



* 2 0 2 2 1 4 0 0 2 8 5 4 1 1 *

Al contestar por favor cite estos datos:
Radicado No.: 20221400285411
Fecha: 04/08/2022 12:32:26 p.m.

Bogotá D.C.

Doctora
ALBA LUCIA MARIN VILLADA
Subdirectora de Recursos Humanos del Sector Educativo
MINISTERIO DE EDUCACIÓN
gestiondocumental@mineducacion.gov.co

REFERENCIA: Concepto con ocasión a la fijación del régimen salarial y prestacional del Sistema Educativo Indígena Propio -SEIP- **Del 2 de agosto de 2022.**

Respetada doctora, reciba un cordial saludo.

En atención al proceso de concertación del proyecto de Decreto por medio del cual se pretende establecer el Estatuto Transitorio Indígena se permite precisar este Departamento sobre el procedimiento para la fijación del Régimen Salarial y Prestacional de los empleados públicos y las facultades técnicas de este Departamento con ocasión a lo anterior, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

De acuerdo con lo anterior, resulta preciso abordar el tema en cuestión desde tres puntos principales de la siguiente manera: I. Facultad Constitucional del Gobierno nacional para la expedición del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos. II. Procedimiento para la expedición de los regímenes salariales y prestacionales de los empleados públicos. III. Competencia del Departamento Administrativo de la Función Pública frente a la fijación de los regímenes salariales y prestacionales de los empleados públicos.

I. **Facultad Constitucional del Gobierno nacional para la expedición del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos.**

En primera medida, resulta importante aclarar que la facultad del Gobierno nacional con ocasión a la creación de los regímenes salariales y prestacionales de los empleados públicos encuentra su fundamento en la constitución como se mencionó en particular en el artículo 150 numeral 19 literales e y f:

“Artículo 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos:

e. Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y la Fuerza Pública;

f. Regular el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales. Estas funciones en lo pertinente a prestaciones sociales son indelegables en las Corporaciones públicas territoriales y éstas no podrán arrogárselas.”

De conformidad con la norma transcrita, el Congreso en desarrollo de esta facultad expidió la Ley 4 de 1992¹ mediante la cual se establece en cabeza del Gobierno nacional la obligación de reglamentar sobre el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos; por lo que en primer lugar le corresponde al Gobierno determinar sobre el mismo.

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.

Siguiendo la premisa anterior, el Honorable consejo de estado mediante sentencia² se pronunció de la siguiente manera:

“Se observa que la creación de emolumentos con carácter salarial o prestacional, está contemplada desde el mismo modelo constitucional para ser provista de manera articulada y exclusiva entre el Legislador y el Gobierno Nacional, ello con el fin de que sean estas autoridades y no las del orden territorial, las que definan a partir de la propia concepción de la estructura funcional del Estado, qué elementos remunerarán el servicio y cuáles cubrirán las contingencias derivadas del ejercicio de un empleo público, sin que tal facultad pueda ser arrogada por entidades como asambleas departamentales o concejos municipales.(...)”

Así las cosas, de acuerdo con la norma transcrita y la jurisprudencia del Consejo de Estado la facultad para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos es única y exclusivamente del Gobierno nacional, obligación de carácter constitucional, que tuvo desarrollo legislativo a través de la Ley 4 de 1992; lo que no debe ser confundido con la reserva legislativa, de este modo que la discusión sobre a quién le corresponde la fijación del régimen salarial y prestacional los docentes del Sistema Educativo Indígena Propio SEIP está en cabeza del Gobierno nacional y que a su vez esta facultad que no trasgrede el texto constitucional del artículo 246 de la constitución.

¹ Ley 4 de 1992 “Mediante la cual se señalan 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 y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.”

² Consejo de Estado sentencia 2015 – 00627 de 2020 Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ Radicación número: 52001-23-33-000-2015-00627-01(0656-16)

II. Procedimiento para la expedición de los regímenes salariales y prestacionales de los empleados públicos.

Así las cosas, una vez el Gobierno nacional en cumplimiento de las funciones arriba mencionadas determine sobre el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos previo concepto favorable del Ministerio de Hacienda, el cual en el marco de sus funciones deberá determinar sobre el presupuesto con el que se cuenta para efectos de fijar lo que conformará dichos regímenes, se deberá revisar sobre lo establecido para el nivel territorial, lo establecido por la Constitución Política:

Artículo 300. *Corresponde a las Asambleas Departamentales, por medio de ordenanzas:*

(...)

7. Corresponde a las Asambleas Departamentales, por medio de ordenanzas: Determinar la estructura de la Administración Departamental, las funciones de sus dependencias, las escalas de remuneración correspondientes a sus distintas categorías de empleo; crear los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales del departamento y autorizar la formación de sociedades de economía mixta.

(...)

Artículo 305. *Son atribuciones del gobernador:*

(...)

7. Crear, suprimir y fusionar los empleos de sus dependencias, señalar sus funciones especiales y fijar sus emolumentos con sujeción a la ley y a las ordenanzas respectivas. Con cargo al tesoro departamental no podrá crear obligaciones que excedan al monto global fijado para el respectivo servicio en el presupuesto inicialmente aprobado.

(...)

Artículo 313. *Corresponde a los concejos:*

(...)

6. 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

(...)

Artículo 315 *señala como atribuciones del alcalde:*

7. 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”.

Para soportar lo anterior, el Concepto de la Sala de Consulta C.E. 2379 de 2018, del Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil, dispuso:

*“(…) de conformidad con la reforma introducida por el Acto Legislativo 1 de 1968 a la Constitución Política de 1886, las autoridades administrativas del orden territorial no estaban habilitadas para crear factores salariales ni prestaciones, dada que aquella estaba atribuida, de manera privativa, en el Congreso de la República.
(…)”*

Para este periodo la jurisprudencia de la Sección Segunda y la doctrina de esta Sala del Consejo de Estado han concluido al unísono que 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, pero no para crear derechos de tal entidad (…).

*(…) no es posible pretender el reconocimiento de remuneraciones salariales creadas mediante ordenanzas y decretos departamentales, por cuanto tales actos resultan contrarios al ordenamiento superior (…)”
(subrayado fuera del texto).*

Por lo tanto, determinar los componentes de los regímenes salariales y prestaciones de los empleados públicos le corresponde exclusivamente al Gobierno nacional y no a las entidades de orden territorial o en este caso a las comunidades indígenas, no obstante, la facultad para el señalamiento de las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos en sus dependencias, fue asignada a las asambleas o los concejos, según corresponda el caso, y la de fijación de emolumentos, es de los Gobernadores y alcaldes, con arreglo a los acuerdos respectivos. Es decir, el gobernador y/o alcalde presenta un proyecto de escala salarial ante la asamblea departamental o ante concejo municipal para que éste 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, en este punto resulta importante indicar que, frente a las materias de negociación colectiva, el Decreto 1072 de 2015³, 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 fuera del texto).

³ Decreto 1072 de 2015 “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo”

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, por lo que en este momento no es procedente realizar una negociación en la medida que los elementos salariales no están sujetos a la misma.

III. **Competencia del Departamento Administrativo de la Función Pública frente a la fijación de los regímenes salariales y prestacionales de los empleados públicos.**

De acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016⁴, al Departamento Administrativo de la Función Pública le compete formular las políticas generales de Administración Pública, en especial en materias relacionadas con empleo público, la gestión del talento humano, la gerencia pública, el desempeño de las funciones públicas por los particulares, la organización administrativa del Estado, la planeación y la gestión, el control interno, la participación ciudadana, la transparencia en la gestión pública y el servicio al ciudadano, razón por la cual no es de nuestra competencia intervenir en situaciones internas de las entidades, ni pronunciarse en circunstancias de carácter particular, por lo que este Departamento conceptualiza de manera general a los temas consultados.

Ahora bien, teniendo en cuenta el numeral 6 del artículo 2, el Departamento Administrativo ha venido haciendo el acompañamiento técnico a las entidades del Gobierno Nacional en todos los procesos que involucran el desarrollo o implementación de las políticas públicas y de gestión que lidera, por lo que Función Pública mantendrá hacia adelante esta labor de asesoría al Ministerio de Educación Nacional en lo que es de su competencia.

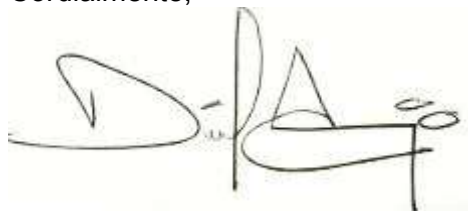
Por último, cabe anotar en la línea de diseño institucional del Estado que, si bien este Departamento realizará el acompañamiento técnico necesario, lo relacionado con la expedición de un eventual régimen salarial y prestacional, solo tendrá lugar una vez sea reconocido algún tipo de derecho como empleados públicos, y sea previamente analizado un diseño institucional integral lógico, que además tenga los respectivos respaldos presupuestales por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en atención al mandato constitucional contemplado por el artículo 122⁵ y el Decreto 397 de 2022⁶, para efectos de no incurrir en errores de fondo en el trámite pertinente.

⁴ Decreto 430 de 2016 “Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública”

⁵ Constitución Política. “Artículo 122. **No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.** Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben. Antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo o cuando autoridad competente se lo solicite deberá declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas. Dicha declaración sólo podrá ser utilizada para los fines y propósitos de la aplicación de las normas del servidor público. Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes

Atentos a cualquier duda u observación a que haya lugar.

Cordialmente,



DANIEL ARAUJO CAMPO
Subdirector

Proyectó: Ana María Naranjo.
Aprobó: Armando López Cortes.
11000.15

hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la Comisión de Delitos que afecten el patrimonio del Estado. Tampoco quien haya dado lugar, como servidor público, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia judicial ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño.”

⁶ Decreto 397 de 2022 “Por el cual se establece el Plan de Austeridad del Gasto 2022 para los órganos que hacen parte del Presupuesto General de la Nación”