



Función Pública

Concepto 150731 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000150731

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000150731

Fecha: 29/04/2021 02:25:07 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: NEGOCIACIÓN COLECTIVA. Entes Universitarios Autónomos. Radicado: 20212060163542 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 las siguientes preguntas:

“1.- ¿Es procedente jurídicamente aplicar la Resolución No. 3868 del 31 de octubre de 2017, y en ese evento, negociar con el otro sindicato de profesores, las mismas condiciones de otorgar un incentivo económico por retiro anticipado?”

2.- ¿Es jurídicamente viable para la institución, desconocer la negociación colectiva suscrita por la Asociación Sindical de Profesores Universitarios de la Universidad de la Amazonía, considerando la presunta ilegalidad pactada elevada a acto administrativo?” (copiado del original)

I. FUNDAMENTOS DEL CONCEPTO

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

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].

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.

Ahora revisaremos el concepto de autonomía universitaria consagrado en el artículo 69 Constitucional, así:

Se garantiza la autonomía universitaria. Las universidades podrán darse sus directivas y regirse por sus propios estatutos, de acuerdo con la ley.

La ley establecerá un régimen especial para las universidades del Estado (...).

Este mandato constitucional, se reitera en la Ley 30 de 1992, «Por la cual se organiza el servicio público de Educación Superior», bajo la siguiente disposición:

ARTÍCULO 28. La autonomía universitaria consagrada en la Constitución Política de Colombia y de conformidad con la presente Ley, reconoce a las universidades el derecho a darse y modificar sus estatutos, designar sus autoridades académicas y administrativas, crear, organizar y desarrollar sus programas académicos, definir y organizar sus labores formativas, académicas, docentes, científicas y culturales, otorgar los títulos correspondientes, seleccionar a sus profesores, admitir a sus alumnos y adoptar sus correspondientes regímenes y establecer, arbitrar y aplicar sus recursos para el cumplimiento de su misión social y de su función institucional.

El artículo 57 de la citada Ley establece como características de los entes universitarios autónomos la personería jurídica, la autonomía académica, administrativa y financiera, el patrimonio independiente para elaborar y manejar su presupuesto. Es decir, el carácter especial se deriva de la organización y elección de directivas, del personal docente y administrativo, el sistema de las universidades estatales u oficiales, el régimen financiero, de contratación y control fiscal. Lo anterior, en cumplimiento de su misión social y de su función institucional.

Al revisar las funciones del Consejo Superior Universitario determinadas en el artículo 65 de la Ley 30 las mismas se encaminan, entre otras, a la definición de políticas administrativas e institucionales y a expedir o modificar los estatutos y reglamentos de la institución. Adicionalmente, el artículo 79 establece que el estatuto general de cada universidad estatal u oficial deberá contener como mínimo y de acuerdo con las normas vigentes sobre la materia, los derechos, obligaciones, inhabilidades, situaciones administrativas y régimen disciplinario del personal administrativo.

De la normativa anterior, se observa que ni la ley, ni la Constitución, le otorga al rector o al Consejo Superior Universitario facultad expresa para fijar el régimen salarial de los docentes universitarios o de los empleados administrativos; en cumplimiento de las disposiciones del Decreto 310 de 2020.⁶ Esta norma también menciona, en su artículo 4°, que los docentes que no optaron el régimen salarial y prestacional previsto en el Decreto 1279 de 2002 continúan rigiéndose por el régimen salarial y prestacional que legalmente les corresponde.

La premisa anterior, se consolida en el pronunciamiento de la Corte Constitucional, en sentencia C-053 de 1998, al referirse sobre la competencia para determinar el régimen salarial de empleados vinculados a los entes autónomos universitarios, en el siguiente sentido:

Veamos: Las universidades públicas, como se ha dicho, son órganos autónomos del Estado, que por su naturaleza y funciones gozan de esa condición y están sujetas a un régimen legal especial que en la actualidad está consagrado en la ley 30 de 1992; dada esa caracterización sus servidores son servidores públicos, que se dividen entre docentes empleados públicos, empleados administrativos y trabajadores oficiales, cuyos salarios y prestaciones sociales cubre el Estado a través del presupuesto nacional, específicamente de asignaciones para gastos de funcionamiento. [...]

No obstante que el artículo 1 de la ley 4a. de 1992 establece que el Gobierno Nacional fijará, con base en las disposiciones de dicha norma, el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos de la Rama Ejecutiva Nacional, cualquiera que sea su sector, denominación o régimen jurídico, de la rama legislativa y de la judicial, así como de la fuerza pública y los organismos de control y fiscalización del orden nacional, es decir que no incluye expresamente a las universidades públicas, las cuales dado su carácter de órganos autónomos no pertenecen a ninguna de las ramas del poder público, ellas, CUALQUIERA SEA SU NIVEL, en la medida en que reciben del presupuesto nacional los recursos necesarios para cubrir sus gastos de funcionamiento, se encuentran sujetas a sus disposiciones. (Resaltado nuestro)

Pero el legislador fue aún más explícito al manifestar que en esa materia deberían someterse a la ley marco, y para el efecto estableció, en el artículo 77 de la ley 30 de 1992, que contiene el régimen especial diseñado para las mismas en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 69 superior, lo siguiente: [...] (Destacado fuera de texto)

Por consiguiente, el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, docentes o administrativos, vinculados a las universidades públicas, de cualquier nivel, debe ser fijado por el Gobierno Nacional, como competente constitucional y legal.

Ahora bien, sobre el *incentivo económico por retiro anticipado*, es preciso mencionar los dos pronunciamientos principales del Consejo de Estado sobre la creación de elementos salariales al interior de las entidades, posiciones acogidas por esta Dirección Jurídica. En una primera oportunidad la Sala de Consulta y Servicio Civil⁷ ante consulta presentada por este Departamento Administrativo, afirma:

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 reglar elementos o factores salariales, tanto a nivel nacional como a nivel territorial. Posterior a este pronunciamiento, en 2017, la misma Sala de Consulta y Servicio Civil⁸, infirió:

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.

II. RESPUESTA A LAS PREGUNTAS OBJETO DE LA SOLICITUD DE CONCEPTO

Con fundamento en los criterios y disposiciones, para dar respuesta a su comunicación es importante mencionar que conforme al Decreto 430 de 2016 este Departamento Administrativo tiene competencia para interpretar aquellas expresiones que ofrezcan algún grado de dificultad en su comprensión o aplicación. Sin que tales atribuciones comporten, de manera alguna, la definición de casos particulares que se presenten al interior de las diferentes entidades, ni tiene competencia para emitir concepto sobre los actos administrativos o determinaciones proferidas por las mismas. Aclaradas nuestras funciones, procedemos a dar respuesta a sus interrogantes en el mismo orden en que se formularon invocando la normativa vigente:

1. *¿Es procedente jurídicamente aplicar la Resolución No. 3868 del 31 de octubre de 2017, y en ese evento, negociar con el otro sindicato de profesores, las mismas condiciones de otorgar un incentivo económico por retiro anticipado?*

R/ En primer lugar, como se aclaró al inicio de este acápite este Departamento no es competente para pronunciarse acerca de un acto administrativo de carácter particular como es la Resolución núm. 3868 de 2017.

Con respecto al otorgamiento de *incentivo económico por retiro anticipado* para los docentes a través de un proceso de negociación colectiva, esta Dirección Jurídica considera que si bien es cierto la Constitución Política otorga autonomía a los entes universitarios autónomos para que entre otras, puedan darse sus propios estatutos, también es cierto que dicha autonomía no los faculta para abrogarse facultades de otras autoridades públicas; en este caso de la competencia del Gobierno Nacional para regular salarios y/o prestaciones.

2. *¿Es jurídicamente viable para la institución, desconocer la negociación colectiva suscrita por la Asociación Sindical de Profesores Universitarios de la Universidad de la Amazonía, considerando la presunta ilegalidad pactada elevada a acto administrativo?*

R/ Como se dejó establecido en el punto anterior, la competencia de este Departamento Administrativo se exime de analizar si las decisiones tomadas por las entidades son jurídicamente viables.

Acorde con el Consejo de Estado, respecto a la reglamentación de un *incentivo económico por retiro anticipado* para los docentes, se reitera que a partir del Acto Legislativo 1 de 1968 la competencia para crear salarios o prestaciones se le atribuye única y exclusivamente al Gobierno Nacional. En conclusión, esta Dirección Jurídica considera que no resulta procedente regular incentivos de tipo económico a través del proceso de negociación colectiva de carácter particular por estar constitucional y legalmente prohibido.

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. «Por el cual se dictan disposiciones en materia salarial y prestacional para los empleados públicos docentes y administrativos de las Universidades Estatales u Oficiales»

7. 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.

8. 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),

Fecha y hora de creación: 2025-03-03 01:15:31