



Concepto 444541 de 2024 Departamento Administrativo de la Función Pública

20246000444541

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20246000444541

Fecha: 02/07/2024 01:56:23 p.m.

Bogotá D.C

REF: NEGOCIACION SINDICAL. - ¿Se considera procedente que, en el marco de una negociación con sindicatos de empleados públicos, las entidades públicas asuman el reconocimiento y pago de pólizas exequiales diferentes al auxilio funerario? RAD.: 20249000512522 del 25 de junio de 2024.

Respecto de las reglas para adelantar la negociación entre las entidades u organismos públicos y los sindicatos de empleados, así como las materias objeto de negociación, el Decreto 1072 de 2015¹, establece:

"ARTÍCULO 2.2.2.4.4. REGLAS DE APLICACIÓN. Son reglas de aplicación de este Capítulo, las siguientes:

El respeto de la competencia constitucional y legal atribuida a las entidades y autoridades públicas.

El respeto al presupuesto público o principio de previsión y provisión presupuestal en la ley, ordenanza o acuerdo para la suscripción del o los acuerdos colectivos con incidencia económica presupuestal, teniendo en cuenta el marco de gasto de mediano plazo, la política macroeconómica del Estado y su sostenibilidad y estabilidad fiscal.

Unidad en la negociación colectiva, que significa unidad de pliego, de comisión negociadora unificada sindical, de mesa de negociación y de acuerdo colectivo por ámbito de negociación, ya sea nacional, sectorial, territorial y/o por entidad de carácter singular.

Aplicación de los principios de transparencia, publicidad y veracidad sobre el número de afiliados de cada organización sindical en las entidades públicas correspondientes, que se determinarán en el censo sindical que deberá realizar de manera bienal el Ministerio del Trabajo.

La negociación en todos los ámbitos o niveles se realizará como regla general en forma presencial; excepcionalmente la negociación podrá ser

de forma virtual o mixta, según sea convenido por las partes.

PARÁGRAFO TRANSITORIO: Entre tanto se realice el censo sindical por parte del Ministerio del Trabajo, la representatividad de las organizaciones sindicales se deberá determinar conforme con siguiente información:

Certificado de descuento mensual efectuado por el empleador y pagado a la respectiva organización sindical, federal y confederal.

La certificación que, como requisito y condición de participación, necesariamente deberá expedir toda organización bien sea sindicato, federación o confederación, con las firmas de su secretario y fiscal, sobre el número de sus empleados públicos afiliados, registrados en los libros sindicales, con derecho y pago de su cuota sindical descontada por el empleador.

Esta certificación se entenderá expedida bajo la gravedad de juramento y debe ser coincidente con los fondos depositados en bancos por concepto de cuotas sindicales descontadas a los empleados públicos y consignadas a las organizaciones sindicales, con corte al 31 de diciembre del año inmediatamente anterior.

En caso de no entregarse la certificación o de no ser expedida en forma concreta, precisa y cierta sobre el número de empleados públicos afiliados a una organización sindical, quedará suspendida la participación, permisos sindicales y demás garantías eventuales de la respectiva organización sindical y sus negociadores o delegados durante el proceso de negociación, hasta tanto expida la certificación en forma debida, precisa y cierta.

Del mismo modo, el área de Talento Humano de cada entidad o quien haga sus veces deberá expedir una certificación en la que conste el número de afiliados con descuento por cada organización sindical.

En caso de existir diferencia entre las certificaciones señaladas en los numerales 1 y 2 del presente parágrafo, para determinar el número de afiliados a las organizaciones, la organización sindical deberá demostrar el número de servidores públicos que efectúan el pago directo de la cuota sindical ordinaria.” (Subraya fuera de texto)

De acuerdo con lo anterior, es claro que las negociaciones que se surtan con los sindicatos de empleados públicos y las entidades u organismos del Estado se deberán respetar las competencias exclusivas que la Constitución Política y la ley atribuyen a las entidades y autoridades públicas.

En ese sentido, es preciso insistir en que las entidades públicas del nivel territorial no tienen facultad de crear o modificar elementos salariales o prestacionales, toda vez que de conformidad con lo dispuesto en el literal e) del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política, se establece como una función del Presidente de la República el fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso de la República y de la Fuerza Pública.

De lo anterior, se colige que la competencia para fijar el régimen salarial y prestacional es exclusiva del Presidente de la República, sin que las entidades u organismos públicos, puedan abrogarse dicha facultad.

Respecto de las prestaciones sociales a que tiene derecho los empleados públicos se tiene que el artículo 5 del Decreto Ley 1045 de 1978², indica:

“ARTÍCULO 5. DE LAS PRESTACIONES SOCIALES. Sin perjuicio de lo dispuesto en normas especiales, los organismos a que se refiere el artículo 2 de este Decreto o las entidades de previsión, según el caso, reconocerán y pagarán las siguientes prestaciones sociales:

(...)

m) *Auxilio funeralio...* (Resaltado nuestro).

A su vez, al artículo 16 de la Ley 776 de 2002, «Por la cual se dictan normas sobre la organización, administración y prestaciones del Sistema General de Riesgos Profesionales», establece:

ARTÍCULO 16. AUXILIO FUNERARIO. *La persona que 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 funeralario igual al 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. (Subraya fuera de texto)

El artículo 86 de la Ley 100 de 1993, “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”, establece:

ARTÍCULO 86. AUXILIO FUNERARIO. *La persona que compruebe haber sufragado los gastos de entierro de un afiliado o pensionado, tendrá derecho a percibir un auxilio funeralario 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.

Las administradoras podrán repetir contra la entidad que haya otorgado el seguro de sobrevivientes respectivo, en el cual se incluirá el cubrimiento de este auxilio.

La misma acción tendrán las compañías de seguros que hayan pagado el auxilio de que trata el presente artículo y cuyo pago no les corresponda por estar amparado este evento por otra póliza diferente.

Conforme a lo anterior, la persona que compruebe haber sufragado los gastos de entierro de un afiliado o de un pensionado por invalidez del Sistema de Riesgos Profesionales tiene derecho a recibir un auxilio funeralario. Este, debe reconocerse conforme a las disposiciones determinadas en el artículo 86 de la Ley 100 de 1993.

Por consiguiente, las reglas respecto del reconocimiento y pago de auxilio funeralario se encuentran a cargo de la ley, sin que sea facultativo de las entidades públicas pactar situaciones diferentes a las allí indicadas.

Respecto de los efectos de los actos administrativos mediante los cuales las entidades públicas hayan creado elementos salariales o prestacionales (como es el caso de una póliza exequial), 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 o bonificaciones 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 consecuencia, y dado que, el Gobierno Nacional no ha creado un elemento salarial o prestacional como el señalado en su escrito a favor de los empleados públicos del nivel territorial, 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.

Es así como esta Dirección Jurídica ha sido consistente al indicar a las entidades públicas que no podrán en el marco de acuerdos laborales suscritos con los sindicatos de empleados públicos contemplados en el Decreto 1072 de 2015³, pactar reconocimientos que se aparten de las facultades que Constitucional o legalmente les han sido asignadas y comprometan el presupuesto público en situaciones como las planteadas en su escrito; lo contrario, podría derivar en detrimento patrimonial.

Es preciso destacar que, dentro del acuerdo laboral podrán tratarse aspectos relacionados con la flexibilización del horario de trabajo, siempre que se respete la jornada laboral de 44 horas a la semana y sin que se vea afectada la prestación del servicio; situaciones relacionadas con calidad de vida laboral (mejoramiento de las condiciones en el puesto de trabajo, propender por un ambiente laboral seguro), adopción de medidas encaminadas a promover y mantener el más alto grado de bienestar físico, mental y social de los empleados; adopción de programas de capacitación y estímulos, bienestar social e incentivos y los demás aspectos que contribuyan a mejorar las condiciones laborales de los empleados públicos.

Para más información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público y aplicables a su consulta, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido emitidos por esta Dirección Jurídica.

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

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyecto: Harold Herreño

Revisó y aprobó. Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo."

2 "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"

3 "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo"

Fecha y hora de creación: 2026-01-29 22:31:47