

FUNCION PÚBLICA DE LOS SERVIDORES MUNICIPALES EN COLOMBIA

Aleksey Herrera Robles*

Resumen

El régimen laboral de los servidores públicos municipales, no obstante tratarse de entidades descentralizadas, se encuentra regulado por la ley, no sólo en cuanto a la determinación de su forma de vinculación, sino también en relación con su régimen prestacional, salarial y de vinculación a la función pública.

Palabras claves: Empleados municipales, prestaciones sociales, salarios.

Abstract

Although municipalities are decentralized organisms, the labor regime of their workers is regulated by law, not only referring to their hiring procedures, but also in relation to their benefit, wages and degree of engagement with the public function regime.

Key words: Municipal workers, social benefits, wages.

Fecha de recepción: 28 de marzo de 2004

* Abogado; Magister en Estudios Políticos y Económicos. Profesor de Constitucional General, Hacienda Pública y Derecho Administrativo General. Autor de los libros *Hacienda Pública y Aspectos Generales del Derecho Administrativo colombiano*. Director de la *Revista de Derecho*. aherrera@uninorte.edu.co

Según el Diccionario de Osorio, las funciones son «*el ejercicio de un órgano o la actividad de un aparato*»¹. Son públicas cuando giran en torno a la actividad propia del Estado.

En sentido amplio, las funciones públicas comprenden el conjunto de acciones realizadas por los distintos órganos estatales encaminadas al logro de sus fines esenciales. En este sentido, García Trevijano Fos señala que «[...] *aun aceptando un criterio pluralista, tanto social como jurídico, hemos de considerar que tales funciones forman parte de la esencia estatal y únicamente el cuerpo soberano, es decir, el Estado, las asume y las ejercita directamente*»², situación que no se ve afectada por la vinculación de particulares al ejercicio material de funciones de esta naturaleza, teniendo en cuenta que además de tener un carácter excepcional, su ejercicio se encuentra sometido a la vigilancia y control estatal y sujeto a la normatividad y jurisdicción a la que se encuentra usualmente sometida el Estado, es decir, a un régimen de Derecho Público.

El Estado como persona jurídica de derecho público requiere de agentes que actúen a su nombre, como lo indica el artículo 633 del Código Civil, de tal forma que el ejercicio de la función pública sólo es posible a través de personas naturales, quienes se encargan de desempeñarla dentro de un riguroso marco legal. Bielsa indica al respecto que «*la realización o actuación de los fines del Estado no se concibe sin la actividad intelectual o física de personas que en sentido lato, son sus agentes, es decir, funcionarios o empleados según el carácter jurídico de la actividad que realicen y según la naturaleza de las relaciones que los vinculen con el Estado*»³.

En sentido estricto, la *función pública* se entiende como el conjunto de «*relaciones laborales entre el Estado y sus servidores*»⁴, la cual se ejerce a través del empleo público, definido en virtud del artículo 2° del decreto 2400 de 1968⁵ como el «*conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por persona natural*». Todo empleo público requiere de funciones detalladas en la ley o reglamento, y en el evento en que sea remunerado, el

¹ OSORIO, Manuel, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, políticas y sociales*. Montevideo, Editorial Obra Grande, 1986, p. 330.

² GARCÍA TREVIJANO FOS, José Antonio, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo II, volumen I, 2ª ed. Madrid, Editorial Revista de Derecho privado, 1971, p. 39 y 40.

³ BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, 6ª ed., tomo III. Buenos Aires, La Ley - Sociedad Anónima Editora e impresora, 1964, p. 1.

⁴ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo, *Derecho Administrativo, general y colombiano*, 10ª ed. Bogota, Temis, 1998, p. 159.

⁵ Modificado por el artículo 1° del decreto 3074 de 1968.

cargo debe estar establecido en la respectiva planta de personal y su valor asignado en el correspondiente presupuesto de la entidad (C.N. artículo 122).

En cuanto a la naturaleza jurídica de la función pública, Gabino Fraga resume las diversas tendencias en el derecho comparado de la siguiente manera:

Encontramos que de ambas partes se exige capacidad y consentimiento y que además existen prestaciones recíprocas al proporcionar el empleado sus servicios a cambio de la compensación pecuniaria que recibe del Estado, por lo que se pretende encajar las relaciones que surgen de la función pública dentro de los moldes del derecho civil tradicional y considerar que se trata de un contrato de locación de obras, o de un contrato de mandato, según se trate de servicios materiales o de realizar en nombre y representación del Estado actos jurídicos. Sin necesidad de entrar a discutir las diversas formas en que se adoptan las teorías civilistas sobre la función pública, deben descartarse todas ellas, en primer lugar porque el régimen que en un principio de una manera natural conviene a las relaciones en que el Estado interviene es el régimen de derecho público, y en segundo lugar, porque la función pública, los empleados y funcionarios son titulares de las diversas esferas de competencia en las que se dividen las atribuciones del Estado, y, por los mismo, el régimen jurídico de dicha función debe adaptarse a la exigencia que las referidas atribuciones sean autorizadas de una manera eficaz, regular y continua, sin que el interés personal del empleado llegue a adquirir importancia jurídica para obstruir la satisfacción del interés general. Ahora bien, como las normas que están inspiradas en tal exigencia son normas de derecho público, según lo hemos demostrado anteriormente, de derecho público tendrán que ser también las relaciones que constituyen la función pública⁶.

En el caso colombiano, aunque desde los inicios se estableció un régimen de derecho público para sus servidores, es evidente la influencia civilista; así, tomando como referente la clasificación que traía el artículo 2063 del Código Civil acerca de las obras materiales e inmateriales, el artículo 8° de la Ley 6ª de 1945 señalaba que cuando en la ejecución de una obra o labor o la prestación de un servicio primaba el esfuerzo intelectual sobre el material, el trabajador adquiría la denominación de empleado, y en caso contrario, la de obrero.

⁶ FRAGA, Gabino, *Derecho Administrativo*. México, Porrúa, 1971, p. 133.

De todas maneras y en lo que se refiere a la administración pública, se estableció en el artículo 5° de la Ley 4ª de 1913, Código de Régimen Político y Municipal, que tenían el carácter de empleados públicos «*Todos los individuos que desempeñen destinos creados o reconocidos por las leyes*», y se los clasificó en magistrados, que eran los empleados que ejercían jurisdicción o autoridad; simples funcionarios públicos, que eran aquellos que no obstante no ejercer jurisdicción o autoridad tenían asignadas funciones que sólo se podían ejecutar en calidad de empleados; y los meros oficiales públicos, que ejercían tareas que cualquiera podía tener, sin la calidad de empleados. Por otra parte y teniendo en cuenta el carácter de Estado unitario que se adoptó con la Constitución de 1886, en el artículo 3° de la citada ley se estableció que los gobernadores y alcaldes eran agentes del poder ejecutivo y se indicó que «*En general, son empleados públicos nacionales los que intervienen exclusivamente en asuntos del Estado; departamentales, los que tienen a su cargo los asuntos del departamento, aunque intervengan en la administración nacional, y municipales, los que manejan asuntos del municipio, aunque tengan algunas intervenciones en los del Estado y del departamento...*»⁷

En la Ley 10 de 1934 se excluyó dentro del concepto de contrato de trabajo la vinculación laboral de los empleados del Estado; el decreto 2350 de 1944 ratifica el principio anterior, el cual es posteriormente adoptado en el artículo 4° del decreto 2127 de 1945, reglamentario de la Ley 6ª de 1945 en lo relacionado con el contrato de trabajo, que estableció: «*[...] las relaciones entre los empleados públicos y la Administración Nacional, Departamental o Municipal, no constituyen contrato de trabajo, y se rigen por leyes especiales, a menos que se trate de la construcción o sostenimiento de las obras públicas, o de empresas industriales, comerciales, agrícolas o ganaderas que se exploten con fines de lucro, o de instituciones idénticas a las de los particulares o susceptibles de ser fundadas y manejadas por éstos en la misma forma*».

De esta manera se abrió la posibilidad que algunos servidores del Estado se vincularan por una relación contractual; desde la vigencia de la norma anterior hasta 1968, la jurisprudencia se encargó de establecer en qué eventos existía contrato de trabajo. González Charris distingue tres tendencias jurisprudenciales: la primera, en la que se toma como referente único la *índole del trabajo*; la segunda, en la que se adiciona otros factores, tales como el *rol del organismo*, la *naturaleza de las funciones* y los *fines que se persiguen*, y una tercera que señalaba como criterio diferenciador la *forma de ingreso del trabajador*⁸.

⁷ Ley 4ª de 1913, artículo 238.

⁸ GONZÁLEZ CHARRIS, Guillermo, *Derecho del trabajo*. Bogotá, Temis, 1970, p. 197 y ss.

En 1968 se expide el decreto ley 3135, en cuyo artículo 5° se estableció que las personas que prestaban sus servicios a los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos tendrían el carácter de empleados públicos. Sin embargo, serían trabajadores oficiales los dedicados a la construcción y sostenimiento de obras públicas, al igual que el personal que prestara sus servicios a las empresas industriales y comerciales del Estado, excepto los que desempeñaran cargos de dirección o confianza, conforme a lo establecido en los respectivos estatutos, los cuales tendrían el carácter de empleados públicos. A todos ellos se les confirió la denominación genérica de empleados oficiales y fueron reglamentados en los artículos 1° al 5° del decreto 1848 de 1969.

La distinción entre empleados públicos y trabajadores oficiales se ha establecido⁹ a partir de cuatro criterios:

- a. *Formalista*: Tiene en cuenta la forma de vinculación del empleado a la administración; de esta manera, si se hizo mediante contrato de trabajo, tendrá el carácter de trabajador oficial, y si se hizo mediante un acto condición, ya sea un decreto o una resolución, o la incorporación se hizo mediante concurso o elección, tendrá el carácter de empleado público. No obstante lo anterior, en virtud del principio constitucional de primacía de la realidad sobre la formalidad establecida por los sujetos de la relación laboral¹⁰, no constituye en Colombia un criterio definitivo de distinción;
- b. *Finalista*: Tiene en cuenta la actividad que desarrollan las personas, de tal manera que si se trata del cumplimiento de funciones administrativas serán empleados públicos, pero si se trata de actividades de naturaleza comercial o industrial o de actividades materiales que no son propias de la esencia pública, tendrán el carácter de trabajadores oficiales;
- c. *Organicista*: Tiene en cuenta la entidad pública en la que se labora, de tal manera que si el servicio se presta en los órganos que integran la administración pública central o en establecimientos públicos, serán empleados públicos, mientras que si la actividad se presta en el sector público rentable, tendrán el carácter de trabajadores oficiales.

⁹ GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Miguel, *La función pública en Colombia*, 2ª ed. Bogotá, Librería Jurídica Wilches, 1987, p. 4.

¹⁰ CONSTITUCIÓN NACIONAL, artículo 58.

d. *Mixto*: Consiste en una combinación de los criterios anterior. En el caso colombiano, se aplica en primer lugar el criterio organicista, pues la naturaleza jurídica de los servidores públicos está determinada por la entidad a la cual prestan sus servicios; pero también se tiene en cuenta el criterio finalista para identificar ciertas actividades al interior del Estado, las cuales, como en el caso de la construcción o mantenimiento de obras públicas, modifican la esencia jurídica de la vinculación laboral.

Aunque el decreto 3135 de 1968 hacía referencia exclusivamente a la función pública en el orden nacional, se hizo extensiva su aplicación en el orden territorial; el Consejo de Estado, mediante sentencia de junio 7 de 1980 reiteró al respecto: «*Las Sala, en reciente sentencia, ha determinado que los decretos llamados de la reforma administrativa de 1968, en lo que se refiere a la estructura de la administración pública y en especial de los establecimientos públicos, empresas comerciales e industriales del Estado y sociedades de economía mixta, se aplican en el orden departamental y municipal, no sólo en cuanto dichos decretos no se limitan exclusivamente al orden nacional, sino porque, de no aplicarse a tales órdenes, se produciría en ellos un vacío legislativo que sería preciso llenar con las disposiciones de tales decretos...*»

Las reglas contenidas en el decreto 3135 de 1968 fueron ratificadas expresamente en el orden municipal y departamental con la expedición de las leyes 11 y 3ª de 1986, las cuales fueron incorporadas en los respectivos códigos de régimen municipal (D.L.1333/86) y departamental (D.L.1222/86).

Finalmente, con la expedición de la Constitución de 1991 se incorpora el concepto genérico de *servidores públicos* para identificar a los trabajadores vinculados al Estado, los cuales se clasificaron en miembros de corporaciones públicas, empleados públicos y trabajadores oficiales del Estado y de sus entidades descentralizadas, territorialmente y por servicios. Este concepto entra a adicionar las innumerables formas de identificación de los agentes del Estado, a quienes se les califica a partir regímenes jurídicos específicos, tales como «*entidades estatales*», para fines de contratación, en los términos de los artículos 1º y 2º de la Ley 80 de 1993; «*administración pública*», para referirse a los órganos y entidades que integran la rama ejecutiva del poder público en los términos de la Ley 489 de 1998; o «*autoridades administrativas*», entendidas como el conjunto de entidades públicas y particulares que desempeñan funciones administrativas y a través de las cuales se define el campo de aplicación de las normas de la primera parte del Código Contencioso Administrativo.

1. ORGANIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA MUNICIPAL

Los municipios constituyen entidades territoriales de naturaleza descentralizada, las cuales se gobiernan a través de autoridades propias, ejercen autónomamente las competencias que les corresponden dentro del marco de la ley, administran sus propios recursos y tributos, los cuales son de su propiedad exclusiva y participan de las rentas nacionales.

Desde el punto de vista organizacional, cuentan con una estructura central y una descentralizada. La primera está integrada por la alcaldía, la personería y el concejo. La alcaldía, a su vez, está compuesta por el despacho del alcalde, las secretarías de despacho y las unidades administrativas sin personería jurídica. El artículo 318 constitucional establece que con el fin de mejorar la prestación de los servicios y asegurar la participación de la ciudadanía en el manejo de los asuntos públicos locales, los concejos podían dividir los municipios en comunas, cuando se trate de áreas urbanas, y corregimientos, en caso de zonas rurales. Algunos plantean que estas organizaciones territoriales corresponden a una verdadera descentralización; sin embargo, no cuentan con personería jurídica, ni autonomía para establecer su propia organización ni con presupuesto propio. Además, las atribuciones que se les confiere en el artículo 131 de la Ley 136 de 1994 son más de apoyo, colaboración y fomento que de carácter decisorio, por lo que se adecuan más a una forma de desconcentración administrativa, entendida como la *«radicación de competencias y funciones en dependencias ubicadas fuera de la sede principal del organismo o entidad administrativa...»*, como lo establece el artículo 8º de la Ley 489 de 1998. Las personerías municipales, por su parte, aunque cuentan con autonomía administrativa y presupuestal, no tienen personería jurídica¹¹; además, el artículo 118 constitucional establece que estos organismos, aunque ejercen el ministerio público, no forman parte ni de la Procuraduría General ni de la Defensoría del Pueblo.

Además, los municipios cuentan con un sector descentralizado, el cual puede estar constituido por establecimientos público, empresas industriales y comerciales del Estado, sociedades de economía mixta, empresas sociales del Estado, empresas de servicio público de natura-

¹¹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda, sentencia de 10 de abril de 2003, M.P. Alberto Arango Mantilla.

leza oficial y algunas entidades indirectas como sociedades y asociaciones entre entidades públicas y de carácter mixta; la estructura anterior, establecida de manera general en la Ley 489 de 1998¹² es aplicable en el orden territorial, como lo establece expresamente el parágrafo del artículo 2º de la ley citada¹³.

Las contralorías municipales, por su parte, constituyen órganos autónomos e independientes de acuerdo con lo previsto en el inciso 2º, artículo 113 constitucional, que establece que «[...] además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado...» Teniendo en cuenta que gozan de personería jurídica¹⁴, no forman parte de la estructura del municipio como órgano de la rama ejecutiva del poder público, aunque su funcionamiento sea provisto con recursos municipales.

Similar situación se presenta en el caso de los jueces de paz, los cuales, si bien son de elección y están sujetos en cuanto a su implementación, a las disposiciones que dicten los concejos¹⁵, integran la Rama Judicial.

2. VINCULACIÓN LABORAL DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS

La norma constitucional no se ocupa expresamente de establecer la distinción entre empleados públicos y trabajadores oficiales, de tal manera que su regulación entra a formar parte de la cláusula general de competencia legislativa¹⁶. Sólo el Congreso de la República puede entrar a calificar la naturaleza jurídica de los servidores públicos, no correspondiéndole tal atribución ni a los concejos, ni a las juntas directivas de las entidades descentralizadas, y mucho menos a los acuerdos convencionales. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha señalado: «[...] Sobre estos presupuestos precisa la Sala en contra de lo sostenido en el cargo, que no son las

¹² Se plantea que es establecida de manera general por cuanto el desarrollo de alguna entidades descentralizadas se encuentra contenida en disposiciones especiales, como ocurre con las empresas sociales del Estado, reguladas por la Ley 100 de 1993, o las empresas de servicio público de naturaleza oficial, establecidas en la Ley 142 de 1994.

¹³ LEY 489 de 1998, artículo 2º. «Parágrafo. *Las reglas relativas a los principios propios de la función administrativa, sobre delegación y desconcentración, características y régimen de las entidades descentralizadas, racionalización administrativa, desarrollo administrativo, participación y control interno de la Administración Pública se aplicarán, en lo pertinente, a las entidades territoriales, sin perjuicio de la autonomía que les es propia de acuerdo con la Constitución Política.*»

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO, auto de 11 de septiembre de 1995, M.P. Nubia Gózaes Cerón.

¹⁵ LEY 497 de 1999.

¹⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena, sentencia C-484 de 30 de octubre de 1995, M.P. Fabio Morón Díaz.

convenciones colectivas de trabajo, sino el Congreso o el Gobierno cuando estuviere debidamente facultado para ello, quien define la naturaleza jurídica del vínculo de los servidores públicos de todos los diversos niveles de la administración. Por tanto, no puede quedar a voluntad de los contratantes laborales determinar un aspecto e orden público absoluto, diferido constitucionalmente a tales autoridades públicas...»¹⁷.

Veamos cuál es la naturaleza jurídica de la vinculación laboral de los servidores municipales:

2.1. En el nivel central

2.1.1. Funcionarios de elección popular

Dentro de los cuales encontramos *los alcaldes*, quienes ejercen autoridad política y son los jefes y representantes legales de la administración local y ostentan el carácter de empleados públicos de período¹⁸; *los concejales*, quienes son miembros de corporaciones públicas y, en consecuencia, servidores públicos pero no tienen el carácter de funcionarios públicos por cuanto, «*de un lado, no tienen ni desempeñan funciones públicas de manera individual y del otro, no están investidos de autoridad, jurisdicción ni mando, que distinguen al funcionario público*»¹⁹; los miembros de las *juntas administradoras locales*, los cuales ejercen sus funciones *ad honorem* y, al igual que los concejales, no tienen la condición de funcionarios públicos.

2.1.2. Empleados oficiales

Recordemos que los empleados oficiales pueden ser empleados públicos o trabajadores oficiales. Los primeros son aquellos que mantienen una relación legal y reglamentaria con el Estado, es decir, sus derechos y obligaciones son los que establecen las normas legales o reglamentarias, a diferencia de los trabajadores oficiales, que tienen con el Estado una vinculación regulada por el contrato de trabajo o por los acuerdos convencionales.

En el orden central, todos los servidores públicos municipales tendrán el carácter de empleados públicos; serán trabajadores oficiales

¹⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Laboral, sentencia de 6 de octubre de 1999.

¹⁸ LEY 136 de 1994, artículo 84.

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Quinta, sentencia de 23 de septiembre de 1999, M.P. Roberto Medina López.

aquellos que desempeñen funciones de construcción y sostenimiento de obras públicas. Aunque el artículo 32.1 de la Ley 80 de 1993, Estatuto de Contratación Estatal, establece que se entiende por contrato de obras los dedicados a la «construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles,...» se trata de una definición intemporal, de tal manera que para cada caso deberá examinarse la situación del servidor público para determinar si su actividad está relacionada con el sostenimiento o mantenimiento de obras públicas. Así las cosas, no basta que la persona se encuentre vinculada a una secretaría de obras públicas sino que, con fundamento en el principio del contrato realidad, será necesario examinar la naturaleza de la laboral personal y habitual realizada por el trabajador. En tal sentido ha señalado el Consejo de Estado que «El carácter de trabajador oficial vinculado a la construcción de obras públicas no puede circunscribirse, pues no es ése el criterio de la ley, «al obrero de pico y pala». La Corte ha reconocido que dentro del concepto «sostenimiento de obras públicas» quedan comprendidas personas que, por ejemplo, realizan la actividad de sostenimiento de maquinaria y equipo destinado a la construcción de las obras públicas, actividad ésta no inmediatamente vinculada a la construcción de la obra que, sin embargo, no le priva el carácter de trabajador oficial»²⁰.

Actividades tales como las de aseo, repartición de tintos, ascensoristas y conductores tienen el carácter de empleados públicos²¹.

2.2. En el nivel descentralizado

2.2.1. Establecimientos públicos

En los establecimientos públicos, al igual que en el municipio central, sus servidores serán empleados públicos, excepto los de sostenimiento y mantenimiento de obras públicas. No obstante lo anterior, en el inciso final del artículo 292 del DL.1333 de 1986, Código de Régimen Municipal, se establecía que «[...] En los estatutos de los establecimientos públicos se precisará que actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo», expresión que fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-484 de 1995, como quiera que estos organismos «[...] no se encuentran en capacidad de precisar qué actividades pueden ser desempeñadas por trabajadores vinculados median-

²⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Casación Laboral, sentencia de 31 de agosto de 1994, M.P. Rafael Méndez Arango.

²¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Casación Laboral, sentencia de 6 de octubre de 1999.

te contrato de trabajo, puesto que usurparían la función legislativa de clasificar los empleos de la administración nacional, que desde luego, para entidades en las que se cumplen funciones administrativas corresponde a la categoría de los empleados públicos por principio, con las excepciones que establezca la ley...»

2.2.2. Empresas industriales y comerciales del Estado

Por la naturaleza de la actividad que constituye el giro principal de la empresa, las personas que presten sus servicios a éstas serán trabajadores oficiales, con excepción de las actividades de dirección y confianza, que conforme a los estatutos deberán ser desempeñadas por empleados públicos. La Corte Constitucional en la sentencia anteriormente indicada señaló al respecto que «[...] la fijación de las actividades que van a ser desempeñadas por virtud de vinculación legal y reglamentaria dentro de las empresas industriales y comerciales, corresponden a una función constitucional de orden administrativo que bien puede entregar la ley a sus juntas directivas, para ser ejercidas en la forma que determinen sus estatutos internos, sin que ello modifique la naturaleza del empleo ni de la relación laboral de carácter oficial que está dada por la ley...»

2.2.3. Sociedades de economía mixta

Tratándose de sociedades de economía mixta asimiladas a empresas industriales y comerciales del Estado, que son aquellas en las cuales las entidades públicas poseen más del 90% del capital social, se les aplicará en materia laboral el mismo régimen previsto en la ley para las empresas industriales y comerciales del Estado, como lo establece el parágrafo del artículo 97 de la Ley 489 de 1998. No obstante lo anterior, esta misma regla es aplicable a las empresas de economía mixta en las que el Estado tenga una participación estatal mayoritaria, es decir, superior al 50%, como lo establece el artículo 292, inciso 2° del Código de Régimen Municipal.

Cuando la sociedad de economía mixta tenga una participación estatal minoritaria, es decir, inferior al 50%, sus empleados serán particulares se regirán en su integridad por las normas del Código Sustantivo del Trabajo.

2.2.4. Empresas sociales del Estado

El artículo 195.5 de la Ley 100 de 1993 establece que las personas vinculadas a las empresas sociales del Estado serán empleados públicos y trabaja-

dores oficiales, conforme a las reglas establecidas en el capítulo IV de la Ley 10 de 1990. En esta disposición se estableció que los servidores públicos tendrían el carácter de empleados públicos, de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa, excepto los trabajadores oficiales, que eran aquellos que desempeñaban cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales de la misma institución.

Esta disposición amplía el concepto de trabajadores oficial e incorpora la actividad de mantenimiento de la planta hospitalaria, la cual comprende a todas las personas dedicadas al montaje, instalación, remodelación, ampliación, mejora, conservación, restauración y mantenimiento y la prestación de servicios generales, en las cuales debemos incluir todas las actividades que realiza la entidad encaminadas a brindar apoyo material al cumplimiento del objeto principal de la entidad, dentro del cual podríamos mencionar la actividad de aseo, jardinería, electricidad, mecánica, cocina, celaduría, lavandería, costura, planchado de ropa y transporte.

2.2.5. Empresas de servicio público de naturaleza oficial

La Ley 142 de 1994 estableció que las empresas de servicio público eran sociedades por acciones cuyo objeto era la prestación de los servicios públicos indicados en la ley; estas empresas podían ser oficiales, cuando el 100% de su capital era público; mixtas, cuando el Estado tuviera participación mayoritaria, y cuando la participación estatal fuera minoritaria tendrían el carácter de privadas. La Ley 489 de 1998 en su artículo 38.2, al establecer los órganos y entidades que integraban el sector descentralizado por servicio de la rama ejecutiva, sólo incluyó las empresas de servicio público de naturaleza oficial.

En el artículo 41 de la citada ley se estableció que las empresas de servicio público mixtas y privadas se regían en materia laboral por las normas del Código Sustantivo del Trabajo. Aunque sobre las de naturaleza oficial guardó silencio, le son aplicables las mismas disposiciones que rigen a las empresas industriales y comerciales del Estado, pues se trata efectivamente de una sociedad entre entidades públicas regulada en los artículos 85 y siguientes de la Ley 489 de 1998.

3. RÉGIMEN SALARIAL

El Congreso de la República, en los términos previstos en el artículo 150, numeral 10, literal e) de la Constitución Nacional, tiene la competencia para

expedir a través de una ley marco o general, el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos. En tal sentido se expidió la Ley 4ª de 1992²², en cuyo artículo 12 se estableció: «El régimen prestacional de los servidores públicos de las entidades territoriales será fijado por el Gobierno Nacional, con base en las normas, criterios y objetivos contenidos en la presente ley. En consecuencia, no podrán las corporaciones públicas territoriales arrogarse esta facultad».

Actualmente se encuentra vigente el decreto 3573 de diciembre 11 de 2003, «Por el cual se establece el límite máximo salarial de los empleados públicos de las entidades territoriales y se dictan otras disposiciones», el cual establece la siguiente tabla:

Tabla 1
Límite máximo salarial de empleados municipales
1º enero a 31 de diciembre 2004

Nivel jerárquico	Límite máximo de asignación básica mensual
Directivo	\$5.531.491
Asesor	5.153.048
Ejecutivo	3.594.633
Profesional	3.152.767
Técnico	1.321.263
Asistencial	1.307.779

Por otra parte, la misma Constitución establece en su artículo 313, numeral 6º, que es función de los concejos municipales «determinar la estructura de la administración municipal y las funciones de sus dependencias; las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos:...», y para el caso específico de los alcaldes, el artículo 313, numeral 7º, señala la de «crear, suprimir o fusionar los empleos de sus dependencias, señalarles funciones especiales y fijar sus emolumentos con arreglo a los acuerdos correspondientes...»²³ Quiere decir lo anterior que en materia de salario de los empleados de las entidades territoriales existe una competencia concurrente, de tal manera que corresponde al Congreso señalar

²² «Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los trabajadores oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política».

²³ El subrayado no es del texto.

los principios y parámetros generales que debe tener en cuenta el gobierno para establecer el régimen aplicables; éste, a su vez, sólo podrá señalar los límites máximos de los salarios que podrán devengar estos servidores; los concejos, a su vez, les corresponde determinar las escalas de remuneración según la categoría de los empleos, y los alcaldes asignarán los emolumentos a los empleos respectivos²⁴.

Estas disposiciones son aplicables igualmente a los empleados públicos que laboran en el sector descentralizado del orden municipal; no así a los trabajadores oficiales, cuyo salario se establece por acuerdo contractual o convencional, según el caso. Tratándose de las empresas sociales del Estado, si bien las del orden nacional se encuentran reguladas en esta materia por el decreto 3535 de 2003, las de carácter municipal se rigen por las disposiciones propias de las entidades territoriales, en la medida en que la Ley 100 de 1990 sólo se refiere al régimen prestacional cuando asimila a los empleados de los distintos órdenes.

La excepción al régimen anterior está relacionada con el salario asignado a los alcaldes, teniendo en cuenta que inicialmente la Ley 136 de 1994 establecía en su artículo 87 la competencia de los concejos para fijarlo de acuerdo con un rango en términos de salarios mínimos, dependiendo de la categoría a la que perteneciera el municipio, disposición que fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-510 de 1999. Actualmente, según la categorización de distritos y municipios contenida en el artículo 2º de la Ley 617 de 2000, el Gobierno Nacional se encarga anualmente de fijar los límites máximos, y les corresponde a los concejos fijar los valores respectivos. Para el año 2004, el decreto 3574 de 11 de diciembre de 2003, «*Por el cual se fijan los límites máximos salariales de los gobernadores y alcaldes y se dictan disposiciones en materia prestacional*», estableció la siguiente tabla:

²⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-510 de 14 de julio de 1999, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

Tabla 2
Límite máximo de los salarios de los alcaldes 2004

Categoría	Límite máximo de asignación básica mensual
Especial	\$7.605.866
Primera	6.444.541
Segunda	4.655.121
Tercera	3.731.279
Cuarta	3.117.480
Quinta	2.505.486
Sexta	1.888.649

En la norma anterior se estableció además a favor del alcalde una bonificación de dirección equivalente a tres meses de salario mensual, pagaderos en dos contados iguales, el 30 de junio y el 30 de diciembre.

4. NOMENCLATURA, CLASIFICACIÓN Y REQUISITOS PARA EL EJERCICIO DE EMPLEOS MUNICIPALES

El artículo 123 constitucional establece que los servidores públicos ejercerán sus funciones en la forma prevista en la Constitución, ley y los reglamentos. En tal sentido, el Congreso de la República confirió facultades precisas y por un término de seis meses al presidente de la República, como lo dispone el artículo 150 numeral 10 de la Carta, para que mediante un decreto ley adoptara el sistema general de nomenclatura y clasificación de los empleos públicos con funciones generales y requisitos mínimos para las entidades tanto de orden nacional como del orden territorial. De esta manera se expidió el D.L. 1569 de 1998, «*Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de las entidades territoriales que deben regularse por las disposiciones de la ley 443 de 1998 y se dictan otras disposiciones*», en el cual se establecieron los siguientes niveles y se fijaron los requisitos mínimos requeridos:

- a. *Nivel directivo.* Comprende los empleos a los cuales corresponden funciones de dirección general, de formulación de políticas institucionales y de adopción de planes, programas y proyectos. Para su ejercicio se requiere título universitario y experiencia profesional, con excepción de los empleos cuyos requisitos estén fijados en otras disposiciones legales;

- b. *Nivel asesor.* Agrupa los empleos cuyas funciones consisten en asistir, aconsejar y asesorar directamente a los empleados públicos del nivel directivo.
- c. *Nivel ejecutivo.* Comprende los empleos cuyas funciones consisten en la dirección, coordinación, supervisión y control de las unidades o áreas internas encargadas de ejecutar y desarrollar las políticas, planes, programas y proyectos de las entidades. Para los empleos del nivel asesor y ejecutivo del orden distrital y los empleos pertenecientes a los municipios de categoría especial, primera, segunda y tercera categorías, se requiere título universitario y título de especialización y experiencia profesional. Para los empleos pertenecientes a los municipios de cuarta a sexta categorías, título universitario o título de tecnólogo especializado o título de tecnólogo o título de formación técnica profesional o tres años de estudios superiores o diploma de bachiller en cualquier modalidad. Para este último caso, además, curso específico mínimo de sesenta horas relacionado con las funciones del cargo.
- d. *Nivel profesional.* Agrupa aquellos empleos a los cuales corresponden funciones cuya naturaleza demanda la aplicación de los conocimientos propios de cualquier carrera profesional reconocida por la ley. Su ejercicio requiere título universitario. Para el empleo de profesional especializado, además de lo anterior, título de especialización. La experiencia profesional y laboral se determinará conforme con el perfil del empleo.
- e. *Nivel técnico.* En este nivel están comprendidos los empleos cuyas funciones exigen el desarrollo de procesos y la aplicación de tecnologías. Para su desempeño en el orden distrital y en municipios especiales, de primera, segunda y tercera categorías, se requiere título de formación tecnológica o título de formación técnica profesional o tres años de educación superior o diploma de bachiller en cualquier modalidad técnica. Para los empleos de los demás municipios, un año de educación superior o diploma de bachiller en cualquier modalidad o tres años de educación básica secundaria. Para este último caso, además, curso específico, no inferior a sesenta horas, relacionado con las funciones del cargo.
- f. *Nivel administrativo.* Comprende los empleos cuyas funciones implican el ejercicio de actividades de orden administrativo, complementarias de las tareas propias de los niveles superiores. Requieren para

su desempeño en los casos de distritos y de municipios especiales, de primera, segunda y tercera categorías, diploma de bachiller en cualquier modalidad o cuatro años de educación básica secundaria. Para los empleos de los demás municipios, cuatro años de educación básica secundaria o dos años de educación básica secundaria. Para este último caso, además, curso específico relacionado con las funciones del cargo.

- g. *Nivel operativo.* Comprende los empleos cuyas funciones implican el ejercicio de labores que se caracterizan por el predominio de actividades manuales o tareas de simple ejecución. Para los empleos del orden distrital y de municipios especiales, de primera, segunda y tercera categorías, se requieren dos años de educación básica secundaria o educación básica primaria. La experiencia laboral se determinará conforme con el perfil del empleo.

Para los empleos de los demás municipios es necesario contar con educación básica primaria o experiencia laboral equivalente.

5. RÉGIMEN PRESTACIONAL

Bajo el régimen de la Constitución de 1886, el Consejo de Estado en reiteradas jurisprudencias había establecido que ni los concejos municipales ni las asambleas departamentales estaban facultados legal o constitucionalmente para regular prestaciones sociales de los servidores públicos²⁵. De igual manera, esa corporación aclaró que el régimen legal de las prestaciones sociales de los empleados oficiales de municipios y departamentos no era el mismo que la ley establecía para los del orden nacional:

[...] los servidores departamentales y municipales, al igual que los de las otras entidades territoriales, están sometidos, en cuanto al régimen de sus prestaciones sociales, a disposiciones legales y reglamentarias dictadas por el Congreso y por el gobierno nacional, como son, entre otras, las pertinentes de la ley 6ª de 1945; decretos 1600, artículo 12, y 2767 del mismo año; ley 65 de 1946; ley 24 de 1947, artículo 1º; ley 72 de 1947, artículo 21; decreto 1160 de 1947; ley 21 de 1982, esta última sobre subsidio familiar; artículo 3º de la ley 5ª de 1969, que sustituyó al 9º de la ley 48 de 1962, etc. En cuanto a su situación de empleados públicos, rige para ellos el decreto extraordina-

²⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 31 de agosto de 1983.

rio 1732 de 1960, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65 del decreto 2400 de 1968, modificado por el artículo 1º del decreto 3074 del mismo año...

En la misma providencia se estableció, por una parte, que el decreto 3135 de 1968 sólo le era aplicable a los empleados del orden departamental y municipal en lo que respecta a la estructura administrativa y, por otra, que «[...] *Las normas legales y reglamentarias que establecen prestaciones sociales para los empleados oficiales al servicio de las entidades territoriales y determinan los hechos que las originan, los elementos que las estructuran, la forma de liquidarlas, las cuantías de las mismas, etc., no pueden ser modificadas mediante ordenanzas de las asambleas y acuerdos de los concejos, sino por medio de una ley o un decreto extraordinario expedido por el presidente de la República, de conformidad con las facultades constitucionales y legales*»²⁶.

En la Ley 11 de 1986, Estatuto Básico de la Administración Municipal, se ratificaron los principios anteriores al establecerse en el artículo 41 que «*El régimen de prestaciones sociales de los empleados públicos municipales será el que establezca la ley, que también dispondrá lo necesario para que, dentro del marco de su autonomía administrativa, los municipios provean el reconocimiento y pago de dichas prestaciones*»²⁷. No obstante lo anterior, en el párrafo del artículo 43 de la Ley 11 de 1986 (artículo 293 del D.L.1333/86) se estableció que «*Las situaciones jurídicas laborales definidas por disposiciones municipales, no serán afectadas por lo establecido en los dos artículos anteriores*». Al respecto, el Consejo de Estado en Sala de Consulta y Servicio Civil señaló que con esta disposición se estaba dando aplicación a la noción de los denominados derechos adquiridos, según la cual una nueva norma no podía afectar situaciones definidas o consolidadas conforme al régimen jurídico anterior; en consecuencia, los derechos prestacionales creados por los concejos municipales antes de entrar en vigencia la Ley 11 de 1986 tenían el carácter de derechos consolidados, y por lo tanto debían tomarse como las «situaciones laborales definidas» a que se refería el párrafo del artículo 43 de la Ley 11/86. *Contrario sensu*, quienes no alcanzaron a consolidar su situación al momento de entrar en vigencia la Ley 11 de 1986, no puede beneficiarse del régimen previsto en materia prestacional por parte de los concejos municipales; es decir que los actos proferidos por las autoridades territoriales que reconocían prestaciones sociales a los empleados públicos de este orden, perdieron su valor frente a la competencia exclusiva otorgada al legislador en esta materia.

²⁶ BUITRAGO, Luis A., *Régimen jurídico de los empleados oficiales*, 3ª ed. Bogotá, Librería Jurídica Wilches, 1989, p. 786.

²⁷ Correspondió al artículo 291 del Código de Régimen Municipal, decreto ley 1333 de 1986.

La Constitución de 1991 mantuvo la competencia del legislador en la regulación del régimen de prestaciones sociales de los servidores públicos al incluir dentro de las leyes marco establecidas en el artículo 150, numeral 19, los literales e) y f), que estipulan que *«Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: [...] 19. Dictar las normas generales y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el gobierno para los siguientes efectos: [...] e) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, [...]; f) Regular el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales...»*

En desarrollo de la disposición anterior, el Congreso de la República expidió la Ley 4ª de 1992, en cuyo artículo 12 se estableció que *«El régimen prestacional de los servidores públicos de las entidades territoriales será fijado por el Gobierno Nacional, con base en las normas, criterios y objetivos contenidos en la presente Ley. En consecuencia, no podrán las corporaciones públicas territoriales arrogarse esta facultad. Parágrafo. El Gobierno señalará el límite máximo salarial de estos servidores guardando equivalencias con cargos similares en el orden nacional»*. Además, en el artículo 10 se dispuso que toda prestación social establecida en contravención a lo señalado, entre otras, en la norma anterior, carecería de todo efecto y no crearía derechos adquiridos.

En materia municipal, la Ley 136 de 1994 en su artículo 2º estableció que *«El régimen municipal estará definido por lo dispuesto en la Constitución Política, por lo establecido en la ley y por las siguientes disposiciones: [...] c)... En lo relativo a los regímenes salariales y prestacionales de sus empleados públicos, por las normas generales que dicte el Congreso y las disposiciones que en desarrollo de ellas expida el Gobierno, los trabajadores oficiales por las normas vigentes de contratación colectiva y las mínimas del régimen de prestaciones sociales que dicte el Congreso de conformidad con lo dispuesto en los literales e) y f) del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política»*.

Finalmente, el gobierno nacional expide el decreto 1919 de agosto 27 de 2002²⁸, a través del cual se unificó, en los distintos órdenes, el régimen prestacional de tal forma que:

- a. Todos los empleados de la rama ejecutiva del orden territorial, tanto central como descentralizado, quedaron sometidos al régimen de prestaciones sociales establecido para los empleados públicos de la rama ejecutiva del orden nacional;

²⁸ *«Por el cual se fija el régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos y se regula el régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial».*

- b. Los trabajadores oficiales de las entidades anteriormente señaladas quedaron igualmente sometidos al régimen de prestaciones sociales mínimas establecidas para los del orden nacional.

La unificación del régimen quedó sin embargo sujeto a las siguientes situaciones: en el caso de las empresas sociales del Estado del orden territorial, no se presentaba mayor variación en la medida en que desde la vigencia de la Ley 100 de 1993, artículo 195.5, su régimen laboral fue el establecido en el capítulo IV de la Ley 10 de 1990, el cual señalaba que «[...] a los empleados públicos del sector de la salud de las entidades territoriales y de sus entes descentralizados, se les aplicará el mismo régimen prestacional de los empleados públicos del orden nacional, ...»; en virtud del respeto constitucional al principio de los derechos adquiridos, quienes disfrutaban de la retroactividad en las cesantías mantenían ese régimen, igual que en los casos de situaciones jurídicas consolidadas, entendidas como las prestaciones sociales causadas, no podían ser afectadas.

Es en desarrollo del decreto anterior, el Departamento Administrativo de la Función Pública expide la circular N° 001 de agosto 28 de 2002 estableciendo el campo de aplicación el decreto anterior y destacando las prestaciones sociales aplicables a los empleados públicos del nivel territorial y las mínimas de los trabajadores oficiales del mismo nivel.

5.1. Prestaciones sociales de los empleados públicos municipales

5.1.1. *Prima de Navidad*

Equivale a un mes de sueldo que corresponda al cargo a 30 de noviembre de cada año, la cual será pagada en la primera quincena del mes de diciembre. Si el empleado no laboró durante todo el año, tendrá derecho a la prima en proporción al tiempo servido durante el año a razón de una doceava parte por mes completo servido.

Su reconocimiento y pago es incompatible en el evento de existir por vía convencional, para el caso de los trabajadores oficiales, una prima similar.

Para su liquidación se debe tener en cuenta los siguientes factores constitutivos de salario:

- a. Asignación básica mensual sin incluir las horas extras²⁹

²⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 6 de junio de 1974.

- b. Incremento de salario por antigüedad
- c. Gastos de representación
- d. Prima técnica
- e. Auxilio de alimentación y transporte
- f. Prima de servicios y vacaciones
- g. Bonificación por servicios prestados

Su marco jurídico lo constituyen: Decreto ley 3135 de 1968, artículo 11, modificado por el decreto 3148 de 1968; decreto reglamentario 1848 de 1969, artículo 51; decreto ley 1045 de 1978, artículos 32 y 33.

5.1.2. Vacaciones

Tanto los empleados públicos como los trabajadores oficiales, sean de tiempo completo o parcial, tienen derecho, como prestación social y no como factor de salario, a quince días hábiles de vacaciones por cada año de servicio, las cuales serán concedidas dentro del año siguiente a la fecha en que se causen. Constituyen factores salariales para la liquidación de las vacaciones, los mismos indicados para el caso de la prima de navidad.

Su marco regulatorio es el D.L. 3135 de 1968, artículo 8º; D. 1848 de 1969, artículo 43; D.L. 1045 de 1978, artículos 9 al 18.

5.1.3. Prima de vacaciones

Son equivalentes a quince días de salario por cada año de servicio, las cuales serán canceladas dentro de los cinco días hábiles anteriores a la fecha señalada para el inicio del descanso remunerado. En el evento en que un trabajador se retire de servicio por causas distintas a la destitución o abandono del cargo sin haber disfrutado de las vacaciones, tendrá derecho al pago de la prima anterior. Su liquidación se hará a partir de los factores salariales establecidos para las vacaciones. Su regulación se encuentra contenida en el D.L. 1045/78, artículos 25 y 27 al 30.

5.1.4. Subsidio familiar

Tienen derecho todos los trabajadores vinculados al Estado con carácter permanente que devenguen una remuneración hasta de cuatro veces el salario mínimo legal vigente y con personas a cargo. Este puede ser en *especie*, consistente en alimentos, vestidos, becas de estudio, textos escolares, drogas y demás frutos o géneros diferentes a dinero; mediante una

cuota monetaria por personas a cargo o en servicios consistentes en la utilización de obras o programas sociales. Su reconocimiento se rige por la Ley 21 de 1982; decreto 341 de 1988; decreto 784 de 1989; Ley 731 de 2002 y Ley 789 de 2002.

5.1.5. *Auxilio de cesantía*

A partir de la Ley 6ª de 1945 se estableció dentro del régimen de prestaciones oficiales el auxilio de cesantía, en los siguientes términos: «*Artículo 17: Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones: a) Auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio. Para la liquidación de este auxilio solamente se tendrá en cuenta el tiempo de servicio prestado con posterioridad al primero de enero de 1942...*»³⁰. El pago de esta prestación correspondía inicialmente a la Caja de Previsión Social de los Empleados y Obreros Nacionales, creada mediante decreto 1600 de 1945.

Para efectos de establecer la forma de liquidación, en el decreto 2567 de 1946 se estableció que debía hacerse «[...] *de conformidad con el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce meses, o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce meses*».

En 1968 se expidió el decreto 3118 de 26 de diciembre, a través del cual se creó el a nivel nacional el Fondo Nacional de Ahorro y se estableció a su cargo la liquidación y pago de las cesantías de los empleados. Posteriormente, mediante decreto 1045 de 1978, artículo 45, se establecen los factores de salario para la liquidación de las cesantías. Teniendo en cuenta que muchos empleados estatales seguían vinculados a la Caja Nacional de Previsión, y nunca se afiliaron al Fondo Nacional de Ahorro, mediante Ley 33 de 1985 se estableció que a partir del 1º de enero de ese año el pago correspondiente debía ser asumido directamente por cada entidad.

Se expide entonces la Ley 344 de diciembre 27 de 1996, «*Por la cual se dictan normas tendientes a la nacionalización del gasto público, se conceden*

³⁰ En el artículo 22 de la misma ley se estableció que para el caso de los departamentos y los municipios, de acuerdo a su condición económica, el Gobierno Nacional debía establecer un régimen en materia de prestaciones sociales.

unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones», en cuyo artículo 13 se estableció:

Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, a partir de la publicación de la presente Ley, las personas que se vinculen a los órganos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías:

a) El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral;

b) Les serán aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a) del presente artículo.

El Gobierno Nacional podrá establecer programas de incentivos con la finalidad de propiciar que los servidores públicos que en el momento de la publicación de la presente Ley tengan régimen de cesantías con retroactividad, se acojan a lo dispuesto en el presente artículo.

***Parágrafo:** El régimen de cesantías contenido en el presente artículo no se aplica al personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.*

Quiere decir entonces que a partir de esa fecha existían dos regímenes en materia de cesantías para los servidores públicos:

- a. De retroactividad: para los vinculados a los órganos y entidades del Estado antes de 27 de diciembre de 1996;
- b. De no retroactividad: para los servidores vinculados después de esa fecha.

No obstante lo anterior, la Corte Constitucional entra a revisar por vía de acción pública, entre otros, el artículo anterior y declara la inexecutable únicamente de la parte subrayada y la executable del resto. El argumento de la inexecutable se resume así: «*El inciso final de la norma examinada autoriza al Gobierno para establecer programas de incentivos con la finalidad de propiciar que los servidores públicos que en el momento de la publicación de la ley tenían régimen de cesantías con retroactividad se acojan al nuevo sistema. Esta parte del precepto es abiertamente inconstitucional.*»

nal, toda vez que representa una autorización indeterminada, tanto desde el punto de vista material como desde el temporal, para que el Ejecutivo cumpla una función indudablemente legislativa».

En cuanto al resto del artículo, la Corte lo declara exequible, es decir, aplicable por encontrarse ajustado a las previsiones constitucionales, con fundamento en los siguientes argumentos:

- a. *Los cambios que contemple la nueva legislación únicamente pueden hacerse obligatorios para las relaciones laborales futuras, es decir, las que se entablen después de haber entrado aquélla en pleno vigor, y, en consecuencia, excepto el caso de anuencia expresa y enteramente voluntaria del trabajador afectado, no es admisible cobijar bajo las nuevas disposiciones las situaciones jurídicas nacidas a partir de vínculos de trabajo que se venían ejecutando al producirse la reforma...*
- b. *[...] El régimen de cesantías resulta reformado por el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 para las personas que se vinculen en el futuro a los órganos y entidades del Estado. Las reglas que se venían aplicando, en cuanto hacían parte del régimen prestacional, eran de jerarquía legislativa y solamente podían ser afectadas o modificadas mediante ley, por lo cual las directrices que el Congreso ha dictado en la norma que ocupa la atención de la Corte no podían dejar de contemplar de manera directa, como se hizo, los nuevos sistemas de liquidación definitiva de cesantías por anualidades o fracciones de ellas. Se cambió, pues, por el legislador –que era quien podía hacerlo– el sistema que se hallaba en vigor, y a ello se procedió con el propósito definido de disminuir o atemperar el gasto público, pero no aparece por tales razones violado precepto constitucional alguno, en cuanto no se afectaron los derechos adquiridos de los trabajadores (la norma surte efectos hacia el futuro); no se rompió la unidad de materia exigida por la Carta; no se vulneró el artículo 150, numeral 19, de la Constitución Política; no se substituyó al Gobierno en el ejercicio de una función que fuera propia de él y, por el contrario, se circunscribió el Congreso a establecer reglas propias de su competencia...*

El punto anterior ratifica que la irretroactividad de las cesantías para ciertos servidores públicos deviene de dos disposiciones adicionales: por una parte, el decreto 1582 de 1998, que facultó a los empleados no afiliados al Fondo Nacional de Ahorro a afiliarse a los fondos privados de cesantía, sujetándolos a la Ley 50 de 1990, que consagra la irretroactividad de esta prestación y, por otra, el decreto 1552 de 2000, que estableció que «Los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la Fuerza Pública que se vinculen al servicio del Estado a partir de la vigencia del presente

decreto, tendrán derecho al pago de cesantías en los términos establecidos en las leyes 50 de 1990, 344 de 1996 o 432 de 1998, según el caso».

5.1.6. Calzado y vestido de labor

Todos los trabajadores que devenguen menos de dos salarios mínimos legales vigentes y tengan más de tres meses de servicio con la entidad tendrán derecho al suministro cada cuatro meses en forma gratuita de un par de zapatos y un vestido de labor, los cuales deberán ser entregados los días 30 de abril, 30 de agosto y 30 de diciembre, conforme a lo establecido en la Ley 70 de 1988, artículo 1º y el D.R. 1978 de 1989.

5.1.7. Pensión

El empleado oficial que sirva o haya servido 20 años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años tiene derecho a que a través de las respectivas cajas de previsión se le pague una pensión vitalicia de jubilación equivalente al 75% del salario promedio que le sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, en los términos del artículo 1º de la Ley 33 de 1985. No obstante lo anterior, se establecieron dos regímenes especiales para efectos de la determinación de la edad:

- a. Si a enero 29 de 1985³¹ el trabajador hubiere cumplido quince años de servicio, debía continuarse aplicando la edad de 50 años;
- b. Si el trabajador a enero 29 de 1985 se encontrare retirado con 20 años de servicio pero sin edad pensional, tendrá derecho a su pensión a los 50 años en el caso de los hombres y 55 en el de las mujeres.
- c. Si a la fecha de la vigencia de la Ley 33/85 el trabajador hubiere cumplido los requisitos de edad y tiempo de servicio, tendrá derecho a jubilarse de acuerdo con el régimen anterior.

Posteriormente se expide la Ley 100 de 1993, que establece el Régimen General de Pensiones (vejez, invalidez y muerte), sujeto a dos regímenes:

- Primero: Régimen Solidario de Prima Media con prestación definida, a cargo del Instituto de los Seguros Sociales: Al cual pueden acceder los trabajadores que hayan cotizado al menos 1.000 semanas y cumplan

³¹ Fecha de iniciación de la vigencia de la Ley 33/85.

55 años para las mujeres y 60 para los hombres, edad que se incrementará en dos años a partir del 2014, sujeto a las siguientes condiciones:

- a. Si al 1° de abril de 1994 el trabajador tenía 35 años de edad para las mujeres y 40 para los hombres, o más de 15 años de servicio cotizados, se seguirían rigiendo por la ley 33/85.
- b. Los trabajadores que no cumplieran los requisitos anteriores estarían sometidos al régimen previsto en la Ley 100/93.

El monto de la pensión de vejez sería equivalente al 65% del ingreso base de liquidación por las 1.000 primeras semanas y un 2% adicional por cada 50 semanas cotizadas en exceso, sin superar el 73%. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.200 hasta la 1.400, el incremento equivaldría al 3%, hasta completar un 85% del ingreso base de liquidación. Si cumplida la edad anterior el trabajador no ha cumplido el número requerido de cotizaciones, tiene derecho a recibir una indemnización equivalente a un salario base de liquidación multiplicado por el número de semanas cotizadas, suma a la cual se le aplicará el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales el trabajador haya cotizado.

- Segundo: Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad: Los trabajadores afiliados a este régimen a cargo de las sociedades administradoras de fondos de pensiones, tienen derecho a una pensión de jubilación sin importar la edad, siempre que les permita obtener una pensión superior al 110% sobre el salario mínimo legal mensual.

El régimen de la Ley 100/93 está sujeto a las siguientes excepciones, en las cuales será aplicable el régimen anterior:

- a. Educadores oficiales;
- b. Hombres mayores de 40 años y mujeres mayores de 35 años a la entrada en vigencia de la ley, los cuales se encuentran sujetos a un régimen de transición;
- c. Trabajadores con más de 15 años de aportes al ISS o al sector público;
- d. Hombres con más de 55 años de edad y mujeres con más de 50 años, quienes se encuentran excluidos del régimen de ahorro privado.

Se encuentran igualmente sometidas al régimen de la Ley 100 de 1993, la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, la pensión de invalidez, la indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez, la pensión de sobreviviente, el auxilio por enfermedad, la indemnización por accidente de trabajo o enfermedad profesional.

5.1.8. *Auxilio de maternidad*

Toda empleada que se encuentre en estado de embarazo tiene derecho en la época del parto a una licencia remunerada de doce semanas y en caso de aborto, por cuatro semanas, de acuerdo con lo establecido en la Ley 50 de 1990, artículo 34; Ley 100 de 1993, artículos 206 y 207, y Ley 755 de 2002.

5.1.9. *Auxilio por accidente de trabajo y enfermedad profesional y no profesional*

Los trabajadores tienen derecho en caso de accidente o enfermedad profesional al pago del salario hasta por ciento ochenta días; en el evento de enfermedad no profesional, tendrán derecho a que el Estado les pague un auxilio monetario hasta por 180 días, así: dos terceras partes del salario por noventa días y la mitad del salario por el tiempo restante, como lo establece el D.L. 3135/68, artículo 18 y el D.R. 1848 de 1969, artículo 8° y siguientes.

5.1.10. *Auxilio funerario*

En caso de fallecimiento de un empleado, la entidad deberá reconocer, con cargo a su presupuesto, los gastos funerarios por cuantía de un salario mínimo legal vigente al momento de su fallecimiento, de acuerdo con lo establecido en el D.E. 050/81, artículo 10.

5.1.11. *Asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria y servicio odontológico*

5.2. Prestaciones mínimas de los trabajadores oficiales

Las prestaciones sociales previstas para los empelados públicos constituyen los mínimos derechos y garantías de que goza el trabajador oficial.

6. VINCULACIÓN DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPALES

Los trabajadores oficiales serán vinculados a través de contratos de trabajo, sometidos al acuerdo de voluntades dentro del marco de prestaciones mínimas indicadas en el capítulo anterior o a los acuerdos convencionales o pactos colectivos. Los empelados públicos, por su parte, pueden ser de libre nombramiento y remoción o de carrera administrativa.

De acuerdo con lo establecido en la Ley 443 de 1998, artículo 5º, son de libre nombramiento y remoción:

- a. Los empleados que realicen actividades de dirección, conducción y orientación institucional, tales como el «*secretario general; secretario y subsecretario de despacho; veedor distrital; director y subdirector del departamento administrativo; director y subdirector ejecutivo de asociaciones de municipios; director y subdirector de áreas metropolitanas; subcontralor; vicecontralor o contralor auxiliar; jefe de control interno; jefe de oficinas asesoras de jurídica, planeación, de prensa o comunicaciones; alcalde local, corregidor y personeros delegados de los municipios de categorías especial y uno, dos y tres*». En el sector descentralizado lo son el presidente, director o gerente, vicepresidente, subdirector o subgerente; secretario general; rector, vicerrector y decano de instituciones de educación superior distinta a los entes universitarios autónomos, jefes de oficina asesora de jurídica, de planeación, de prensa o de comunicación y jefe de control interno.
- b. Los empleados de cualquier nivel jerárquico cuyas funciones implican confianza y que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistencial o apoyo, que estén al servicio directo e inmediato de los siguientes funcionarios: alcalde distrital, municipal y local, contralor y personero; presidente, director o gerente; recto de instituciones de educación superior distintas a los entes universitarios autónomos.
- c. Los empleos cuyo ejercicio implica la administración y manejo directo de bienes, dinero y/o valores del Estado.

En el caso de los empleados de carrera administrativa, éstos se vinculan al servicio mediante sistema de concurso y se mantienen a través de evaluaciones de desempeño, conforme al procedimiento previsto en la Ley 443 de 1998. No obstante lo anterior, actualmente no es posible la apertura de concursos, teniendo en cuenta que la Corte Constitucional mediante sentencia C-372 de 26 de mayo de 1999 declaró inexecutable la creación contenida en la citada ley de la Comisión Nacional del Servicio Civil y, en consecuencia, las seccionales, teniendo en cuenta que el organismo fue creado no como un órgano independiente de acuerdo con las exigencias del artículo 130 constitucional³², sino como parte de

³²C.N., artículo 130: «Habrà una Comisión Nacional del Servicio Civil responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, excepción hecha de las que tengan carácter esencial».

la Rama Ejecutiva; además, por cuanto la Carta no autorizó la creación de comisiones autónomas territoriales sino de un órgano único.

Con objeto de definir los alcances de la citada sentencia, la misma Corte en fallo T-1241 de 23 de noviembre de 2001, con ponencia del magistrado Manuel José Cepeda Espinoza, señaló: «[...] *actualmente no existe la posibilidad de acudir al concurso como forma de provisión de empleos vacantes. En segundo lugar, a pesar que han pasado ya dos años desde la sentencia C-372 de 1999, aún no se ha reformado el órgano encargado de la vigilancia, control, solución de inquietudes y promoción de las personas que pertenecen a la carrera administrativa...*», vacío que todavía se mantiene.

Los efectos prácticos de la inexecutable declarada por la Corte Constitucional se resumen así:

- a. Los concursos en los cuales se alcanzó a establecer la lista de elegibles antes de la expedición de la sentencia conservan su validez, teniendo en cuenta que se trata de un derecho particular o subjetivo y, en consecuencia, se encuentra protegido por el artículo 58 de la Constitución, que garantiza los derechos adquiridos;
- b. Los concursos en los cuales no se alcanzó a concluir la conformación de las listas de elegibles no tendrán eficacia para hacer efectiva la vinculación a la carrera administrativa;
- c. Mientras el legislador no regule la conformación y funcionamiento de la Comisión Nacional del Servicio Civil, no pueden convocarse nuevos concursos.