



Concepto 299791 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000299791

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000299791 Fecha: 18/07/2023 09:28:02 a.m.

Bogotá D.C.

REF.: NEGOCIACION COLECTIVA. Reconocimiento y pago de viáticos y gastos de transporte a favor de representante sindical de empleados públicos que se encuentra en vacaciones. Radicado: 20232060656562 de fecha 30 de junio de 2023.

En atención al oficio de la referencia, mediante el cual consulta si considera procedente que la Administración reconozca y pague viáticos y gastos de viaje a favor de un empleado público representante de una organización sindical que se encuentra en vacaciones y requiere asistir a un evento sindical en otra ciudad, teniendo en cuenta que el pago de viáticos y gastos de viaje a favor de los representantes sindicales fue creado mediante acuerdo sindical, le indico lo siguiente:

Inicialmente, es importante reiterar que conforme el literal e), numeral 19 del artículo 150 de la Carta Política, la competencia para regular elementos salariales y prestacionales corresponde al Congreso de la República, al determinar la función de “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 1978³¹ para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional.

Por su parte, las prestaciones sociales para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del orden Nacional, se encuentran establecidas en el Decreto Ley 1045 de 1978⁴.

Es importante tener en cuenta que, el reconocimiento y pago de viáticos y gastos de viaje se encuentra creado a favor de los empleados públicos, y en la actualidad el Decreto 908 de 2023, determina las condiciones para su reconocimiento y pago, sin que, en criterio de esta Dirección Jurídica, las entidades del nivel territorial cuenten con la facultad legal para modificar dicha asignación.

Por lo anterior, se tiene que el reconocimiento y pago de viáticos y gastos de viaje se encuentra creado a favor de los empleados públicos, y en el marco jurídico actual, el Decreto 908 de 2023, determinan las condiciones para su reconocimiento y pago, sin que, en criterio de esta Dirección Jurídica, las entidades del nivel territorial cuenten con la facultad legal para modificar o crear dicha asignación mediante acuerdos colectivos.

De otra parte, en relación con el reconocimiento y pago de viáticos y gastos de viaje a favor de los directivos de las organizaciones sindicales, el Decreto 908 de 2023 contempla lo siguiente:

“Artículo 8. Gastos de desplazamiento, alojamiento y alimentación dirigentes sindicales. Las entidades a las que les aplica el presente decreto podrán reconocer los gastos de desplazamiento, alojamiento y alimentación para los dirigentes sindicales de las organizaciones sindicales de servidores públicos elegidos para que los representen en la mesa de negociación que se adelante con el Gobierno Nacional o territorial, siempre y cuando exista disponibilidad presupuestal para el efecto.”

Bajo esta normativa, quienes actúen como dirigentes de las organizaciones sindicales puede la entidad otorgarle gastos de desplazamiento, alojamiento y alimentación cuando deban actuar ante la mesa de negociación adelantada con el Gobierno Nacional o territorial siempre cuando exista la respectiva disponibilidad presupuestal.

Por su parte, el Decreto 1083 de 2015, Único Reglamentario del Sector de Función Pública, establece que, con posterioridad a la mesa de negociación nacional o territorial, los líderes sindicales participantes pueden ser objeto de comisión de servicios, bajo el siguiente criterio:

Artículo 2.2.5.5.25. Comisiones de servicios. (...)

Parágrafo. Se podrá otorgar comisión de servicios a los líderes sindicales debidamente acreditados por las organizaciones sindicales firmantes del Acuerdo Colectivo de contenido general, para que puedan participar en foros, congresos, cursos al interior o al exterior en materias relacionadas con su actividad, de acuerdo con las disponibilidades presupuestales de cada entidad.

Por su parte, el artículo 2.2.5.5.27 ibidem, refiere:

Artículo 2.2.5.5.27 Derechos del empleado en comisión de servicios. El empleado en comisión de servicios en una sede diferente a la habitual tendrá derecho al reconocimiento de la remuneración mensual que corresponde al cargo que desempeña y al pago de viáticos y, además, a gastos de transporte, cuando estos últimos se causen fuera del perímetro urbano. El valor de los viáticos se establecerá de conformidad con los lineamientos y topes señalados en el decreto anual expedido por el Gobierno Nacional.

Cuando la totalidad de los gastos que genere la comisión de servicios sean asumidos por otro organismo o entidad no habrá lugar al pago de viáticos y gastos de transporte. Tampoco habrá lugar a su pago cuando la comisión de servicios se confiera dentro de la misma ciudad.

Si los gastos que genera la comisión son asumidos de forma parcial por otro organismo o entidad, únicamente se reconocerá la diferencia.

Conforme a la normativa anterior, la comisión de servicios es una situación administrativa que se otorga, también, a los líderes sindicales debidamente acreditados por las organizaciones sindicales firmantes del acuerdo colectivo de contenido general para participar en foros, congresos, cursos al interior o al exterior en materias propias de su actividad sindical. Adicionalmente, durante esta situación administrativa no se genera vacancia del empleo y, además, hay lugar al pago de viáticos y gastos de transporte siempre y cuando tal comisión se conceda en sede diferente a la habitual, a fin de solventar los gastos adicionales en que incurre el comisionado por concepto de alojamiento, alimentación y transporte.

En este orden de ideas se tiene que, los gastos de desplazamiento, alojamiento y alimentación se reconocen a los dirigentes sindicales de las organizaciones sindicales de servidores públicos elegidos únicamente cuando los representen en la mesa de negociación que se adelante con el Gobierno Nacional o territorial. Por ende, no aplica para aquellas negociaciones sindicales de carácter singular celebradas en las entidades públicas.

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 acordó el reconocimiento y pago de viáticos y gastos de viaje a favor de todos los directivos sindicales en la entidad pública, 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.- Respecto del reconocimiento y pago de viáticos y gastos de viaje a favor de todos los directivos sindicales, 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 del orden nacional o territorial.

4.- De acuerdo con lo previsto en el Decreto 908 de 2023 y el Decreto 1083 de 2015, a quienes actúen como dirigentes de las organizaciones sindicales puede la entidad otorgarle gastos de desplazamiento, alojamiento y alimentación cuando deban actuar ante la mesa de negociación adelantada con el Gobierno Nacional o territorial siempre cuando exista la respectiva disponibilidad presupuestal.

En este orden de ideas se tiene que, los gastos de desplazamiento, alojamiento y alimentación se reconocen a los dirigentes sindicales de las

organizaciones sindicales de servidores públicos elegidos únicamente cuando los representen en la mesa de negociación que se adelante con el Gobierno Nacional.

5.- 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 (viáticos y gastos de transporte) 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.

6.- Es importante tener presente que el derecho de petición de rango constitucional supone para el Estado la obligación de responder las peticiones que se formulen, pero no obliga a hacerlo en el sentido que quiera el interesado, por lo que el derecho de petición no supone que la Administración deba acceder a pedido, tal y como lo ha mencionado reiteradamente la Corte Constitucional en extensa jurisprudencia la respuesta a las consultas están al margen de que la respuesta sea favorable o no al consultante, pues no necesariamente se debe acceder a lo pedido. (Sentencia T-139/17).

7.- Finalmente, es preciso indicar que conforme establecido en el Decreto 430 de 2016^[4], a este Departamento Administrativo le compete formular, implementar, hacer seguimiento y evaluar las políticas de desarrollo administrativo de la función pública, el empleo público, la gestión del talento humano en las entidades estatales, la gerencia pública, el desempeño de las funciones públicas por los particulares, la organización administrativa del Estado, la planeación y la gestión, el control interno, la participación ciudadana, la transparencia en la gestión pública y el servicio al ciudadano, propiciando la materialización de los principios orientadores de la función administrativa.

Por lo anterior, se deduce que esta entidad no es un organismo de control o vigilancia y no cuenta con la facultad legal para determinar la responsabilidad disciplinaria de los servidores públicos, ni para calificar la conducta oficial de quienes ejercen funciones públicas, dicha competencia ha sido atribuida a las oficinas de control disciplinario interno de cada entidad, a las personerías municipales y de conformidad con lo previsto en el numeral 6° del artículo 277 de la Constitución Política, el Procurador General de la Nación, directamente o por medio de sus agentes, tiene la función de ejercer la vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley, tampoco cuenta con facultades jurisdiccionales, en consecuencia, no cuenta con la facultad para determinar la eventual vulneración de la libertad sindical y autonomía, por lo que no es pertinente efectuar un pronunciamiento frente al tema.

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.”

[4] “Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública”

Fecha y hora de creación: 2025-08-02 19:41:36