

EMPLEADOS PÚBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES: UN CONCEPTO ANÁLOGO A LA LUZ DEL ORDENAMIENTO LEGAL COLOMBIANO VIGENTE.

“PUBLIC EMPLOYEES AND OFFICIAL WORKERS: AN ANALOGOUS CONCEPT THROUGH LEGAL COLOMBIAN REGULATION IN FORCE”

Mg. (c) Julián Fernando Perilla Zamudio*

Fecha de entrega: 28-02-2013
Fecha de Aprobación: 24-04-2013

“.....administrar no es cosa de oprimir un botón, tirar de una palanca, dar órdenes, estudiar estados de pérdidas y ganancias, promulgar leyes y reglamentos. Administrar es mas bien tener la facultad de determinar lo que vaya a ocurrir con las personas y la forma al destino de una nación y al de todas las naciones que forman el mundo”.
(Dimock, 1967)

RESUMEN**

La Asamblea Nacional Constituyente de 1991 (Martínez Dalmau, 2008) dedicó un capítulo al tema de la función pública, siendo la primera vez en la historia de la nación colombiana que se eleva a mandato superior, con tanto detalle, un tema de vital importancia para la vida de los colombianos, la consolidación del Estado y la modernización de la administración pública.

Con base en el esquema del Derecho Administrativo, que define la actividad de la administración en servicios públicos y actos administrativos en sentido estricto, existe la regulación de la organización de la relación entre el Estado y sus servidores, como un régimen distinto del derecho al trabajo, mediante el concepto de empleo público. Por ello, se inicia presentado el concepto y la clasificación de los servidores públicos; luego se hace un análisis detallado del empleo público, ya que éste determina características esenciales del Servidor Público que lo desempeña; de tal manera que el estudio se centra en el tratamiento jurídico frente a dos categorías especiales que de allí se derivan y atienden al Empleado Público y al Trabajador Oficial de tal forma que se presentarán como conceptos idénticos a la luz del ordenamiento legal vigente, teniendo presente normatividad que refiere desde la Ley 411 de 1997, hasta la expedición del reciente Decreto 1092

* *Esp. Abogado Investigador auxiliar. Universidad Santo Tomás, seccional Tunja. Proyecto de investigación: Responsabilidad Médica. Semillero en Estudios sobre Derecho Administrativo y responsabilidad del Estado. Grupo de Investigaciones Socio – Jurídicas. lorena.dl@hotmail.com*

de 2012, atendiendo en todo momento a la teleología de los pronunciamientos de la Organización Internacional del Trabajo -O.I.T.-

PALABRAS CLAVE: Función Pública, Servidor Público, Empleado Público, Trabajador Oficial, Identidad de Conceptos.

SUMMARY

The National Constituent Assembly in 1991 (Martínez Dalmau, 2008) devoted a chapter to the subject of Public Duties. For the first time in the National Colombian history a subject of vital importance to the lives of Colombians, i.e. the consolidation of the State and modernization of the Public Administration, is raised in such detail to a Superior mandate.

According on the scheme of the Administrative law, which defines the activity of the administration in public services and administrative acts in strict sense, there is the regulation of the organization of the relationship between the State and his employees, like a different regime from the right work law, through the concept of public employment. So begins presented the concept and the classification of the Public Servants; then make a public employ men detailed analysis, because this one determines essential characteristics of the Public Servant who played it; so that study focuses on the legal treatment opposite two special categories derive from there and attend to the Public Employee and to the Official Worker so that will be presented as appear concepts through the legal system in force, bearing in mind that legal regulations from Law 411 of 1997, until recent issuance of Decree 1092 of 2012, taking at all time to the teleology of the International Organization of the Work -O.I.T.-

KEY WORDS: Public Duty, Public servant, Public Employee, Official Worker, Identity of Concepts.

RÉSUMÉ

L'Assemblée nationale constituante de 1991 (Martínez Dalmau, 2008) a consacré un chapitre au sujet de la fonction publique, marquant la première fois dans l'histoire de la nation colombienne qui s'élève à top mandat, avec beaucoup de détails, un sujet d'une importance vitale pour la vie des Colombiens, la consolidation de l'État et la modernisation de l'administration publique.

Basé sur le schéma du droit administratif, qui définit l'activité de l'Administration dans les services publics et des actes administratifs au sens strict, il y a le règlement de l'organisation de la relation entre l'État et ses agents, comme un régime autre que le droit au travail, par le biais de la notion de public de l'emploi. Pour cette raison, mises en chantier a présenté le concept et la classification des fonctionnaires ; puis faire une analyse détaillée des publics de l'emploi, car cela détermine les caractéristiques essentielles du serveur public qui sert de telle sorte que l'étude se concentre sur le traitement juridique par rapport aux deux catégories spéciales qui sont dérivés et assister à l'employé public et les travailleurs officiels donc qui seront présentés comme des concepts identiques à la lumière de l'ordre juridique existant, prenant présent règlement se référant de la 411 de la Loi de 1997, jusqu'à ce que la question du récent décret 1092 de 2012, en veillant à tout moment à la téléologie de leur prononcé de l'Organisation internationale du travail - ILO-.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. METODOLOGÍA. **1.** LA NOCIÓN DE SERVIDOR PÚBLICO COMO PUNTO DE PARTIDA EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA DE 1991. UNA CATEGORIZACIÓN NECESARIA. **2.** ESTUDIO DEL CRITERIO DE LA VINCULACIÓN AL SERVICIO. DOS ESPECIES SUPEDITADAS AL “CONTRATO DE ADHESIÓN”. **3.** LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EMPLEADOS PÚBLICOS. UN CRITERIO DE ANALOGÍA AL TRABAJADOR OFICIAL. **4.** SI SE CONSIDERA LA ANALOGÍA DE CONCEPTOS ENTRE EMPLEADO PÚBLICO Y TRABAJADOR OFICIAL... ¿CÓMO SE SOLUCIONA EL CONFLICTO DE COMPETENCIA? CONCLUSIONES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUCCIÓN

Al tenor de la Constitución Política de 1991 se evidencia el deseo y sentimiento de la Asamblea Nacional Constituyente, quien, dentro del proceso de reforma incluyó un capítulo referente de manera exclusiva al tema de la Función Pública, el cual, en esta oportunidad ocupa nuestro interés. (González, 1991).

Se denota entonces el punto de inflexión en la historia Constitucional Colombiana a través del cual se eleva a mandato superior un tema de total importancia y trascendencia para nuestro contexto como es la consolidación del Estado y la Modernización de la Administración Pública, y, por supuesto, de la mano de ello el papel que desempeñan los servidores y empleados -Empleados Públicos¹ y Trabajadores Oficiales- que se encuentran a su disposición.

En este orden de ideas, bajo el modelo de Estado que Constitucionalmente se plantea -Artículo 1º C.P-, y con el objetivo de cumplir con los fines esenciales del mismo, la línea base del presente escrito se enfoca de delimitar algunas cuestiones sobre lo que se pudiese denominar como la red física a través de la cual se ejecutan los cometidos y fines de la mentada ficción jurídica. De esta manera, el punto de vista central estará enfocado en la representación de aquellas personas naturales, entendidas como Empleados Públicos y Trabajadores Oficiales; respecto de quienes se harán aportes frente a las aparentes diferencias que constitucional y legalmente se presentan, pero que, sin duda alguna, luego del estudio respectivo, se podrá colegir la existencia de

conceptos unívocos que desdibujan la teoría de vinculación y regulación laboral en uno y otro caso, configurándose esta situación como la principal crítica y el respectivo aporte académico que se desprende en esta ocasión.

En efecto, lo que se describe en líneas anteriores es lo que delimita la noción de **función pública**, de manera pues que su concepción suele designarse como “el conjunto de hombres a disposición del Estado que tienen a su cargo las funciones y los servicios públicos, como el régimen jurídico a que están sometidos y la organización que les encuadra”. (Parada Vásquez, 2008).

Así, se evidencia la importancia a las personas -Estado Social de Derecho Antropocéntrico-, su oficio, responsabilidades y, a las reglas de comportamiento que regulan la relación laboral entre los servidores públicos y su empleador que se traduce en el Estado como tal.

Siendo de esta forma el panorama que se plantea, el desarrollo metodológico del presente escrito estará organizado a partir de la presencia activa de recursos humanos formados sólidamente, en donde se involucran los trabajadores Oficiales y los Servidores Públicos, quienes, dentro de la órbita de la función pública y al tenor del marco constitucional y legal vigentes son conceptos idénticos y/o análogos.

De esta forma, la pregunta de navegación del presente estudio se traduce en la siguiente: **¿Cuál es la situación jurídica vigente que permite identificar a las categorías de Empleados Públicos y**

1 La noción de Empleo Público ha de entenderse como el “...conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado”.

Trabajadores Oficiales, como conceptos idénticos dentro de la etiqueta del Servidor Público?

OBJETIVOS

OBJETIVO GENERAL

Determinar cuál es la situación jurídica vigente que permite identificar a las categorías de Empleados Públicos y Trabajadores Oficiales, como conceptos idénticos dentro de la etiqueta del Servidor Público.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1. Identificar la noción de servidor público como punto de partida en la constitución política de Colombia de 1991 siendo una categorización necesaria.
2. Realizar el estudio del criterio de la vinculación al servicio partiendo de las dos especies supeditadas al “contrato de adhesión”.
3. Exponer la negociación colectiva en empleados públicos como un criterio de analogía al trabajador oficial.
4. Plantear la situación si se considera la analogía de conceptos entre empleado público y trabajador oficial... ¿cómo se soluciona el conflicto de competencia?

METODOLOGÍA

El estudio que se pone de manifiesto se aborda metodológicamente a través del análisis Analítico-Descriptivo-Documental. El componente Analítico se presenta al justificar las fuentes de información recopiladas para el tratamiento de la temática en concreto. Aunado a lo precito, de manera Descriptiva se expone el análisis de datos que permite mostrar el impacto del Estado Social de Derecho

como modelo relacionado en la forma de vinculación y tratamiento laboral frente a los servidores que se encuentran a su disposición, entendiendo por ellos la clasificación referente a Empleados Públicos y Trabajadores Oficiales.

En efecto, el estudio realizado se endosa a un cotejo Doctrinal permitiendo determinar las conclusiones pertinentes que se han de basar en la importancia e innovación de la temática y de igual forma se realiza el respectivo análisis holístico de las fuentes Jurisprudenciales que permiten determinar la existencia unívoca de dos conceptos (Empleado Público – Trabajador Oficial) que se presentan como disímiles en algunos puntos tal y como se hace referencia.

1. LA NOCIÓN DE SERVIDOR PÚBLICO COMO PUNTO DE PARTIDA EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA DE 1991. UNA CATEGORIZACIÓN NECESARIA

De acuerdo con Hernández (2004), las ramas del poder público traducen una manifestación del poder y de la actividad estatal, en desarrollo del principio de la separación de los poderes y de la necesaria especialización en el cumplimiento de las funciones públicas, las cuales se concretan en el cumplimiento de las funciones legislativa, ejecutiva y judicial, a través de los diferentes órganos que las integran; pero igualmente dicho poder y actividad se sectorizan en otros órganos autónomos e independientes que han sido instituidos para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. (Art. 113 C.P.) De esta manera, el conjunto de competencias atribuidas a dichos órganos constituyen la variedad de funciones públicas que deben ser desarrolladas por las personas

naturales vinculadas mediante una relación de servicio, es decir, los SERVIDORES PÚBLICOS, los cuales, como lo expresa el inciso 2 del Artículo 123, están al servicio de la comunidad y ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.²

La noción de Servidor Público que la Constitución emplea en diferentes normas (Arts. 6, 122, 123, 124, 126, 127 y 129), sugiere la idea de la asignación y cumplimiento de funciones estatales por una persona natural, a través de un vínculo jurídico que implica o no subordinación laboral. (Santofimio, 2002).

Para abordar el Régimen del Servidor Público que nos interesa, cabe recordar que Waline (1969) enseña que: "...la administración pública se hace, desde luego y esencialmente por hombres" para, en un acto de elemental afirmación, decir que la Administración y el funcionamiento de la organización que ella asume, sólo es posible por la actividad intelectual y física de las personas naturales al servicio del Estado. Así pues, dentro del género Servidor Público³, se comprenden según la Constitución

diferentes especies que se traducen en: los miembros de las corporaciones públicas, los empleados públicos y los trabajadores oficiales, siendo objeto del presente estudio las dos últimas clasificaciones.⁴

Entonces, el desarrollo armónico de la función pública encuentra raigambre en una unidad básica y esencial sobre la cual posee sus cimientos y se traduce entonces en el Empleo Público.

La referencia constitucional al empleo público, en el entender de Hernández (2004); se encuentra en el artículo 122 de la Constitución Política, al disponer que no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.⁵

La Función pública entonces se erige entonces como la expresión que desde el punto de vista jurídico ha servido para identificar esta faceta de la Administración relacionada con la gestión del talento

2 Según los términos del 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".

3 En cuanto al origen o fuente de la clasificación de los servidores públicos se puede concluir que lo es, en principio la Constitución, pero no existe obstáculo alguno para que el legislador establezca, con arreglo a las atribuciones que le confiere el art. 150-23, nuevas denominaciones para caracterizar grupos o clases diferentes.

4 Bajo la vigencia de la Constitución de 1886, respecto de la clasificación de los Empleados Oficiales se realizó la distinción entre empleados públicos y trabajadores oficiales (art. 5o. decreto 3135 de 1968) creando de la misma manera en el Instituto de los Seguros Sociales la categoría de trabajadores de la seguridad social.

5 Adicionalmente el artículo 125 dispone que el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. De conformidad con el mandato del inciso primero, del artículo 125 de la C.P., los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la Ley. Resultado de dicha clasificación, es evidente el principio general según el cual los empleos son de carrera, constituyendo los demás la excepción.

humano, vale decir, de las personas que bajo diversas modalidades, se encuentran vinculadas al Estado.⁶

En efecto, la categorización respecto del concepto que se plantea es de vital importancia al examinar los fundamentos conceptuales y legales del mismo, así como su clasificación constitucional y legal concretando sus atributos. Se encuentran en este sentido los empleos de carrera, los empleos de libre nombramiento y remoción, los de trabajador oficial y los demás que establezca la Constitución y la Ley.⁷

Con base en lo expuesto, quienes se enmarcan en la categorización descrita se ubican en la etiqueta que podríamos denominar de Servidores Públicos -género-, siendo punto neurálgico de tratamiento en este estudio dos de sus especies -excepto aquellos que son de elección popular-⁸.

En este sentido, se tratan como objeto de estudio presente a los empleados públicos (recordando los empleos de carrera así como los de libre nombramiento y remoción) y a los Trabajadores Oficiales, con el fin de determinar las aparentes diferencias que surgen a la luz de la normatividad vigente.

El concepto de servidor público, introducido en la Constitución de 1991 como se ha visto, es un concepto genérico que incluye a todas las personas que están al servicio del Estado y de la comunidad, para recordar, con esta expresión, que el ejercicio del poder público tiene como razón de ser el logro de los fines de la sociedad y del Estado y no el beneficio personal. Es decir, servidor público es toda persona que está al servicio del Estado y ejerce “función pública” en sus diversas modalidades. Los servidores públicos son todos aquellos que ejercen funciones públicas; quienes están vinculados al Estado para el cumplimiento de tareas estatales y los particulares investidos de la autoridad del Estado para desempeñar funciones públicas de manera transitoria en los casos previstos por la ley (C.P., arts. 118, 123, 210 y 267). Este concepto amplio -lato sensu-, consagrado en el artículo 123, incluye entonces a todas las personas que acceden al ejercicio de funciones públicas y cumplen tareas estatales. (Polo Figueroa, 2001).

En efecto, la relación de esas personas con el Estado, las cuales hacen posible el cumplimiento o desarrollo por éste de sus cometidos, se halla sujeta a

6 En la Constitución de 1991 se advierte que esta expresión ha adquirido rango constitucional, puesto que una vez se ha definido la estructura del Estado, incorpora un capítulo especial, dentro del mismo título, para hacer referencia a esta materia.

7 Existen también las clasificaciones que ha hecho el legislador, acudiendo a los niveles jerárquicos, a la jornada laboral o la permanencia del empleo en la planta de personal. Tanto la Constitución como la Ley mencionan algunos empleos que no hacen parte de las categorías anteriores. Así por ejemplo, los empleos de Fiscal General de la Nación, Procurador General de la Nación, Contralor general de la República, Defensor del Pueblo, Registrador Nacional del Estado Civil, Magistrados de las altas cortes, Personero municipal o Contralor departamental o municipal, son empleos que no encuadran en ningún tipo de empleo de los taxativamente señalados por el Constituyente en el artículo 125 de la Carta. Sólo encuadran en “...los demás que determine la ley”. Así las cosas, el legislador, mediante la Ley 909 de 2004, agregó dos nuevas categorías de empleos: 1. Aquellos cuyas funciones deban ser ejercidas en las comunidades indígenas conforme con su legislación, aún sin clara reglamentación. 2. Los de período fijo conforme a la Constitución y la Ley.

8 En los empleos de elección popular, el cargo se provee con el candidato elegido por los ciudadanos, a través del sufragio universal, para un periodo institucional. En efecto, los miembros de las corporaciones públicas, no desempeñan empleos públicos, aunque obviamente desempeñen funciones públicas.

diversos regímenes en los cuales se determina, por ejemplo, el carácter de su vinculación, las condiciones de ingreso, permanencia y retiro del servicio, derechos, deberes y prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades, régimen disciplinario. (Mora Caicedo, 2006).

Siendo así el panorama, se aborda la órbita y régimen del Empleado Público en las condiciones antes señaladas y se realiza el debido cotejo, dentro de la categoría genérica mencionada, con los trabajadores oficiales, siendo posible entonces determinar la analogía en dichos conceptos, desdibujando algunas de las fictas diferencias que se han planteado frente a cada uno. Para tal fin, se ponen en el terreno de estudio diversos elementos que permiten abordar la temática, y se tendrán en cuenta aspectos que se sintetizan de la siguiente manera: A. Estudio del Criterio de la Vinculación al servicio de Empleados Públicos y Trabajadores Oficiales; B. Criterio de Negociación Colectiva en Empleados Públicos y Trabajadores Oficiales cohesionando la importancia del Decreto 1092 de 2012; C. Reflexiones acerca del Criterio Funcional en uno y otro caso examinando las respectivas condiciones de igualdad laboral.

2. ESTUDIO DEL CRITERIO DE LA VINCULACIÓN AL SERVICIO. DOS ESPECIES⁹ SUPEDITADAS AL “CONTRATO DE ADHESIÓN”

Es claro que del estudio de la Constitución Política se desprende que los **Empleados Públicos**¹⁰ deben ser nombrados por la Administración para ingresar al servicio -Art. 126 C.P-, encontrándose comprometidos en el ejercicio de la función en situaciones **legales y reglamentarias**, que deben posesionarse del cargo y prestar juramento de defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben -Art. 122 C.P-. Además, es claro que la regla general para el ingreso al servicio por los empleados públicos es el concurso, y su régimen de permanencia, ascenso y retiro es la carrera administrativa -Art. 125 C.P-. (“Constitución Política de Colombia”, 1991) Así, al tenor de Mora Caicedo (2006), para determinar el carácter o naturaleza de empleado público se acude a los **criterios de la relación jurídica** (relación estatutaria), al orgánico que atiende al organismo donde se encuentra ubicado, y al funcional, que mira la actividad que desempeña.

Por su parte, para los **Trabajadores Oficiales**¹¹ se encuentra la referencia que

9 Se tratan de los empleados públicos y los trabajadores oficiales, al ser el objeto del presente estudio, y son concebidas como especies frente al género que se traduce en los Servidores Públicos, de acuerdo a la lectura que se colige de la Constitución Política de Colombia.

10 De acuerdo con la ley, son empleados públicos en la administración central, del orden nacional, por ejercer funciones administrativas, quienes prestan sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y unidades administrativas especiales sin personería jurídica; en la administración descentralizada, por norma general, quienes laboren en los establecimientos públicos por estar afectos al ejercicio de funciones administrativas. Por excepción, son también empleados públicos, quienes en las empresas industriales y comerciales del Estado, de acuerdo con la precisión hecha en el estatuto interno, cumplen actividades de dirección o confianza.

11 Por regla general son trabajadores oficiales quienes laboran en las empresas industriales y comerciales del Estado, del nivel nacional y territorial, y en las sociedades de economía mixta con predominio del capital oficial que la jurisprudencia ha definido como superior al 90%. Por excepción, son trabajadores oficiales, quienes laboran en la construcción y sostenimiento de obras públicas en la administración central y en los establecimientos públicos, tanto nacional como territorial.

se hace en la Constitución al régimen de prestaciones sociales mínimas que debe expedir el legislador y que aparece mencionada en el numeral 19 literal f) del artículo 150 de la Carta Política, como una de las leyes marco, lo cual da idea y fundamento para afirmar que bajo esta categoría, **los servidores públicos pueden negociar las cláusulas económicas de su vinculación a la administración** -deontológicamente- y que las prestaciones sociales pueden aumentarse convencionalmente en el contrato, así sea por virtud del conflicto colectivo y de la negociación o de la huelga, salvo en materia de servicios públicos esenciales.

Los empleos de trabajador oficial son los señalados en la ley para ser desempeñados por personas naturales, vinculadas mediante una relación contractual, regulado por disposiciones especiales. Esta categoría especial de servidores públicos, tienen la misma denominación de sus empleos: trabajadores oficiales. El trabajador oficial desempeña entonces un empleo público que debe encontrarse incorporado en las respectivas plantas de personal. El legislador ha señalado diversos criterios para identificar estos empleos: 1. Criterio Orgánico: Tiene en cuenta la naturaleza jurídica de la entidad u organismo estatal y el carácter de adscripción o vinculación a un organismo. 2. Criterio Funcional: Se fundamenta en la naturaleza de las actividades o funciones específicas asignadas al empleo. (Villegas, 2004).

Pues bien, se pone de manifiesto la primera crítica frente a la vinculación legal y reglamentaria de los empleados públicos, al tenor de (Martínez, 2012) de suerte que se evidencia la **unilateralidad**

típica del derecho administrativo, debido al **sometimiento a la ley y al reglamento como normas preexistentes en las condiciones de trabajo**. En este sentido, la crítica se extiende a la vinculación que ostentan los trabajadores oficiales de quienes, a pesar de predicar un vínculo contractual o relación bilateral, la situación frente a la Administración es la misma de aquellos.

Así, se puede sostener que la vinculación bilateral de los trabajadores oficiales es una falacia jurídica, ya que la realidad laboral demuestra la efectiva imposibilidad y dificultad para contar con la posibilidad de negociar las condiciones de trabajo toda vez que las condiciones del mismo son impuestas por el Estado, generando en este sentido el punto de encuentro necesario con la antedicha unilateralidad y sometimiento a las condiciones impuestas por el empleador -Estado- (y que acontece de la misma manera con los empleados públicos de acuerdo a la naturaleza de su vinculación), desdibujando en todo caso el escenario de negociación que se colige de un real vínculo contractual bilateral como deontológicamente se presenta, desconociendo así uno de los elementos de la esencia que se traduce en el acuerdo de voluntades.

Entonces, si no existe la posibilidad de un acuerdo de voluntades para los Trabajadores Oficiales, no existe motivo para desligarlos y diferenciarlos de los Empleados Públicos, al tener como elemento en común la imposición de las condiciones laborales y el real sometimiento a la ley y derroteros impuestos de manera unilateral por parte del Estado; de tal suerte que, de ambas situaciones sería factible predicar la adhesión a las condiciones legales –

reglamentarias y estatutarias que impone la parte contratante, viéndose el contratista en la obligación de adaptarse a las mismas so pena de su rechazo en la prestación del servicio -tal y como acontece en la suscripción de un Contrato de Adhesión-

En efecto, y en resumidas cuentas, la crítica y cuestionamiento que se plantea viene dado desde las consideraciones del Legislador Extraordinario, quien mediante el Artículo 5º del Decreto Ley 3135 de 1968¹² estableció las personas que se enmarcarían bajo la etiqueta de trabajador oficial y, en el mismo sentido, dejó al arbitrio del criterio estatutario la determinación de quienes se entenderían como empleados públicos, de tal suerte que el albedrío para su determinación se convierte de alguna manera subjetivo toda vez que la imposición de las condiciones laborales en uno u otro caso pueden terminar siendo las mismas, si en términos de vinculación al servicio se habla.¹³ (Martínez Cárdenas & Ramírez Mora, 2008)

3. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EMPLEADOS PÚBLICOS. UN CRITERIO DE ANALOGÍA AL TRABAJADOR OFICIAL

Con la expedición de la Constitución Política de 1991, siguiendo a Martínez

Dalmau (2008) el Estado social de derecho como modelo constitucional imperante, garantiza la protección de los derechos fundamentales del trabajador, a través de la regulación de las condiciones laborales y el reconocimiento de la dignidad humana. En este contexto, el derecho colectivo del trabajo se convierte en el instrumento más eficaz para que la justicia social, la convivencia pacífica y la vigencia de unas condiciones equitativas en la relación laboral, sean una realidad, otorgando la facultad para recurrir a la solución pacífica de los conflictos colectivos de trabajo.

En Colombia, el estudio de la regulación normativa de la Negociación Colectiva cobra gran importancia y trascendencia actual, de manera pues que la propuesta que en esta oportunidad se presenta toma como sustento básicamente la Ley 411 de 1997¹⁴; el Decreto 1092 de 2012¹⁵ y los artículos 38, 39, 55, 56 consagrados en la Constitución Política de Colombia. Así, el estudio toma como punto de inflexión a los Empleados Públicos –permanentes- ubicados como especie de la etiqueta genérica del Servidor Público, tal y como se ha venido sosteniendo, compaginando la postura frente a la situación que en este campo de negociación cuentan los trabajadores oficiales.

12 Decreto Ley 3135 de 1968, Artículo 5º: “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. 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”.

13 Lo cierto, en resumidas cuentas, es que igual de lo que ocurría en la Carta de 1986, la Constitución de 1991 establece aquellas dos categorías básicas de servidores públicos a las que se refieren el artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968 -a pesar que se agrega dentro del marco de la carta vigente a los miembros de corporaciones públicas que no son objeto de estudio en el presente-.

14 Por medio de la cual se aprueba el “Convenio 151 sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública”, adoptado en la 64 Reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 1978.

15 -Negociación Colectiva para Empleados Públicos- Por el cual se reglamentan los artículos 7 y 8 de la Ley 411 de 1997 en lo relativo a los procedimientos de negociación y solución de controversia con las organizaciones de empleados públicos.

Es claro que el Constituyente de 1991 al elevar a rango constitucional la estructura del derecho colectivo del trabajo, buscó proteger los derechos de los trabajadores, acogiendo las pautas y directrices establecidas a través de los convenios de la OIT adoptados por el Estado colombiano. (Younes M., 2005).

En ese entendido, se pretende demostrar que desde la misma Constitución Política de 1991 se permite la negociación colectiva de Empleados Públicos -limitada-, en la medida que el artículo 39 de la misma normatividad señala el derecho de trabajadores y empleadores para constituir sindicatos o asociaciones, coincidiendo con el Artículo 55 constitucional al contemplar la garantía del derecho de negociación colectiva para regular las relaciones laborales, teniendo como único limitante entonces los parámetros que estipule la ley respecto de los mencionados empleados objeto de estudio.

La negociación colectiva, coincidiendo con Villegas (2004); es de gran trascendencia para la clase trabajadora, toda vez que fue elevada por primera vez a rango constitucional a través del mentado Artículo 55 constitucional, garantizando su ejercicio para regular las relaciones laborales, con las excepciones legales -límite dado por la misma Carta Política-.

En la práctica, y a manera de crítica personal, se genera un gran desequilibrio frente a los derechos ostentados por un sector de trabajadores, en tratándose de los

trabajadores oficiales, causando detrimento a los intereses colectivos de los empleados públicos, afectando de esta manera un derecho y principio fundamental que se traduce en el **derecho a la igualdad**.¹⁶

Con fundamento en lo expuesto, y con fundamento en Barrera (1997), ante el desarrollo del derecho de negociación colectiva a partir de la constitución de 1991, la interpretación de la Corte Constitucional de los convenios de la OIT que protegen los derechos de las organizaciones sindicales de empleados públicos, los decretos expedidos por el gobierno nacional en aplicación de dichos convenios en concordancia con el artículo 55 de la Carta y los recientes intentos del legislador para regular la materia -Decreto 1092 de 2012-, es imperioso un estudio a fondo que determine las circunstancias reales, los avances jurídicos que ha tenido esta controversia, el compromiso del Estado para aplicarlo y las posibles soluciones para que se reconozca en forma amplia, sin ninguna discriminación el derecho de negociación colectiva para los empleados públicos.

Los empleados públicos al ser trabajadores al servicio del Estado, también han de gozar de esta prerrogativa constitucional para hacer valer los derechos laborales que consideren vulnerados. No obstante, se han impuesto límites a su ejercicio reduciéndolo a discusiones que implican por ejemplo, en un primer punto, lo referente a su forma de **vinculación**, que si bien se ha mencionado en el acápite precedente, no se debe

16 Una de las discusiones en la Asamblea Nacional Constituyente para promover este derecho radicó en la necesidad de hacerlo extensivo a los empleados públicos, al argumentarse que a dichos trabajadores se les vulneran ciertos derechos laborales. Con fundamento en este criterio, aunado a las exigencias consagradas en los convenios de la OIT, se ha venido insistiendo en la necesidad de suprimir la discriminación e implementar el derecho para todos los trabajadores, específicamente a los empleados públicos, buscando la igualdad y la garantía plena del ejercicio del derecho colectivo, utilizando para ello todos los medios que conllevan a la solución pacífica de los conflictos colectivos de trabajo. En efecto, este es el sentido del reciente expedido Decreto 1092 de 2012.

desconocer que su relación e ingreso legal, reglamentario o estatutario -a diferencia de los trabajadores oficiales cuyo vínculo es contractual- cercena la posibilidad para negociar frente a su régimen salarial y prestacional, toda vez que al tenor del Artículo 150-19 Constitucional, el ente encargado de regular esta materia y dictar las normas específicas al respecto es el Congreso de la República¹⁷, imponiendo de esta manera una vez más las condiciones laborales de manera unilateral soslayando de toda manera una eventual negociación sobre el particular. (Borda Villegas & Valero Rodríguez, 2002)

Esta exclusión desconoce derechos consagrados en la Carta Política, como el que tienen todas las personas a participar en las decisiones que puedan afectarlas (Artículo 2°), el derecho a la igualdad (Artículo 13), el bloque de constitucionalidad (Artículo 93), así como el deber que le asiste al Estado de promover la concertación y otros medios de similar naturaleza para la solución pacífica de las controversias laborales (Artículo 55). En efecto, el avance jurídico que se ha venido suscitando en la materia hoy en día se enfoca al amparo de todas las personas naturales vinculadas laboralmente -de alguna manera- al servicio del Estado, y por ende cobija a los Empleados Públicos, siendo un argumento que toma como punto de referencia al **Decreto 1092 de 2012** por medio del cual a través de los artículos 7 y 8 reguló los procedimientos de negociación y solución de controversias con las organizaciones de empleados públicos, siendo esta normatividad regulatoria de la Ley 411 de 1997 por medio de la cual se aprobó 151 de la OIT en donde se

preceptúan normas tendientes a regular las relaciones entre el Estado y sus empleados. Bajo este panorama, la negociación colectiva debe ser vista como un avance en el derecho laboral Administrativo, toda vez que genera condiciones de igualdad y equilibrio en las condiciones laborales, de manera tal que se brindan mayores prerrogativas a los Servidores Públicos en su generalidad, vale decir, sin discriminar a empleados públicos y trabajadores oficiales, y esta situación se materializa con el Decreto 1092 de 2012. Así, al ser un tema regulado de alguna manera por el legislador, se equiparan las condiciones de estas dos especies dentro de la etiqueta a la que hemos hecho reflexión con anterioridad, de manera pues que, en la práctica moderna, podríamos afirmar que ya no existe diferencia alguna frente a la separación entre empleados públicos y trabajadores oficiales, porque como se ha visto hasta el momento, tanto su vinculación que está rodeada de escenarios impuestos unilateralmente por el Estado en uno y otro caso -vinculación contractual de adhesión-, y de la misma manera las posibilidades de negociación respecto de las condiciones laborales que suscitan la relación están dadas en los mismos términos tanto constitucionalmente como a través del desarrollo legal que se ha promovido, permitiendo colegir hasta el momento que, las especies -Empleado Público y Trabajador Oficial- de un género -Servidor Público- que en un momento se presentaron como disímiles, en términos actuales y contemporáneos son una misma noción, vale decir, son conceptos idénticos, lo cual, por supuesto genera un nuevo interrogante que se expone en el acápite subsiguiente -problema de competencia-.

¹⁷ Artículo 150 Constitución Política de 1991: "... e) Fijar el régimen salarial y prestaciones de los empleados públicos". *Ximiliaetora? Si senihi, dium etium, Casteremus, consu qua viliis eritus senatum ad num sil*

4. SI SE CONSIDERA LA ANALOGÍA DE CONCEPTOS ENTRE EMPLEADO PÚBLICO Y TRABAJADOR OFICIAL... ¿CÓMO SE SOLUCIONA EL CONFLICTO DE COMPETENCIA?

Si se pensara, en un primer momento que empleados públicos y trabajadores Oficiales son especies disimiles en todo sentido, desde su formación de vinculación, hasta su forma de regulación en la relación laboral con el Estado, en cada uno de los casos tendríamos que afirmar lo siguiente:

Los **trabajadores oficiales** se vinculan por medio de un contrato de trabajo, que genera obligaciones para las partes, soportado en la normatividad vigente que garantiza los derechos mínimos del trabajador. Por su parte, podríamos decir que los **empleados públicos**, tal y como se ha dejado mencionado, y se reitera, se vinculan con la administración mediante una modalidad legal o reglamentaria, profiriéndose el acto de nombramiento y ejecutándose la respectiva posesión. En efecto, el régimen que regula las condiciones laborales está previamente determinado en la Constitución, la ley y el reglamento, pero, sin embargo, en virtud del Decreto 1092 de 2012, el empleado público cuenta ahora con la posibilidad de hacer uso de mecanismos de negociación colectiva respecto de algunas condiciones laborales, recordando que no es un derecho absoluto toda vez que en algunas materias -como la prestacional-, se imponen las condiciones de manera unilateral por parte del Estado. Entonces, con base en lo que se expone, en el evento en el cual surge una controversia entre las partes -empleado público/trabajador oficial y Estado-, el conocimiento del asunto, en términos del Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección

segunda. Consejero ponente: Samuel Buitrago Hurtado. Bogotá, D.C., tres (03) de julio (07) de mil novecientos setenta y nueve (1979). Actor: GONZALO MUNÉVAR ESPINOSA. Referencia: Expediente N° 0521. Autoridades Nacionales, se tiene que:

“... Cuando se trata de empleados públicos, o sea de los unidos a la administración por una relación de derecho público, la competencia es de esta jurisdicción y cuando se suscita el conflicto con trabajadores oficiales, la competencia radica en la jurisdicción laboral...”

Pero bien, el panorama que se acaba de exponer obedece a la situación **previa a la expedición del Decreto 1092 de 2012**, y, de la misma manera, satisface lo que se pensaba antes de la realización del presente estudio. Siendo así las cosas, conviene entonces sintetizar lo que hasta el momento se ha dicho, sin ser repetitivos, pero sí como el fin de delimitar el dilema que se ha suscitado en el panorama.

De esta manera, se sostiene que Empleados Públicos y Trabajadores Oficiales son un **concepto idéntico** desde las condiciones de vinculación al servicio del Estado, toda vez que en ambos casos se imponen condiciones de unilateralidad por parte del empleador, lo que supone de manera análoga el sometimiento a cláusulas adhesivas que desdibujan, sobre todo para el caso de los trabajadores oficiales, la relación bilateral que se supone predicar, **asimilándose** en este orden de ideas a las condiciones impuestas a la vinculación legal y reglamentaria de los Empleados Públicos, la cual, desde el principio impone e imputa los parámetros bajo los cuales se ha de regir el vínculo que allí emana.

De manera seguida, se sostiene que, gracias al Decreto 1092 de 2012 los Empleados Públicos cuentan en la actualidad con un procedimiento regulatorio que les permite acudir a la negociación colectiva, en desarrollo de principios constitucionales y legales, generando condiciones de estabilidad laboral, situación que, en todo caso, los asimila a los **trabajadores oficiales** de quienes se predicaba este derecho precisamente por la naturaleza de su vinculación, y que, bajo este contexto, parece no existir diferencia alguna. (Villegas Arbeláez, 2007)

Entonces se pone de manifiesto el dilema que obedece a la competencia frente a los conflictos que se susciten en uno y otro caso, vale decir, cuando se hable de empleado público y/o trabajador oficial, toda vez que en el fondo del asunto se evidencian **condiciones idénticas** en la naturaleza de las aparentes especies que hacen parte de la noción del Servidor Público.

Así, estas dos categorías que se presentaban como diferentes, en realidad, comparten elementos de la esencia tanto en el trasfondo de su vinculación -por ejemplo en el caso de los trabajadores oficiales que son idénticos a los empleados públicos al estar sometidos a las condiciones unilaterales impuestas por el Estado-, así como en las condiciones que rodean las condiciones y situación laboral -en el caso de los empleados públicos, actualmente gozan del derecho de negociación colectiva, al ser un desarrollo del Decreto 1092 de 2012, logrando los mismos derechos con los que contaba el trabajador oficial, equiparando las categorías y colocándolas en condiciones de igualdad real-, lo cual, al generar la identidad y equivalencia material en ambos conceptos, dificulta a la autoridad competente que ha de dirimir

los posibles conflictos que se generen como consecuencia de la relación y vinculación a servicio del Estado.

En síntesis, se trata de un dilema que ha de ser tratado en sede legislativa, con el fin de redefinir la categoría de Servidor Público, bajo el entendido de delimitar y rediseñar los requisitos y salvedades frente a la identificación de la noción que se ha de tener por empleado público y trabajador oficial, si, eventualmente se encuentra diferencia alguna desde su misma conceptualización. En este orden de ideas, se plantea en el terreno de estudio, y con miras a los reales aportes académicos sobre el particular, la importancia del tema en términos de actualidad, concluyendo que, las categorías de empleado público y servidor oficial son análogas, concebidas en términos de identidad y equivalencia jurídica y conceptual, lo cual, en todo caso genera un conflicto de competencia que no se soluciona apelando al criterio funcional del “servidor”.

CONCLUSIONES

Bajo la óptica de Servidor Público, concibiendo la misma al Empleado Público y al Trabajador Oficial, debe afirmarse que se trata de categorías idénticas y/o análogas, partiendo desde el criterio de vinculación en donde se evidencia que los trabajadores oficiales se encuentran sometidos a condiciones unilaterales que son impuestas por el Estado con el fin de la prestación del Servicio, causando la adhesión a cláusulas imputadas en términos idénticos a la vinculación legal, reglamentaria, estatutaria del empleado público, desdibujando la deontológica relación bilateral que se predica de aquellos, reduciendo de esta manera su ingreso a la función pública.

De manera seguida, y con base en el análisis sistemático del ejercicio del Derecho de Negociación Colectiva de los Empleados Públicos en el Ordenamiento Jurídico Colombiano, es necesario sostener que los empleados públicos, actualmente gozan del derecho de negociación colectiva, siendo un desarrollo del Decreto 1092 de 2012, logrando las mismas prerrogativas con los que cuenta un trabajador oficial, equiparando las categorías, recordando que, en ninguno de los casos se trata de un derecho absoluto, toda vez que siguen existiendo las limitaciones -imposiciones- frente a condiciones laborales en las que han de regirse -regulación salarial y prestacional para empleados públicos-. La negociación colectiva es, de esta forma, la esencia misma del derecho de asociación sindical, erigiéndose como el instrumento constitucional de mayor trascendencia en el vínculo laboral, para lograr un equilibrio y fijar las diferentes condiciones en la ejecución del empleo, impidiendo que el Estado asuma decisiones unilaterales; el cual se materializa con la suscripción de los convenios colectivos de trabajo.

En las negociaciones con los empleados públicos, debe tenerse presente que la negociación no es absoluta, porque se entiende que la decisión final está limitada a la adopción de los conceptos de los Convenios de la OIT, pues esto no implica que las organizaciones sindicatos de estos servidores públicos no puedan desarrollar instancias legítimas para alcanzar una solución negociada y concertada en el caso de conflicto, porque debe existir una apertura al diálogo en caso de diferencias, por parte del Estado y los trabajadores. (Mesa Cárdenas, 2003).

Con base en lo expuesto, no pueden concebirse los empleados públicos y

trabajadores oficiales como categorías aisladas y diferentes, ya que ello supone la desigualdad en diversos aspectos como por ejemplo respecto del ejercicio del derecho colectivo, y además, no se puede caer en la desigualdad que emana desde su forma de vinculación con la administración.

Cabe anotar entonces que a partir de la vigencia de la Carta Política de 1991, se ha desarrollado de manera amplia la regulación, y protección del trabajo, constituyéndose en un valor esencial, dentro de los fundamentos del Estado social de derecho. Dentro de estos parámetros, y con base en el artículo 25 Constitucional, se consagra el trabajo en su doble expresión, vale decir, como una obligación social y un derecho fundamental que debe ejecutarse en condiciones dignas y justas, surgiendo a cargo del Estado el deber de brindar todas las garantías para su defensa y desarrollo. Así, por mandato del Artículo 53 de la misma normatividad, se reconocen como principios fundamentales básicos y mínimos: "Igualdad de oportunidades para los trabajadores.... (...)", siendo un logro en este sentido el actual Decreto 1092 de 2012 como desarrollo de las directrices de la OIT frente a la protección de los trabajadores vinculados al servicio del Estado.

Al ser entonces conceptos idénticos, el conflicto de competencia frente a la determinación de la autoridad judicial competente para dirimir el conflicto es preocupante, toda vez que se genera un retroceso en este sentido, toda vez que no es posible aplicar de manera exclusiva el criterio orgánico ni exclusivamente el criterio funcional para construir el régimen de clasificación específica de los servidores públicos, y que bien podía ocurrir que por excepción en un establecimiento público se hiciese necesario atender una actividad

como la de construcción y sostenimiento de obras públicas u otras equiparables a ellas con trabajadores oficiales como personal vinculado por contrato de trabajo y que, en algunas ocasiones, en las empresas industriales y comerciales del Estado se hiciese necesario atender determinadas actividades de confianza y dirección con personal de empleados públicos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Constitución Política de Colombia. (1991).

Constitución Política de Colombia. Bogotá, Colombia: Leyer.

Barrera M., W. (1997). *La Negociación Colectiva de los Empleados Públicos*. Bogotá, D.C.: Universidad del Rosario.

Borda Villegas, E., & Valero Rodríguez, J. (2002). *Sindicalismo Estatal y Negociación Colectiva*. Bogotá, D.C.: Leyer.

Dimock, E. (1967). *Qué es la Administración Pública*. México: Editorial Utheja.

González, G. (1991). *Situación Legal del Servidor Público en Colombia*. Bogotá, D.C.: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

Hernández, P. A. (2004). *Bases Constitucionales de la Función Pública -Empleo Público-*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

Martínez Cárdenas, E. E., & Ramírez Mora, J. M. (2008). *Régimen del Servidor Público*. Programa Administración Pública Territorial. Bogotá, D.C: Escuela Superior de Administración Pública -ESAP-.

Martínez Dalmau, R. (Julio-Diciembre de 2008). *Asambleas Constituyentes y Nuevo Constitucionalismo en América Latina*. *Tempo Exterior*, 17, 5-15.

Mesa Cárdenas, J. (2003). Alcance de las Recomendaciones del Comité de Libertad Sindical de la O.I.T. *Revista Actualidad Laboral y Seguridad Social*(120), 10-15.

Mora Caicedo, E. (2006). *Régimen Jurídico de los Servidores Públicos en la Administración Pública Nacional y Territorial. Régimen de Carrera, Salarial, Prestacional, Disciplinario, Pensional y de Seguridad Social en Salud*. Bogotá: Leyer.

Parada Vásquez, R. (2008). *Derecho Administrativo*. Tomo II: Organización y Empleo Público. Madrid: Marcial Pons.

Polo Figueroa, J. (2001). *Elementos de Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.

Santofimio, J. (2002). *Tratado de Derecho Administrativo*. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia.

Villegas Arbeláez, J. (2007). *Empleados Públicos y Derecho de Negociación Colectiva*. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia.

Villegas, J. (2004). *Derecho Administrativo Laboral* (6a. ed.). Bogotá: Legis.

Waline, M. (1969). *Derecho Administrativo Especifico*. París: Ed. Montchrestien.

Younes M., D. (2005). *Derecho Administrativo Laboral*. Bogotá: Temis.

DOCUMENTOS CON ACCESO EN LA WORLD WIDE WEB (WWW)

Martínez, E. (2012). *Función Pública Colombiana y Comparada*. Recuperado el 17 de Diciembre de 2012, de *Función Pública Colombiana y Comparada*: <http://funcion-publicaesap.blogspot.com/p/el-servidor-publico.html>

REFERENCIA A DOCUMENTOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección segunda. Consejero ponente: Samuel Buitrago Hurtado. Bogotá, D.C., tres (03) de julio (07) de mil novecientos setenta y nueve (1979). Actor: Gonzalo Munévar Espinosa. Referencia: Expediente N° 0521. Autoridades Nacionales.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Augusto Trejos Jaramillo, Santafé de Bogotá, D.C., once (11) de febrero de mil novecientos noventa y ocho (1998). Radicación número: 1072.

República de Colombia. Congreso de la República. Diario Oficial No. 43.168, de

7 de noviembre de 1997. “Por medio de la cual se aprueba el “Convenio 151 sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública”, adoptado en la 64 Reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 1978”. 5 de Noviembre. Ley 411 de 1997.

República de Colombia. Ministerio del Trabajo. “Por el cual se reglamentan los artículos 7 y 8 de la Ley 411 de 1997 en lo relativo a los procedimientos de negociación y solución de controversias con las organizaciones de empleados públicos”. 24 de Mayo. Decreto 1092 de 2012.