



Función Pública

Concepto 147251 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000147251

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000147251

Fecha: 18/04/2022 09:49:29 a.m.

Bogotá D.C.

Referencia: EMPLEADOS PÚBLICOS. Negociación colectiva. TRABAJADORES OFICIALES. Convención colectiva. Radicado: 20222060110232 del 4 de marzo de 2022.

En atención a la comunicación de la referencia, solicita usted, en ejercicio del derecho de petición se le emita un concepto en respuesta a las siguientes preguntas:

"1. La administración de una E.S.E, firmó un acuerdo los sindicatos de la empresa y se firmaron en materia de negociación puntos como:

Aumento salarial, decretado por el gerente

Días libres por quinquenio

Otorgamientos de Becas reconocimiento de entre \$ 3.000.000 y \$5.000.000

Reconocimiento de 2 salarios cuando el servidor público se jubila.

Comisiones sindicales

Permiso por matrimonio

Jornada laboral de 42 horas

Auxilio de gafas

Auxilio por fallecimiento

Día libre de la familia (está establecido en la ley 1857/17)

Entrega de dinero a los sindicatos entre \$20.000.000 y \$35.000.000, para actividades

Ingreso al empleo público

Temas de sistema de carrera y control disciplinario

Al respecto surgen varios interrogantes:

- ¿Es acorde a la ley firmar estos puntos y tenía facultades la administración para convenir y otorgar esta serie de situaciones salariales y

prestacionales?

- No somos afiliados a ningún sindicato por razones personales, podemos solicitar estos beneficios o necesariamente tenemos que afiliarnos a un sindicato para obtener estos beneficios?

2. A los trabajadores oficiales se les otorga prima de antigüedad 2 días de salario por cada año, pago de incapacidades, pago económico por quinquenios entre 5 y 35 días de salarios, prima semestral de junio 30 días, 36% de recargo nocturno, entre otros.

- ¿Por el derecho a la igualdad, podemos como empleados públicos solicitar estos beneficios?"

I. FUNDAMENTOS DEL CONCEPTO

La Ley 10 de 1990¹ clasifica los empleos en las Empresas Sociales del Estado (ESE), así:

ARTICULO 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. (...)

PARAGRAFO. 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 1993², 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:

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

5. 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 (de libre nombramiento y remoción o de carrera) 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.

Por lo tanto, los empleados públicos tienen una relación legal o reglamentaria, por lo que debe existir un acto administrativo de nombramiento y un acta de posesión. Mientras que los trabajadores oficiales tienen una relación contractual regida por lo establecido en el contrato de trabajo, la convención colectiva, el reglamento interno de trabajo si los hay, y en lo no previsto en ellos, por la Ley 6 de 1945 y el Decreto 1083 de 2015.

En este orden de ideas, nos referiremos respecto a las materias que pueden negociar los empleados públicos y los trabajadores oficiales, en el siguiente sentido:

La Carta Política respecto a la competencia para regular elementos salariales y prestacionales, señala que de conformidad el literal e), numeral 19 del artículo 150 corresponde al Congreso de la República, "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 señala que es facultad del Presidente de la República "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), la Ley 4ª de 1992, mediante la cual se establecieron 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 a los lineamientos establecidos en la Ley 4 de 1992.

Ahora bien, frente a las materias de negociación colectiva, el Decreto 1072 de 2015³, dispone:

ARTÍCULO 2.2.2.4.1. Campo de aplicación. El presente capítulo se aplicará a los empleados públicos de todas las entidades y organismos del sector público, con excepción de:

[...]

2. Los trabajadores oficiales; [...]

ARTÍCULO 2.2.2.4.3. Definiciones. Para los efectos de la aplicación del presente capítulo se entenderá como:

1. Empleado público: Persona con vínculo laboral legal y reglamentario a la que se le aplica este capítulo. [...]

5. Negociación: Es el proceso de negociación entre los representantes de las organizaciones sindicales de empleados públicos de una parte y, de otra, la entidad empleadora y la autoridad competente, para fijar las condiciones de empleo y regular las relaciones de esta naturaleza entre la administración pública y sus organizaciones sindicales, susceptibles de negociación y concertación de conformidad con lo señalado en el presente capítulo. [Destacado nuestro]

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 nuestro].

De acuerdo a la normativa en cita, las organizaciones sindicales de empleados públicos y las entidades pueden negociar en materias referentes a las condiciones de empleo tanto en el ámbito general como en el particular. Sin embargo, en materia salarial, tal negociación, sólo es permitida en aquella negociación de carácter general a la cual, acude el Gobierno Nacional como único competente para pronunciarse sobre el tema en virtud de lo dispuesto por la Constitución Política (art. 150, numeral 19, literal e) y art. 189, numeral 11) y la Ley 4 de 1992⁴ (art. 150, numeral 19, literales e) y f)).

De otra parte, en lo correspondiente a los trabajadores oficiales, la Ley 6 de 1945, «Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo», establece:

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]

Conforme a lo anterior, los trabajadores oficiales se regulan en material laboral por lo establecido en el contrato de trabajo, el reglamento interno, y dada su condición para suscribir convenciones colectivas, también se sujetan a lo establecido en las mismas. Sus derechos mínimos se encuentran establecidos en la Ley 6 de 1945, el Decreto 1083 de 2015 y el Decreto 1919 de 2002. Cabe subrayar 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.

Entonces, tal como lo sostuvo el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia 05001-23-31-000-2009-00739-01(4740-13), del 14 de diciembre de 2015, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, cuando diferenció entre negociación colectiva y convención colectiva para trabajadores oficiales, particulares y empleados públicos:

Delimitación del derecho a la negociación colectiva de los empleados públicos. Diferencia con los trabajadores oficiales y particulares. (...)

De esta manera, para efectos del ejercicio del derecho de negociación colectiva, la Corte Constitucional distinguió a los empleados públicos, de los trabajadores oficiales y particulares, señalando que los primeros gozan de este derecho de manera restringida, mientras que los segundos lo hacen de manera plena, pues si bien los empleados públicos tienen derecho a buscar y alcanzar soluciones concertadas en caso de conflicto, no se puede afectar en modo alguno la facultad que tienen las autoridades de fijar unilateralmente las condiciones de empleo, lo que significa que los empleados públicos, aunque gozan del derecho a la sindicalización y a la *negociación colectiva*, en los procedimientos de negociación con la administración pública se encuentran limitados por la propia Constitución, en razón a la facultad que tienen las autoridades para fijar unilateralmente las condiciones de empleo y la fijación de salarios, situación que no ocurre con los trabajadores oficiales.

En el mismo sentido, en la *sentencia C-161 de 2000*, por medio de la cual se declaró exequible la Ley 524 de 1999 que aprobó el Convenio 154 de la OIT sobre el fomento a la negociación colectiva, la Corte Constitucional expresó que los empleados públicos, aunque gozan del derecho a participar en la determinación de sus condiciones de trabajo, no tienen el derecho de negociación colectiva en forma plena, por lo que se encuentran sujetos a la fijación unilateral por parte del Estado del salario y de las condiciones generales del empleo.

(...)

Con dicha precisión, la Corte Constitucional distinguió entre los conceptos de “negociación colectiva” y “convención colectiva” en el sentido que la negociación colectiva abarca un contenido más amplio porque puede concretarse a través del empleo de distintos instrumentos como la conciliación o el arbitraje, mientras la convención colectiva está circunscrita al ámbito del derecho colectivo del trabajo.

Lo anterior, permite a la Sala establecer que mientras el derecho de negociación colectiva de los trabajadores oficiales y particulares, desarrollado a través de las disposiciones del derecho colectivo de trabajo, se materializa a través de los instrumentos del pliego de peticiones y convención colectiva de trabajo; el de los empleados públicos lo hace a través de los procedimientos, condiciones y límites establecidos en la Constitución Política (artículos 39, 55, 150 numeral 19 literal e.), Convenios 151 y 154 de la OIT y Decreto 160 de 2014.

(...)

En estas condiciones, para la Sala es evidente que los empleados públicos se encuentran en una situación diferente a la de los trabajadores oficiales y particulares respecto al derecho de negociación de los salarios y prestaciones sociales, toda vez que en la búsqueda de soluciones concertadas y negociadas sobre tales materias, no se puede afectar la facultad que la Constitución Política confiere a las autoridades de fijar unilateralmente las condiciones de empleo. Por lo anterior, los empleados públicos no podrán beneficiarse de las “convenciones colectivas de trabajo” previstas para los trabajadores oficiales y particulares en el derecho colectivo del trabajo; además, el derecho a la “negociación colectiva” de los empleados públicos está sujeto a limitaciones de orden constitucional, como ya se indicó, y su reglamentación se encuentra en el Decreto 160 de 2014 que delimita las materias de negociación con las restricciones constitucionales en los asuntos de competencia exclusiva del Congreso y el Presidente de la República, disposición que sin duda constituye un importante punto de partida para la discusión jurídica doctrinal y jurisprudencial del derecho a la negociación colectiva de los empleados públicos que pueda llegar a presentarse en el futuro. (Destacado de la Sala)

En consecuencia, los acuerdos de la negociación colectiva sólo son aplicables a quienes tienen la calidad de empleados y, viceversa, con la convención colectiva la cual, es sólo para los trabajadores oficiales. En otras palabras, los empleados públicos no son beneficiarios de los acuerdos pactados en convención colectiva así laboren en la misma entidad que los trabajadores oficiales, igual situación sucede cuando se habla de negociación colectiva la cual, se reitera, únicamente rige para los empleados públicos.

II. 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:

1. ¿Es acorde a la ley firmar estos puntos y tenía facultades la administración para convenir y otorgar esta serie de situaciones salariales y prestacionales?

R/ En las materias permitidas por la negociación colectiva no resulta procedente la creación de ningún elemento salarial o prestacional, ni tampoco hay lugar a modificar la jornada laboral determinada en el artículo 33 del Decreto Ley 1042 de 1978 o temas relacionados con el ingreso al empleo público, el sistema de carrera o el control disciplinario por estar expresamente prohibido por la Constitución y la ley, toda vez que, la creación o regulación en estas materias compete única y exclusivamente al Gobierno Nacional.

1. No somos afiliados a ningún sindicato por razones personales, ¿podemos solicitar estos beneficios o necesariamente tenemos que afiliarnos a un sindicato para obtener estos beneficios?

R/ Todos los empleados públicos independientemente si pertenecen o no a un sindicato tienen derecho a beneficiarse de los acuerdos laborales suscritos en el marco de la negociación colectiva regulada por el Decreto 1072 de 2015.

2. A los trabajadores oficiales se les otorga prima de antigüedad 2 días de salario por cada año, pago de incapacidades, pago económico por quinquenios entre 5 y 35 días de salarios, prima semestral de junio 30 días, 36% de recargo nocturno, entre otros.

3. ¿Por el derecho a la igualdad, podemos como empleados públicos solicitar estos beneficios?

R/ A los trabajadores oficiales, la norma les permite fijar sus condiciones salariales y prestacionales de manera distinta a las consagradas en la norma legal dada la autorización legal para negociar sus condiciones laborales. En todo caso, lo que allí acuerden no será de recibo para los empleados públicos, aunque laboren en la misma entidad.

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 – 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.

ARMANDO LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Angélica Guzmán Cañón

Revisó: Harold Israel Herreño Suarez

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

1 «Por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones»

2 «Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones»

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

4 «Mediante la cual se establecieron 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».

Fecha y hora de creación: 2024-11-23 11:01:33