



Función Pública

Concepto 291321 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000291321

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000291321

Fecha: 09/08/2021

Bogotá D.C.

Referencia: NEGOCIACIÓN COLECTIVA. Materias de negociación. Radicado: 20212060546562 del 28 de julio 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 resuelva si es procedente a través de un proceso de negociación colectiva, acordar las siguientes materias:

"1. Auxilio sindical monetario a cada una de las organizaciones sindicales de la entidad. 2. Prima extralegal de antigüedad por cada quinquenio cumplido. 3. Auxilio de matrícula y pensión para los trabajadores que adelanten estudios técnicos, tecnológicos, carreras profesionales 4. Auxilio para la adquisición de textos y útiles escolares. 5. Beneficio económico educativo para los hijos de los trabajadores de la SNR. 6. Bono educativo equivalente del valor de la matrícula para estudio de todos los hijos de sus trabajadores. 7. Bono anual para los trabajadores por cada hijo que se encuentre estudiando para la compra de útiles escolares, uniformes. 8. Bono de consumo navideño. 9. Otorgar un auxilio al funcionario que una vez cumplidos los requisitos de pensión decida retirarse voluntariamente, equivalente a la diferencia de doce meses entre el valor de la mesada y el último salario devengado. 10. Bono por compensación por cumpleaños o pagar a las cajas de compensación para su reconocimiento. 11. Otorgar un auxilio monetario como incentivo a la celebración del día internacional de la mujer. 12. Reconocer un auxilio económico por año a los hijos e hijas e los servidores que sufran de discapacidad sin discriminación por edad. 13. En caso de fallecimiento de un funcionario, La entidad pagará un auxilio funerario para cancelar los gastos de la inhumación. 14. Reconocer un auxilio por el fallecimiento de los padres y/o hijos de un funcionario. 15. Reconocer por una sola vez una bonificación por matrimonio. 16. Adquirir un seguro de vida colectivo, que ampare a todos sus empleados independientes a los establecidos por la ARL. 17. En caso de muerte de un funcionario, la SNR pagará a sus beneficiarios el seguro por muerte. 18. Otorgar a los trabajadores de carrera administrativa y provisionales un único subsidio para la compra de vivienda. 19. Asumir el pago de un plan complementario de salud para los trabajadores y sus familias según la EPS. 20. Reconocer al trabajador que presente incapacidades, el pago del porcentaje del salario dejado de percibir. 21. Adquirir un seguro judicial para los trabajadores de la entidad que les garantice la asistencia de un profesional del derecho". (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.

Por su parte, el Decreto 1068 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Hacienda y Crédito Público, precisa:

ARTÍCULO 2.8.4.6.3. Celebración de recepciones, fiestas, agasajos o conmemoraciones.

Está prohibida la realización de recepciones, fiestas, agasajos o conmemoraciones de las entidades con cargo a los recursos del Tesoro Público.

Se exceptúan de la anterior disposición, los gastos que efectúen el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, y los gastos para reuniones protocolarias o internacionales que requieran realizar los Ministerios de Relaciones Exteriores, de Comercio Exterior y de Defensa Nacional y la Policía Nacional, lo mismo que aquellas conmemoraciones de aniversarios de creación o fundación de las empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional cuyo significado, en criterio del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, revista particular importancia para la historia del país».

En virtud de las normas de austeridad del gasto público se establecen de manera taxativa las actividades que no se pueden realizar con cargo al tesoro público, incluyendo las conmemoraciones pecuniarias con cargo al tesoro. En consecuencia, no resulta procedente otorgar apoyo económico a las actividades sindicales a través de la negociación colectiva por estar expresamente prohibido.

Ahora bien, en cuanto a la creación de elementos salariales y prestacionales, es importante tener en cuenta que los mismos se encuentran consagrados en los Decretos Ley 1042 y 1045 de 1978 para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional. Y, la regulación de los mismos por parte de quien no tienes la competencia es ilegal, tal como lo afirma 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), al referirse sobre la procedencia de reconocer primas extralegales:

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 expuestos, se concluye lo siguiente:

1.- Los bonos, auxilios y demás no resulta procedente su reconocimiento y pago por cuanto el único competente para su regulación es el Gobierno Nacional.

2.- La financiación de la educación formal se encuentra regulada en el Decreto 1083 de 2015 en el artículo 2.2.10.5, aplicable a todos los empleados públicos, independiente de su vinculación y su familias, de acuerdo con el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Germán Alberto Bula Escobar, el 18 de diciembre de 2020, número único: 11001-03-06-000-2020-00205-00 (2455), siempre y cuando lleven por lo menos 1 año de servicio continuo y acrediten nivel sobresaliente en la última calificación de servicios. Por lo tanto, no resulta procedente referir dicho tema en la negociación colectiva por cuanto, el mismo encuentra regulación legal y jurisprudencial.

3.- En cuanto al auxilio funerario, el mismo se encuentra reconocido en el artículo 44 del Decreto Ley 1045 de 1978. El artículo 16 de la Ley 776 de 2002 establece que: (...) *quien 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.*

Al respecto, el artículo 86 de la Ley 100 de 1993, establece que: (...) *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.*

Conforme a lo anterior, no resulta procedente acordar el auxilio funerario 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.- Sobre el seguro de vida, la Ley 100 de 1993, «Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones» en el artículo 1, inciso 2, prevé que el sistema de seguridad social comprende las obligaciones del Estado y la sociedad, las instituciones y los recursos destinados a garantizar la cobertura de las prestaciones de carácter económico, de salud y servicios complementarios, materia de esta ley, u otras que se incorporen normativamente en el futuro. Esta ley establece como una prestación adicional a cargo de las instituciones administradoras de pensiones el auxilio funerario así:

a. Para quienes opten por el régimen solidario de prima media con prestación definida, el artículo 51, dispone:

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 este auxilio pueda ser inferior a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes, ni superior a diez (10) veces dicho salario.

b. Para quienes opten por el régimen de ahorro individual con solidaridad, el artículo 86 consagra: 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.

Entonces, como el auxilio funerario es una prestación a favor del empleado que se encuentra establecida a cargo de la administradora del régimen pensional o de la administradora del sistema de riesgos profesionales, según el origen del deceso. En este orden de ideas, no resulta procedente incluir la adquisición de un seguro de vida como punto de la negociación colectiva toda vez que, las Administradoras de Riesgos Profesionales reconocen un auxilio funerario a quien hubiere sufragado los gastos de entierro de un afiliado o de un pensionado en los términos previamente descritos.

5.- En materia de incapacidades, la Ley 100 de 1993, expresa: (...) Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, el régimen contributivo reconocerá las incapacidades generadas en enfermedad general, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. Para el cubrimiento de estos riesgos las Empresas Promotoras de Salud podrán subcontratar con compañías aseguradoras. Las incapacidades originadas en enfermedad profesional y accidente de trabajo serán reconocidas por las Entidades Promotoras de Salud y se financiarán con cargo a los recursos destinados para el pago de dichas contingencias en el respectivo régimen, de acuerdo con la reglamentación que se expida para el efecto.

Conforme a lo anterior, el auxilio por incapacidad corresponde al reconocimiento de la prestación de tipo económico pagado por la autoridad correspondiente, al afiliado cotizante previo el dictamen médico certificado por la EPS o la ARL, según corresponda, cuando se encuentre en imposibilidad temporal para continuar desempeñando las funciones de su empleo.

Así las cosas, el Decreto 780 de 2016 frente a la competencia de la entidad frente al pago de incapacidad médica profesional, en el párrafo 1° del artículo 3.2.1.10, refiere:

(...)

PARÁGRAFO 1. En el Sistema General de Seguridad Social en Salud serán a cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los dos (2) primeros días de incapacidad originada por enfermedad general y de las Entidades Promotoras de Salud a partir del tercer (3) día y de conformidad con la normatividad vigente.

Por consiguiente, el reconocimiento y pago de incapacidades por enfermedad general estarán a cargo del empleador hasta el 2° día y de las EPS a partir del 3° día de conformidad con la normatividad vigente el cual se reconocerá según las disposiciones previstas en el artículo 18 del Decreto Ley 3135 de 1968, así:

ARTÍCULO 18.- Auxilio por enfermedad. En caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad, los empleados o trabajadores tendrán derecho a que la respectiva entidad de previsión social les pague, durante el tiempo de la enfermedad, las siguientes remuneraciones:

a) Cuando la enfermedad fuere profesional, el sueldo o salario completo durante ciento ochenta (180) días, y

b) Cuando la enfermedad no fuere profesional, las dos terceras partes del sueldo o salario durante los primeros noventa (90) días, y la mitad del mismo por los noventa (90) días siguientes.

Por lo tanto, el pago de la incapacidad cuando ocurre un accidente de trabajo corresponderá a la ARL pagar el 100% del salario durante 180 días, y cuando la enfermedad no fuere profesional se cancelan las 2/3 partes del salario durante los primeros 90 días luego y la mitad del mismo a partir del día 91 y hasta el día 180.

Con fundamento en los criterios y disposiciones expuestos, 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 debe reconocerse, por 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.

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 Salud y Protección Social».

2. «Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado, y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales».

Fecha y hora de creación: 2026-01-30 00:23:42