

**Función Pública**

Concepto 290061 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000290061

Radicado No.: 20236000290061

Fecha: 12/07/2023 08:56:10 a.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA: NEGOCIACION SINDICAL Acuerdo entre la Administración y los representantes sindicales de los empleados públicos, con el fin de reconocer y pagar la prima de servicios. RADICACION. 20232060594702 del 5 de junio de 2023.

De manera atenta me refiero a su comunicación, mediante la cual consulta si se considera procedente que la entidad acuerde con los representantes sindicales de los empleados públicos el reconocimiento y pago de la prima de servicios a favor de los empleados públicos de la Superintendencia de Industria y Comercio, teniendo en cuenta que en virtud de lo previsto en el Acuerdo 040 del 13 de noviembre de 1991, a dichos servidores públicos se reconoce y paga una prima semestral, le manifiesto lo siguiente:

Inicialmente, es importante señalar que la Carta Política respecto a la competencia para crear o 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^[1], 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^[2], 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:

La estructura del Estado y la estructura orgánica y la interna de sus entidades y organismos; Las competencias de dirección, administración y

fiscalización del Estado; El mérito como esencia y fundamento de las carreras especiales y de la carrera administrativa general y sistemas específicos; La atribución disciplinaria de las autoridades públicas; 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 y negrilla nuestra].

De conformidad con la normativa citada, los empleados públicos pueden presentar pliego de solicitudes 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.

Ahora bien, en cuanto a los elementos salariales, es importante tener en cuenta que los mismos se encuentran consagrados en el Decreto Ley 1042 de 1978^[3] para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional, sin perjuicio de los elementos salariales y prestacionales particulares para determinados servidores públicos, como es el caso de lo previsto en el Acuerdo 040 de 1991, para el caso de, entre otros, los empleados públicos de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Por su parte, las prestaciones sociales para los demás empleados públicos de la Rama Ejecutiva del orden Nacional, se encuentran establecidas en el Decreto Ley 1045 de 1978^[4].

En este orden de ideas, se tiene que, una vez revisadas las normas que regulan la materia, el Gobierno Nacional no ha creado un elemento salarial denominado prima de servicios a favor de los empleados públicos vinculados en la planta de personal de la Superintendencia de Industria y Comercio, a quienes, como ya se indicó se reconoce y pagan elementos salariales y prestacionales contenidos en el Acuerdo 040 de 1991, tal y como usted lo refiere en su escrito de consulta.

Respecto de los efectos de los actos administrativos mediante los cuales las autoridades públicas hayan creado elementos salariales o prestacionales (como es el caso objeto de su consulta), el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, consejero ponente: Germán Bula Escobar, fecha: 28 de febrero de 2017, radicado número 11001-03-06-0002016-00110-00(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 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 consecuencia, y dado que, según su escrito se trata de acordar el reconocimiento y pago de una prima de servicios a favor de los empleados públicos de la Superintendencia de Industria y Comercio, se considera preciso traer a colación el pronunciamiento del Consejo de Estado, que señala que en caso de advertir que el acto administrativo mediante el cual se creó un elemento salarial o prestacional es contrario al ordenamiento superior, la Administración deberá aplicar la excepción de inconstitucionalidad frente a dicho acto administrativo.

Con fundamento en lo expuesto, se concluye:

1.- 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 o salarial por cuanto, esta es una facultad atribuida al Presidente de la República.

2.- En materia de elementos salariales y prestacionales se precisa que sólo el Gobierno nacional cuenta con la competencia Constitucional y legal para regular esta materia.

3.- Finalmente, respecto del reconocimiento y pago de una prima denominada prima de servicios, a favor de quienes prestan sus servicios a la Superintendencia de Industria y Comercio, es importante resaltar que una vez revisadas las disposiciones contenidas en el Decreto Ley 1042 de 1978 o el Decreto Ley 1045 de 1978, y las demás normas que rigen la materia, no se encontró un elemento salarial o prestacional como el señalado en su escrito que hubiere sido creado o que se fuera a crear para los empleados públicos de dicha entidad, a quienes se reconoce y paga con el régimen salarial previsto en el Acuerdo 040 de 1991.

4.- En consecuencia, y para responder el tema objeto de consulta, dado que la competencia para crear elementos salariales y prestacionales es exclusiva del Gobierno Nacional, esta Dirección Jurídica considera que no es procedente regular las asignaciones descritas en su oficio (prima de servicios) a través de un proceso de negociación colectiva, por consiguiente, la entidad deberá estudiar la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad frente a dicho acto administrativo, de acuerdo con lo señalado por el Consejo de Estado, dicho análisis y decisión es propio de la entidad.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público, las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos

y normativa relacionados con el tema.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Harold Herreño

Revisó y aprobó: Armando López Cortés

NOTAS DE PIE DE PAGINA

[1] “Mediante la cual se señalan 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 y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.”

[2] «Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo»

[3] “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”.

[4] “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.”

Fecha y hora de creación: 2025-12-20 04:53:01