



Concepto 211921 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000211921

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000211921

Fecha: 09/06/2022 07:53:02 a.m.

Bogotá D.C.

Referencia: REMUNERACIÓN. Incremento salarial en una Empresa Social del Estado (ESE). Radicado: 2022-206-020686-2 del 17 de mayo de 2022 y 2022-206-022084-2 del 26 de mayo de 2022.

En atención a la comunicación de la referencia, solicita usted, en ejercicio del derecho de petición que este Departamento Administrativo intervenga respecto al incremento salarial de la ESE el cual no está acorde con el valor porcentual fijado en el Decreto 473 de 2022.

FUNDAMENTOS DEL CONCEPTO

Sobre el particular es preciso acotar que de acuerdo con lo establecido en 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.

Es así como, las competencias relativas a establecer las directrices jurídicas para la aplicación de las normas guardan directa relación con la interpretación general de 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, por ende no tenemos competencia para intervenir en las decisiones particulares adoptadas por cada una de las entidades. No obstante, en respuesta a su comunicación, nos referiremos con relación a la normativa vigente sobre la materia en los siguientes términos:

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

ARTÍCULO 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. (...)

PARÁGRAFO. 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:

ARTÍCULO 195. Régimen Jurídico. Las Empresas Sociales de Salud se someterán al siguiente régimen jurídico:

(...)

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.

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 2015, 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 mismo, 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 2022. 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, así:

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 2021 queda determinado así:

NIVEL JERÁRQUICO SISTEMA GENERAL	LÍMITE MÁXIMO 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.

Ahora bien, para el caso de los trabajadores oficiales, en materia de incremento salarial, se tiene el siguiente fundamento legal:

El trabajador oficial suscribe un contrato de trabajo para desarrollar actividades que realizan o pueden realizar ordinariamente los particulares, entre otras, labores de construcción y sostenimiento de obras públicas (D.L. 3135/68). Su régimen jurídico, en principio, de derecho común, y los conflictos laborales son de competencia de los jueces laborales. En este entendido, la relación contractual de los trabajadores oficiales es reglada por la Ley 6ª de 1945 y el Decreto 1083 de 2015; razón por la cual, las condiciones laborales con las cuales se incorporan son aquellas establecidas en el artículo 2.2.30.3.5 del Decreto 1083 de 2015, que al respecto prevé:

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, dentro de las condiciones laborales que pueden ser pactadas se tendrán en cuenta aquellas previstas 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.

De igual manera, el Decreto 1083 de 2015 (artículo 2.2.30.3.3, numeral 5°) relativo al incremento salarial de los mismos precisa que en el contrato individual se debe establecer el monto, la forma y los períodos de pago de la remuneración acordada, así como, las normas para su incremento eventual. Adicionalmente, el Decreto 1876 de 1994 (artículo 11, numeral 4) otorga a las juntas directivas en las ESE la función de: «Analizar y aprobar el proyecto de presupuesto anual, de acuerdo con el Plan de Desarrollo y el Plan Operativo para la vigencia».

RESPUESTA A LAS PREGUNTAS OBJETO DE LA SOLICITUD DE CONCEPTO

Con fundamento en los criterios y disposiciones expuestos, se concluye:

El Gobierno Nacional no decreta un porcentaje concreto a incrementar en los entes territoriales, solamente fija los topes máximos según los niveles de los empleos. Por ende, tratándose de una Empresa Social del Estado (ESE) corresponde a su junta directiva aprobar el proyecto de incremento salarial para sus empleados y presentarlo al alcalde quien lo lleva ante el concejo municipal; corporación que tiene la potestad de tomar los criterios que considere adecuados para incrementar los salarios de todos los empleos del municipio, incluyendo el de los empleados públicos de la ESE, teniendo en cuenta los siguientes aspectos:

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 472 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.

Si, por el contrario, la consulta se dirige hacia los trabajadores oficiales de la ESE, esta Dirección Jurídica considera que el aumento salarial debe acordarse a través del contrato de trabajo, el pacto/laudo arbitral, el reglamento interno o la convención colectiva, conforme al presupuesto asignado a la respectiva entidad.

NATURALEZA DEL CONCEPTO

Este concepto lo emitimos en los términos y con los alcances dados por el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y 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

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

«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»

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:05:17