



Función Pública

Concepto 129561 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000129561

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000129561

Fecha: 14/04/2021 02:32:13 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: NEGOCIACIÓN COLECTIVA. Materias de negociación. Radicado: 20219000134822 del 12 de marzo de 2021.

En atención a la comunicación de la referencia, solicita usted, en ejercicio del derecho de petición se le emita un concepto donde se resuelvan las siguientes preguntas:

1. Es procedente o no otorgar un incentivo pecuniario por antigüedad y un auxilio de lentes y monturas a los afiliados del sindicato – SINTRAMBIENTE.
2. De ser la respuesta negativa, es decir que no se pueden otorgar estos beneficios, solicito me expliquen cual es el paso a seguir, teniendo en cuenta que ya existe un acto administrativo en donde se otorgan estos incentivos y beneficios.
3. De ser la respuesta afirmativa, es decir que, si es legal otorgar estos beneficios, solicito me expliquen si es procedente hacerlo por el Plan de Bienestar Institucional.

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, 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:

-

- Auxilio de lentes y monturas

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:

1. 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. [...]. [Resaltado fuera del texto]

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, indica:

3. 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. [Subrayado nuestro]

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.

-

- Incentivo pecuniario por antigüedad

El Decreto Ley 1042 de 1978, «Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones», establece:

ARTÍCULO 49º.- De los incrementos de salario por antigüedad. Las personas que a la fecha de expedición de este decreto estén recibiendo asignaciones correspondientes a la 3a. o 4a. columna salarial del Decreto 540 de 1977, por razón de los incrementos de antigüedad establecidos en disposiciones legales anteriores, continuarán recibiendo, hasta la fecha en la cual se produzca su retiro del respectivo organismo, la diferencia entre sueldo básico fijado para su empleo en la segunda columna de dicho decreto y el de la tercera o cuarta columna, según el caso.

Los incrementos salariales de que trata este Artículo no se perderán cuando los funcionarios cambien de empleo dentro del mismo organismo, trátase de nuevo nombramiento, ascenso, traslado o encargo.

El retiro de un organismo oficial no implicará la pérdida de los incrementos salariales por antigüedad cuando el respectivo funcionario se vincule, sin solución de continuidad, a cualquiera de las entidades enumeradas en el Artículo 10. del presente Decreto.

Para efectos de lo dispuesto en el inciso anterior, se entenderá que no hay solución de continuidad si entre el retiro y la fecha de la nueva posesión no transcurrieren más de quince días hábiles.

Los funcionarios que perciban incrementos de remuneración por concepto de antigüedad deberán manifestar esta circunstancia al hacer su solicitud de empleo en otra entidad oficial.

ARTÍCULO 97º.- De los incrementos por antigüedad. De acuerdo con el Artículo 49 de este Decreto, los empleados que estuvieran percibiendo remuneraciones de la tercera o cuarta columna de la escala salarial fijada en el Decreto 540 de 1977, por efecto de los incrementos establecidos en disposiciones anteriores, continuarán recibiendo la diferencia entre tales remuneraciones y el salario fijado para su cargo en la segunda columna de dicha escala hasta la fecha en que se retiren del servicio, aunque cambien de empleo ya sea por razón de nuevo nombramiento, ascenso, traslado o encargo. En caso de cambio de entidad se aplicará lo dispuesto en el Artículo 49.

De acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 49 del Decreto Ley 1042 de 1978, a los incrementos de salario a que se refiere este Artículo sólo tienen derecho los empleados públicos de entidades del nivel nacional que se hayan vinculado con anterioridad al 1 de abril de 1977.

Los empleados públicos que a la entrada en vigencia del Decreto Ley 1042 de 1978 estuvieran percibiendo las asignaciones correspondientes a la tercera o cuarta columna salarial del Decreto 540 de 1977, continuarán recibiendo, según el caso, el incremento de salario por antigüedad. De esta forma, es necesario precisar que los incrementos por antigüedad son un elemento de salario consagrada para los servidores públicos del orden nacional, vinculados al primero de abril de 1977.

Por su parte, 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.

II. RESPUESTA A LAS PREGUNTAS OBJETO DE LA SOLICITUD DE CONCEPTO

Con fundamento en los criterios y disposiciones damos respuesta a sus interrogantes en el mismo orden en que se formularon:

1. El auxilio de lentes y monturas no es posible acordarlo dado que el empleado afiliado a una E.P.S 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. Con respecto al auxilio pecuniario por antigüedad no se encontró un elemento salarial con tal denominación que haya sido creado para los empleados públicos del orden nacional o territorial. Razón por la cual, no resulta procedente regular salarios o prestaciones en las negociaciones colectivas de carácter particular por cuanto, se reitera que la competencia constitucional se le atribuye única y exclusivamente al Gobierno Nacional.

2. Sobre el paso a seguir dado que la anterior respuesta fue negativa. De conformidad con 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.

Por lo tanto, es importante precisar que las competencias relativas a establecer 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. Como la respuesta a la consulta número 1 fue negativa no se dará respuesta a la pregunta planteada en el numeral 3.

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»

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 09:51:34