



Función Pública

Concepto 441871 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000441871

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000441871

Fecha: 13/12/2021 08:48:52 a.m.

Bogotá D.C.

Referencia: NEGOCIACIÓN COLECTIVA. Materias de negociación. Radicado: 20219000689562 del 3 de noviembre de 2021.

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

- "1. ¿Está facultada la administración para haber firmado a través de la negociación con las organizaciones de los empleados públicos esta clase de beneficios?"*
- 2. ¿Al firmar esta clase de beneficios, pudo la administración extralimitarse en su función o arrogarse competencias en materia salarial y prestacional que sólo le competen al Presidente de la República?"*
- 3. Son competentes los gobernadores, alcaldes, juntas directivas y gerentes de las instituciones públicas de las E.S.E fijar políticas salariales y prestacionales de los empleados públicos?"*
- 4. ¿Qué pasa con el Acuerdo Colectivo, firmado con las organizaciones sindicales, en caso de que se hayan firmado beneficios para los cuales la administración no estaba facultada?"*
- 5. ¿Pueden los alcaldes y gobernadores decretar un incremento superior al que se decretó por disposición presidencial?"*
- 6. Si en este Acuerdo se firmaron beneficios contrarios a la Constitución y la Ley la administración debe aplicar la excepción de inconstitucionalidad para todo el acuerdo firmado o para aquellos puntos que se concedieron y para los cuales la administración no estaba facultada para otorgarlos."*
- 7. ¿Si la administración se extralimitó concediendo beneficios, para los cuales no estaba facultada, se puede configurar falta disciplinaria?"*
- 8. ¿Los beneficios extralegales concedidos por la administración a los trabajadores como PRIMA DE ANTIGÜEDAD, QUINQUENIOS, PAGO DE INCAPACIDADES están revestidos de legalidad?" (copiado del original)*

FUNDAMENTOS DEL CONCEPTO

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

Sobre el particular es preciso señalar que, de acuerdo con lo establecido en 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.

Así las cosas, y en respuesta a su comunicación, nos referiremos con relación a la normativa vigente sobre la materia, así:

La Carta Política permite regular elementos salariales y prestacionales al Congreso de la República, así: «fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y la Fuerza Pública» y al Presidente de la República de: «ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes».

En desarrollo del artículo 150, numeral 19, literales e) y f), se expidió a 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 tanto, 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.

En materia salarial, para el nivel territorial, la Constitución Política establece como competencia de los concejos municipales «determinar la estructura de la administración municipal y las funciones de sus dependencias; las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos; crear, a iniciativa del alcalde, establecimientos públicos y empresas industriales o comerciales y autorizar la constitución de sociedades de economía mixta». Adicionalmente, como atribuciones del alcalde es: «crear, suprimir o fusionar los empleos de sus dependencias, señalarles funciones especiales y fijar sus emolumentos con arreglo a los acuerdos correspondientes. No podrá crear obligaciones que excedan el monto global fijado para gastos de personal en el presupuesto inicialmente aprobado».

Por tanto, la facultad de las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos en sus dependencias, fue asignada a los concejos, y la de fijación de emolumentos, es de los alcaldes, con arreglo a los acuerdos respectivos. Frente a las materias de negociación colectiva, el Decreto 1072 de 2015, dispone:

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 en materia de negociación, 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 le corresponde al Gobierno Nacional de conformidad con lo expuesto en la Ley 4 de 1992 en concordancia con el literal e) del numeral 19 del artículo 150 de la Carta Política.

De igual manera, en cuanto a la creación de elementos salariales y prestacionales, es importante tener en cuenta que los mismos se regulan según lo consagrado en los Decretos Ley 1042 y 1045 de 1978 para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional. Por ende, la regulación de estos por quien no tiene 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.

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:

¿Está facultada la administración para haber firmado a través de la negociación con las organizaciones de los empleados públicos esta clase de beneficios?

R/ 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 prestacional y salarial por cuanto, esta es una facultad atribuida al Presidente de la República. Es importante precisar que en temas salariales procede la negociación cuando sea el Gobierno Nacional quien asista en su calidad de negociador por cuanto, esta competencia es constitucional y legal.

¿Al firmar esta clase de beneficios, pudo la administración extralimitarme en su función o arrogarse competencias en materia salarial y prestacional que sólo le competen al Presidente de la República?

R/ Frente a este punto, se reitera que el Gobierno Nacional es el único competente para arrogarse la función de crear salarios y prestaciones. Y, en términos del Consejo de Estado tal actuación es contraria a normas de rango superior como la Constitución y la ley.

Son competentes los gobernadores, alcaldes, juntas directivas y gerentes de las instituciones públicas de las E.S.E fijar políticas salariales y prestacionales de los empleados públicos?

R/ Como se concluyó en los puntos precedentes, la creación de elementos salariales y prestacionales es facultad exclusiva del Gobierno Nacional. Las entidades territoriales, según la disposición constitucional, les compete la concertación del incremento salarial. En este entendido, cuando las entidades cuentan con junta directiva, como las ESE, esta aprueba el proyecto de incremento salarial para sus empleados y lo presenta ante el gobernador o alcalde, según se trate, quienes deben, junto con los demás proyectos, remitirlos ante la asamblea departamental o al concejo municipal para su aprobación. Es importante precisar que para todos los casos, las autoridades territoriales, deben tener en cuenta los siguientes aspectos:

Los límites máximos salariales fijados por el Gobierno Nacional, actualmente establecidos en el Decreto 980 de 2021.

El salario del alcalde o gobernador, con el fin de que ningún funcionario devengue un salario superior al de aquel, según el caso.

Las finanzas de la entidad.

El derecho al incremento salarial de que gozan todos los empleados del ente territorial.

¿Qué pasa con el Acuerdo Colectivo, firmado con las organizaciones sindicales, en caso de que se hayan firmado beneficios para los cuales la administración no estaba facultada?

R/ 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; lo contrario carece de amparo constitucional y legal.

¿Pueden los alcaldes y gobernadores decretar un incremento superior al que se decretó por disposición presidencial?

R/ Las autoridades territoriales pueden incrementar un porcentaje superior a lo acordado por el Gobierno Nacional siempre y cuando se cumplan los presupuestos mencionados en la conclusión del punto 3.

Si en este Acuerdo se firmaron beneficios contrarios a la Constitución y la Ley la administración debe aplicar la excepción de inconstitucionalidad para todo el acuerdo firmado o para aquellos puntos que se concedieron y para los cuales la Administración no estaba facultada para otorgarlos.

R/ El artículo 4° de la Constitución Política prevé la excepción de inconstitucionalidad al declarar que cualquier incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, prima la de rango constitucional; así, corresponde a la Administración, en este caso, hacer uso de este medio excepcional por cuanto la creación de elementos salariales y prestacionales a través de un proceso de negociación colectiva particular, es una clara manifestación de contradicción con la norma constitucional.

¿Si la administración se extralimitó concediendo beneficios, para los cuales no estaba facultada, se puede configurar falta disciplinaria?

R/ La Ley 734 de 2002, artículo 35, numeral 1, como prohibición de los servidores públicos, entre otros, el de: *Incumplir los deberes o abusar de los derechos o extralimitar las funciones contenidas en la Constitución, los tratados internacionales ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas y los contratos de trabajo.* Así, conforme al artículo 23 de la misma ley, el incumplimiento de los deberes y extralimitación de prohibiciones constituyen falta disciplinaria.

¿Los beneficios extralegales concedidos por la administración a los trabajadores como PRIMA DE ANTIGÜEDAD, QUINQUENIOS, PAGO DE INCAPACIDADES están revestidos de legalidad?

R/ Los empleados públicos sólo tienen derecho a los elementos salariales y prestacionales fijados en los Decretos Ley 1042 y 1045 de 1978 y demás normas que los modifiquen y adicionen. De igual manera, 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 del quinquenio, prima de antigüedad o aumentos en el pago de incapacidades, a través del proceso de negociación colectiva de carácter particular, se encuentra constitucional y legalmente prohibido.

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 botón web *Gestor Normativo* puede consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

Adicionalmente, en la web <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html> encuentra la normativa expedida por 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: Harold Herreño Suarez

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Literal e), numeral 19 del artículo 150 C.P.
2. Numeral 11, artículo 189 C.P.
3. Numeral 6º del artículo 313 C.P.
4. Numeral 7º del artículo 315 C.P.
5. «Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo»

Fecha y hora de creación: 2026-01-29 22:35:40