



## Concepto 015571 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20216000015571\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000015571

Fecha: 18/01/2021 04:27:00 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: CONVENCIÓN COLECTIVA – Prórroga. Radicado: 20209000625812 del 31 diciembre de 2020.

De acuerdo con la comunicación de referencia, en la cual eleva los siguientes interrogantes, a saber:

1) *“¿Si ninguna de las partes ha hecho denuncia o revisión de la convención colectiva, se debe pagar dicho reajuste salarial para el año 2020 y siguientes?*

2) *Pese a que la convención ya quedo pactada y se encuentra vigente, es conforme a derecho que trabajadores oficiales se cobijen por leyes, decretos y/o normas de empleados públicos?,*

2.1 *¿Si lo anterior no está conforme a derecho que solución jurídica se puede dar?*

3) *¿En la convención colectiva quedó como parte del equipo de negociador de la empresa trabajadora oficial cuyo cargo es jefe de planeación, la cual al día de hoy sigue como trabajadora oficial y en dicho cargo en la empresa y es beneficiara hoy de dicha convención colectiva, esta situación está conforme a derecho?*

3.1 *¿Hay lugar a una sanción disciplinaria para esta trabajadora oficial o que consecuencia jurídica trae para ella?*

3.2 *¿si dicha situación no está conforme a derecho, esto sería una causal de despido con justa causa?*

3.3 *¿La anterior situación afecta de alguna manera la convención colectiva, la cual está vigente?”*

Me permito indicarle lo siguiente:

Primeramente, es preciso abordar el régimen jurídico aplicable a los trabajadores oficiales que prestan sus servicios en una Empresa de Servicios Públicos, es preciso mencionar que estos se rigen 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 dispuso:

*“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 con 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 ese sentido, la Ley 6 de 1945<sup>1</sup>, dispuso lo siguiente con respecto a las convenciones colectivas, a saber:

*“ARTÍCULO 46.- Convención colectiva de trabajo es la que se celebra entre uno o varios patronos o asociaciones patronales, por una parte, y uno o varios sindicatos o federaciones sindicales, por la otra, para fijar las condiciones que regirán los contratos individuales de trabajo durante su vigencia. Cuando en la convención colectiva sea parte un sindicato o agrupación de sindicatos cuyos afiliados excedan a la tercera parte del total de trabajadores de la empresa o empresas respectivas, las normas de la convención se extienden a todas las personas, sean o no sindicalizadas, que trabajen o llegue a trabajar en la empresa o empresas correspondientes.*

*Las convenciones entre patronos y sindicatos, cuyo número de afiliados no exceda del límite indicado, y los pactos entre patronos y trabajadores, no sindicalizados, solamente serán aplicables a quienes los hayan celebrado o adhieran posteriormente a ellos.*

*Las decisiones arbitrales sobre conflictos colectivos de trabajo tienen la misma fuerza de las convenciones colectivas, en los términos y con el alcance respectivo que se indican en el presente artículo.”*

A partir del precepto normativo de precedencia, al regirse los trabajadores oficiales por el contrato de trabajo que regula el régimen del servicio en el cual se va desempeñar, permite que por medio de la suscripción de las convenciones colectivas se fijen las condiciones que lo regirán durante su vigencia; en aquella convención colectiva que sea parte un sindicato o agrupación de sindicatos cuyos afiliados excedan la tercera parte del total de los trabajadores de la empresa respectiva, las normas dispuestas en dicha convención se extienden a todas las personas, que se encuentren o no sindicalizadas, que trabajen o llegue a trabajar en la empresa o empresas correspondientes.

Adicionalmente, sus derechos mínimos se encuentran consagrados en la Ley 6 de 1945, el Decreto 1083 de 2015 y el Decreto 1919 de 2002. Cabe resaltar que estos mínimos pueden ser mejorados entre las partes en el contrato laboral de trabajo, la convención colectiva y el reglamento interno de trabajo.

En virtud de lo anterior, en el contrato, la convención y el reglamento estará contemplado todo lo relacionado con la relación laboral, derechos, deberes, salarios, prestaciones sociales, estímulos, entre otros.

Ahora bien, en lo referente a la convención colectiva, el Código Sustantivo del Trabajo, consagra:

*“ARTICULO 467.- DEFINICION. Convención colectiva de trabajo es la que se celebra entre uno o varios empleadores o asociaciones patronales, por una parte, y uno o varios sindicatos o federaciones sindicales de trabajadores, por la otra, para fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia.*

*ARTÍCULO 468.- CONTENIDO. Además de las estipulaciones que las partes acuerden en relación con las condiciones generales de trabajo, en la convención colectiva se indicarán la empresa o establecimiento, industria y oficios que comprenda, el lugar o lugares donde ha de regir la fecha en que entrará en vigor, el plazo de duración y las causas y modalidades de su prórroga, su desahucio o denuncia y la responsabilidad que su incumplimiento entrañe. (Subraya fuera del texto)”*

Es por esto que, la convención colectiva es un acuerdo que se suscribe por una parte con los trabajadores sindicalizados o adheridos a este, y por otra, por el empleador, en el cual se estipulará todo aquello relacionado con las condiciones generales de trabajo, indicando la empresa que lo suscribe, el lugar donde regirá, así como también la fecha en que entra en vigor, su plazo de duración y las causas y modalidades de su prórroga, su terminación o denuncia y la responsabilidad que acaezca en razón a su incumplimiento.

Frente a quienes le es aplicable una convención colectiva suscrita, la Corte Constitucional se pronunció en los siguientes términos mediante sentencia<sup>2</sup>, a saber:

*“La norma se limita a establecer el campo de aplicación de la convención colectiva de trabajo, cuando el número de trabajadores sindicalizados es minoritario, en relación con los trabajadores de la empresa. Los demandantes no tienen en cuenta que, en esta materia, el derecho a pertenecer a un sindicato, como el derecho a no ser parte de él, son igualmente importantes, no existe preeminencia entre ellos, y gozan de la misma protección. Si la mayoría de trabajadores de una empresa ha decidido no sindicalizarse, ese derecho debe respetarse. Una manifestación de esa protección consiste, precisamente, en que el acuerdo suscrito entre el patrono y el sindicato no se les aplique, teniendo en cuenta que los trabajadores no sindicalizados cuentan con un mecanismo de negociación para regir las relaciones con su empleador: el pacto colectivo. Cuando en una misma empresa coexistan un pacto colectivo y una convención colectiva de trabajo, los derechos de los trabajadores, sin importar si son sindicalizados o no, deben ser respetados. En especial, el derecho a la igualdad, pues bajo el ropaje de un acuerdo, cualquiera que él sea, no puede el patrono ofrecer prerrogativas o concesiones que mejoren las condiciones de unos trabajadores en desmedro de los otros, si no existe razón objetiva para la diferenciación.”*

De lo considerando precedentemente, se colige entonces que el derecho de igualdad se encuentra enmarcado en el campo de aplicación de una convención colectiva suscrita, y es por esto que, el patrono debe velar por que se establezcan prerrogativas o concesiones que mejoren las condiciones tanto de los trabajadores sindicalizados y a los que no cuentan con tal fuero, ahora bien, el mismo tribunal en lo referente al cumplimiento del pacto colectivo, mediante sentencia<sup>3</sup> se pronunció en los siguientes términos:

*“Los elementos referidos, esto es, el normativo y el obligacional, han sido explicados por esta Corporación, así:*

*“[E]l elemento normativo de la convención se traduce en una serie de disposiciones, con vocación de permanencia en el tiempo, instituidas para regular las relaciones de trabajo individual en la empresa; en virtud de dichas disposiciones se establecen anticipadamente y en forma abstracta las estipulaciones que regirán las condiciones individuales para la prestación de los servicios, esto es, los contratos individuales de trabajo. Las cláusulas convencionales de tipo normativo constituyen derecho objetivo, se incorporan al contenido mismo de los contratos de trabajo y, en tal virtud, contienen las obligaciones concretas del patrono frente a cada uno de los trabajadores, como también, las obligaciones que de modo general adquiere el patrono frente a la generalidad de los trabajadores, vgr., las que fijan la jornada de trabajo, los descansos, los salarios, prestaciones sociales, el régimen disciplinario, o las que establecen servicios comunes para todos los trabajadores en el campo de la seguridad social, cultural o recreacional.*

*Se distingue igualmente en la convención colectiva, por la doctrina y la jurisprudencia, el denominado elemento obligatorio o aspecto obligacional, que está conformado por aquellas cláusulas que señalan deberes u obligaciones recíprocos de las partes, destinadas a asegurar la efectividad de las normas convencionales, como son, por ejemplo, las cláusulas que establecen las comisiones o tribunales de conciliación y arbitraje, las que fijan sanciones por la violación de las estipulaciones que constituyen la parte normativa, o las que establecen mecanismos para garantizar la libertad sindical”.*

*Entendida así la convención colectiva, puede decirse que se trata de un acto jurídico de forzoso cumplimiento entre quienes lo suscriben, es decir, entre quienes se encuentra ligados por una relación laboral, so pena de incurrir en responsabilidad por su incumplimiento, según lo dispone el artículo 468 del Código Sustantivo del Trabajo. Esto es, se encuentran obligados tanto el empleador como los trabajadores, como quiera que se trata del cumplimiento de convenios que resultan de una negociación colectiva, en los cuales se establecen las condiciones rectoras de los contratos de trabajo que continúan en cabeza de cada uno de los afiliados hasta la terminación del contrato, evento en el cual desaparece la responsabilidad. Ello es así, si se tiene en cuenta que las convenciones colectivas son el instrumento que mejor encarna el derecho colectivo, el cual, en palabras de esta Corporación “se presenta en el ámbito constitucional, como el derecho regulador de una esfera de libertad en cabeza de los patronos y los trabajadores, originada especialmente en el reconocimiento constitucional de los derechos al trabajo, a la asociación sindical, a la negociación colectiva y a la huelga, para que unos y otros, en forma organizada, contribuyan a la solución pacífica de los conflictos laborales, y promuevan y realicen la defensa de los derechos e intereses que le son comunes, según la particular situación que ocupan en la empresa, y las relaciones que surgen de sus condiciones de dadores o prestadores de trabajo.”*

De manera que, las cláusulas que se dispongan en el respectivo pacto cumplimiento se incorporan al contenido del contrato de trabajo suscrito entre el trabajador y empleador, y en este sentido, las partes se encuentran obligadas a dar su cumplimiento, para lo cual el patrono adquiere la responsabilidad de que lo pactado frente a la jornada del trabajo, los descansos, los salarios, las prestaciones sociales, el régimen disciplinario se cumpla en estricto orden. Esta característica en la cual se exhorta al empleador a cumplir las cláusulas registradas en los pactos colectivos asegura asimismo la efectividad de las normas convencionales.

A su vez, la Corte es precisa al resaltar que este acto jurídico de forzoso cumplimiento para quienes lo suscriben se encuentra circunscrito a que, en el evento de ser incumplido, incurrirá en la responsabilidad de cumplir con las condiciones rectoras de los contratos de trabajo que continúan en cabeza de cada uno de los afiliados hasta la terminación del contrato, lo anterior de conformidad a lo dispuesto en el artículo 468 del Código Sustantivo del Trabajo.

Teniendo claro lo anteriormente expuesto es preciso abordar lo preceptuado en el artículo 478 del Código Sustantivo del Trabajo, a saber:

*“A menos que se hayan pactado normas diferentes en la convención colectiva, si dentro de los sesenta (60) días inmediatamente anteriores a la expiración de su término, las partes o una de ellas no hubieren hecho manifestación escrita de su expresa voluntad de darla por terminada, la convención se entiende prorrogada por períodos sucesivos de seis en seis meses, que se contarán desde la fecha señalada para su terminación.”*

Con relación a esta prórroga automática de que trata el precepto normativo de precedencia, la misma corporación mediante sentencia de constitucionalidad consideró lo siguiente:

#### *3.2.2.2 Titularidad de la facultad de denuncia*

*Los titulares del derecho a la denuncia, según las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo aquí demandadas, son las dos partes de la relación laboral, esto es, tanto los trabajadores como el empleador. Esto se desprende del texto de los artículos 478 y 479 del C.S.T.*

#### *3.2.2.3 Diferencias entre revisión y denuncia*

*La legislación y la doctrina diferencian entre las instituciones de la revisión y la denuncia de la convención colectiva de trabajo. Con la primera se introduce la teoría de la imprevisión al ámbito laboral, con lo que se permite a las partes pedir la revisión de la convención colectiva cuando sobrevienen “imprevisibles y graves alteraciones de la normalidad económica” (art. 480 C.S.T) que hacen excesivamente oneroso e incluso imposible continuar con la operación de la empresa. En este evento, se ha entendido que la revisión no puede afectar toda la convención sino sólo las cláusulas de contenido económico que dieron lugar al desequilibrio que se pretende corregir, bien sea mediante el acuerdo de las partes o mediante la intervención del juez laboral. La denuncia de la convención, por el contrario, no responde a condiciones imprevisibles; es regulada legalmente como una facultad que pueden ejercer las partes contratantes para manifestar su inconformidad con la convención colectiva vigente, sin que aquélla sea suficiente para afectar la continuidad de la misma mientras se firma una nueva.*

### 3.2.2.4 Efectos de la denuncia

Es precisamente el aspecto de los efectos de la denuncia de la convención colectiva el que en buena parte suscita el cuestionamiento de inconstitucionalidad planteado contra esta institución por parte de los accionantes. Dado que la legislación laboral no regula detalladamente los efectos de la denuncia - y éstos pueden versar, entre otros aspectos, sobre la modificación del plazo de la convención, sobre las facultades de las partes en la etapa de arreglo directo o sobre las competencias de los árbitros según se trate del arbitramento obligatorio o el voluntario - la Corte procederá a estudiar este tema exclusivamente a la luz de los cargos de la demanda, sin entrar a pronunciarse sobre normas laborales no demandadas en esta oportunidad.

Como ha quedado expuesto atrás, el Código Sustantivo del Trabajo al consagrar la institución de la denuncia de la convención colectiva (art. 478 y 479 C.S.T.) no hace mención explícita de todos sus efectos jurídicos. El legislador no determinó, por ejemplo, qué alcances jurídicos tiene la denuncia en la etapa de arreglo directo o cuál es su incidencia sobre las facultades de negociación del empleador o de los trabajadores; tampoco se refirió a los efectos de la denuncia sobre las competencias de los árbitros que mediante laudos arbitrales ponen fin al conflicto colectivo de trabajo.

No obstante, la norma demandada no aborda estos temas y por lo tanto la Corte sólo se referirá a ellos cuando sea indispensable para analizar alguno de los cargos presentados por el demandante.

Pero en lo que respecta a los efectos de la denuncia sobre la convención colectiva denunciada, la norma demandada expresamente señala:

“Formulada así la denuncia de la convención colectiva, ésta continuará vigente hasta tanto se firme una nueva convención.”

De tal manera que los efectos de la denuncia sobre la convención denunciada son limitados: primero, no le resta eficacia jurídica a lo pactado, ya que la convención continua vigente; segundo, la vigencia de la convención denunciada no tiene término legal fijo; tercero, la continuidad de la convención está supeditada a que se firme una nueva convención, lo cual supone un nuevo acuerdo entre las partes en lugar de la imposición unilateral de condiciones laborales diferentes.

Después de aclarar que la denuncia de la convención colectiva de trabajo no es una rareza del derecho colombiano y de haber delimitado los alcances de las normas demandadas para precisar el objeto sobre el cual se pronunciará la Corte en esta oportunidad, se procede a analizar los cargos constitucionales elevados por los demandantes.” (Subrayado fuera del texto)

Por lo anterior, se encuentran facultados para presentar la denuncia a una convención colectiva, las partes de la relación laboral, esto es, el trabajador y el empleador, en cuanto a la diferencia existente entre revisión y denuncia, es importante aclarar que, la primera es aquella que se encuentra enmarcada en la teoría de la imprevisión al ámbito laboral, con lo que permite que las partes pidan la revisión de la convención colectiva pactada, en aquellos eventos en donde sobrevengan de forma impredecible y grave alteraciones de la normalidad económica, que hace incluso imposible la permanencia de la empresa. Por otra parte, la denuncia es aquella facultad que ejercen las partes contratantes para manifestar su inconformidad con la convención colectiva vigente, sin que aquella se circunscriba en la afectación de la vigencia del pacto mientras se firma una nueva.

En esos términos, y para dar respuesta a su interrogante en concreto, la Corte se pronunció argumentando que, una vez formulada la denuncia de la convención colectiva, esta continuará vigente hasta tanto se firme una nueva convención, sin producir efectos jurídicos en su aplicación una vez invocada, toda vez que no cuenta con un término legal fijo para su solución y su inaplicabilidad se encuentra supeditada a la suscripción de una nueva convención.

Por el contrario, si dicha convención fue invocada para revisión, esta debe obedecer a las razones que dispone la norma para su aplicación, esto es, que rece sobre aquellos eventos en donde el pacto colectivo suscrito debe revisarse por sobrevenir perjuicios irremediables en relación con la normalidad económica, cuya consecuencia ponga en riesgo la permanencia de la empresa respectiva.

Por su parte, con relación a su segundo interrogante, es preciso abordar sentencia proferida por la Corte Constitucional en lo referente a los temas de los cuales se pueden materializar mediante pactos colectivos, a saber:

*"11. Tal y como lo manifestó esta Corporación en sentencia C-003/98, el constituyente siguió conservando la diferencia establecida por la jurisprudencia y la doctrina, anterior a 1991, entre los servidores del Estado. Por ejemplo, en los artículos 123 y 125, la Carta da un trato distinto a los trabajadores y a los empleados públicos. En efecto, en la primera de las disposiciones, claramente estipula que dentro del concepto genérico de servidores públicos estarán comprendidos "los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente".*

*12. Pero de la Constitución no pueden extraerse los elementos conceptuales que permitan diferenciar definitivamente esas figuras, especialmente porque la misma Carta autoriza al legislador para que sea él quien determine cuál es el régimen aplicable a cada una de las distintas clases de servidores. De hecho, aunque el propio texto constitucional brinda algunos criterios básicos para su desarrollo, como sucede por ejemplo en el artículo 125 constitucional, en donde los trabajadores oficiales están excluidos del sistema de carrera administrativa, debe entenderse que los restante elementos conceptuales pueden ser configurados por el legislador.*

*13. Por esta razón, resulta válido afirmar que es la ley el lugar idóneo en donde el concepto se llena de contenido y donde puede determinarse el régimen aplicable a cada uno de ellos. En este sentido, a través de la legislación podrán regularse distintamente los aspectos salariales, prestacionales, disciplinarios y laborales en general, para cada una de esas figuras. Obviamente la discrecionalidad del legislador para diferenciar a los empleados y trabajadores del Estado no es absoluta, especialmente porque en su ejercicio no puede desconocer los límites que impone la Constitución y los derechos fundamentales de las personas. La legislación sobre la materia en ningún caso podría ir en contravía de los principios mínimos fundamentales del trabajador, como la igualdad de oportunidades, la remuneración vital, la estabilidad, la favorabilidad y la primacía de la realidad sobre las formalidades, entre otros (artículo 53 C.N.)."*

En consecuencia, y para dar respuesta a su interrogante, de conformidad con el artículo 125 constitucional los trabajadores oficiales se encuentran excluidos de las prerrogativas con las que cuentan los empleados públicos, no obstante, la Corte hace la aclaración que en la legislación podrán regularse para cada figura aspectos salarios, prestacionales, disciplinarios y laborales distintos, que, no es absoluto, en el sentido de que, no se puede desconocer los límites que impone la Constitución y los derechos fundamentales de las personas, para lo cual en ningún caso la legislación puede ir contravía de los principios mínimos fundamentales del trabajador, como es en la igualdad de oportunidades, la remuneración vital, la estabilidad laboral, la favorabilidad y la primacía de la realidad sobre las formas de que trata el artículo 53 de la Constitución.

De manera que, y en concordancia con lo dispuesto por la Corte, esta Dirección considera que aunque la norma es clara al señalar la diferencia existente entre la forma de vinculación con la administración para los trabajadores oficiales y empleados públicos respectivamente, mediante la suscripción de contrato de trabajo y la relación legal y reglamentaria de los empleados, dentro de un pacto colectivo podrán invocarse leyes, decretos y normas que rigen para los empleados públicos, no obstante, teniendo en cuenta la diferencia entre una y otra vinculación.

Por su parte, en relación con sus siguientes interrogantes, según lo consagrado en el artículo 17 de la Ley 142 de 1994, las empresas de servicios públicos oficiales debieron organizarse como Empresas Industriales y Comerciales del Estado.

En este sentido el artículo 5° del Decreto 3135 de 1968, consagra que las personas que presten sus servicios en las empresas industriales y comerciales del estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisaran que actividades de dirección o confianza deban ser desempeñados por personas que tengan la calidad de empleados públicos, quienes serán de libre nombramiento y remoción.

Por lo tanto, y teniendo en cuenta que el trabajador que relaciona su consulta ostenta la calidad de trabajador oficial y ejerce el cargo de jefe de planeación, es pertinente abordar lo considerado mediante sentencia<sup>4</sup> proferida por la Corte Suprema de Justicia, a saber:

"(...) Al respecto, conviene recordar los criterios que según la jurisprudencia son los que permiten concluir la calidad de trabajador oficial expuestos por la Corte en sentencia de 19 de marzo de 2004 (Radicación 21.403), en los siguientes términos:

" Con tal fin reitera la Sala que son básicamente dos criterios que hay que tener en cuenta para clasificar, en una entidad territorial, a un servidor público, como empleado público o trabajador oficial, esto es, el factor orgánico relacionado con la naturaleza jurídica de la entidad del ente para la cual se laboró, y el funcional relativo a la actividad a la cual se dedicó aquél, para constatar si ella guarda relación directa o indirectamente con la construcción y sostenimiento de obras públicas.

"Con los aludidos parámetros y con sujeción al marco normativo que para esos efectos es el artículo 292 del Decreto 1333 de 1986, por haberse prestado el servicio a un municipio, no cabe duda alguna que el Tribunal no incurrió en el yerro hermenéutico que se le endilga en el cargo; pues ese ha sido y es el alcance que le ha venido dando la Corporación a tal preceptiva, en cuanto se ha precisado que no toda actividad pública ni mucho menos llevada a cabo en un bien de propiedad estatal, encuadra en el concepto que exige el precepto legal para merecer esa excepcional condición de trabajador oficial, esto es, en la construcción y sostenimiento de una obra pública.

(...)

"En efecto, si se llegara a aceptar la intelección que pretende el impugnante respecto de la norma denunciada, ello conllevaría a convertir la regla general en excepción y viceversa, lo cual sí viola flagrantemente el sentido del precepto que gobierna el tema en estudio.

"Al respecto es pertinente reenumerar lo precisado en la sentencia del 27 de febrero de 2002, radicación 17729, a saber:

"Cabe precisar que para ser establecida la calidad de trabajador oficial, ha sostenido la jurisprudencia, debe acreditarse en el juicio que las funciones desempeñadas en el caso específico, tienen relación con las actividades de construcción y sostenimiento de obras públicas, pues no toda labor de servicios generales o de mantenimiento que se realice sobre un bien de una entidad pública o afectado a un servicio público como aseo de instalaciones, reparaciones, albañilería, pintura, etc., determina por ese solo hecho la naturaleza jurídica del vínculo laboral.

"Así, se expresó la Sala en sentencia de 4 de abril de 2001, Rad. 15143:

(...)

"Así las cosas, como no es cualquier actividad la que otorga la condición de trabajador y, mucho menos, la que se ejecuta en una entidad o dependencia oficial, independientemente de su finalidad, sino aquella que se lleve a cabo en una obra pública, es por lo que se hace necesario demostrar, para cada caso concreto, no sólo la naturaleza de la labor desplegada sino, además, el carácter de obra pública respecto de la cual se realizaron las labores relacionadas con su construcción y mantenimiento; recordando que para tal efecto, la Corte ha aceptado como criterio orientador con tal fin, lo previsto por el artículo 81 del decreto 22 de 1983, así tal precepto se encuentre derogado." (Subrayado fuera del texto)

A partir de los anteriores consideraciones de la Corte, se encuentran algunos criterios en los cuales se debe clasificar a los servidores públicos, primeramente, el factor orgánico el cual se encuentra relacionado con la naturaleza jurídica de la entidad para la cual este labora, y por otro lado, el funcional, que es aquel relativo a la actividad en la cual se desempeña; para así constatar que en aquellos eventos en donde se enmarcara en la categoría de trabajador oficial, este debió cumplir funciones relacionadas con la construcción, sostenimiento de obras públicas.

En consecuencia, como quiera que la calidad de trabajador oficial no se da por la naturaleza del acto de vinculación, sino que además se debe tener en cuenta la naturaleza de la entidad donde se presta el servicio, la clase de actividad y funciones que desempeña el servidor, en aquellos casos en que se evidencie que un funcionario se vinculó a través de una relación legal y reglamentaria, pero las funciones y la categoría del empleo son propias de trabajador oficial, esta será su calidad. Contrario sensu, si la vinculación se materializo a través la suscripción de un contrato laboral, pero el cargo y las funciones desempeñadas son propias de las de un empleado público, para lo cual última será su calidad.



Por lo tanto, frente a la prohibición de hacer parte de la junta directiva de un sindicato, o de ser designados funcionarios de este, el Código Sustantivo del Trabajo, dispuso:

*“ARTICULO 389. EMPLEADOS DIRECTIVOS. <Artículo modificado por el artículo 53 de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> No pueden formar parte de la junta directiva de un sindicato, ni ser designados funcionarios del mismo, los afiliados que representen al empleador frente a sus trabajadores, ni los altos empleados directivos de las empresas. Es nula la elección que recaiga en uno de tales afiliados, y el que, debidamente electo, entre después a desempeñar alguno de los empleos referidos, dejará ipso facto vacante su cargo sindical.” (Subrayado fuera de texto)*

De lo destacado precedentemente, mediante sentencia<sup>5</sup> proferida por la Corte Constitucional se pronunció en los siguientes términos, a saber:

*“Los trabajadores que ocupan puestos de dirección, confianza o manejo, también pueden, según la legislación colombiana, ingresar a los sindicatos; y mal haría la Corte en pretender desconocerles un derecho que la ley les otorga, aduciendo para justificar tal exabrupto, una interpretación de un Convenio que, en su texto vigente, expresamente niega toda autorización a la desmejora del estatuto y derechos de tales trabajadores. (...)”*

*La aplicación analógica de estas normas sustantivas permite afirmar que los representantes del patrono no están incluidos entre los trabajadores sindicalizados que pueden representar válidamente al sindicato. De esta manera, no se discrimina a los empleados directivos, que tienen su derecho de asociación sindical y se benefician de los logros de su organización y, a la vez, se protege al sindicato de la injerencia del patrono en el manejo de los asuntos sindicales y en la representación del sindicato. (...)*

*Este artículo, hace parte de una secuencia de normas del Código Sustantivo del Trabajo, que tienen por objeto reglamentar la representación del patrono, la del sindicato, fijar los límites del fuero sindical y garantizar que los representantes del patrono no interfieran en la representación y manejo de los asuntos de los trabajadores sindicalizados. Véanse al menos, los artículos 32 -Representantes del patrono-, 357 -Representación sindical-, 358 -Libertad de afiliación, altos empleados-, 389 -Empleados directivos-, 405 -Definición del fuero sindical-, 406 -Trabajadores amparados por el fuero sindical-, 407 -Miembros de la Junta Directiva amparados-, 408 -Contenido de la sentencia que resuelve la petición del patrono-, 410 -Justas causas del despido-, 411 -Terminación del contrato sin previa calificación judicial-, 412 -Suspensión del contrato de trabajo- y 413 -Sanciones disciplinarias-.*

*La aplicación analógica de estas normas sustantivas permite afirmar que los representantes del patrono no están incluidos entre los trabajadores sindicalizados que pueden representar válidamente al sindicato. De esta manera, no se discrimina a los empleados directivos, que tienen su derecho de asociación sindical y se benefician de los logros de su organización y, a la vez, se protege al sindicato de la injerencia del patrono en el manejo de los asuntos sindicales y en la representación del sindicato.*

*(...) En tal caso, la limitación al fuero está justificada por la siguiente poderosa razón: En principio, el fuero se reconoce a los representantes sindicales, es decir, a quienes de algún modo son voceros naturales de la organización, en defensa de sus intereses. Tal es el caso, conforme a la legislación positiva, de los miembros de la junta directiva, de la comisión de reclamos y de los fundadores del sindicato. Ahora bien: los funcionarios o empleados públicos que se encuentran en la circunstancia atrás descrita encarnan la autoridad estatal y personifican de manera directa los intereses que el Estado está encargado de tutelar. Sus actuaciones deben, pues, siempre estar informadas por la persecución de esos intereses, los que eventualmente pueden resultar en conflicto con los intereses específicos y particulares que, en un momento dado, la organización sindical persiga. (Arts. 2º, 123 inciso 2º y 209 de la C.P.).”*

A su vez, la misma corporación concluyó con lo siguiente mediante sentencia<sup>6</sup> en relación con las condiciones de debilidad ante su empleador como ocurría en el caso de aceptar que los afiliados que representen al empleador frente a sus trabajadores o los altos empleados directivos de la empresa formen parte de la junta directiva del respectivo sindicato o sean nombrados funcionarios de este:

*“Así pues, se llega a la conclusión de garantizar la libertad de elección de los representantes de los sindicatos de los trabajadores, en la forma*



que señalen sus respectivos estatutos, sujeta al orden legal y a los principios democráticos (C.P., art. 39), siempre que se procure con la misma evitar colocarlos en condiciones de debilidad ante su empleador, como ocurriría en el caso de aceptar que los afiliados que representen al empleador frente a sus trabajadores o los altos empleados directivos de la empresa, formen parte de la junta directiva del respectivo sindicato o sean nombrados funcionarios del mismo.

Por consiguiente, con respecto al derecho fundamental de asociación sindical para los directivos y representantes del empleador, es posible establecer restricciones en cuanto hace a su participación en la junta directiva de un sindicato o para el desempeño como funcionarios del mismo, no así para su afiliación al respectivo sindicato, haciéndose acreedores por esa razón de los correspondientes beneficios y responsables de las correlativas obligaciones, como ya se mencionó.

En ese sentido, aunque el citado derecho presenta una naturaleza fundamental, su alcance no es absoluto y permite algún tipo de limitación que no afecte su núcleo esencial, como sucede en esta oportunidad, máxime cuando la restricción introducida persigue la vigencia de un interés general protegido por el Estado, como es la salvaguarda de los medios de reivindicación de los derechos laborales e intereses de la clase trabajadora, en lo atinente a la forma organizativa que los hace efectivos, evitando una intromisión perturbadora de los patronos en los asuntos atinentes a dicha organización sindical, a través del control de la dirección y representación sindical por personas que, sin lugar a dudas, actúan y deciden como extensiones del empleador.

De otra parte, es cierto que la definición del término “empleados directivos de una empresa” puede prestarse a las maniobras denunciadas por el actor, en el sentido de que se otorgue ese calificativo a empleos que no reúnan las condiciones para ser considerados como de orden directivo y así constituirse en objeto de la restricción a la representación sindical; no obstante, esa posibilidad esgrimida por razones de conveniencia, no constituye una violación constitucional que pueda deducirse de la confrontación de la norma acusada con los ordenamientos superiores.

El problema de esta manera planteado abarca la órbita de la aplicación práctica del contenido normativo que se demanda, respecto de lo cual la Corporación se limita a señalar que la restricción de acceso a la junta directiva sindical o a ser funcionario del sindicato sólo se dirige a aquellos trabajadores que materialmente se encuentren cumpliendo con los encargos de representación y dirección a nombre del empleador; es decir, la naturaleza y denominación de esos cargos depende de las funciones especiales que se pretenden con el mismo, dado que lo opuesto configuraría una práctica contraria al derecho de asociación sindical que tendría que ser debatida y sancionada mediante las medidas legales vigentes.”

A partir de la normativa y jurisprudencia transcrita, se tiene entonces que la prohibición dispuesta en el artículo 389 del Código Sustantivo del Trabajo se encuentra sustentada constitucionalmente, en el entendido que reglamenta la representación del patrono, la del sindicato, fijar los límites del fuero sindical y garantizar que los representantes del empleador no interfieran en la representación y manejo de los asuntos o temas que tratan los trabajadores sindicalizados, y por ende, para no desencadenar en conflicto con los intereses específicos y particulares de la organización, estos trabajadores que se encuentran ostentando la titularidad de empleos con carácter directivo no cuentan con la validez para representar o para desempeñarse como funcionarios de la organización sindical.

Entretanto, con respecto al derecho fundamental de asociación sindical que asiste para aquellos empleados que se encuentran nombrados en empleos de dirección, confianza o manejo y representan al empleador, es viable restringirlos frente a su participación en la junta directiva de un sindicato o para desempeñarse como funcionario de este, no obstante, la Corte precisa que podrá afiliarse al respectivo sindicato, haciéndose acreedor de los beneficios y ser responsable de las obligaciones que sobrevengan de su integración, claro está, sin ostentar la calidad de trabajadores sindicalizados que puedan representar válidamente al sindicato, lo anterior da respuesta a su tercer interrogante.

Así las cosas, y teniendo en cuenta que un empleado público nombrado en un empleo de libre nombramiento y remoción no puede ser parte de la Junta Directiva de una organización sindical o ser funcionario de la misma, la Corte es precisa al considerar que estos empleados cuentan con el derecho de ser acreedores de los beneficios y ser responsable de las obligaciones que sobrevengan de su integración, en estos términos, en criterio de esta Dirección Jurídica, se considera que no sobreviene consecuencia jurídica para un empleado del nivel directivo que fue acreedor de beneficios que fueron acordados mediante convención colectiva.

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 dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo."
2. Corte Constitucional, Sala Plena, 09 de diciembre de 1996, Referencia: Expediente D-1292, Consejero Ponente: Jorge Arango Mejía.
3. Corte Constitucional, Sala Plena, 07 de octubre de 2002, Referencia: expediente D-4602, Consejero Ponente: Alfredo Beltrán Sierra.
4. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, 6 de febrero de 2007, Radicación No27883, Consejero Ponente: Isaura Vargas Díaz.
5. Corte Constitucional, Sala Plena, 14 de diciembre de 1993, Ref.: Expediente No. D-342, Consejero Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz.
6. Corte Constitucional, Sala Plena, 12 de noviembre de 1998, Referencia: Expediente D-2064, Consejero Ponente: Hernando Herrera Vergara.

---

*Fecha y hora de creación: 2024-11-23 11:56:49*