



Función Pública

Concepto 504091 de 2024 Departamento Administrativo de la Función Pública

20246000504091

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20246000504091

Fecha: 05/08/2024 04:45:46 p.m.

Bogotá D.C

Referencia: NEGOCIACIÓN COLECTIVA. Extensión de beneficios. RAD. 20249000560192 del 18 de julio de 2024.

De manera preliminar, es importante tener en cuenta que, conforme establecido en el Decreto 430 de 2016¹, 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 derechos individuales, ni tiene la potestad legal para ordenar o negar el reconocimiento y pago de elementos salariales o prestacionales a favor de los empleados públicos, dicha competencia es propia de los Jueces de la República; por consiguiente, las manifestaciones dadas mediante conceptos tienen la finalidad de dar orientación general de las normas de administración de personal en el sector público en el marco del alcance que determina el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011; es decir, no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución y no comprometen a la entidad pública.

Ahora bien, en relación con lo planteado en su escrito, 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»² 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»³.

En desarrollo del artículo 150, numeral 19, literales e) y f), se expidió a Ley 4 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 ende, corresponde al Congreso de la República dictar las normas generales, fijando 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.

El Decreto 1072 de 2015⁴, frente a las materias de negociación colectiva, dispone:

“ARTÍCULO 2.2.2.4.5. MATERIAS DE NEGOCIACIÓN. Son materias de negociación: Las condiciones del empleo, y

Las relaciones entre las entidades y autoridades públicas competentes según el ámbito de negociación y las organizaciones sindicales de empleados públicos para la determinación de las condiciones de empleo.

Parágrafo. En materia salarial y prestacional habrá negociación en el ámbito nacional exclusivamente, de conformidad con las posibilidades fiscales y presupuestales. En relación con el incremento salarial no se podrán acordar aumentos diferenciados en los ámbitos nacional, sectorial, territorial o singular.

[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.

Adicional a lo anterior, la Ley 2342 de 2023, «Por la cual se decreta el presupuesto de rentas y recursos de capital y ley de apropiaciones para la vigencia fiscal del 01 de enero al 31 de diciembre de 2024», establece:

“ARTÍCULO 14. Prohíbese tramitar actos administrativos u obligaciones que afecten el presupuesto de gastos cuando no reúnan los requisitos legales o se configuren como hechos cumplidos. El representante legal y ordenador del gasto o en quienes estos hayan delegado, responderán disciplinaria, fiscal y penalmente por incumplir lo establecido en esta norma.

(...)

ARTÍCULO 17. Los recursos destinados a programas de capacitación y bienestar social no pueden tener por objeto crear o incrementar salarios, bonificaciones, sobresueldos, primas, prestaciones sociales, remuneraciones extralegales o estímulos pecuniarios ocasionales que la ley no haya establecido para los servidores públicos, ni servir para otorgar beneficios directos en dinero o en especie.

Todos los funcionarios públicos de la planta permanente o temporal podrán participar en los programas de capacitación de la entidad; las matrículas de los funcionarios de la planta permanente o temporal se girarán directamente a los establecimientos educativos, salvo lo previsto por el artículo 114 de la Ley 30 de 1992, modificado por el artículo 27 de la Ley 1450 de 2011. Su otorgamiento se hará en virtud de la reglamentación interna para la planta permanente o temporal del órgano respectivo.

La ley general de presupuesto prohíbe modificar o afectar el presupuesto para gastos adicionales diferentes a los previstos en la norma, así como para destinar los recursos de capacitación y bienestar social para crear o incrementar salarios, prestaciones sociales, entre otros, so pena de la responsabilidad disciplinaria, fiscal y penal por incumplimiento de la ley.

En este orden de ideas, y teniendo en cuenta la normativa citada nos referiremos a la viabilidad para que en el marco de una negociación colectiva entre organizaciones sindicales de empleados públicos y la administración se acuerde el otorgamiento de auxilios para educación formal a favor de los docentes hora catedra o para los docentes ocasionales, reiterando que la regulación de los mismos es oponible a la Constitución y la ley bajo los siguientes criterios:

Mediante la expedición de la Ley 1960 de 2019⁵ se modificó lo previsto, entre otros, en el Decreto Ley 1567 de 1998⁶, en el que se crea el sistema nacional de capacitación y el sistema de estímulos para los empleados del Estado, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 3. El literal g) del artículo 6 del Decreto-Ley 1567 de 1998 quedará así:

“g) PROFESIONALIZACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO. Los servidores públicos independientemente de su tipo de vinculación con el Estado, podrán acceder a los programas de capacitación y de bienestar que adelante la Entidad, atendiendo a las necesidades y al presupuesto asignado. En todo caso, si el presupuesto es insuficiente se dará prioridad a los empleados con derechos de carrera administrativa.”

De acuerdo con la normativa, los servidores públicos independientemente de su tipo de vinculación con el Estado, podrán acceder a los programas de capacitación y de bienestar que adelante la Entidad.

Ahora bien, en relación con la capacitación, el artículo 4 del Decreto Ley 1567 de 1998 la definió como “*el conjunto de procesos organizados, relativos tanto a la educación no formal como a la informal de acuerdo con lo establecido por la ley general de educación, dirigidos a prolongar y a complementar la educación inicial mediante la generación de conocimientos, el desarrollo de habilidades y el cambio de actitudes, con el fin de incrementar la capacidad individual y colectiva para contribuir al cumplimiento de la misión institucional, a la mejor prestación de servicios a la comunidad, al eficaz desempeño del cargo y al desarrollo personal integral. Esta definición comprende los procesos de formación, entendidos como aquellos que tienen por objeto específico desarrollar y fortalecer una ética del servicio público basada en los principios que rigen la función administrativa.*”

El párrafo del anterior artículo hizo claridad al determinar que la educación definida como formal por las leyes que rigen la materia no se incluye dentro de los procesos definidos como capacitación. El apoyo de las entidades a programas de este tipo hace parte de los programas de bienestar social e incentivos y se regirá por las normas que regulan el sistema de estímulos.

Frente al particular, se considera importante tener en cuenta que, el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente Dr. Germán Alberto Bula Escobar, mediante concepto de radicado número único: 11001-03-06-000-2020-00205-00 (2455) el 18 de diciembre de 2020, indicó que todos los empleados, incluidos los provisionales y sus familias deben ser incluidos como beneficiarios de los auxilios para educación formal.

Así las cosas, se considera que los programas de capacitación y de estímulos a favor de los servidores públicos se encaminan a orientar el desarrollo de las competencias laborales necesarias para el desempeño de los empleados públicos; así como establecer capacidades instaladas en las entidades u organismos públicos, de tal manera que se mejore la prestación de los servicios a su favor; los cuales, por disposición contenida en el inciso segundo del artículo 30 del Decreto Ley 1567 de 1998 serán beneficiarios los empleados con derechos de carrera administrativa y de libre nombramiento y remoción y en concepto del Consejo de Estado todos los empleados, incluidos los nombrados en provisionalidad y sus familias.

De acuerdo con lo expuesto, y en atención puntual de su interrogante, se considera importante tener en cuenta que, con la expedición de la Ley 1960 de 2019 y el concepto del Consejo de Estado arriba referenciado, en el marco jurídico actual todos los empleados públicos, incluidos los nombrados en provisionalidad y sus familias pueden ser beneficiarios de los auxilios económicos para educación formal, no obstante, el Legislador contempló que la prioridad debe darse a los empleados con derechos de carrera administrativa, en consecuencia, en el caso que el presupuesto sea insuficiente, se deberá dar prioridad a las solicitudes presentadas por los empleados con derechos de carrera administrativa.

En este orden de ideas, en criterio de esta Dirección Jurídica, mediante el Decreto Ley 1567 de 1998 se establecen las reglas que deben cumplir los empleados públicos a efectos de ser beneficiarios de los programas de bienestar social e incentivos, por lo que no es procedente que dicha reglamentación se acuerde en el marco de una negociación colectiva, pues se reitera, la ley se encargó de ello.

Al margen de lo anterior, se considera procedente reiterar lo manifestado en diversas oportunidades por esta entidad, en los que se ha indicado que como quiera que las disposiciones contenidas en el Decreto 1072 de 2015 se aplican a los empleados públicos, entendiendo por tales aquellas personas que se vinculan a la Administración Pública mediante una relación legal y reglamentaria, es decir mediante un acto administrativo de nombramiento y posesión de todas las entidades y organismos del sector público, con excepción de los empleados enunciados en el artículo 2 del mencionado decreto, se deduce que no son destinatarios de lo allí previsto a quienes tengan otra clasificación o naturaleza.

Por lo anterior, se considera pertinente analizar la naturaleza jurídica de los docentes ocasionales y de hora cátedra en los términos de los artículos 73 y 74 de la Ley 30 de 1992, «Por la cual se organiza el servicio público de la Educación Superior», así:

ARTÍCULO 73. (Apartes tachados INEXEQUIBLES) Los profesores de cátedra no son empleados públicos ni trabajadores oficiales; son contratistas y su vinculación a la entidad se hará mediante contrato de prestación de servicios, el cual se celebrará por períodos académicos.

[...]

ARTÍCULO 74. Serán profesores ocasionales aquellos que con dedicación de tiempo completo o de medio tiempo, sean requeridos transitoriamente por la entidad para un período inferior a un año.

(Aparte tachado INEXEQUIBLE) Los docentes ocasionales no son empleados públicos ni trabajadores oficiales, sus servicios serán reconocidos mediante resolución y no gozarán del régimen prestacional previsto para estos últimos. (negrita fuera de texto).

De acuerdo con los artículos en cita, y la precisión efectuada por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-6 de 1996, los docentes hora cátedra y los docentes ocasionales laboran por horas o son requeridos transitoriamente por la entidad para un período inferior a un año, respectivamente, sin embargo, no tienen la calidad de empleados públicos, ni de trabajadores oficiales, son servidores públicos que se vinculan mediante resolución administrativa.

De lo expuesto, y con el fin de dar puntual respuesta a su interrogante, en criterio de esta Dirección Jurídica, como quiera que la negociación colectiva prevista en el Decreto 1072 de 2015 es extensiva a los empleados públicos, en criterio de esta Dirección Jurídica, los docentes hora cátedra y/o los docentes ocasionales dado que no tienen tal calidad, no pueden ser beneficiarios de estos acuerdos laborales.

A la segunda parte de su escrito, en relación con establecer si los derechos que se reconocen como consecuencia de un acuerdo colectivo generan posibles responsabilidades fiscales en donde se otorgue dichos beneficios a los docentes catedráticos, ocasionales, que no ostentan la calidad de empleado público para asimilarlo o equipararlo a docente de planta, le reitero que este Departamento Administrativo no es un organismo de control y vigilancia, que no cuenta con la facultad legal para determinar la eventual responsabilidad de los servidores públicos por sus acciones o extralimitaciones, dicha competencia es propia de los organismos de control o vigilancia y de los Jueces de la República, por tanto, no es procedente responder su interrogante.

En los anteriores términos se da respuesta a sus interrogantes, en el caso que requiera 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 el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública”

2 Literal e), numeral 19 del artículo 150 C.P.

3 Numeral 11, artículo 189 C.P.

4 «Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo»

5 “Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones”

6 “Por el cual se crea el sistema nacional de capacitación y el sistema de estímulos para los empleados del Estado.”

7 Apartes declarados inexequibles por la Core Constitucional mediante Sentencia C-6 de 1996

Fecha y hora de creación: 2026-05-20 03:53:48