



Función Pública

Concepto 216691 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000216691

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000216691

Fecha: 18/06/2021 06:05:54 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: NEGOCIACIÓN COLECTIVA. Materias de negociación. Radicado: 20212060473142 del 15 de junio de 2021.

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

"De manera comedida solicito que, en el marco del Decreto 160 de 2014, compilado en el Decreto 1072 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo, se emita concepto técnico sobre la viabilidad y procedibilidad de reconocer algunos aspectos con implicaciones presupuestales, que fueron planteados por parte de las organizaciones sindicales en los procesos de negociación realizados en las vigencias 2017, 2018 y 2019, que se resumen en los siguientes puntos:

1. Pago de prima de antigüedad, de acuerdo con lo establecido en la ley para los funcionarios públicos en las Entidades del Estado, para todos los colaboradores que cumplan los requisitos para obtenerla.

2. Reconocimiento, para el INS, a partir de la próxima vigencia, de una bonificación por permanencia, del tres por ciento (3%) del salario.

3. Otorgamiento de un auxilio económico equivalente al último salario mensual devengado, en caso de muerte del trabajador, pagadero al conyuge o compañera(o) permanente o padres, hasta cuando la entidad a la cual esté afiliado en pensiones le reconozca el derecho a pensión de sobrevivientes, si tuviere derecho.

4. Incremento de 50% adicional del salario, cada vez que se cumple un año de servicio" (copiado del original).

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 2015, Único Reglamentario del Sector Trabajo, 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:

-

Prima de 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 1o. 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.

Bonificación por permanencia

Los elementos salariales y prestacionales de los empleados públicos del orden Nacional se encuentran consagrados principalmente en los Decretos Ley 1042 y 1045 de 1978. Sobre la viabilidad de crear una bonificación extralegal por parte de la respectiva entidad mencionamos a continuación el pronunciamiento del 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), que, aunque se refirió respecto a la no procedencia de reconocer primas extralegales en el orden territorial, dicho pronunciamiento también es aplicable al caso materia de consulta. Al respecto, el mencionado fallo, afirma:

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 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.

Auxilio funerario

El Artículo 44 del Decreto Ley 1045 de 1978, «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», indica:

ARTÍCULO 44º.- De otras prestaciones. El reconocimiento y pago de las pensiones a que se refieren los ordinales j), k), y l), del Artículo 5o. de este Decreto, así como del auxilio funerario y del seguro por muerte, se hará de conformidad con las disposiciones legales o con las estipulaciones previstas en las convenciones y pactos colectivos. (Resaltado nuestro).

A su vez, al Artículo 16 de la Ley 776 de 2002, «Por la cual se dictan normas sobre la organización, administración y prestaciones del Sistema General de Riesgos Profesionales», establece:

ARTÍCULO 16. AUXILIO FUNERARIO. La persona que compruebe haber sufragado los gastos de entierro de un afiliado o de un pensionado por invalidez del Sistema de Riesgos Profesionales, tendrá derecho a recibir un auxilio funerario igual el determinado en el Artículo 86 de la Ley 100 de 1993.

El auxilio deberá ser cubierto por la respectiva entidad administradora de riesgos profesionales. En ningún caso puede haber doble pago de este auxilio.

El Artículo 86 de la Ley 100 de 1993, «Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones», establece:

ARTÍCULO 86. AUXILIO FUNERARIO. La persona que compruebe haber sufragado los gastos de entierro de un afiliado o pensionado, tendrá derecho a percibir un auxilio funerario equivalente al último salario base de cotización, o al valor correspondiente a la última mesada pensional recibida, según sea el caso, sin que pueda ser inferior a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes, ni superior a diez (10) veces dicho salario.

El auxilio deberá ser cubierto por la respectiva administradora o aseguradora, según corresponda.

Las administradoras podrán repetir contra la entidad que haya otorgado el seguro de sobrevivientes respectivo, en el cual se incluirá el cubrimiento de este auxilio.

La misma acción tendrán las compañías de seguros que hayan pagado el auxilio de que trata el presente Artículo y cuyo pago no les corresponda por estar amparado este evento por otra póliza diferente.

Conforme a lo anterior, la persona que compruebe haber sufragado los gastos de entierro de un afiliado o de un pensionado por invalidez del Sistema de Riesgos Profesionales tiene derecho a recibir un auxilio funerario. Este, debe reconocerse conforme a las disposiciones determinadas en el Artículo 86 de la Ley 100 de 1993 es decir, es cubierto por la respectiva Administradora de Riesgos Profesionales.

Incremento de la asignación básica mensual adicional al 50%

En cumplimiento de las facultades otorgadas al Gobierno Nacional por la Ley 4 de 1992 anualmente se expiden los decretos salariales, actualmente para las entidades del orden Nacional rige el Decreto 304 de 2020¹. Al respecto, dicha norma en su Artículo 60, prohíbe:

Ninguna autoridad podrá establecer o modificar el régimen salarial o prestacional estatuido por las normas del presente decreto, en concordancia con lo establecido en el Artículo 10 de la Ley 4ª de 1992. Cualquier disposición en contrario carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos.

Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado. Exceptúanse las asignaciones de que trata el Artículo 19 de la Ley 4ª de 1992.

Por consiguiente, la asignación básica establecida en el Decreto 304 de 2020 es producto de la negociación colectiva adelantada en 2019 entre el Gobierno Nacional y el pliego presentado por los representantes de las centrales y federaciones sindicales de los empleados públicos, en el cual se acordó entre otros aspectos, que para el año 2020 el aumento salarial debe corresponder al incremento porcentual del IPC total en 2019 certificado por el DANE, más 1.32%, el cual debe regir a partir del 1° de enero del presente año.

Así, revisado el incremento porcentual del IPC total de 2019 certificado por el DANE fue de 3.80%, en consecuencia, los salarios y prestaciones establecidos en el presente decreto se ajustan en 5.12% para el año 2020, retroactivo a partir del 1° de enero del presente año.

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. Pago de prima de antigüedad, de acuerdo con lo establecido en la ley para los funcionarios públicos en las Entidades del Estado, para todos los colaboradores que cumplan los requisitos para obtenerla.

El Artículo 49 del Decreto 1042 de 1978 y 540 de 1977, a los incrementos de salario a que se refieren estos Artículos sólo tienen derecho quienes se hayan vinculado con anterioridad al 1 de abril de 1977 y que se encontraran percibiendo las asignaciones correspondientes a la tercera o cuarta columna salarial del Decreto 540 de 1977. Por lo tanto, y tratándose de un elemento salarial no resulta procedente regularlo a través de la negociación de carácter particular.

2. Reconocimiento, para el INS, a partir de la próxima vigencia, de una bonificación por permanencia, del tres por ciento (3%) del salario.

Una vez revisada la normativa vigente, en especial aquella dispuesta en el Decreto Ley 1042 de 1978 y en los decretos salariales no se encontró un elemento salarial denominado *bonificación por permanencia* que haya sido creado para los empleados públicos del orden Nacional. Adicionalmente, 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, esta Dirección Jurídica considera que la regulación de incentivos de tipo económico a través del proceso de negociación colectiva de carácter particular se encuentra constitucional y legalmente prohibido.

3. Otorgamiento de un auxilio económico equivalente al último salario mensual devengado, en caso de muerte del trabajador, pagadero al conyuge o compañera(o) permanente o padres, hasta cuando la entidad a la cual esté afiliado en pensiones le reconozca el derecho a pensión de sobrevivientes, si tuviere derecho.

El auxilio funerario no es posible acordarlo a través de un proceso de negociación colectiva dado que el empleado afiliado a la aseguradora de riesgos profesionales está cobijado con este derecho conforme al ordenamiento legal previamente descrito. Lo anterior, máxime cuando la regulación de salarios o prestaciones, como en este caso, es de competencia exclusiva del Gobierno Nacional.

4. Incremento de 50% adicional del salario, cada vez que se cumple un año de servicio.

Conforme al Artículo 60 del Decreto 304 de 2020, actualmente vigente, ninguna autoridad puede establecer o modificar el régimen salarial o

prestacional estatuido a través de un proceso de negociación colectiva de carácter particular; máxime cuando el aumento salarial fue acordado entre el Gobierno Nacional y las centrales y federaciones sindicales.

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 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»

Fecha y hora de creación: 2026-01-30 00:14:42