



Función Pública

Concepto 72811 de 2018 Departamento Administrativo de la Función Pública

20186000072811

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20186000072811

Fecha: 08/03/2018 11:52:20 a.m.

Bogotá D.C.

REF: EMPLEO. Naturaleza del cargo de Jefe de Contabilidad y Presupuesto - METROPARQUES E.I.C.E. RAD. 20182060037192 del 29 de enero de 2018.

En atención a la comunicación de la referencia, me permito dar respuesta a la misma en los siguientes términos:

ANTECEDENTES

Señala en su consulta que ingresó a la Corporación Recreativa Metropolitana de Medellín – METROPARQUES, en el cargo de cajera general – secretaria auxiliar, mediante contrato individual de trabajo y posteriormente, en 2001 fue designada como contadora de la Corporación.

Manifiesta que mediante el Decreto 177 de 2002, METROPARQUES se convirtió en Empresa Industrial y Comercial del municipio y su cargo se clasificó como de trabajadora oficial, en razón a que los únicos cargos de empleados públicos eran los de gerente general, gerentes auxiliares y control interno.

En el año 2003 fue ascendida al cargo de jefe de contabilidad y presupuesto, nivel ejecutivo, grado 01, y continuó con la calidad de trabajadora oficial.

En 2010, mediante Resolución 001 de Junta Directiva se modificaron los estatutos de METROPARQUES E.I.C.E y en el capítulo V, relativo a los funcionarios y su clasificación, se estableció que dentro de los empleos que cumplen funciones de dirección, confianza y manejo, los cuales deben ser desempeñados por empleados públicos, se encuentran los Jefes de Unidad. Posteriormente, en 2015, a través de Resolución 001 la Junta Directiva de METROPARQUES EICE, modifica nuevamente los estatutos de la empresa y en el capítulo V, relativo a la clasificación de los funcionarios, establece nuevamente que los jefes de unidad tienen la calidad de empleados públicos.

Aduce que METROPARQUES siempre le dio la calidad de trabajadora oficial, según consta en las certificaciones laborales, incentivos educativos y

permisos para estudios, entre otros documentos que adjunta y que, en tal virtud siempre se benefició de la convención colectiva de la empresa. Esta situación cambió en mayo de 2017, cuando a raíz de la solicitud efectuada por usted para que se le pagara la prima de antigüedad establecida en la convención colectiva, la misma le fue negada en razón a que, mediante comunicación de mayo 30 de 2017, se le informó que en virtud del análisis jurídico efectuado sobre su condición laboral en la empresa, se llegó a la conclusión de que la naturaleza jurídica del cargo que ostenta es la de empleado público y no de trabajador oficial, razón por la cual no puede continuar beneficiándose de la convención colectiva de trabajo establecida para los trabajadores oficiales.

Así mismo, adjunta las solicitudes posteriores que ha efectuado sobre el particular y las respuestas dadas por la empresa, en las que se le reitera su condición de empleada pública.

ANÁLISIS

Con fundamento en los antecedentes expuestos y para efectos dar respuesta a su consulta, relacionada con la naturaleza jurídica de su cargo, me permito manifestarle lo siguiente:

1. Es necesario precisar que el régimen jurídico laboral de las empresas industriales y comerciales del Estado, se encuentra establecido en el artículo 5 del Decreto Ley 3135 de 1968, el cual señala:

“ARTÍCULO 5°. EMPLEADOS PÚBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES. <Aparte entre paréntesis declarado INEXEQUIBLE> Las personas que prestan sus servicios en los Ministerios Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. (En los estatutos de los establecimientos Públicos se precisará que actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo).

Las personas que prestan sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos. (Subrayado fuera de texto)

De conformidad con lo anterior puede afirmarse que, por regla general, la clase de vínculo de quienes prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado, es la de trabajadores oficiales. El trabajador oficial se vincula mediante un contrato de trabajo que regula el régimen del servicio que va a prestar, permitiendo la posibilidad de discutir las condiciones aplicables, las cuales están regidas por normas especiales que consagran un mínimo de derechos laborales.

Conforme lo dispone el artículo 2.2.30.3.5 del Decreto 1083 de 2015,¹ *“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.”*

Por lo tanto, los trabajadores oficiales en sus relaciones laborales se rigen por el contrato individual de trabajo, por la convención colectiva y el reglamento interno de trabajo. De igual forma, y en caso de que no se acuerde entre las partes aspectos básicos de la relación laboral, es posible acudir a la Ley 6 de 1945, al Decreto 1083 de 2015 y demás normas que los modifican o adicionan.

Los empleados públicos, por el contrario, se encuentran vinculados mediante una relación legal y reglamentaria, que se formaliza a través del acto de nombramiento y la correspondiente posesión del empleado; es legal y reglamentaria porque su régimen se encuentra establecido por la ley o por reglamentos válidos, que no pueden ser modificados sino por normas de la misma jerarquía de aquellas que las crearon. Los requisitos, funciones, jornada laboral, remuneración y prestaciones, situaciones administrativas, evaluación de desempeño, bienestar, estímulos, capacitación, causales de retiro y responsabilidad disciplinaria se encuentran determinados en el manual de funciones o en la ley.

El régimen que aplica a estos empleados es de derecho público y las controversias de carácter laboral están sometidas a la jurisdicción contencioso administrativa.

Para el caso de las empresas industriales y comerciales del estado, es pertinente señalar que toda vez que, de conformidad con la ley, son empleados públicos quienes desempeñan las actividades de dirección y confianza establecidas en los estatutos, debe precisarse que estos empleados tienen la calidad de libre nombramiento y remoción, de acuerdo con la clasificación establecida en el artículo 5 de la ley 909 de 2004, según el cual:

ARTÍCULO 5. Clasificación de los empleos. Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera administrativa, con excepción de:

(...)

2. Los de libre nombramiento y remoción que correspondan a uno de los siguientes criterios:

a) Los de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices así:

(...)

En la Administración Descentralizada del Nivel Territorial:

Presidente; Director o Gerente; Vicepresidente; Subdirector o Subgerente; Secretario General; Jefes de Oficinas Asesoras de Jurídica, de Planeación, de Prensa o de Comunicaciones y Jefes de Control Interno y Control Interno Disciplinario o quien haga sus veces;

b) Los empleos cuyo ejercicio implica especial confianza, que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, que estén al servicio directo e inmediato de los siguientes funcionarios, siempre y cuando tales empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despachos así:

(...)

En la Administración Descentralizada del Nivel Territorial:

Presidente, Director o Gerente;

c) Los empleos cuyo ejercicio implica la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado;

2.- En el presente caso, de la documentación anexa a la consulta, se desprende lo siguiente:

a) La empresa Corporación Recreativa Metropolitana de Medellín, "METROPARQUES" fue conformada por acta del 8 de mayo de 1982, con personería jurídica concedida por la Gobernación de Antioquia, y con participación del municipio de Medellín, Camacol, Andi, Cámara de Comercio de Medellín y Coldeportes Antioquia.

b) Mediante Decreto 177 de 2002, expedido por el Alcalde de Medellín, METROPARQUES se transformó en Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden municipal, dotada de autonomía administrativa, financiera y patrimonio propio. En el capítulo IV, "DE LOS EMPLEADOS" se establece:

"ARTÍCULO 16. Clasificación.- Las personas que presten sus servicios en la empresa, son trabajadores oficiales; menos los siguientes cargos que cumplen funciones de dirección, confianza y manejo los cuales deben ser desempeñados por personas que tengan la calidad de empleados públicos:

Gerente general

(...)

Gerentes Auxiliares

(...)

Control Interno

(...) (Subrayas fuera de texto)

c) Con Resolución 001 de octubre de 2010, la Junta Directiva modifica sus estatutos, y el Capítulo V, "De Los Funcionarios" se establece:

"ARTÍCULO 22. CLASIFICACIÓN

Las personas que presten sus servicios en la empresa, son trabajadores oficiales; menos el cargo de Gerente y los siguientes cargos que cumplen funciones de dirección, confianza y manejo los cuales deben ser desempeñados por personas que tengan la calidad de empleados públicos:

Gerentes Auxiliares

(...)

Control Interno

(...)

Secretaria General

(...)

Jefes de Unidad

Función: Servir de apoyo al Gerente General y gerentes Auxiliares para el cumplimiento del objeto, misión y visión de la empresa". (Subrayas fuera de texto)

d) A través de Resolución 001, de septiembre de 2015, la Junta directiva modifica los estatutos de METROPARQUES y en el artículo 22 reproduce la misma clasificación establecida en la Resolución 001 de 2010, incluyendo dentro de los empleos que cumplen funciones de dirección, confianza y manejo a los Jefes de Unidad.

De las disposiciones anteriores se infiere que el cargo de Jefe de Unidad de METROPARQUES E.I.C.E., que tenía la naturaleza de cargo desempeñado por trabajador oficial, se transformó en cargo desempeñado por empleado público de libre nombramiento y remoción, a partir de la expedición de la Resolución 001 de 2010 de la Junta Directiva, naturaleza jurídica que conserva a la fecha de hoy.

3.- Ahora bien, en relación con la extensión de los beneficios de la convención colectiva a los empleados públicos, 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:

"ART. 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 1 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 2 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) (...)"

Ahora bien, respecto del tema que se analiza, esta Dirección en Concepto de 2006, señaló:

“Frente a los beneficios establecidos en la convención colectiva de trabajo, es necesario precisar que ésta sólo es aplicable a los trabajadores oficiales y no es aplicable a aquellos empleados públicos que se hayan acogido a ella, sin importar que su vinculación se haya dado con anterioridad o posterioridad a la expedición de la Ley 10 de 1990. Sobre el particular en concepto con radicación interna No.14361 de 2003, esta oficina jurídica señaló:

“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 6 ibídem, 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.”

Al respecto, es importante tener en cuenta el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia con Radicación No. 36397 de fecha 16 de marzo de 2010, Magistrado Ponente: Gustavo José Gnecco Mendoza:

“(…)

“El artículo 467 del C.S. del T., al referirse a la convención colectiva de trabajo, dispone que ésta se celebra entre uno o varios patronos o asociaciones patronales, por una parte, y uno o varios sindicatos o federaciones sindicales de trabajadores, por otra, para fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia.

“Como puede verse, dicha norma se refiere expresamente a contratos de trabajo, y es sabido que a la administración pública bajo esa modalidad, únicamente son vinculados los trabajadores oficiales, mas no los empleados públicos, que tienen con ella una relación establecida por ley o por reglamentos, que no se pueden modificar sino por preceptos de la misma jerarquía.

“Reafirma lo anterior, el artículo 416 del mismo estatuto, al preceptuar, en la parte que interesa, que “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 otros sindicatos de trabajadores, y sus pliegos de peticiones se tramitarán en los mismos términos que los demás,...” (Resalta y subraya la Sala).

“Siendo ello así, obviamente los empleados públicos, tampoco podrían beneficiarse de dichos acuerdos colectivos, por extensión que en ellos se les haga.

(…)

“En este orden de ideas, es claro que los sindicatos de empleados públicos no tienen la posibilidad legal de generar un conflicto colectivo para entrar a discutir a través de un proceso de negociación colectiva incrementos salariales o cualesquiera otros beneficios relativos a la situación laboral de sus afiliados, toda vez que la fijación del régimen salarial y prestacional de éstos a nivel nacional se encuentra atribuida expresamente por la Constitución al Congreso de la República (ordinal e del numeral 19 del artículo 150) y al Presidente de la República en el

evento del numeral 14 del artículo 189 *ibidem*; y, en el ámbito territorial, a las Asambleas Departamentales y a los Concejos Municipales (numeral 7 del artículo 300 y numeral 6 del artículo 313 de la Constitución), ora a los Gobernadores y Alcaldes en las precisas circunstancias previstas en los artículos 305 (numeral 7) y 315 (numeral 7) de la misma Carta.

(...)

“Por tanto y no obstante que desde la Ley 50 de 1990 (art. 58) es posible la constitución de sindicatos mixtos, que agrupen empleados públicos y trabajadores oficiales, aún la ley no ha establecido un mecanismo para que se lleve a efecto la negociación del pliego de peticiones de los trabajadores oficiales, al unísono con las “solicitudes respetuosas” que hasta ahora pueden presentar los empleados públicos que no solamente por norma general son empleados de carrera y por lo tanto sujetos a regímenes especiales en distintos aspectos, sino que además tienen expresa prohibición legal de presentar pliegos de peticiones y de firmar convenciones colectivas de trabajo. (Art. 416 C.S.T.).”

(...)

Finalmente, debe la Corte precisar que si el demandante legalmente no podía presentar a su empleador oficial un pliego de peticiones ni, por tanto, celebrar una convención colectiva de trabajo, forzoso es concluir que tampoco podían extenderse los beneficios del convenio colectivo suscrito por los trabajadores oficiales del municipio, pues la extensión a terceros de que trata el artículo 471 del Código Sustantivo del Trabajo debe ser armonizada con la restricción establecida en el artículo 416 de ese estatuto y, por ello, entenderse que su aplicación parte del supuesto de que los trabajadores que puedan verse beneficiados por la ampliación de la convención colectiva estén legalmente habilitados para suscribir una, pues no tendría ningún sentido que, por la vía de la utilización de esa prerrogativa, se encuentre un mecanismo para burlar la prohibición contenida en el artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo, que, en esencia, lo que busca es que los empleados públicos no puedan resultar beneficiados de los derechos consagrados en una convención o pacto colectivos de trabajo.” (...)(Subrayado fuera de texto)

Conforme con la jurisprudencia expuesta, es claro que los empleados públicos no pueden beneficiarse de las convenciones colectivas de trabajo y los derechos y garantías allí consagradas para los trabajadores oficiales no son extensivas para ellos, aún en el evento de que los empleados públicos se encuentren afiliados al sindicato con el respectivo aporte económico.

CONCLUSION

Cabe concluir, en concepto de esta Dirección Jurídica y de acuerdo con la información contenida en los documentos allegados con su comunicación, que en la actualidad ostenta la calidad de empleada pública de libre nombramiento y remoción, naturaleza que adquirió a partir de la expedición de la Resolución 001 de octubre de 2010, de la Junta Directiva de METROPARQUES E.I.C.E., cuando el cargo de Jefe de Unidad se transformó en un cargo de dirección y confianza en virtud de la clasificación efectuada por la Junta en los estatutos de la entidad.

Al respecto, es necesario señalar, en criterio de esta Dirección que, en su momento, cuando se dio el cambio de trabajador oficial a empleado público, es decir, en octubre de 2010 con la expedición de la Resolución 001 por parte de la Junta Directiva, la Empresa debió haber dado por terminado el contrato de trabajo que se encontraba vigente, pagar la correspondiente indemnización de acuerdo con el contrato de trabajo, la convención colectiva, el pacto colectivo, laudo arbitral o reglamento interno, según corresponda, y efectuar el nombramiento ordinario conforme lo dispone la ley respecto a la provisión de empleos públicos, con su correspondiente acta de posesión.

Así mismo, es importante señalar que no es posible continuar percibiendo los beneficios de la convención colectiva de trabajo de METROPARQUES, toda vez que los mismos no son extensivos para los empleados públicos, quienes se rigen por las normas salariales y prestacionales establecidas por la ley para ellos.

Para mayor información respecto a temas del empleo público, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos relacionados con el tema objeto de su consulta, 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,

JOSE FERNANDO CEBALLOS ARROYAVE

Asesor con funciones de la Dirección Jurídica

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Decreto Único Reglamentario del Sector Función Pública

2 Concepto radicado con el No 1355 del 10 de junio de 2001. Sala de Co

AOA/JFCA

12602.8.4

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 06:58:30