



Función Pública

Concepto 148571 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000148571

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000148571

Fecha: 28/04/2021 02:06:29 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: NEGOCIACIÓN COLECTIVA. Acuerdos Laborales. Radicado: 20212060162702 del 26 de marzo de 2021.

En atención a la comunicación de la referencia, solicita usted, en ejercicio del derecho de petición se le emita un concepto donde se resuelvan si una Empresa Social del Estado puede negociar con su sindicato de empleados públicos los siguientes aspectos:

- Incremento salarial: Aumento del 5% adicional a lo decretado por el Gobierno Nacional.
- Bonificación extralegal: Correspondiente a 15 días de salario pagados al tiempo con la prima de servicios.
- Reconocimiento a provisionales: Reconocimiento pecuniario a los empleados provisionales cuando cumplan con las metas del plan estratégico de la entidad.
- Ahorro programado: Auxilio correspondiente a 3 días de salario, pagados por parte de la entidad, por ahorro voluntario de un día de salario por cada mes de la vigencia, reconocido anualmente.

I. FUNDAMENTOS DEL CONCEPTO

La respuesta a los interrogantes planteados tendrá en cuenta los siguientes referentes normativos, conceptuales y jurisprudenciales:

De conformidad con el Decreto [430](#) de 2016, este Departamento Administrativo tiene como objeto el fortalecimiento de las capacidades de los servidores públicos y de las entidades y organismos del Estado, su organización y funcionamiento, el desarrollo de la democratización de la gestión pública y el servicio al ciudadano, mediante la formulación, implementación, seguimiento y evaluación de políticas públicas, la adopción de instrumentos técnicos y jurídicos, la asesoría y la capacitación.

Razón por la cual, no es de nuestra competencia intervenir en situaciones internas de las entidades, actuar como ente de control, investigación, ni señalar los procedimientos a seguir en caso de que se presenten anomalías al interior de las entidades. No obstante, lo anterior, nos referiremos respecto al fundamento legal del incremento salarial en las entidades del orden territorial, así:

En relación con el tema planteado, 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»¹ 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»²

En desarrollo del artículo 150, numeral 19, literales e) y f), se expidió a Ley 4ª 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 tanto, 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.

En materia salarial, para el nivel territorial, la Constitución Política establece como competencia de los concejos municipales «determinar la estructura de la administración municipal y las funciones de sus dependencias; las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos; crear, a iniciativa del alcalde, establecimientos públicos y empresas industriales o comerciales y autorizar la constitución de sociedades de economía mixta»³. Adicionalmente, como atribuciones del alcalde es: «crear, suprimir o fusionar los empleos de sus dependencias, señalarles funciones especiales y fijar sus emolumentos con arreglo a los acuerdos correspondientes. No podrá crear obligaciones que excedan el monto global fijado para gastos de personal en el presupuesto inicialmente aprobado»⁴

Por tanto, la facultad de las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos en sus dependencias, fue asignada a los concejos, y la de fijación de emolumentos, es de los alcaldes, con arreglo a los acuerdos respectivos. Frente a las materias de negociación colectiva, el Decreto 1072 de 2015⁵, dispone:

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

1. Las condiciones de empleo, y

2. 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. [Subrayado nuestro].

De conformidad con la normativa citada, los empleados públicos pueden 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.

En este orden de ideas, y teniendo en cuenta la normativa citada nos referiremos a cada uno de los ítems anexos a su consulta en el mismo orden en que se formularon bajo los siguientes criterios:

Incremento salarial

El Decreto 314 de 2020, aún vigente, fijó los límites máximos salariales de los gobernadores (artículo 2°), alcaldes (artículo 3°) y empleados públicos de las entidades territoriales (artículo 7°). Por lo anterior, la Carta Política le otorga la competencia al concejo municipal para fijar conforme al presupuesto respectivo y dentro de los límites máximos salariales establecidos por el Gobierno Nacional, las escalas de remuneración correspondientes a las diferentes categorías de empleo del Municipio, teniendo en cuenta el sistema de nomenclatura y clasificación de empleos para los entes territoriales previsto en el Decreto Ley 785 de 2005. Es decir, el alcalde presenta un proyecto de escala salarial al concejo municipal para que dicha corporación, mediante acuerdo, fije la correspondiente escala salarial de todos los empleados públicos del municipio, respetando que todos los niveles y grados salariales se encuentren en igualdad de condiciones.

Bonificación extralegal

A partir de la vigencia del Decreto 1919 de 2002, todos los empleados públicos vinculados o que se vinculen a las entidades del sector central y descentralizado de la Rama Ejecutiva de los niveles Departamental, Distrital y Municipal, a las Asambleas Departamentales, a los Concejos Distritales y Municipales, a las Contralorías territoriales, a las Personerías Distritales y Municipales, a las Veedurías, así como el personal administrativo de empleados públicos de las Juntas Administrativas Locales, de las Instituciones de Educación Superior, de las Instituciones de Educación Primaria, Secundaria y media vocacional, gozarán del régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional.

No obstante, en cuanto a los elementos salariales, es importante tener en cuenta que los mismos se encuentran consagrados en el Decreto Ley 1042 de 1978 para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional, cuyo campo de aplicación no se ha extendido a los empleados públicos del nivel territorial. Tal como lo consideró el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil⁶ ante la consulta presentada por este Departamento Administrativo, así:

En el caso de las autoridades públicas el deber de obediencia al ordenamiento jurídico constituye además el fundamento para el ejercicio de las competencias, de acuerdo con lo previsto en el artículo 121 de la Carta, según el cual “Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”, lo que hace que la competencia sea un presupuesto de validez de los actos que se profieren, de manera que si una autoridad pública expide un acto sin ser titular de ella, éste sería nulo.

En tal sentido, encontrándose vigente el decreto ley 1042 de 1978 que contempla los elementos salariales para los empleados públicos del orden nacional, no podrían los entes territoriales asumir una competencia de la que carecen y hacer extensivo a sus servidores tales elementos.

Con base en las anteriores consideraciones la Sala, RESPONDE:

1. ¿Deben los entes territoriales reconocer y pagar los elementos de salario contemplados en el Decreto 1042 de 1978 a sus empleados públicos?"

-

El decreto ley 1042 de 1978 se encuentra vigente, pero en cuanto sólo contempla los elementos salariales para los empleados públicos del orden nacional, su regulación sobre este respecto no puede hacerse extensiva a los servidores públicos del orden territorial. (Subrayado fuera del texto).

-

De acuerdo al pronunciamiento anterior, la competencia de las asambleas departamentales y de los concejos municipales, para crear elementos salariales y prestacionales, se limita a la fijación de las escalas de remuneración para las distintas categorías de empleos, esto es de las asignaciones básicas mensuales respectivas. Por ende, sólo el Gobierno Nacional se encuentra constitucionalmente facultado para establecer elementos o factores salariales, tanto a nivel nacional como a nivel territorial, de conformidad con los parámetros generales fijados por el Congreso de la República, en observancia de lo que consagra el artículo 150 numeral 19 literal e) de la Carta Política.

De igual manera, 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.

Reconocimiento a provisionales

El Decreto Ley 1567 de 1998 sobre los planes de incentivos, expone:

ARTÍCULO 29. Planes De Incentivos. Los planes de incentivos para los empleados se orientarán a reconocer los desempeños individuales del mejor empleado de la entidad y de cada uno de los niveles jerárquicos que la conforman, así como de los equipos de trabajo que alcancen niveles de excelencia.

ARTÍCULO 30. Tipos De Planes. Para reconocer el desempeño en niveles de excelencia podrán organizarse planes de incentivos pecuniarios y planes de incentivos no pecuniarios.

Tendrán derecho a incentivos pecuniarios y no pecuniarios todos los empleados de carrera, así como los de libre nombramiento y remoción de los niveles profesional; técnico, administrativo y operativo.

ARTÍCULO 31. Planes De Incentivos Pecuniarios. Los planes de incentivos pecuniarios estarán constituidos por reconocimientos económicos que se asignarán a los mejores equipos de trabajo de cada entidad pública. Dichos reconocimientos económicos serán hasta de cuarenta (40) salarios mínimos mensuales legales vigentes, en las entidades de los órdenes nacional y territorial de acuerdo con la disponibilidad de recursos y se distribuirán entre los equipos seleccionados.

El Gobierno Nacional reglamentará los criterios, los requisitos, la organización y los procedimientos para la selección y la premiación de los equipos de trabajo. (Destacado nuestro)

A su vez, el artículo 38 del citado Decreto sobre la prohibición de los incentivos pecuniarios y no pecuniarios concedidos a los empleados, establece:

ARTÍCULO 38º.- Prohibiciones. Los incentivos pecuniarios y no pecuniarios, concedidos a los empleados en desarrollo de programas de bienestar social e incentivos, no pueden tener por objeto modificar los regímenes salarial y prestacional de los empleados.

Conforme a la normativa transcrita se concluye que los planes de incentivos podrán ser pecuniarios y no pecuniarios, con la finalidad expresa de reconocer el desempeño en niveles de excelencia de los empleados de carrera administrativa y de libre nombramiento y remoción del nivel profesional, técnico, administrativo y operativo. Sin embargo, conforme a la normativa, estos incentivos no pueden pretender modificar los regímenes salariales y/o prestacionales.

Ahorro programado

El Decreto 111 de 1996, las entidades públicas en materia presupuestal se rigen por el principio de especialización definido por el artículo 18, de

la siguiente manera:

Especialización. Las apropiaciones deben referirse en cada órgano de la administración a su objeto y funciones, y se ejecutarán estrictamente conforme al fin para el cual fueron programadas.

En consecuencia, no es procedente que las entidades públicas reconozcan incentivos por concepto de ahorro programado, con cargo a rubros presupuestales adicionales no definidos por ley.

II. 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:

1. Con respecto al incremento salarial es preciso reiterar que esta Dirección Jurídica no se pronuncia con relación a casos particulares; por cuanto, cada entidad territorial es autónoma al momento de definir su escala salarial. Por lo tanto, resulta procedente acordar el incremento salarial a través de un proceso de negociación colectiva siempre y cuando se cumpla con las siguientes condiciones:

- Se respete la competencia constitucional de las autoridades territoriales (alcalde y concejo municipal).

- Los límites máximos salariales fijados por el Gobierno Nacional (artículo 7° del Decreto 314 de 2020).

- El salario del alcalde (artículo 1° del Decreto 314 de 2020).

- Las finanzas de la entidad.

- El derecho al incremento salarial de que gozan todos los empleados del ente territorial.

Por tal razón, corresponde a la entidad determinar si la negociación colectiva suscrita cumple con los criterios mencionados.

De otra parte, debe tenerse en cuenta que, en atención a las disposiciones contenidas en el Decreto 1072 de 2015, actualmente se está dando inicio a la negociación colectiva entre representantes del Gobierno Nacional y los representantes de las organizaciones sindicales de los empleados públicos, en la que se discutirá y concertará el incremento salarial para la presente vigente. Una vez se concertó el mismo, se procederá a la expedición de los correspondientes decretos, los cuales se divulgarán por los diferentes canales de comunicación con que cuenta la entidad.

2. Una vez revisados los Decretos Ley 1042 y 1045 de 1978 no se encontró un elemento salarial denominado bonificación extralegal que haya sido creado para los empleados públicos del orden nacional o territorial. Razón por la cual, no resulta procedente regular salarios o prestaciones en las negociaciones colectivas de carácter particular por cuanto, se reitera que la competencia constitucional se le atribuye única y exclusivamente al Gobierno Nacional.

3. Se reitera la conclusión anterior, de establecer que sólo el Gobierno Nacional es competente para crear elementos salariales y prestacionales tanto a nivel nacional como territorial. Máxime cuando el artículo 38 del Decreto Ley 1567 de 1998 fue claro en prohibir que los incentivos pecuniarios y no pecuniarios concedidos en los programas de bienestar social no pueden modificar el régimen salarial y/o prestacional

previamente establecido. Por tanto, no resulta procedente incluir a los provisionales

4. Finalmente, con respecto al ahorro programado se reitera los puntos anteriores, en el sentido que la entidad no puede otorgar incentivos de ahorro a sus empleados por cuanto, esto se convertiría en una adición presupuestal la cual, sólo puede ser fijada por el Gobierno Nacional. Sin embargo, es importante mencionar que este punto puede ser objeto de negociación en la medida que como entidad quiera arrogarse la competencia de incentivar el ahorro en sus empleados sin que por este hecho haya lugar a reconocimiento de intereses, de ninguna naturaleza, provenientes de dineros públicos.

III. 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 link «Gestor Normativo» donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

Adicionalmente, en el link <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html> encuentra la normativa que ha emitido el Gobierno Nacional con relación a la emergencia sanitaria causada por el covid-19.

Cordialmente,

ARMANDO LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Angélica Guzmán Cañón

Revisó: José Fernando Ceballos Arroyave

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

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

2. Numeral 11, artículo 189 C.P.

3. Numeral 6º del artículo 313 C.P.

4. Numeral 7º del artículo 315 C.P.

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

6. Radicación 1.956 del 10 de septiembre de 2009, Número Único 11001-03-06-000-2009-00038-00, Referencia: Función Pública. Aplicación del Decreto Ley 1042 de 1978 a los empleados públicos del nivel territorial. Excepción de inconstitucionalidad.

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 13:48:51