



# Concepto 223431 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20236000223431\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000223431

Fecha: 06/06/2023 04:45:36 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: NEGOCIACIÓN COLECTIVA. Materias de negociación. Radicado: 20232060304522 del 26 de mayo de 2023.

En atención a la comunicación de la referencia, remitida a este Departamento Administrativo por el Ministerio de Trabajo, solicita se emita un concepto en respuesta a las siguientes preguntas:

*¿Es posible realizar una erogación presupuestal para otorgar un bono de bienestar por valor de medio salario mínimo legal vigente para el plan complementario o medicina prepagada de salud de la EPS, a la cual se encuentren afiliados los servidores públicos? El mencionado bono será entregado mensualmente en el mismo día del pago de la nómina a cada servidor. Si es viable, ¿cuál sería el rubro presupuestal más apropiado para ello? ¿Es posible destinar un bono o donación para fortalecer e incentivar el ahorro de los funcionarios, los cuales serían girados a un fondo creado por la asociación sindical de la entidad? ¿Si es viable, a través de que rubro presupuestal se podría hacer la erogación?*

FUNDAMENTOS DEL CONCEPTO

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 2015<sup>1</sup>, dispone:

ARTÍCULO 2.2.2.4.1. *Campo de aplicación.* El presente capítulo se aplicará a los empleados públicos de todas las entidades y organismos del sector público, con excepción de:

[...]

ARTÍCULO 2.2.2.4.3. *Definiciones.* Para los efectos de la aplicación del presente capítulo se entenderá como:

Empleado público: Persona con vínculo laboral legal y reglamentario a la que se le aplica este capítulo.

[...]

Organizaciones sindicales de empleados públicos: Son las representativas de los empleados públicos. Negociación: Es el proceso de negociación entre los representantes de las organizaciones sindicales de empleados públicos de una parte y, de otra, la entidad empleadora y la autoridad competente, para fijar las condiciones de empleo y regular las relaciones de esta naturaleza entre la administración pública y sus organizaciones sindicales, susceptibles de negociación y concertación de conformidad con lo señalado en el presente capítulo.

(...)

ARTÍCULO 2.2.2.4.4. MATERIAS DE NEGOCIACIÓN. Son materias de negociación: 1. 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: 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;

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.

Conforme a la normativa anterior, la negociación colectiva del Decreto 160 de 2014 hoy compilada en el Decreto 1072 de 2015, sólo es aplicable a los empleados públicos. Lo cual, les permite presentar pliego de solicitudes en relación con las condiciones del empleo, excluyendo la negociación de elementos salariales y prestacionales por cuanto, dicha regulación radica exclusivamente en cabeza del Gobierno Nacional.

Así, tratándose de empleados públicos, los elementos salariales y prestacionales que se les reconoce se encuentran consagrados en los Decretos Ley 1042 y 1045 de 1978. Sobre el tema, 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.

En este orden de ideas, nos referiremos a los dos puntos propuestos en su consulta, en el siguiente sentido:

Bono de bienestar para el plan complementario o medicina prepagada

El Decreto Ley 1567 de 1998, «Por el cual se crean (sic) el sistema nacional de capacitación y el sistema de estímulos para los empleados del Estado», estipula:

“ARTÍCULO 18.- Programas de Bienestar Social e Incentivos. A través de los programas de bienestar social y de los programas de incentivos que formulen y ejecuten las entidades, se pondrá en funcionamiento el sistema de estímulos para los empleados.

ARTÍCULO 20.- Bienestar Social. Los programas de bienestar social deben organizarse a partir de las iniciativas de los servidores públicos como procesos permanentes orientados a crear, mantener y mejorar las condiciones que favorezcan el desarrollo integral del empleado, el mejoramiento de su nivel de vida y el de su familia; así mismo deben permitir elevar los niveles de satisfacción, eficacia, eficiencia, efectividad e identificación del empleado con el servicio de la entidad en la cual labora.

PARÁGRAFO. Tendrá derecho a beneficiarse de los programas de bienestar social todos los empleados de la entidad y sus familias.

A su vez, el artículo 23 del mismo decreto, determina:

Área de Protección y Servicios Sociales. En esta área se deben estructurar programas mediante los cuales se atiendan las necesidades de protección, ocio, identidad y aprendizaje del empleado y su familia, para mejorar sus niveles de salud, vivienda, recreación, cultura y educación. Los programas de esta área serán atendidos en forma solidaria y participativa por los organismos especializados de seguridad y previsión social o por personas naturales o jurídicas, así como por los empleados, con el apoyo y la coordinación de cada entidad.

La Ley 2276 de 2022, «Por la cual se decreta el Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital y Ley de Apropriaciones para la vigencia fiscal del 1° de enero al 31 de diciembre de 2023», en el artículo 17, prevé:

Los recursos destinados a programas de capacitación y bienestar social no pueden tener por objeto crear o incrementar salarios, bonificaciones, sobresueldos, primas, prestaciones sociales, remuneraciones extralegales o estímulos pecuniarios ocasionales que la ley no haya establecido para los servidores públicos, ni servir para otorgar beneficios directos en dinero o en especie.

(...) (Subrayado nuestro).

La Superintendencia Nacional de Salud mediante concepto No. 2-2013-063830 del 16 de agosto de 2013, al referirse sobre la obligación de las entidades de afiliar a sus empleados al sistema de salud, refirió:

“De conformidad con el numeral 1° del artículo 161 de la Ley 100 de 1993, los empleadores como integrantes del Sistema General de Seguridad Social en Salud deberán afiliar al Sistema a todas las personas con quienes tengan alguna relación laboral. Tal afiliación deberá efectuarse al momento mismo del inicio del vínculo laboral y deberá mantenerse y garantizarse durante todo el tiempo que dure la misma, (Art. 30 Dto. 1703 de 2002).

El concepto de afiliado es definido por el artículo 1° del Decreto 1406 de 1999, como "...la persona que tiene derecho a la cobertura de riesgos que brinda el Sistema. En el caso del Sistema de Seguridad Social en Salud, los afiliados distintos del cotizante recibirán la denominación de beneficiarios. Igual denominación tendrán las personas que, por mandato legal, están llamadas a recibir las prestaciones de carácter indemnizatorio que contempla el Sistema...".

La selección de la EPS es libre y voluntaria por parte del afiliado (Art.45 Dto. 806 de 1998) luego de lo cual el empleador deberá adelantar el proceso de afiliación con la respectiva Entidad Promotora de Salud mediante el diligenciamiento del formulario dispuesto para el efecto, con el objeto de efectuar en debida forma las cotizaciones a que haya lugar”. (Subrayado nuestro).

La Corte Constitucional en Sentencia T-660 del 10 de agosto de 2006, Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis, sobre los planes de medicina prepagada, sostuvo:

Un plan de medicina prepagada consiste en un conjunto de beneficios, de carácter opcional y voluntario, financiado con recursos diferentes a los de la cotización obligatoria del sistema general. Por lo tanto, el acceso al mismo es de responsabilidad exclusiva de los particulares “como un servicio privado de interés público, cuya prestación no corresponde prestar al Estado, sin perjuicio de las facultades de inspección y vigilancia que le son propias”. No obstante, una vez suscrito el plan adicional, el usuario tiene la posibilidad de elegir libre y espontáneamente si utiliza los beneficios del POS (en el régimen contributivo) o los del plan adicional y “las entidades no podrán condicionar su acceso a la previa utilización del otro plan.” Ahora bien, la naturaleza de la relación jurídica entre la entidad de medicina prepagada y el usuario es de carácter contractual y, por lo tanto, le son aplicables las normas correspondientes de los Códigos Civil y de Comercio, especialmente, la relativa a la obligación de las partes del contrato a ejecutarlo conforme los postulados de la buena fe. De esa manera, como en cualquier contrato legalmente celebrado, el de medicina prepagada es ley para las partes. (Subrayado nuestro).

Con fundamento en la normativa y jurisprudencia, los programas de bienestar social tienen como objetivo crear, mantener y mejorar las condiciones que favorezcan el desarrollo integral de los empleados, así como, el mejoramiento de su nivel de vida y el de su familia. Por ende, está prohibida la regulación de beneficios directos o en especie que no hubieran sido creados para los servidores públicos.

La obligación del empleador está dirigida a afiliar a todos sus empleados a la Empresa Promotora de Salud (EPS) que ellos libre y voluntariamente escojan. La afiliación a los planes de medicina prepagada y plan complementario son de responsabilidad exclusiva de los particulares cuya prestación no corresponde prestar al Estado.

La Ley 432 de 1998, «Por el cual se reorganiza el Fondo Nacional de Ahorro, se transforma su naturaleza jurídica y se dictan otras disposiciones», precisa:

ARTICULO 2.- *Objeto.* El Fondo Nacional de Ahorro administrará de manera eficiente las cesantías y contribuirá a la solución del problema de vivienda y de educación de los afiliados, con el fin de mejorar su calidad de vida, convirtiéndose en una alternativa de capitalización social.

ARTICULO 3.- *Funciones.* El Fondo Nacional de Ahorro tendrá como funciones:

(...)

Promover el ahorro nacional y encauzarlo hacia la financiación de proyectos de especial importancia para el desarrollo del objeto del Fondo; El Fondo Nacional del Ahorro tiene por objeto promover el ahorro de los servidores públicos en especial para el gasto de vivienda o educación administrando las cesantías de manera eficiente.

#### 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:

*¿Es posible realizar una erogación presupuestal para otorgar un bono de bienestar por valor de medio salario mínimo legal vigente para el plan complementario o medicina prepagada de salud de la EPS, a la cual se encuentren afiliados los servidores públicos? El mencionado bono será entregado mensualmente en el mismo día del pago de la nómina a cada servidor. Si es viable, ¿cuál sería el rubro presupuestal más apropiado para ello?*

Mediante un proceso de negociación colectiva no procede acordar una erogación presupuestal para otorgar un bono de bienestar para el plan complementario o medicina prepagada a la que se encuentren afiliados los servidores públicos. Las entidades públicas solo tienen el deber de hacer los aportes a salud en la respectiva EPS y en la proporción que legalmente le corresponda.

*¿Es posible destinar un bono o donación para fortalecer e incentivar el ahorro de los funcionarios, los cuales serían girados a un fondo creado por la asociación sindical de la entidad? ¿Si es viable, a través de que rubro presupuestal se podría hacer la erogación?*

Igual que lo expresado en el punto anterior, no resulta procedente a través de una negociación colectiva destinar un bono o donación como incentivo del ahorro; toda vez que, el Estado cuenta con el Fondo Nacional del Ahorro con dichos fines, en específico para la inversión en vivienda o educación.

#### 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 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

Revisó y 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»

Fecha y hora de creación: 2024-06-30 14:30:45