



Función Pública

Concepto 187631 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000187631

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000187631

Fecha: 27/05/2021 04:36:09 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: NEGOCIACIÓN COLECTIVA - Aplicación Acuerdos Laborales. Radicado: 20219000435782 del 19 de mayo de 2021.

En atención a la comunicación de referencia, en la cual consulta sobre la procedibilidad de que en una Empresa Social del Estado se deje de reconocer y pagar una bonificación por orden público, contemplada mediante acuerdo entre los trabajadores de la salud y la junta directiva del hospital, incentivo que se paga mensualmente a cada uno de sus trabajadores en un porcentaje del 25% sobre el salario mínimo mensual, me permito indicarle lo siguiente:

En primer lugar, en relación al régimen aplicable a los empleados de las E.S.E, la Ley 100 de 1993¹, en su Artículo 194 establece la naturaleza de las Empresas Sociales del Estado, como aquellas que cumplen con la prestación de servicios de salud en forma directa por la Nación o por los entes territoriales de forma principal, y su constitución tienen un carácter especial de entidad pública descentralizada, adjudicando su creación por la ley o por las Asambleas Departamentales o Consejos Municipales.

El Artículo siguiente dispone el Régimen Jurídico aplicable a este tipo de Empresas del Estado, a saber:

“ARTÍCULO 195. RÉGIMEN JURÍDICO. Las Empresas Sociales de Salud se someterán al siguiente régimen jurídico:

“(...

5. Las personas vinculadas a la empresa tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales, conforme a las reglas del Capítulo IV de la Ley 10 de 1990.

(...)”

En ese sentido, las personas vinculadas a las empresas sociales del estado tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales.

Abordando su tema de objeto de consulta, es importante abordar sentencia² proferida por la Corte Constitucional, mediante en la cual se concluye lo siguiente, a saber:

“Corresponde única y exclusivamente al Gobierno Nacional fijar el régimen prestacional de los empleados públicos de los entes territoriales, siguiendo, obviamente, los parámetros establecidos por el legislador en la ley general. En tratándose de los trabajadores oficiales de estas entidades, al Gobierno solamente le corresponde regular el régimen de prestaciones sociales mínimas, según lo establece el literal f) del numeral 19 del Artículo 150 de la Constitución. Es decir, que, a partir de esos mínimos, las corporaciones públicas territoriales podrían establecer un régimen prestacional mayor al señalado por el Gobierno Nacional, sin que pueda entenderse que estos entes están usurpando competencia alguna en cabeza del ejecutivo central. “El Gobierno señalará el límite máximo salarial de estos servidores -se refiere a los de las entidades territoriales- guardando equivalencia con cargos similares en el orden nacional. (...)

Existe una competencia concurrente para determinar el régimen salarial de los empleados de las entidades territoriales, así: Primero, el Congreso de la República, facultado única y exclusivamente para señalar los principios y parámetros generales que ha de tener en cuenta el Gobierno Nacional en la determinación de este régimen. Segundo, el Gobierno Nacional, a quien corresponde señalar sólo los límites máximos en los salarios de estos servidores, teniendo en cuenta los principios establecidos por el legislador. Tercero, las asambleas departamentales y concejos municipales, a quienes corresponde determinar las escalas de remuneración de los cargos de sus dependencias, según la categoría del empleo de que se trate. Cuarto, los gobernadores y alcaldes, que deben fijar los emolumentos de los empleos de sus dependencias, teniendo en cuenta las estipulaciones que para el efecto dicten las asambleas departamentales y concejos municipales, en las ordenanzas y acuerdos correspondientes. Emolumentos que, en ningún caso, pueden desconocer los límites máximos determinados por el Gobierno Nacional.” (Subrayado fuera del texto)

Teniendo en cuenta las consideraciones que anteceden, le corresponderá al Gobierno Nacional fijar el régimen prestacional de los empleados públicos de las entidades territoriales, en ese sentido, dentro de su competencia señalará los límites máximos en los salarios de estos servidores teniendo en cuenta los principios establecidos en la ley, para el caso en concreto, a partir de la expedición del Decreto Salarial 314 de 2020³ se dispusieron los límites máximos en los salarios de los empleados del nivel territorial, y a partir de estos, mediante acuerdo municipal el Concejo determinará las escalas de remuneración de los cargos de sus dependencias, para que posteriormente el alcalde expida un decreto fijando las asignaciones salariales de todos los empleados del municipio, incluido el del personal de la Policía.

Ahora bien, teniendo claro lo anteriormente expuesto, abordando a su tema objeto de consulta, mediante concepto⁴ emitido por la Sala de Consulta del Consejo de Estado se consideró lo siguiente con respecto a la competencia de los municipios y departamentos para la creación de salarios y prestaciones sociales, a saber:

“(…) 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. (...)

Por ser asignaciones sin amparo constitucional, no pueden ser pagadas por el Estado. (...)

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. (...)

De conformidad con lo anterior, esta Sala de Consulta del Consejo de Estado considera que aquellos elementos salariales y prestaciones extralegales creados y reconocidos por las autoridades territoriales con posterioridad al acto Legislativo 1 de 1968, carecen de amparo constitucional puesto que esta competencia se encuentra única y exclusivamente por el Gobierno Nacional.

En consecuencia, de acuerdo con los pronunciamientos emitidos por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, en criterio de esta Dirección Jurídica, no es procedente reconocer la bonificación dispuesta en el Acuerdo 01 de 1995 para los empleados públicos y profesionales de la salud, como estímulo e incentivo por el buen desempeño en sus empleos por parte de estos servidores, toda vez que se constituiría dentro de las entidades u organismos correspondientes el pago de lo no debido.

Para más información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como 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 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

Proyectó: Valeria B.

Revisó: José Fernando Ceballos Arroyave.

Aprobó: Armando López Cortes.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. *“Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones.”*
2. Corte Constitucional, Sala Plena, 14 de julio de 1999, Referencia: Expediente D-2358, Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Beltrán Sierra.
3. *“Por el cual se fijan los límites máximos salariales de los Gobernadores, Alcaldes y empleados públicos de las entidades territoriales y se dictan disposiciones en materia prestacional”.*
4. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 28 de febrero de 2017, Radicación número: 11001-03-06-000-2016-00110-00(2302), Consejero ponente: Germán Bula Escobar.

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 13:55:00