



Concepto 054241 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000054241

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000054241

Fecha: 16/02/2021 02:21:15 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: CONVENCIÓN COLECTIVA. Beneficiarios. Extensión de beneficios. Radicado: 20219000021972 del 17 de enero de 2021.

En atención a la comunicación de la referencia, solicita usted, en ejercicio del derecho de petición que le sean resueltas las siguientes preguntas:

"1.- ¿Los trabajadores con contrato a término definido tiene a ser afiliados al sindicato, como trabajadores oficiales y pueden beneficiarse de la convención colectiva que se encuentra vigente?

2.- ¿Estos trabajadores que han laborado con OPS, a lo largo de 7 años consecutivos, deben de ser nombrados en propiedad como trabajadores oficiales de la empresa?

3.- Estos trabajadores siempre han tenido un salario muy inferior al pactado convencionalmente y ningún otro derecho convencional, entonces ¿Pueden estos trabajadores reclamar sus derechos laborales, pactados en la Convención Colectiva, durante los tiempos que laboraron con OPS y con Contrato a Término Definido?

4.- En caso de ser positivas estas repuestas ¿cuál es el camino que deberán de tomar estos trabajadores para reivindicar sus derechos? ¿Ante quien se debe denunciar estos hechos? ¿Les asiste algún tipo de responsabilidad a los directivos de la Empresa que no han cumplido la normatividad?"

I. FUNDAMENTOS DEL CONCEPTO

La respuesta a los interrogantes planteados tendrá en cuenta los siguientes referentes normativos, conceptuales y jurisprudenciales:

Sobre el particular es preciso señalar que, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016. Este Departamento Administrativo tiene

como objeto el fortalecimiento de las capacidades de los servidores públicos y de las entidades y organismos del Estado. Su organización y funcionamiento, el desarrollo de la democratización de la gestión pública y el servicio al ciudadano. Mediante la formulación, implementación, seguimiento y evaluación de políticas públicas, la adopción de instrumentos técnicos y jurídicos, la asesoría y la capacitación.

Por lo tanto, es importante precisar que las competencias relativas a establecer las directrices jurídicas para la aplicación de las normas. Guardan directa relación con la interpretación general de aquellas expresiones que ofrezcan algún grado de dificultad en su comprensión o aplicación. Sin que tales atribuciones comporten, de manera alguna, la definición de casos particulares que se presenten al interior de las diferentes entidades, ni tiene competencia para emitir concepto sobre los actos administrativos o determinaciones proferidas por las mismas.

Así las cosas, y en respuesta a su comunicación, nos referiremos a las diferencias entre trabajadores oficiales y contratistas por orden de prestación de servicios. Y, a los beneficiarios de la convención colectiva, en los siguientes términos:

El artículo 123 de la Constitución Política, consagra:

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. (Destacado nuestro)

De acuerdo con lo anterior, los servidores públicos que prestan sus servicios al Estado, pueden clasificarse como miembros de las corporaciones públicas, empleados y trabajadores del Estado. El artículo 5 del Decreto Ley 3135 de 1968 establece las entidades que por su naturaleza se conforman por trabajadores oficiales, así:

ARTICULO 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. (Destacado nuestro)

Para mayor ilustración, el trabajador oficial suscribe un contrato de trabajo para desarrollar actividades que realizan o pueden realizar ordinariamente los particulares, entre otras, labores de construcción y sostenimiento de obras públicas (D.L. 3135/68). Su régimen jurídico, en principio, de derecho común, y los conflictos laborales son de competencia de los jueces laborales. En este entendido, la relación contractual de los trabajadores oficiales es reglada por la Ley 6^a de 1945 y el Decreto 1083 de 2015; razón por la cual, las condiciones laborales con las cuales se incorporan son aquellas establecidas 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 acuerdo a los apartes señalados, dentro de las condiciones laborales que pueden ser pactadas se tendrán en cuenta aquellas previstas 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. Al respecto, la Ley 6 de 1945 define la convención colectiva, en su artículo 46, como:

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 llegue 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. (Destacado nuestro)

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.

Igualmente, el Código Sustantivo del Trabajo referente al cumplimiento de la convención colectiva de trabajo, estipula:

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 entraña. (Destacado fuera de texto)

Frente al particular, la Corte Constitucional en Sentencia C- 902 de 2003, expresó:

Entendida así la convención colectiva, puede decirse que se trata de un acto jurídico de forzoso cumplimiento entre quienes lo suscriben, es decir, entre quienes se encuentra ligados por una relación laboral, so pena de incurrir en responsabilidad por su incumplimiento, según lo dispone el artículo 468 del Código Sustantivo del Trabajo. Esto es, se encuentran obligados tanto el empleador como los trabajadores, como quiera que se trata del cumplimiento de convenios que resultan de una negociación colectiva, en los cuales se establecen las condiciones rectoras de los contratos de trabajo que continúan en cabeza de cada uno de los afiliados hasta la terminación del contrato, evento en el cual desaparece la responsabilidad. [...]

Aunado a lo anterior, la oficina jurídica del Ministerio del Trabajo, mediante concepto número 222182 del 23 de diciembre de 2014, concluyó:

Teniendo en cuenta lo expuesto, esta Oficina estimaría que cuando una Convención colectiva de trabajo se encuentra vigente en todas sus partes en condiciones económicas normales, el Empleador se encontraría obligado a cumplir con lo allí pactado. Lo anterior, en tanto una vez es signada por el Empleador y la(s) correspondiente(s) organización(es) sindical(es), es de obligatorio cumplimiento para ambas partes, pues, en caso de incumplimiento enfrentarían la sanción establecida en el artículo 468 del Código Sustantivo del Trabajo, que reza:

"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".

De modo que al encontrarse vigente una Convención Colectiva de Trabajo, ésta 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.

Como quiera que la convención colectiva es un acuerdo de voluntades a través del cual, los trabajadores oficiales y sus empleadores tiene la facultad de fijar las condiciones laborales que regirán durante su vigencia laboral; la misma, además, fija la fecha en que entrará en vigor, el plazo de duración, las causas y modalidades de su prórroga, su desahucio o denuncia y la responsabilidad de las partes en caso de incumplimiento. Es importante precisar esta es obligatoria para las partes que en ella intervienen, mientras esté vigente.

A diferencia de los trabajadores oficiales, se encuentran los contratistas por orden de prestación de servicios quienes se rigen por las disposiciones de la Ley 80 de 1993¹. Al respecto el artículo 32 define los contratos estatales, como:

ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

(...)

3o. Contrato de Prestación de Servicios. Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable. (...) (Subrayado fuera de texto).

Las personas vinculadas mediante contrato de prestación de servicios no se encuentran dentro de una relación laboral, en ese sentido no son considerados servidores públicos, sino particulares que cumplen funciones públicas. Ellos, además, perciben honorarios, previamente pactados en el contrato, los cuales, no generan ningún tipo de elemento salarial o prestacional. A diferencia de, los trabajadores oficiales quienes perciben salario "entendido no sólo como la remuneración ordinaria, fija o variable sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación o retribución directa y onerosa del servicio, y que ingresan real y efectivamente a su patrimonio, es decir, no a título gratuito o por mera liberalidad del empleador, ni lo que recibe en dinero, en especie no para su beneficio ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, ni las prestaciones sociales, ni los pagos o suministros en especie, conforme lo acuerden las partes, ni los pagos que según su naturaleza y por disposición legal no tienen carácter salarial, o lo tienen en alguna medida para ciertos efectos, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales, acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando por disposición expresa de las partes no tienen el carácter de salario, con efectos en la liquidación de prestaciones sociales". (H. Corte Constitucional, sentencia C-521 de 1995).

II. RESPUESTA A LAS PREGUNTAS OBJETO DE LA SOLICITUD DE CONCEPTO

Con fundamento en los criterios y disposiciones damos respuesta a sus interrogantes, no sin antes reiterar que este Departamento

Administrativo omite efectuar pronunciamientos de actos de carácter particular, como es el caso de la convención colectiva objeto de este concepto. Por tanto, únicamente realizamos interpretaciones a las normas o a la jurisprudencia. En este entendido procedemos a absolver sus interrogantes en el mismo orden en que se formularon:

1. *¿Los trabajadores con contrato a término definido tiene a ser afiliados al sindicato, como trabajadores oficiales y pueden beneficiarse de la convención colectiva que se encuentra vigente?*

La convención colectiva define si los trabajadores oficiales que suscribieron contrato a término definido, con posterioridad al pacto de la misma, tienen derecho a acceder a sus beneficios mientras se encuentre vigente.

2. *¿Estos trabajadores que han laborado con OPS, a lo largo de 7 años consecutivos, deben de ser nombrados en propiedad como trabajadores oficiales de la empresa?*

Se omite la respuesta a este interrogante por cuanto, como se anotó a lo largo de este concepto, este Departamento Administrativo no tiene competencia para pronunciarse sobre situaciones particulares ocurridas al interior de cada una de las entidades.

3. *Estos trabajadores siempre han tenido un salario muy inferior al pactado convencionalmente y ningún otro derecho convencional, entonces ¿Pueden estos trabajadores reclamar sus derechos laborales, pactados en la Convención Colectiva, durante los tiempos que laboraron con OPS y con Contrato a Término Definido?*

Los contratistas por orden de prestación de servicios (OPS) reciben honorarios según la actividad realizar y de acuerdo al tiempo previamente pactado en el contrato suscrito; sin que, por este hecho, haya lugar a percibir salarios o prestaciones. Por tanto, el tiempo como contratista no configura una relación laboral que le permita ser beneficiario de la convención colectiva, toda vez que esta es un instrumento definido sólo para los trabajadores oficiales.

4. *En caso de ser positivas estas repuestas ¿cuál es el camino que deberían de tomar estos trabajadores para reivindicar sus derechos? ¿Ante quien se debe denunciar estos hechos? ¿Les asiste algún tipo de responsabilidad a los directivos de la Empresa que no han cumplido la normatividad?*

Frente a este punto, nos acogemos a la respuesta dada en el interrogante número 2. En el entendido, de la no competencia para pronunciarnos sobre los casos particulares o para determinar si se configura algún tipo de responsabilidad para los directivos de la EICE.

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 link «Gestor Normativo» donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

Adicionalmente, en el link <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html> encuentra la normativa que ha emitido 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: José Fernando Ceballos Arroyave

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

1. «Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública»

Fecha y hora de creación: 2026-01-30 12:17:24