



Concepto 213631 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000213631

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000213631

Fecha: 01/06/2023 10:59:22 a.m.

Bogotá D.C.

Referencia: NEGOCIACIÓN COLECTIVA. Materias de negociación. Radicado: 20239000258932 del 3 de mayo de 2023.

En atención a la comunicación de la referencia, solicita se emita un concepto en respuesta a las siguientes preguntas:

¿Es posible para esta entidad territorial, vía acuerdo sindical, pactar el reconocimiento y pago de bonificación o incentivo laboral para quienes se desvinculen de Indeportes Antioquia por el reconocimiento de la pensión o jubilación? En caso negativo frente a las dos formas antes señaladas (bonificación o incentivo) ¿existen otras figuras o alternativas jurídicas que permitan acordar una erogación pecuniaria para quienes se desvinculen de Indeportes Antioquia por el reconocimiento de la pensión o jubilación?

FUNDAMENTOS DEL CONCEPTO

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 2015¹, 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:

[...]

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

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

[...]

Organizaciones sindicales de empleados públicos: Son las representativas de los empleados públicos. 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.

(...)

ARTÍCULO 2.2.2.4.4. MATERIAS DE NEGOCIACIÓN. Son materias de negociación: 1. 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.

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.

En el marco normativo actual, la Ley 797 de 2003, «Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales», regula lo concerniente a la pensión de jubilación de la siguiente manera:

ARTÍCULO 9o. El artículo 33 de la Ley 100 de 1993 quedará así:

Artículo 33. Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes

condiciones:

Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre. A partir del 10. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 10. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 10. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

(...)

PARÁGRAFO 3o. Parágrafo CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE> Se considera justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, que el trabajador del sector privado o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión. El empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones.

Transcurridos treinta (30) días después de que el trabajador o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión, si este no la solicita, el empleador podrá solicitar el reconocimiento de la misma en nombre de aquel.

Lo dispuesto en este artículo rige para todos los trabajadores o servidores públicos afiliados al sistema general de pensiones. [...]

Conforme a la normativa anterior, cuando el empleado hubiere cumplido con los requisitos para adquirir la pensión de vejez, esto es: haber cumplido 57 años (mujer) y 62 años (hombre) y hubiere cotizado mínimo 1300 semanas a partir del 2015 debe iniciar los trámites tendientes al reconocimiento de la misma.

En consecuencia, la pensión de jubilación es reconocida por las administradoras de pensiones, públicas o privadas, en la proporción que legalmente le corresponda.

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:

¿Es posible para esta entidad territorial, vía acuerdo sindical, pactar el reconocimiento y pago de bonificación o incentivo laboral para quienes se desvinculen de Indeportes Antioquia por el reconocimiento de la pensión o jubilación?

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. Por ende, 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. En consecuencia, no es posible pronunciarnos sobre el particular, máxime cuando la ley prevé que, al cumplir requisitos, en edad y tiempo de servicios, se concede la pensión de jubilación por parte de la administradora de pensiones a la que se encuentre afiliado el empleado público.

En caso negativo frente a las dos formas antes señaladas (bonificación o incentivo) ¿existen otras figuras o alternativas jurídicas que permitan acordar una erogación pecuniaria para quienes se desvinculen de Indeportes Antioquia por el reconocimiento de la pensión o jubilación?

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 demás decretos que lo adicionan no se encontró un elemento salarial que acuerde una erogación pecuniaria para quienes se desvinculen de Indeportes Antioquia por el reconocimiento de la pensión o jubilación.

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.

Cordialmente,

ARMANDO LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Angélica Guzmán

Revisó y 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 00:12:31