



Concepto 133571 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000133571

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000133571

Fecha: 01/04/2022 05:43:21 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: CONVENCION COLECTIVA ¿Qué prima más un pacto o convención colectiva o las disposiciones de una Ley?. Radicación No. 20229000109412 del 4 de marzo de 2022.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta qué prima más un pacto o convención colectiva o las disposiciones de una Ley, me permito manifestarle lo siguiente:

Es preciso tener en cuenta que, las reglas para adelantar la negociación entre las entidades u organismos públicos y los sindicatos de empleados públicos, así como las materias objeto de negociación, se encuentran previstas en el Decreto [1072](#) de 2015¹, que frente al particular establece lo siguiente:

ARTÍCULO 2.2.2.4.2. Reglas de aplicación del presente capítulo. Son reglas de aplicación de este capítulo, las siguientes:

1. El respeto de la competencia constitucional y legal atribuida a las entidades y autoridades públicas: la negociación debe respetar las competencias exclusivas que la Constitución Política y la ley atribuyen a las entidades y autoridades públicas.
2. El respeto al presupuesto público o principio de previsión y provisión presupuestal en la ley, ordenanza o acuerdo para la suscripción del o los acuerdos colectivos con incidencia económica presupuestal, teniendo en cuenta el marco de gasto de mediano plazo, la política macroeconómica del Estado y su sostenibilidad y estabilidad fiscal.
3. Una sola mesa de negociación y un solo acuerdo colectivo por entidad o autoridad pública.”

“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." (Subrayas fuera de texto)

De acuerdo con lo anterior, es claro que las negociaciones que se surtan entre las organizaciones sindicales de los empleados públicos y las entidades u organismos del Estado se deberán respetar las competencias exclusivas que la Constitución Política y la ley atribuyen a las entidades y autoridades públicas.

Así las cosas, es preciso insistir en que las entidades públicas no tienen facultad de crear elementos salariales o prestacionales, toda vez que de conformidad con lo dispuesto en el literal e) del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política, se establece como una función del Presidente de la República el fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso de la República y de la Fuerza Pública.

En desarrollo del anterior postulado Constitucional, se expidió la Ley 4 de 1992, mediante la cual el Gobierno Nacional fija el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos de la Rama Ejecutiva Nacional, los empleados del Congreso de la República, la Rama Judicial, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la Organización Electoral, la Contraloría General de la República; los miembros del Congreso y los miembros de la Fuerza Pública.

De lo anterior, se colige que la competencia para fijar el régimen salarial y prestacional es exclusiva del Presidente de la República, sin que otras autoridades puedan abrogarse dicha facultad.

De acuerdo con lo expuesto, es claro que en materia prestacional las entidades públicas 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, para tal efecto se expidió el Decreto Ley 1045 de 1978, en el que se establecen las prestaciones sociales a favor de los empleados públicos, por consiguiente, en criterio de esta Dirección Jurídica, no se considera viable que las entidades públicas dentro del acuerdo laboral pacten situaciones distintas a las contempladas en la norma y comprometan el presupuesto público en situaciones contrarias a lo previsto en el ordenamiento jurídico.

Por otro lado, a diferencia de los empleados públicos, los trabajadores oficiales tienen una relación contractual con la Administración, que les permite negociar sus condiciones laborales. Sobre el particular, el tratadista Diego Younes Moreno, en su libro Derecho Administrativo Laboral, expresa lo siguiente:

"La modalidad contractual laboral otorga a quien por ella se vincula a la Administración el carácter de trabajador oficial y se traduce en un contrato de trabajo que regula el régimen del servicio que se va a prestar, permitiendo obviamente la posibilidad de discutir las condiciones aplicables". (Subrayado fuera del texto)

De lo anterior y lo dispuesto en la norma legal sobre la materia, se deduce que el tipo de vinculación de los trabajadores oficiales es de carácter contractual y está reglamentada en la Ley 6ª de 1945 y el Decreto 1083 de 2015. Aunque las condiciones laborales se pactan en el contrato de trabajo, es pertinente tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 2.2.30.3.5 del Decreto 1083 de 2015, que al respecto indica:

"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 lo anterior se deduce que, dentro de las condiciones de trabajo se consideran incorporadas las cláusulas de las Convenciones Colectivas o Fallos Arbitrales y las normas del Reglamento Interno de Trabajo, siempre que sean más beneficiosas para el trabajador.

Por lo anterior, tratándose de trabajadores oficiales, la modalidad de vinculación es la contractual laboral, que se traduce en un contrato de trabajo que regula el régimen del servicio que se va a prestar, permitiendo la posibilidad de discutir las condiciones aplicables. Los elementos salariales de los trabajadores oficiales son los que mediante consenso acuerdan las partes (empresa, trabajador) en convenciones colectivas, pactos colectivos o contrato de trabajo.

La Corte Constitucional en Sentencia [C-314](#) de 2004, Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, al resolver sobre la constitucionalidad de los artículos 16 y 18 del Decreto [1750](#) de 2003, “por el cual se escinde el Instituto de Seguros Sociales y se crean Empresas Sociales de Estado” señaló en torno al derecho de presentar convenciones colectivas, lo que a continuación se transcribe:

“(…) También es sabido que mientras los empleados públicos se vinculan a la administración a través de una relación legal y reglamentaria, los trabajadores oficiales lo hacen mediante contrato de trabajo que se rige por normas especiales. Consecuencia de dicha diferenciación es que, bajo la legislación actual, los trabajadores oficiales están autorizados para negociar convenciones colectivas de trabajo, destinadas a mejorar los privilegios mínimos consignados en la ley, mientras que los empleados públicos no poseen tal privilegio, no obstante estar autorizados para conformar sindicatos.

Esta regulación fue estudiada en su momento por la Corte Constitucional, cuando el Tribunal declaró exequible el artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo que precisa:

"ARTÍCULO. 416. LIMITACIÓN DE LAS FUNCIONES. Los sindicatos de empleados públicos no pueden presentar pliegos de peticiones ni celebrar convenciones colectivas, pero los sindicatos de los demás trabajadores oficiales tienen todas las atribuciones de los otros sindicatos de trabajadores, y sus pliegos de peticiones se tramitarán en los mismos términos que los demás, aun cuando no puedan declarar o hacer huelga".

En la sentencia correspondiente ([C-110](#) de 1994) la Corte explicó los alcances de la norma laboral y señaló que la restricción impuesta a los sindicatos de empleados públicos consistente en la imposibilidad de presentar pliegos de peticiones destinados a celebrar convenciones colectivas de trabajo no era contraria a la Carta Política, pues en dicha prohibición residía una garantía invaluable para la preservación de los intereses públicos: la integridad y continuidad del servicio. Dijo así la providencia en cita:

La restricción consagrada en la norma para los sindicatos de empleados públicos, sobre presentación de pliegos de peticiones y celebración de convenciones colectivas, tiene sustento en el artículo 55 de la Constitución, que garantiza el derecho de negociación colectiva para regular relaciones laborales, con las excepciones que señale la ley. La que se considera es una de tales excepciones, establecida en norma con fuerza material legislativa.

Obviamente, si los empleados públicos no pueden presentar pliegos de peticiones ni celebrar convenciones colectivas, tampoco pueden declarar ni hacer huelga, lo cual resulta apenas lógico si se tiene en cuenta el vínculo legal y reglamentario existente entre ellos y el Estado. Si pudieran entrar en huelga paralizarían la función pública correspondiente y atentarían contra el interés colectivo, que debe prevalecer según el artículo 1º de la Constitución. La continuidad en el ejercicio de sus funciones resulta esencial para el funcionamiento del Estado. Únicamente bajo esa perspectiva puede garantizarse el logro de los fines estatales a que se refiere el artículo 2º de la Carta. (Sentencia [C-110](#) de 1994 M.P. José Gregorio Hernández Galindo)

La restricción consagrada en la norma para los sindicatos de empleados públicos, sobre presentación de pliegos de peticiones y celebración de convenciones colectivas, tiene sustento en el artículo 55 de la Constitución, que garantiza el derecho de negociación colectiva para regular relaciones laborales, con las excepciones que señale la ley. La que se considera es una de tales excepciones, establecida en norma con fuerza material legislativa. (Sentencia [C-110](#) de 1994, M.P. José Gregorio Hernández Galindo)

(...)"

Por su parte, la sala de consulta del Consejo de Estado², consideró que las convenciones colectivas que extienden beneficios a empleados públicos son inaplicables por contrariar los artículos 150, numeral 19, literal e y 189, numeral 14 de la Constitución, así que debe acatarse el precepto contenido en el artículo 4 de la Carta Política, según el cual, en caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley u otra norma jurídica – la convención colectiva y los actos administrativos son normas jurídicas-, se deben aplicar las disposiciones constitucionales, sin perjuicio de la responsabilidad de que trata el artículo 6º *ibidem*, por infringir el estatuto superior y las leyes y por omisión o extralimitación de los servidores públicos.

La inaplicación de los beneficios salariales y/o prestacionales para empleados públicos, pactados por convención colectiva, conlleva a que los ordenadores del gasto de las entidades públicas se abstengan de efectuar dichos pagos. La inaplicación se entiende que produce efectos hacia el futuro.

Resalta la Sala que el convenio No. 151 de 1978 de la OIT, en su artículo 7° dispone que los Estados deben adoptar “medidas adecuadas a las condiciones nacionales para fomentar el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados públicos”, luego dicho convenio no obliga a darle igualdad de negociación a los empleados públicos frente a los demás trabajadores sindicalizados, lo que permite concluir que el hecho de que los empleados públicos no puedan suscribir convenciones colectivas (artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo) no es contrario a nuestra Constitución, ni al convenio 151 de 1978 de la OIT.

De acuerdo con lo expuesto, se colige que, a diferencia de los empleados públicos, los trabajadores oficiales se vinculan mediante la suscripción de un contrato de trabajo, lo que deriva en la posibilidad de negociar sus condiciones de trabajo mediante la suscripción de convenciones colectivas.

Por tanto y dando respuesta a su interrogante, esta Dirección Jurídica considera que no es viable que mediante negociación colectiva o convención colectiva se desmejoren las situaciones laborales de los empleados públicos o trabajadores oficiales.

Si bien es cierto mediante la convención colectiva se pueden acordar nuevas y mejores condiciones laborales, también lo es que las contenidas en el Decreto Ley 1045 de 1978, deben ser tenidas como un mínimo a favor de los trabajadores oficiales, según se dispone en el artículo 4 de mencionada norma, en consecuencia, no produce efecto alguno cualquier estipulación que afecte o desconozca este mínimo de derechos y garantías.

Para mayor 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 [/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.

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyecto: Sandra Barriga Moreno

Revisó: Harold Herreño

Aprobó: Dr. Armando López Cortes

11.602.8.4

¹“Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo.”

²Concepto radicado con el No 1355 del 10 de junio de 2001. Sala de Consulta y servicio Civil del Consejo de Estado. C.P. Dr. Luís Camilo Osorio Isaza.

Fecha y hora de creación: 2024-07-20 23:06:56