



Función Pública

Concepto 350501 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000350501

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000350501

Fecha: 23/09/2021 09:27:44 a.m.

Bogotá D.C.

Referencia: REMUNERACIÓN. Prima de servicios. EMPLEADOS PÚBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES. Disposiciones comunes. NEGOCIACIÓN COLECTIVA. Materias de negociación. CONVENCIÓN COLECTIVA. Beneficiarios. Radicado: 20219000588682 del 20 de agosto de 2021.

En atención a la comunicación de la referencia, solicita usted, en ejercicio del derecho de petición se le emita un concepto que resuelva las siguientes preguntas:

"(...) Si existe un consenso entre el patrono y los sindicatos de gremio de una ESE, para el reconocimiento del 100% de la prima de servicios, lo cual incluso se dejó dentro del presupuesto institucional para la vigencia, lo que permite reconocer y pagar dicha prima a favor de los empleados públicos vinculados en cargos del nivel profesional, técnico y asistencial de la planta de personal. ¿Existe alguna norma que prohíba el cumplimiento de este acuerdo?" (copiado del original con modificaciones de forma).

I. FUNDAMENTOS DEL CONCEPTO

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

- Clasificación empleos en las Empresas Sociales del Estado.

La Ley 10 de 1990 clasifica los empleos en las Empresas Sociales del Estado (ESE), así:

ARTICULO 26. CLASIFICACION DE LOS EMPLEOS. En la estructura administrativa de la Nación de las entidades territoriales o de sus entidades descentralizadas, para la organización y prestación de los servicios de salud, los empleos pueden ser de libre nombramiento y remoción o de carrera. (...)

PARAGRAFO. Son trabajadores oficiales quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales en las mismas instituciones. (...).

De la misma manera, la Ley 100 de 1993, en su Título II. Determinó la organización del Sistema General de Seguridad Social en Salud; en el capítulo III El Régimen de las empresas sociales del Estado, señala:

ARTICULO 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.

Así, los trabajadores oficiales serán quienes estén destinados al mantenimiento de la planta física, o de servicios generales en las Empresas Sociales del Estado.

De los textos normativos citados, las ESE, se conforman tanto por empleados públicos y trabajadores oficiales. Estos últimos, tienen tal carácter por cuanto desarrollan actividades de mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales; es decir, se entiende que quienes no se encuentren en dicho rango, tienen la calidad de empleados. Entonces, es preciso diferenciarlos en cuanto a la forma de vinculación y por consiguiente respecto a las materias de negociación como la prima de servicios:

Frente a los empleados públicos, es pertinente indicar que con la entrada en vigencia de la Ley 10 de 1990 se autorizó a la Nación, y a sus entidades descentralizadas para ceder gratuitamente, a las entidades territoriales, o a sus entes descentralizados, los bienes, elementos e instalaciones destinados a la prestación de servicios de salud (art. 16), indicando, así mismo, que las personas vinculadas a las entidades de salud que se liquidaron serían nombradas o contratadas por las entidades territoriales o descentralizadas, sin perder la condición específica de su forma de vinculación, aplicándoseles a los empleados y trabajadores el régimen salarial y prestacional, propio de la respectiva entidad, sin que se puedan disminuir los niveles de orden salarial y prestacional de que gozaban en la entidad liquidada (art. 17).

Por consiguiente, los empleados que se encontraban vinculados al sector salud y que como consecuencia de la expedición de la Ley 10 de 1990 pasaron a prestar sus servicios en las entidades del sector de salud allí indicadas, como es el caso de la ESE tienen derecho a continuar con el régimen salarial y prestacional propio de la respectiva entidad, sin que sea posible, disminuir los niveles de orden salarial y prestacional de que gozaban en la entidad liquidada, es decir que, para los empleados que cumplan esta condición se les seguirá reconociendo entre otros los elementos salariales propios de los empleados públicos que prestan sus servicios en entidades de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional como son los Decretos 1042 de 1978, 3135 de 1968, 1848 de 1968 y 1045 de 1978, entre otros.

En este sentido, es necesario precisar, que quienes se vincularon con posterioridad a la fecha de publicación de la Ley 10 de 1990 (10 de enero) tendrán derecho al reconocimiento y pago de los elementos salariales y prestacionales propios de la respectiva entidad territorial, sin que sea procedente hacer extensivo a estos la disposición contenida en el Artículo 17 antes indicado.

De otra parte, los trabajadores oficiales, tienen una vinculación de carácter contractual, reglamentada por la Ley 6ª de 1945 y el Decreto 1083 de 2015; razón por la cual, las condiciones laborales y prestacionales con las cuales se incorporan son aquellas establecidas en el Artículo 2.2.30.3.5 del Decreto 1083 de 2015, que al respecto indica:

ARTÍCULO 2.2.30.3.5 Incorporación de cláusulas favorables al trabajador. En todo contrato de trabajo se consideran incorporadas, aunque no se expresen, las disposiciones legales pertinentes, las cláusulas de las convenciones colectivas o fallos arbitrales respectivos, y las normas del reglamento interno de la entidad, las cuales, por otra parte, sustituyen de derecho las estipulaciones del contrato individual, en cuanto fueren más favorables para el trabajador.

De acuerdo a los apartes señalados, se precisa que, dentro de las condiciones laborales, se tendrán en cuenta las cláusulas pactadas en las convenciones colectivas o en los fallos arbitrales, así como en las normas del Reglamento Interno de Trabajo, siempre que sean más beneficiosas para el trabajador.

En este sentido, para efectos de determinar los beneficios económicos a los cuales tiene derecho un trabajador oficial, es necesario señalar que los mismos se rigen por el contrato de trabajo, convención colectiva, pactos arbitrales y el reglamento interno, por lo tanto, lo que allí no se indicare se registrará por las disposiciones contenidas en la Ley 6 de 1945 y el Decreto 1083 de 2015.

- De la prima de servicios.

El Decreto [2351](#) de 2014, «Por el cual se regula la prima de servicios para los empleados públicos del nivel territorial», establece:

ARTÍCULO 1°. Todos los empleados públicos vinculados o que se vinculen a las entidades del sector central y descentralizado de la Rama Ejecutiva del Orden Territorial, a las Asambleas Departamentales, a los Concejos Distritales y Municipales, a las Contralorías Territoriales, a las Personerías Distritales y Municipales y el personal administrativo del sector educación, tendrán derecho, a partir de, 2015, a percibir la prima de servicios de que trata el Decreto Ley 1042 de 1978 en los mismos términos y condiciones allí señalados y en las normas que lo modifican, adicionan o sustituyan (Destacado nuestro).

En este sentido, el Decreto Ley 1042 de 1978, «Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones», dispone:

ARTÍCULO 58.- La prima de servicio. Los funcionarios a quienes se aplica el presente Decreto tendrán derecho a una prima de servicio anual equivalente a quince días de remuneración, que se pagará en los primeros quince días del mes de julio de cada año.

Esta prima no se registrará para los funcionarios que con anterioridad tengan asignada esta contraprestación cualquiera que sea su nombre.

ARTÍCULO 59°. - (...)

Para liquidar la prima de servicio, se tendrá en cuenta la cuantía de los factores señalados en los ordinales precedentes a 30 de junio de cada año.

De conformidad con la anterior disposición, la prima de servicios es un elemento de salario que se paga a los empleados públicos de las entidades públicas la cual se reconoce y paga en los primeros 15 días del mes de julio, con el salario devengado por el empleado a 30 de junio de cada año por haber laborado entre el 1 de julio y el 30 de junio del siguiente año. En otras palabras, la prima de servicios se liquida con base en el salario devengado a 30 de junio de cada año conforme a los factores salariales consagrados en el Artículo 2 del Decreto 2351 de 2014, modificado por el Decreto [2278](#) de 2018.

- Negociación colectiva como derecho de los empleados públicos.

El Decreto 1072 de 2015, Único Reglamentario del Sector Trabajo, refiere:

ARTÍCULO 2.2.2.4.1. Campo de aplicación. El presente capítulo se aplicará a los empleados públicos de todas las entidades y organismos del sector público, con excepción de: (...)

2. Los trabajadores oficiales; (...)

ARTÍCULO 2.2.2.4.3. Definiciones. Para los efectos de la aplicación del presente capítulo se entenderá como:

1. Empleado público: Persona con vínculo laboral legal y reglamentario a la que se le aplica este capítulo. (...)

5. Negociación: Es el proceso de negociación entre los representantes de las organizaciones sindicales de empleados públicos de una parte y, de otra, la entidad empleadora y la autoridad competente, para fijar las condiciones de empleo y regular las relaciones de esta naturaleza entre la administración pública y sus organizaciones sindicales, susceptibles de negociación y concertación de conformidad con lo señalado en el presente capítulo. [Destacado nuestro]

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.

Conforme a la normativa anterior, la negociación colectiva del Decreto 160 de 2014 hoy compilada en el Decreto 1072 de 2015, sólo es aplicable a los empleados públicos. Lo cual, les permite 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.

Con fundamento en lo expuesto, y tratándose de una ESE conformada por empleados públicos y trabajadores oficiales, resulta viable dar respuesta a su comunicación diferenciándolos por cuanto, en su comunicación no es claro el personal sobre el cual requiere la aclaración:

1. Para los empleados públicos, la prima de servicios, se aplica según lo preceptuado en los Decretos [2351](#) de 2014, [2278](#) de 2018 y [1042](#) de 1978. Entonces, esta es un elemento salarial que se reconoce a razón de 15 días correspondiente a la remuneración devengada por el empleado, por el periodo comprendido entre el 1 de julio y el 30 de junio. Sin que por este hecho sea procedente, a través de un proceso de negociación colectiva, acordar su reconocimiento y pago por el 100%.

2. Por otra parte, como los trabajadores oficiales pueden negociar sus condiciones laborales, a través de su contrato de trabajo, la convención colectiva, el pacto/laudo arbitral o en el reglamento interno de trabajo, tienen derecho a acordar tanto el reconocimiento y pago de la prima de servicios por el 100% del salario, así como, los factores salariales a incluir para efectuar la liquidación de la misma.

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: Harold Herreño Suarez

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:15:14