



Concepto 212561 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000212561

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000212561

Fecha: 09/06/2022 01:25:26 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: NEGOCIACIÓN COLECTIVA. Materias de negociación. Radicado: 20229000200812 del 13 de mayo de 2022.

En atención a la comunicación de la referencia, solicita usted, en complemento de la Consulta 20229000195902 del 10 de mayo de 2022, se le emita un concepto en respuesta a las siguientes preguntas:

"1.- ¿El reconocimiento de un emolumento (subsidio del pago del salario descontado por incapacidades medicas de origen común, Resolución 786 de 2021 adjunta artículo 2 punto 28) por acuerdo sindical tiene la connotación de prestación social a su vez se constituye como factor salarial?"

2.- ¿Es legal y se puede aplicar el reconocimiento del subsidio o pago de tercera parte del salario descontado por incapacidades medicas de origen común superiores de 2 días y hasta 180 días, otorgado por acuerdo sindical en artículo 2 punto 28 de la Resolución 786 de 2021 (...)?

3.- ¿En caso de ser ilegal el anterior emolumento o prestación reconocida mediante acuerdo sindical, ¿cuáles serían los efectos jurídicos de su pago?"

FUNDAMENTOS DEL CONCEPTO

El Concepto [20226000208411](#) del 7 de junio de 2022 se le dio respuesta sobre la no viabilidad de modificar las normas en materia de incapacidad, a través de un proceso de negociación colectiva, concluyendo:

(...) al empleador sólo le corresponde el pago de la incapacidad por enfermedad general por los 2 primeros días, por lo que, a partir del 3° día se reconoce por parte de la EPS en la proporción que legalmente le corresponde. En otras palabras, no resulta procedente modificar las normas sobre incapacidad a través de un proceso de negociación colectiva.

Adicional a los criterios expuestos en el concepto en mención, 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.

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:

¿El reconocimiento de un emolumento (subsidio del pago del salario descontado por incapacidades medicas de origen común, Resolución 786 de 2021 adjunta artículo 2 punto 28) por acuerdo sindical tiene la connotación de prestación social a su vez se constituye como factor salarial?

R/ A través de un proceso de negociación colectiva de carácter particular no resulta procedente el acordar elementos salariales o prestacionales, por cuanto se reitera que el Gobierno Nacional es el único facultado constitucional y legalmente para hacerlo.

¿Es legal y se puede aplicar el reconocimiento del subsidio o pago de tercera parte del salario descontado por incapacidades medicas de origen común superiores de 2 días y hasta 180 días, otorgado por acuerdo sindical en artículo 2 punto 28 de la Resolución 786 de 2021 (...)?

R/ Se reitera la conclusión del Concepto [20226000208411](#) del 7 de junio de 2022; en el sentido que la negociación colectiva no puede efectuar la negociación de elementos salariales y prestacionales o de modificar normas existentes en materia de incapacidad. Por ende, este Departamento Administrativo no tiene competencia para determinar la legalidad o ilegalidad de un subsidio por concepto de incapacidades.

¿En caso de ser ilegal el anterior emolumento o prestación reconocida mediante acuerdo sindical, ¿cuáles serían los efectos jurídicos de su pago?

R/ 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

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 13:46:04