



Concepto 217241 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000217241

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000217241

Fecha: 21/06/2021 08:33:19 a.m.

Bogotá D.C.

Referencia: NEGOCIACIÓN COLECTIVA. Materias de negociación. Radicado: 20212060447652 del 27 de mayo de 2021

En atención a la comunicación de la referencia, remitida a este Departamento Administrativo por el Ministerio de Salud, solicita usted, en ejercicio del derecho de petición se le emita un concepto donde le sea resuelta la siguiente pregunta:

"Surge como interrogante para este despacho, de manera muy respetuosa, se ilustre el mecanismo apropiado que lleve a dejar sin efectos la BONIFICACIÓN DE ORDEN PÚBLICO, contenida en el numeral 39 del acuerdo convencional aludido en los hechos primero y segundo del presente escrito, máxime cuando no se pactó, según se advierte del texto examinado, el plazo de vigencia del mismo" (copiado del original).

FUNDAMENTOS DEL CONCEPTO

La respuesta a los interrogantes planteados tendrá en cuenta los siguientes referentes normativos, conceptuales y jurisprudenciales:

Acorde con su consulta, dado que la bonificación de orden público es aplicable tanto a empleados públicos como trabajadores oficiales, nos pronunciaremos sobre las diferencias de este tipo de servidores públicos, en el siguiente sentido:

Los empleados públicos tienen una relación legal o reglamentaria, por lo que debe existir un acto administrativo de nombramiento y un acta de posesión. Mientras que los trabajadores oficiales tienen una relación contractual regida por lo establecido en el contrato de trabajo, la convención colectiva, el reglamento interno de trabajo si los hay, y en lo no previsto en ellos, por la Ley 6 de 1945 y el Decreto 1083 de 2015.

En este orden de ideas, nos referiremos respecto a las materias que pueden negociar los empleados públicos y los trabajadores oficiales, en el siguiente sentido:

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 4^a 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, 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:

[...]

2. Los trabajadores oficiales;

[...]

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

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

[...]

5. 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. [Destacado nuestro]

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:

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].

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.

De otra parte, en lo correspondiente a los trabajadores oficiales, la Ley 6 de 1945, «Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo», establece:

ARTÍCULO 46.- Convención colectiva de trabajo es la que se celebra entre uno o varios patronos o asociaciones patronales, por una parte, y uno o varios sindicatos o federaciones sindicales, por la otra, para fijar las condiciones que regirán los contratos individuales de trabajo durante su vigencia. Cuando en la convención colectiva sea parte un sindicato o agrupación de sindicatos cuyos afiliados excedan a la tercera parte del total de trabajadores de la empresa o empresas respectivas, las normas de la convención se extienden a todas las personas, sean o no sindicalizadas, que trabajen o llegue a trabajar en la empresa o empresas correspondientes.

Las convenciones entre patronos y sindicatos, cuyo número de afiliados no exceda del límite indicado, y los pactos entre patronos y trabajadores, no sindicalizados, solamente serán aplicables a quienes los hayan celebrado o adhieran posteriormente a ellos.

Las decisiones arbitrales sobre conflictos colectivos de trabajo tienen la misma fuerza de las convenciones colectivas, en los términos y con el alcance respectivo que se indican en el presente artículo. [Subrayado fuera del texto]

Conforme a lo anterior, los trabajadores oficiales se regulan en material laboral por lo establecido en el contrato de trabajo, el reglamento interno, y dada su condición para suscribir convenciones colectivas, también se sujetan a lo establecido en las mismas. Sus derechos mínimos se encuentran establecidos en la Ley 6 de 1945, el Decreto 1083 de 2015 y el Decreto 1919 de 2002. Cabe subrayar que estos mínimos pueden ser mejorados entre las partes en el contrato laboral de trabajo, la convención colectiva y el reglamento interno de trabajo. En virtud de lo anterior, en el contrato, la convención y el reglamento estará contemplado todo lo relacionado con la relación laboral, derechos, deberes, salarios, prestaciones sociales, estímulos, entre otros.

Ahora bien, respecto al proceso de la negociación sindical durante la emergencia sanitaria decretada por el Ministerio de Salud y Protección Social, es necesario precisar que mediante la Circular Conjunta 100-005 del 16 de marzo de 2020, Circular Conjunta 100-006 del 27 de abril de 2020 y Circular Conjunta 100-007 del 2 de mayo de 2020, el Ministerio de Trabajo impartió directrices para que las entidades públicas aplazaran la instalación o discusión de los respectivos pliegos de peticiones presentados por las organizaciones sindicales en el mes de febrero hasta el 31 de mayo de 2020. Posteriormente, la Circular Conjunta 100-11 del 31 de mayo de 2020, el Ministerio de Trabajo, dispuso:

(...)

En la actualidad el país avanza hacia un aislamiento obligatorio preventivo inteligente, con el cual se procura de manera conjunta preservar la vida, la salud en conexidad con la vida y la vida productiva del país y de sus habitantes. Por ello, el Señor Presidente de la República, en la Directiva 03 del pasado 22 de mayo, señala que los servidores públicos y los contratistas del Estado estamos llamados a liderar y avanzar de forma diligente, comprometida, responsable y consecuente con la situación que se ha derivado por causa de la pandemia por el nuevo coronavirus COVID-19, en la prestación de los servicios a cargo de las entidades públicas, con sujeción a los protocolos generales de bioseguridad adoptados por el Ministerio de Salud y Protección Social¹ y priorizando el Trabajo en Casa², por el tiempo que dure la emergencia sanitaria, la cual fue prorrogada por el Ministerio de Salud y Protección Social hasta el 31 de agosto de 2020

En este sentido y con el fin de garantizar el derecho constitucional de los trabajadores del sector público de negociar sus condiciones laborales, preservar la vida y dar cumplimiento a los protocolos de bioseguridad, se hace un llamado a las entidades a instalar o dar continuidad a la mesa singular o de contenido particular por la entidad, a partir del mes de junio de 2020, haciendo uso de las tecnologías de la información y las telecomunicaciones -TIC.

Para el desarrollo de las sesiones virtuales, se sugiere que las entidades definan con las organizaciones sindicales presentes en cada entidad, entre otros aspectos, los siguientes:

1. La herramienta de comunicación a utilizar teniendo en cuenta los parámetros tecnológicos y requerimientos de conexión.
2. El mecanismo que van a utilizar para la citación a las sesiones, así como la agenda de la sesión.
3. Tiempo máximo de la sesión y de las intervenciones, en procura de alcanzar el objetivo definido para las mismas.
4. Definir los contenidos a tratar y el listado de participantes en cada sesión, en aras de una mejor utilización del tiempo.
5. Definir las fechas de las sesiones.
6. Levantar actas de cada sesión y de los acuerdos a que lleguen. (Destacado nuestro)

Así, con la expedición de la Circular Conjunta 100-11 de 2020, se hizo un llamado a las entidades a instalar o dar continuidad a la mesa singular o de contenido particular por la entidad, a partir del mes de junio de 2020, haciendo uso de las tecnologías de la información y las telecomunicaciones -TIC.

RESPUESTA A LAS PREGUNTAS OBJETO DE LA SOLICITUD DE CONCEPTO

Con fundamento en los criterios y disposiciones expuestos, de conformidad con el Decreto 430 de 2016, este Departamento Administrativo no tiene competencia para pronunciarse sobre los mecanismos legales para dejar sin efectos la bonificación de orden público por tratarse de una regulación de carácter interno. No obstante, lo anterior, se concluye:

Los empleados públicos pueden negociar las condiciones del empleo que desempeñan a través, de una negociación colectiva sin que, por este hecho, se les permita negociar en materia salarial y prestacional. Así, una vez revisado el Decreto Ley 1042 de 1978 y en los decretos salariales anuales, no se encontró un elemento salarial denominado *bonificación de orden público* que haya sido creado o que se fuera crear para los empleados públicos del orden Nacional o Territorial.

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 por parte de las entidades del orden territorial, a través del proceso de negociación colectiva de carácter particular, se encuentra constitucional y legalmente prohibido.

A diferencia de los empleados públicos, los trabajadores oficiales al tener una relación contractual pueden negociar las condiciones laborales con las que se vinculan por medio de un contrato trabajo, pacto o laudo arbitral, convención colectiva o en las normas del reglamento interno de trabajo. Por consiguiente, resulta procedente acordar a través de una convención colectiva crear la *bonificación de orden público* para los trabajadores oficiales.

En consecuencia, en criterio de esta Dirección Jurídica, la negociación de empleados públicos es aparte de la convención llevada a cabo por parte de los trabajadores oficiales.

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: 2026-01-30 00:19:07