



Concepto 093511 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000093511

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000093511

Fecha: 28/02/2022 03:18:19 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: NEGOCIACIÓN COLECTIVA. Materias de negociación. Radicado: 20222060086852 del 16 de febrero 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:

“PRIMERO. Sírvase indicar si es posible pactar con los empleados públicos de una Empresa Social del Estado del orden Departamental la remuneración como día festivo en favor de los empleados que laboren por necesidad de la prestación del servicio de salud, los días de carnaval de Barranquilla que sean declarados como cívicos por la Gobernación del Departamento.

SEGUNDO. Sírvase indicar bajo el evento que no sea viable jurídicamente consagrar el pago de los días de carnaval como festivos en favor de los empleados públicos de una Empresa Social del Estado del orden Departamental, teniendo en cuenta que este beneficio se encuentra consagrado en una Convención Colectiva vigente, cuál sería el procedimiento y sustento jurídico para inaplicarlo”.

FUNDAMENTOS DEL CONCEPTO

La respuesta a sus interrogantes se enfoca en tres temas, a saber: (i) Diferencias entre negociación colectiva y convención colectiva, (ii) Materias objeto de negociación colectiva y, (iii) Remuneración en días festivos.

Diferencias entre negociación y convención.

Para distinguir entre negociación y convención, es preciso diferenciar los empleados públicos de los trabajadores oficiales. Mientras los primeros tienen una relación legal y reglamentaria circunscrita a un acto administrativo de nombramiento y a un acta de posesión. Los segundos tienen una relación contractual que les permite discutir sus condiciones laborales a través del contrato de trabajo, la convención colectiva, el reglamento interno de trabajo y/o el pacto/laudo arbitral; en lo no previsto en dichos instrumentos, les aplica lo estipulado en la Ley 6 de 1945 y el Decreto 1083 de 2015.

En este entendido, el Decreto 1072 de 2015, Único Reglamentario del Sector Trabajo, sobre el campo de aplicación de la negociación colectiva, prevé lo siguiente:

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:

(...)

Los trabajadores oficiales;

(...).

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

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

(...)

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 fuera del texto)

Conforme a la normativa transcrita, la negociación colectiva regulada en el Decreto 160 de 2014, hoy compilada en el Decreto 1072 de 2015, sólo es extensiva a los empleados públicos y, es enfática en excluir a los trabajadores oficiales quienes pueden, entre otros, suscribir convenciones colectivas en los términos fijados en el artículo 46 de la Ley 6 de 1945, así:

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)

Por ende, los trabajadores oficiales a través de la negociación colectiva o de los demás instrumentos, previamente mencionados al inicio de este acápite, pueden acordar, entre las partes, todo aquello derivado de 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.

Por lo tanto, y tratándose de una Empresa Social del Estado que de acuerdo con la Ley 10 de 1990 su planta de personal se conforma con empleados públicos (de libre nombramiento y remoción o de carrera) y trabajadores oficiales que son, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales en las mismas instituciones (artículo 26). Les asiste la obligación de acudir tanto a la negociación como la convención cuando así lo soliciten las respectivas organizaciones sindicales.

Materias objeto de negociación colectiva

Como sus preguntas se encaminan a los empleados públicos, es preciso revisar las previsiones regladas en el Decreto 1072 de 2015 sobre las materias permitidas objeto de negociación colectiva por parte de los empleados públicos, en el siguiente sentido:

ARTÍCULO 2.2.2.4.4. Materias de negociación. Son materias de negociación:

Las condiciones de empleo, y

Las relaciones entre las entidades y autoridades públicas competentes y las organizaciones sindicales de empleados públicos para la concertación de las condiciones de empleo.

PARÁGRAFO 1. No son objeto de negociación y están excluidas, las siguientes materias:

La estructura del Estado y la estructura orgánica y la interna de sus entidades y organismos.

Las competencias de dirección, administración y fiscalización del Estado.

El mérito como esencia y fundamento de las carreras especiales y de la carrera administrativa general y sistemas específicos.

La atribución disciplinaria de las autoridades públicas.

La potestad subordinante de la autoridad pública en la relación legal y reglamentaria.

PARÁGRAFO 2. En materia salarial podrá haber negociación y concertación, consultando las posibilidades fiscales y presupuestales. Sin perjuicio

de lo anterior, en el nivel territorial, se respetarán los límites que fije el Gobierno nacional. En materia prestacional las entidades no tienen facultad de negociar y concertar, toda vez que por mandato constitucional y legal la única autoridad competente para regular la materia es el Presidente de la República

(Destacado 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 1992 (art. 150, numeral 19, literales e) y f)).

Remuneración en días festivos

El Código Sustantivo del Trabajo, aplicable al sector público por expresa remisión de la misma norma, en materia de descanso remunerado en días de fiesta, consagra:

ARTICULO 177. REMUNERACION.

ARTÍCULO 1. Todos los trabajadores, tanto del sector público como del sector privado, tienen derecho al descanso remunerado en los siguientes días de fiesta de carácter civil o religioso: Primero de enero, seis de enero, diecinueve de marzo, primero de mayo, veintinueve de junio, veinte de julio, siete de agosto, quince de agosto, doce de octubre, primero de noviembre, once de noviembre, ocho de diciembre y veinticinco de diciembre, además de los días jueves y viernes santos, Ascensión del Señor, Corpus Christi y Sagrado Corazón de Jesús.

Pero el descanso remunerado del seis de enero, diecinueve de marzo, veintinueve de junio, quince de agosto, doce de octubre, primero de noviembre, Ascensión del Señor, Corpus Christi y Sagrado Corazón de Jesús cuando no caigan en día lunes se trasladarán al lunes siguiente a dicho día.

Cuando las mencionadas festividades caigan en domingo, el descanso remunerado, igualmente se trasladará al lunes.

Las prestaciones y derechos que para el trabajador origina el trabajo de los días festivos, se reconocerán en relación al día de descanso remunerado establecido en el inciso anterior.

ARTÍCULO 2. La remuneración correspondiente al descanso en los días festivos se liquidará como para el descanso dominical, pero sin que haya lugar a descuento alguno por falta al trabajo.

ARTICULO 178. SUSPENSION DEL TRABAJO EN OTROS DIAS DE FIESTA. Cuando por motivos de cualquier fiesta no determinada en el artículo anterior el {empleador} suspendiere el trabajo, está obligado a pagar el salario de ese día, como si se hubiere realizado. No está obligado a pagarlo cuando hubiere mediado convenio expreso para la suspensión del trabajo o su compensación en otro día hábil, o cuando la suspensión o compensación estuviere prevista en reglamento, pacto, convención colectiva o fallo arbitral. Este trabajo compensatorio se remunera sin que se entienda como trabajo suplementario o de horas extras

(Destacado fuera del texto).

Según la disposición que antecede, los días festivos son aquellos determinados en la norma, permitiendo en algunas de estas fechas, cuando no caigan en lunes, trasladarlas al lunes siguiente. La remuneración por laborar en estas fechas se liquida igual que los dominicales. Cuando el empleador opte por suspender el trabajo por cualquier fiesta no determinada en la norma debe reconocer el salario de ese día, salvo cuando se hubiera convenido su no pago; sin embargo, recalca que tal suspensión no se remunera como trabajo suplementario o de horas extras.

En consecuencia, la facultad del nominador para suspender las labores para la celebración de una fiesta particular se deriva de la competencia que le asigna el artículo 33 del Decreto Ley 1042 de 1978 cuando le permite distribuir la jornada laboral de 44 horas semanales según las necesidades institucionales, sin embargo, tal suspensión no configura el reconocimiento de horas extras o de trabajo suplementario, como es el caso del trabajo ordinario u ocasional en dominical o festivo (arts. 39 y 40 del Decreto Ley 1042 de 1978). Por consiguiente, si bien, el empleador tiene la competencia de suspender las labores para celebración de una fiesta de carácter particular, sin que por este hecho se afecte el servicio, esta decisión no da lugar a contemplar dicho tiempo como de horas extras o de trabajo suplementario.

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:

PRIMERO. Sírvase indicar si es posible pactar con los empleados públicos de una Empresa Social del Estado del orden Departamental la remuneración como día festivo en favor de los empleados que laboren por necesidad de la prestación del servicio de salud, los días de carnaval de Barranquilla que sean declarados como cívicos por la Gobernación del Departamento.

R/ El carnaval de Barranquilla, o los días de esta festividad, no se encuentran determinados en la ley emiliani como un día festivo que permitan el reconocimiento y pago de trabajo suplementario, máxime cuando la norma, si bien, permite la suspensión del trabajo en otras fiestas no determinadas, según como lo determine el nominador, tal decisión no se convierte en un día festivo por cuanto la norma sobre la materia es clara en determinar cuáles son estos días y así, lo materializa en el calendario de cada vigencia. En consecuencia, y tratándose de un tema que implica materias salariales no resulta viable que la ESE acuerde tal solicitud por cuanto, se reitera, esta es una atribución del Gobierno Nacional la cual, eventualmente, puede estudiarse en la negociación colectiva de ámbito general.

SEGUNDO. Sírvase indicar bajo el evento que no sea viable jurídicamente consagrar el pago de los días de carnaval como festivos en favor de los empleados públicos de una Empresa Social del Estado del orden Departamental, teniendo en cuenta que este beneficio se encuentra consagrado en una Convención Colectiva vigente, cuál sería el procedimiento y sustento jurídico para inaplicarlo.

R/ Tal como se concluye en el estudio sobre las delimitaciones entre negociación y convención. Los acuerdos pactados en una convención colectiva no son extensivos a quienes tienen la calidad de empleados públicos, en razón a que ellos pueden acordar las condiciones de su empleo, pero a través de la negociación colectiva. Por ende, a pesar de haber una convención colectiva vigente esta sólo es de recibo a los trabajadores oficiales quienes, como se resalta previamente, pueden pactar sus condiciones laborales, salariales o prestacionales.

NATURALEZA DEL CONCEPTO

Este concepto lo emitimos en los términos y con los alcances dados por el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y Ley 1437 de 2011.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web www.funcionpublica.gov.co/eva, en el botón web *Gestor Normativo* puede consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

Adicionalmente, en la web <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html> encuentra la normativa expedida por el Gobierno Nacional con relación a la emergencia sanitaria causada por el COVID-19.

Cordialmente,

ARMANDO LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Angélica Guzmán Cañón

Revisó: Harold Israel Herreño Suarez

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

«Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo».

«Decreto Único Reglamentario del Sector Función Pública».

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

«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 el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones».

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:21:37