliente en la última calificación de servicios. Por lo tanto, no resulta procedente referir dicho tema en la negociación colectiva por cuanto, el mismo encuentra regulación legal y jurisprudencial.

En el evento que resultara negativa la respuesta a los interrogantes 2, 3, 4 y 5, ¿son o no derechos adquiridos de los empleados públicos cuando dichas prestaciones o auxilios ya obran en un acuerdo colectivo y si los mismos se deben respetar, esto es, seguir cancelándolos conforme el art. 2° del Decreto 1631 del 30 de noviembre de 2021?

R/ El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, en sentencia del 7 de octubre de 2010, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, al pronunciarse sobre los derechos adquiridos, es claro y enfático en afirmar que: (...) *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.*

En este sentido, la creación de cualquier emolumento por fuera de lo consagrado en la Constitución Política o la ley no les asiste derechos adquiridos para quien lo recibe, en tanto la competencia es sólo del Gobierno Nacional.

¿Cuál resulta ser el alcance y posibilidad de la aplicar la excepción de inconstitucionalidad cuando se reconocen prestaciones u obligaciones en los acuerdos colectivos de las organizaciones sindicales de empleados públicos, contraviniendo lo normado en el parágrafo 2° del art. 2.2.2.4.4. del Decreto 1072 de 2015, en virtud de la entrada en vigencia del art. 2° del Decreto 1631 del 30 de noviembre de 2021?

R/ De acuerdo al concepto del Consejo de Estado, arriba citado, es enfático en afirmar que aquellos elementos salariales expedidos por las autoridades territoriales con posterioridad al Acto Legislativo 1 de 1968 carecen de amparo constitucional por cuanto, la competencia es única y exclusivamente del Gobierno Nacional.

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

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

Numeral 11, artículo 189 C.P.

Numeral 6 del artículo 313 C.P.

Numeral 7 del artículo 315 C.P.

Fecha y hora de creación: 2025-03-03 01:12:13