



Función Pública

Concepto 302931 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000302931

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000302931

Fecha: 18/08/2021 04:29:49 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: EMPLEO – Supresión de empleos públicos. Radicado: 20212060578172 del 12 de agosto de 2021.

En atención a la comunicación de referencia, en la cual eleva los siguientes interrogantes relacionados con la procedibilidad de mutar la naturaleza jurídica de los integrantes de los músicos de una banda departamental de una entidad territorial, teniendo en cuenta lo dispuesto en la Ley 1161 de 2007, puesto que su vinculación se produjo mediante acto administrativo de nombramiento y posterior posesión y el sindicato que los agremia presento pliego de peticiones para solicitar convención colectiva, a saber:

“1.- ¿El Departamento de Nariño está obligado a sentarse a negociar una CONVENCIÓN COLECTIVA DE TRABAJO, con los músicos de la Banda Departamental? Lo anterior teniendo en cuenta que El Artículo 1º de la Ley 1161 de 2007, determinó lo siguiente: “Artículo 1º. Los músicos de las orquestas de carácter sinfónico al servicio del Estado tendrán el carácter de trabajadores oficiales y se vincularán mediante contratos de trabajo”. Así mismo por vía de la acción de tutela, se dio alcance a la mencionada norma, en el sentido de que no solamente los músicos de las orquestas de carácter sinfónico, sino en general, los músicos sinfónicos, entre los cuales se encuentran los vinculados a las bandas departamentales, a partir de la expedición de la mencionada ley, pasan a tener la calidad de TRABAJADORES OFICIALES. En el Departamento de Nariño, hasta la fecha no se ha hecho el cambio formal de la calidad que tienen los músicos de la Banda Departamental, en tal sentido y pese a la norma precitada, todos los músicos ostentan formalmente a la fecha la calidad de EMPLEADOS PÚBLICOS. Frente a la situación presentada, con base en lo señalado por la Corte Constitucional, se iniciaron acercamientos con el de viabilizar la “mutación” de la categoría de empleados públicos a trabajadores oficiales en aras de no vulnerar derechos laborales y definir las condiciones que en adelante regirán los “contratos de trabajo” que deben necesariamente suscribirse. En este contexto, la administración departamental fue sorprendida por una organización sindical, con la presentación de un PLIEGO DE PETICIONES con miras a suscribir una CONVENCIÓN COLECTIVA DE TRABAJO, que regiría los contratos de trabajo de los músicos de la Banda Departamental.

2.- ¿Es válido sentarse a negociar una CONVENCIÓN COLECTIVA DE TRABAJO, con unos servidores públicos que ostentan FORMALMENTE hasta la fecha la condición de EMPLEADOS PÚBLICOS? Esto en virtud de que los actos administrativos (decretos) de nombramiento no han desaparecido de la vida jurídica.

3.- ¿Eventualmente un SINDICATO DE EMPLEADOS PÚBLICOS, puede sentarse a NEGOCIAR UNA CONVENCIÓN COLECTIVA? Esto bajo el entendido de que los músicos de la Banda Departamental se afiliaron a la organización sindical en su calidad de EMPLEADOS PÚBLICOS y considerando que los mismos, por ministerio de ley en este momento ya no ostentan ésta categoría, sino la de TRABAJADORES OFICIALES.

4.- ¿Es necesaria la suscripción previa de los CONTRATOS DE TRABAJO para iniciar una negociación colectiva con miras a suscribir una CONVENCIÓN o PACTO COLECTIVO DE TRABAJO?”

Me permito indicarle lo siguiente:

En primer lugar, el Artículo 123 de la Constitución Política de Colombia dispone:

“ARTÍCULO 123.- Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio".
(Subrayado fuera del texto original)

Por su parte, y para el tema objeto de consulta, la Ley 1161 de 2007¹, dispuso lo siguiente frente a la vinculación de los trabajadores oficiales:

"ARTÍCULO 1. Los músicos de las orquestas de carácter sinfónico al servicio del Estado tendrán el carácter de trabajadores oficiales y se vincularán mediante contratos de trabajo.

ARTÍCULO 2. Vigencia. La presente ley rige a partir de la fecha de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias."
(Subrayado fuera del texto original)

En efecto, y teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de quienes ejercen como músicos de las orquestas de carácter sinfónico al servicio del Estado, el Decreto 1333 de 1986², dispone lo siguiente en sus Artículos 292 y 293, a saber:

"ARTÍCULO 292. Los servidores municipales son empleados públicos: sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales..."

"ARTÍCULO 293. Los empleados públicos se rigen por las normas de la ley y las demás disposiciones que, en desarrollo de ésta, dicten las autoridades municipales competentes. Los trabajadores oficiales, por la ley, las cláusulas del respectivo contrato y la convención colectiva de trabajo, si la hubiere..." (Subrayado fuera del texto original)

Así entonces, teniendo en cuenta que a partir de la entrada en vigor de la Ley 1161 de 2007, esto es, el 26 de septiembre de 2007, la calidad de quienes prestan sus servicios como músicos de las orquestas de carácter sinfónico al servicio del Estado tendrán carácter de trabajadores oficiales y se vincularán mediante contrato de trabajo, en la materia el Consejo de Estado mediante sentencia³, concluyó lo siguiente:

"De la supresión de cargos y la competencia para tal fin.

(...) En esa línea ha precisado que al congreso y a las corporaciones territoriales les corresponde "crear la parte estática y permanente de la administración" es decir, la estructura orgánica y funcional, y al ejecutivo, la parte dinámica, como es lo relacionado con los empleos que llenan la organización y que le permiten su ejercicio, conforme al Artículo 2º Superior. (...)

De acuerdo con lo expuesto en este acápite se puede concluir respecto a la supresión de cargos cuando existe una modificación o reestructuración de planta que afecte a los empleados públicos y trabajadores oficiales, lo siguiente:

a) Tanto los empleados públicos y trabajadores oficiales deben estar incluidos en la planta de personal de la entidad estatal, vinculados acorde a su naturaleza jurídica, y conforme a sus necesidades, funciones y cargas laborales- Artículos 75 literal d) y 76 del decreto 1042 de 1978 -.

c) La supresión de cargos por causa legal como es la modernización de la administración o por necesidades del servicio, debe basarse en el estudio técnico que demuestre y soporte tal necesidad.

d) Esta causa legal es aplicable tanto a los empleados públicos como a trabajadores oficiales y la competencia corresponde como ya se dijo, al ejecutivo, o, a la corporación y al ejecutivo, dependiendo la decisión administrativa que se tome, porque ambas categorías de empleos hacen parte del ente territorial que los creó de acuerdo a su dinámica funcional.

e) Respecto de los empleados públicos, la ley les da dos opciones frente a la supresión del empleo: indemnización o reincorporación."
(Subrayado fuera del texto original)

De las consideraciones precedentemente expuestas, y para abordar su tema objeto de consulta en general, todos los empleados públicos y trabajadores oficiales deben estar incluidos en la planta de personal de la entidad territorial, los cuales deben estar vinculados acorde a su naturaleza jurídica y conforme a sus necesidades, funciones y cargas laborales, en tal sentido, si un empleo público se encuentra denominado en el respectivo manual de funciones y de competencias laborales de forma distinta a la que corresponde a su naturaleza, para el presente caso, el que ejerce como músico de la filarmónica a servicio de una entidad territorial, deberá adelantar la respectiva entidad las acciones correspondientes, indicando que se deben suprimir los empleos y proceder a la vinculación de los trabajadores oficiales mediante contrato de trabajo.

En ese entendido, al momento de la entrada en vigor de la Ley 1661 de 2007, la entidad territorial debió dar por terminada la vinculación legal y reglamentaria y proceder a realizar la liquidación respectiva de las prestaciones sociales, y posteriormente suscribir contrato de trabajo con el trabajador, procediendo una nueva vinculación contractual sin permitirse conservar la antigüedad en el servicio pues el régimen cambia.

Ahora bien, teniendo claro lo anteriormente expuesto, y para dar respuesta a su primer interrogante, el Artículo 2.2.30.1.2 del Decreto 1083 de

2015⁴, dispone:

“ARTÍCULO 2.2.30.1.2 Contrato de trabajo con las entidades públicas.

1. El contrato de los trabajadores oficiales con las entidades públicas, correspondientes, deberá constar por escrito.

En dicho contrato se hará constar la fecha desde la cual viene prestando sus servicios el trabajador.

2. El mencionado contrato se escribirá por triplicado, con la siguiente destinación: un ejemplar para el empleador, otro para el trabajador y uno con destino a la institución de previsión social a la cual quede afiliado el trabajador oficial.”

Por el tipo de vinculación laboral, los trabajadores oficiales pueden convenir o pactar por medio de pliegos de peticiones, las condiciones aplicables en materia salarial, prestacional, jornada laboral, el reglamento interno de trabajo, entre otros aspectos diferentes a los reglamentos generales.

Quiere decir que las convenciones y pactos colectivos, laudo arbitral y reglamento interno del trabajo hacen parte de los derechos del contrato laboral que suscriba un trabajador oficial.

Así las cosas, los trabajadores oficiales se rigen por la Ley 6^a 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:

“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 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 cuanto a la convención colectiva de trabajo, la Ley 6 de 1945⁵, dispone:

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 lleguen 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. (Subrayado fuera del texto original)

De acuerdo con la normativa precedentemente expuesta, los trabajadores oficiales se vinculan con la administración por medio de un contrato de trabajo, el cual regula el régimen del servicio que van a prestar, y a partir de su suscripción permite la posibilidad por medio de la convención colectiva discutir las condiciones aplicables al mismo.

A su vez, el Código Sustantivo del Trabajo con respecto al cumplimiento de la convención colectiva de 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.

ARTICULO 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. (Subrayado fuera del texto original)

Por lo anterior, la convención colectiva es aquella que se celebra entre uno o varios empleadores o asociaciones patronales, o por uno o varios

sindicatos o federaciones sindicales de trabajadores, en la cual se fijará las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia, así como 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 se cumplimiento devenga.

De modo que al encontrarse vigente una Convención Colectiva de Trabajo, esta debe ser forzosamente atendida por las partes a efecto de regular las relaciones laborales existentes que resulten aplicables, bien sea porque son sindicalizados o no, y sin embargo, han aceptado expresamente los beneficios convencionales y el correspondiente descuento de la cuota sindical de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 2264 de 2013.

En consecuencia, y para dar respuesta a su primero, segundo y cuarto interrogante, es importante mencionar que de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 430 de 2016, este Departamento Administrativo no se encuentra facultado para pronunciarse sobre estos temas, por lo tanto, se remitirá por competencia al Ministerio del Trabajo sus preguntas para que se esta entidad quien dé respuesta dentro de lo de su competencia. Sin embargo, teniendo en cuenta que a partir de que entró a regir la Ley 1661 de 2007, los músicos de las orquestas de carácter sinfónico al servicio del Estado tendrán el carácter de trabajadores oficiales y se vincularán mediante contrato de trabajo, por lo tanto, está es su calidad, y le corresponde a la corporación efectuar los respectivos actos para proceder a realizar la supresión de los empleos y la posterior vinculación por medio de contrato laboral.

En cuanto a su tercer interrogante, es importante precisar que la negociación de las condiciones de empleo en el sector público se encuentra consagradas en el Decreto 1072 de 2015⁶, que en el numeral 5º del Artículo 2.2.2.4.3. de este estatuto, se definió cómo es el proceso de negociación entre los representantes de las organizaciones sindicales de empleados públicos por una parte y, de otra, la entidad empleadora y la autoridad competente, para que se fijen las condiciones de empleo y regular las relaciones de esta naturaleza entre la administración pública y sus organizaciones sindicales, que sean susceptibles de negociación y concertación.

Con respecto a esto último, en el Artículo 2.2.2.4.4. ibidem, se dispuso que materias son de negociación y cuáles se encuentran excluidas de estas, por su parte en cuanto al ámbito de la negociación para su posterior aplicación, el Artículo 2.2.2.4.6 dispuso lo siguiente, a saber:

“ARTÍCULO 2.2.2.4.6. Ámbito de la negociación. Constituyen ámbitos de la negociación:

- 1. El general o de contenido común, con efectos para todos los empleados públicos o para parte de ellos, por región, departamento, distrito o municipio.*
- 2. El singular o de contenido particular por entidad o por distrito, departamento o municipio.*

PARÁGRAFO. En el ámbito general o de contenido común, la negociación se realizará con representantes de las Confederaciones y federaciones sindicales de empleados públicos y los representantes de los Ministerios del Trabajo y de Hacienda y Crédito Público, de Planeación Nacional y del Departamento Administrativo de la Función Pública y por las demás autoridades competentes en las materias objeto de negociación. En el ámbito singular o de contenido particular, la participación de las anteriores instancias será facultativa.”

En relación con el cumplimiento e implementación del acuerdo colectivo, en el mismo decreto se dispuso:

“ARTÍCULO 2.2.2.4.13. Cumplimiento e implementación del acuerdo colectivo. La autoridad pública competente, dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la suscripción del acta final, y con base en esta, expedirá los actos administrativos a que haya lugar, respetando las competencias constitucionales y legales.

PARÁGRAFO. Para la suscripción del acuerdo colectivo de aplicación nacional, de manera obligatoria, los representantes del Gobierno en la mesa de negociación deberán consultar y obtener la autorización previa del Gobierno nacional.”

En este orden de ideas, el ámbito de la negociación en lo referente a las condiciones de empleo o de las relaciones suscitadas entre las entidades y autoridades públicas competentes y las organizaciones sindicales, podrán enmarcarse para su cumplimiento e implementación por una parte, en el ámbito general o de contenido común; que se caracteriza por contener efectos para todos los empleados públicos o para parte de ellos, por región, departamento, distrito o municipio, y por otra, en el singular o de contenido particular por entidad o por distrito, departamento o municipio.

Teniendo en cuenta que, para su caso en concreto, la negociación que se suscriba en el ámbito general o de contenido común, contará con la participación de los representantes de las Confederaciones y federaciones sindicales de empleados públicos y los representantes de los Ministerios del Trabajo, y de Hacienda y Crédito Público, de Planeación Nacional y del Departamento Administrativo de la Función Pública y demás autoridades de competencia en las materias que fueron objeto de negociación.

No obstante, es preciso reiterar que este Departamento Administrativo no se encuentre facultado para pronunciarse sobre su interrogante de forma concreta, toda vez que no somos competentes para pronunciarnos sobre situaciones internas de las entidades, dirimir conflictos o

declarar derechos de los empleados públicos o trabajadores oficiales.

Finalmente, 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 determina la relación laboral de los músicos sinfónicos con el Estado.”*
2. *“por el cual se expide el Código de Régimen Municipal”*
3. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, 16 de julio de 2015, Rad. No.: 68001-23-31-000-2004-02762-01(1960-11), Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve
4. *“Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.”*
5. *“por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo”*
6. *“Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo”.*

Fecha y hora de creación: 2025-03-02 14:01:28