



Función Pública

Concepto 180501 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000180501

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000180501

Fecha: 17/05/2022 07:50:31 a.m.

Bogotá D.C.

Correo electrónico: sintragobernacionesmiranda@hotmail.com

Referencia: NEGOCIACIÓN COLECTIVA. Materias de negociación. Radicado: 20222060157322 del 7 de abril de 2022.

En atención a la comunicación de la referencia, remitida a este Departamento Administrativo por el Ministerio del Trabajo, solicita en ejercicio del derecho de petición respuesta puntual a las siguientes preguntas:

"1. ¿Se puede pedir a la administración un porcentaje adicional al aumento salarial fuera del determinado por el estado para los funcionarios públicos?"

¿Puede el sindicato pedir aportes económicos para el funcionamiento del sindicato?"

FUNDAMENTOS DEL CONCEPTO

La Carta Política en el literal e), numeral 19 del artículo 150 le otorga al Congreso de la República la competencia para «fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y la Fuerza Pública».

Así mismo, el numeral 11 del artículo 189 Superior faculta al presidente de la República para «ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes».

De la misma manera, en desarrollo del artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política de Colombia, se expide la Ley 4ª de 1992, mediante la cual se establecen 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 anterior, 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 los lineamientos establecidos en la Ley 4 de 1992.

De otra parte, en materia salarial, para el nivel territorial, la Constitución Política establece, en el numeral 6 del artículo 313, como competencia de los concejos municipales la de: «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».

Adicionalmente, el numeral 7 del artículo 315 señala como atribuciones del alcalde: «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».

Por tanto, es claro que la facultad para determinar 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. Es decir, el alcalde presenta un proyecto de escala salarial ante el concejo municipal para que este mediante acuerdo fije la correspondiente escala salarial de todos los empleados públicos del municipio. Respetando la igualdad de condiciones entre todos los niveles y grados salariales.

Ahora bien, frente a las materias de negociación colectiva, el Decreto 1072 de 2015¹, dispone:

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

Las condiciones de empleo, y

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:

La estructura del Estado y la estructura orgánica y la interna de sus entidades y organismos;

Las competencias de dirección, administración y fiscalización del Estado;

El mérito como esencia y fundamento de las carreras especiales y de la carrera administrativa general y sistemas específicos;

La atribución disciplinaria de las autoridades públicas;

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 como el incremento salarial, excluyendo la negociación de elementos salariales y prestacionales por cuanto, dicha regulación radica exclusivamente en cabeza del Gobierno Nacional.

Así para dar respuesta se estudiarán los siguientes temas: (i) Incremento superior al porcentaje decreto por el Gobierno Nacional y (ii) Fortalecimiento de actividad sindical.

- Incremento superior al porcentaje decreto por el Gobierno Nacional

En cumplimiento de las facultades otorgadas al Gobierno Nacional por la Ley 4 de 1992 anualmente expide los decretos salariales actualmente para las entidades del orden territorial rige el Decreto 462 de 2022². Al respecto, sus artículos 7° y 8° regulan los máximos salariales, según el nivel jerárquico del empleo, así como, la expresa prohibición de devengar un salario superior al fijado para el gobernador o alcalde:

ARTÍCULO 7. *Límite máximo salarial mensual* para empleados públicos de entidades territoriales. El límite máximo de la asignación básica mensual de los empleados públicos de las entidades territoriales para el año 2022 queda determinado así:

NIVEL JERÁRQUICO LIMITE MÁXIMO	
SISTEMA GENERAL ASIGNACIÓN BÁSICA MENSUAL	
DIRECTIVO	15.901.409
ASESOR	12.710.497
PROFESIONAL	8.879.305
TÉCNICO	3.291.615
ASISTENCIAL	3.258.955

ARTÍCULO 8. *Prohibición para percibir asignaciones superiores*. Ningún empleado público de las entidades territoriales podrá percibir una asignación básica mensual superior a los límites máximos establecidos en el artículo 7° del presente Decreto.

En todo caso, ningún empleado público de las entidades territoriales podrá devengar una remuneración total mensual superior a la que corresponde por todo concepto al Gobernador o Alcalde respectivo.

Por consiguiente, corresponde al concejo, 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 empleos públicos del municipio, teniendo en cuenta el sistema de nomenclatura y clasificación previsto en el Decreto Ley 785 de 2005; siempre que, con dicho aumento los empleados no superen la remuneración total mensual fijada para el alcalde.

Así mismo, al momento de fijar los salarios deben tenerse criterios objetivos respecto a las finanzas y el presupuesto de la entidad, de manera que no se comprometa su sostenibilidad económica a mediano y largo plazo y, el derecho al incremento salarial de que gozan todos los empleados del ente territorial.

- Fortalecimiento de actividad sindical

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 Civil³ 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:

¿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.

De igual manera, nos permitimos citar el fundamento normativo que permite los descuentos sindicales a los afiliados a las organizaciones sindicales, así:

El Código Sustantivo del Trabajo sobre la retención de las cuotas sindicales en el artículo 400, expone:

1. Toda asociación sindical de trabajadores tiene derecho a solicitar con el voto de las dos terceras partes de sus miembros, que los (empleadores) respectivos deduzcan de los salarios de los trabajadores afiliados y pongan a la disposición del sindicato, el valor de las cuotas ordinarias o extraordinarias con que aquellos deben contribuir. La retención de las cuotas extraordinarias requiere copia autenticada del acta de la asamblea sindical en que fueron aprobadas. Para la retención de las cuotas ordinarias bastará que el secretario y el fiscal del sindicato comuniquen certificadamente al (empleador) su valor y la nómina de sus afiliados.

El Decreto 1072 de 2015, Único Reglamentario del Sector Trabajo, sobre la retención de las cuotas sindicales a los empleados no sindicalizados, establece:

ARTÍCULO 2.2.2.3.1. *Recaudo de las cuotas sindicales.* Con el fin de garantizar que las organizaciones sindicales puedan recaudar oportunamente las cuotas fijadas por la ley y los estatutos sindicales para su funcionamiento, el empleador tiene la obligación de:

Efectuar sin excepción la deducción sobre los salarios de la cuota o cuotas sindicales y ponerlas a disposición del sindicato o sindicatos, cuando los trabajadores o empleados se encuentren afiliados a uno o varios sindicatos.

(...)

Conforme a lo anterior, las organizaciones sindicales tienen derecho a solicitar que los empleadores deduzcan de los salarios de los trabajadores afiliados el valor de las cuotas ordinarias o extraordinarias con las que deban contribuir.

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, concluyendo:

¿Se puede pedir a la administración un porcentaje adicional al aumento salarial fuera del determinado por el estado para los funcionarios públicos?

R/ El ente territorial, en cabeza del Concejo Municipal, tiene la potestad de tomar los criterios que considere adecuados para incrementar los salarios de todos los empleos teniendo en cuenta los siguientes aspectos a saber:

- La competencia de las autoridades territoriales competentes (alcalde y concejo municipal)
- Los límites máximos salariales fijados por el Gobierno Nacional, actualmente establecidos en el artículo 7° del Decreto 462 de 2022.
- El salario del alcalde o gobernador, con el fin de que ningún funcionario devengue un salario superior al de aquel.
- Las finanzas de la entidad.
- El derecho al incremento salarial de que gozan todos los empleados del ente territorial.

¿Puede el sindicato pedir aportes económicos para el funcionamiento del sindicato?

R/ No se encuentra disposición que permita a las entidades públicas, de su presupuesto, entregar recursos para el funcionamiento sindical. En consecuencia, no es procedente a través de una negociación colectiva de carácter particular regular tal contribución, por cuanto, tal competencia es constitucional y, se le atribuye única y exclusivamente al Gobierno Nacional. Además, se le reitera que el sostenimiento de las organizaciones sindicales procede de los descuentos a su salario de la cuota sindical que aporten los empleados pertenecientes a ella.

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 ² 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 botón web *Gestor Normativo* puede consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

Cordialmente,

ARMANDO LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Angélica Guzmán Cañón

Revisó: Harold Israel Herreño Suarez

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

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

2 «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»

3 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: 2024-12-12 08:15:44