

1200000- 55114

Bogotá D.C 23 MAR. 2016

ASUNTO: Radicación N° 23948 de 11 de Febrero de 2016
Creación de subdirectiva

Respetado (a) Señor (a):

En respuesta a su solicitud mediante la cual requiere concepto Jurídico respecto a “si puede conformarse una subdirectiva sindical con empleados públicos y trabajadores oficiales de una empresa de servicios públicos y trabajadores oficiales de una empresa de servicios públicos cual es descentralizada, y si se pueden asociar a un sindicato personas en provisionalidad y si quienes tiene contrato a término fijo de tres a seis meses se les pueda dar por terminado el contrato de trabajo sin autorización judicial”. Esta oficina se permite informarle lo siguiente:

Alcance de los conceptos emitidos por esta Oficina Asesora Jurídica:

De Acuerdo a lo dispuesto por el Decreto 4108 de 2011, “*Por el cual se modifican los objetivos y la Estructura del Ministerio de Trabajo y se integra el sector Administrativo de Trabajo*”, esta Oficina Asesora Jurídica no ostenta la competencia de dirimir controversias ni declarar derechos, pues, esto le compete a los Honorables Jueces de la Republica, y los conceptos emitidos tendrán carácter meramente orientador mas no de obligatorio cumplimiento.

Frente al caso en concreto:

En primer lugar debe indicarse que esta oficina en cumplimiento al deber legal de tramitar, entre otros, derechos de petición de consulta tanto de usuarios externos como internos, realiza interpretaciones impersonales y abstractas de las normas laborales y de seguridad social, sin tener la competencia para dirimir controversias o declarar derechos. Ello para significar, que las decisiones que toman los servidores públicos en cumplimiento de sus funciones, les competen exclusivamente a cada uno, previo análisis de la argumentación fáctica frente a la normatividad respectiva.

Efectuada la anterior precisión, a continuación se procederá a absolver su consulta, por lo que a continuación se harán las siguientes precisiones de orden legal:

Así las cosas me permito informarle que unos de los Derechos de que goza un sindicatos dentro del marco de la Libertad Sindical es el poder de determinar el objeto de la organización, condiciones de admisión, permanencia, retiro o exclusión de sus miembros, régimen disciplinario interno, órganos de gobierno y representación, constitución y manejo del patrimonio, causales de disolución y liquidación, procedimiento liquidatorio, y otros aspectos que atañen con su estructura, organización y funcionamiento, que deben ser, en principio, libremente convenidos por los miembros de las asociaciones sindicales al darse sus propios estatutos o reformarlos, salvo las limitaciones que válidamente pueda imponer el legislador. Sentencia C-674/08.

Adicionalmente, deberá tenerse en cuenta El artículo 55 de la Ley 50 de 1990 que contempla:

“Todo sindicato podrá prever en sus estatutos la creación de subdirectivas seccionales, en aquellos municipios distintos al de su domicilio principal y en el que tenga un número no inferior a 25 miembros. Igualmente se podrá prever la creación de comités seccionales en aquellos municipios distintos al del domicilio principal o el domicilio de la subdirectiva y en el que se tenga un número de afiliados no inferior a 12 miembros. No podrá haber más de una subdirectiva o comité por municipio.”

Lo anterior en concordancia con el Convenio No. 87 de la Organización Internacional del Trabajo, aprobado mediante la Ley 26 de 1976 artículo 3º que consagra:

“Las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción.

Las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal”.

Por lo tanto del ordenamiento jurídico citado se colige que la organización sindical, podrá siempre que los estatutos se lo permitan avalar la conformación de una Subdirectiva en ejecución del derecho de autonomía sindical del que gozan, por cuanto la norma no establece ninguna prohibición al respecto, no obstante sus decisiones deberán estar ajustadas a derecho y salvaguardando el ordenamiento jurídico.

En lo que respecta a la afiliación sindical de funcionarios en provisionalidad me permito informarle que de acuerdo con los artículos 38 y 39 de la Constitución Política que establecen:

“ARTICULO 38. Se garantiza el derecho de libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad.

ARTICULO 39. Los trabajadores y empleadores tienen derecho a constituir sindicatos o asociaciones, sin intervención del Estado. Su reconocimiento jurídico se producirá con la simple inscripción del acta de constitución.

La estructura interna y el funcionamiento de los sindicatos y organizaciones sociales y gremiales se sujetarán al orden legal y a los principios democráticos.

La cancelación o la suspensión de la personería jurídica sólo proceden por vía judicial.

Se reconoce a los representantes sindicales el fuero y las demás garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión.

No gozan del derecho de asociación sindical los miembros de la Fuerza Pública.”

Los funcionarios en provisionalidad podrán afiliarse a las organizaciones sindicales que a bien tengan en defensa y procura de mejorar sus condiciones laborales, de igual forma podrá hacer parte de su junta directiva.

En este mismo sentido el artículo 353 del C. S. T., subrogado por el artículo 38 de la Ley 50 de 1990 y modificado por el artículo 1º de la Ley 584 de 2000 reitera “el derecho de asociarse libremente en defensa de sus intereses” y en cuyo inciso 3º se consagra: “**Los trabajadores y empleadores, sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen conveniente, así como el de afiliarse a éstas, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas**” (Se resalta por fuera de texto).

Al respecto, la Corte Constitucional se pronunció en la sentencia T – 173 de 1995, en los siguientes términos: “La libertad de asociación sindical debe ser entendida no sólo en su sentido negativo tradicional, esto es, como el derecho a no ser compelido a pertenecer a un sindicato, **sino también en un sentido positivo, como la posibilidad efectiva de todo trabajador de pertenecer a una organización que defienda sus intereses profesionales, con la sola condición de cumplir los requisitos estatutarios que no atenten contra el núcleo esencial del derecho de asociación sindical, haciendo ilusoria esa**

posibilidad. En esa segunda acepción, el derecho fundamental consagrado en el artículo 39 de la Carta implica la prohibición para los sindicatos de impedir arbitrariamente el ingreso de trabajadores que cumplan los requisitos establecidos en los estatutos, y la imposibilidad jurídica de establecer en éstos condiciones de afiliación que dejen al capricho de los miembros del sindicato la aprobación de la solicitud de ingreso de nuevos afiliados.

No obstante, se aclara que existen casos en los cuales la autorización judicial para despedir al trabajador amparado por el fuero sindical, no es exigida. En efecto, en el caso puntual de los empleados en provisionalidad, cuando es realizado el correspondiente concurso público de mérito, el Decreto 760 de 2005, por el cual se establece el procedimiento que debe surtirse ante y por la Comisión Nacional del Servicio Civil para el cumplimiento de sus funciones, en su artículo 24, establece lo siguiente:

"ARTÍCULO 24. No será necesaria la autorización judicial para retirar del servicio a los empleados amparados con fuero sindical en los siguientes casos:

24.1 Cuando no superen el período de prueba.

24.2 Cuando los empleos provistos en provisionalidad sean convocados a concurso y el empleado que lo ocupa no participe en él.

24.3 Cuando los empleos provistos en provisionalidad sean convocados a concurso y el empleado no ocupe los puestos que permitan su nombramiento en estricto orden de mérito."
(Negritas fuera de texto original)

En nuestro concepto esta es una norma especial, que no deroga o modifica los artículos 405 a 407 del Código Sustantivo del Trabajo. Este precepto expedido por el Presidente de la República, en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confiere el numeral 1 del Artículo 53 de la Ley 909 de 2004, sería aplicable de acuerdo al principio de interpretación de la ley que dicta que la norma especial prevalece sobre la general (artículo 3° de la Ley 153 de 1887).

En este mismo sentido la Sentencia C - 1119 de 2005, examinando la naturaleza de la Carrera Administrativa, la función del nombramiento en provisionalidad y el fuero sindical, ante el reproche de los demandantes, respecto a que en la norma en mención se habrían desbordado facultades al regular asuntos de fuero sindical cuya regulación correspondía al legislador, quien históricamente lo habría hecho a través del Código Sustantivo del Trabajo, por tanto se estudió el asunto de la siguiente manera:

5. El retiro del servicio de servidores públicos amparados con la garantía del fuero sindical, que desempeñan el cargo en provisionalidad no requiere autorización judicial. Conexidad entre el retiro del servicio en esas condiciones y la provisión de empleos mediante concurso público de méritos, como asunto propio de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

5.2. Ya se señaló que el interés general es uno de los principios fundantes del Estado Social de Derecho, así como un principio orientador de la función pública. En esas condiciones, la administración puede acudir al nombramiento de cargos en provisionalidad en procura de logro de los fines esenciales del Estado, mientras se puede proveer definitivamente el empleo con personas que superen las condiciones y requisitos del proceso de selección o concurso de méritos señalados por la ley, en cumplimiento del mandato consagrado en el Artículo 125 de la Carta Política.

El nombramiento de cargos en provisionalidad se caracteriza por su temporalidad o transitoriedad, hasta tanto puedan ser provistos en propiedad con quienes hayan superado el proceso de selección. Es decir, se trata de un vínculo destinado a desaparecer una vez se cumplan las situaciones objetivas que permiten al nominador llenar las vacantes transitorias con quienes hayan superado el concurso en estricto orden de méritos. Con ello, se da cumplimiento a las finalidades de la carrera administrativa, esto es, garantizar el ingreso y permanencia al servicio público de las personas más calificadas para desempeñar la función que se les asigna, atendiendo para ello los principios que la orientan, como el mérito y la igualdad de oportunidades.

Ahora bien, como se sabe, la Comisión Nacional del Servicio Civil es la entidad constitucional y legalmente responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, razón por la cual resultaba necesario expedir una normatividad que regulara el procedimiento que debe surtirse ante esa entidad y por la misma, para el adecuado cumplimiento de sus funciones. Así, el legislador extraordinario expidió el Decreto-ley 760 de 2005, en el cual se regula el procedimiento para adelantar los procesos de selección, resolver las reclamaciones que se presenten en el desarrollo de los mismos, la exclusión de las listas de elegibles, revocatoria del nombramiento por el no cumplimiento de los requisitos, declaratoria de desierto del proceso de selección. Es decir una normatividad tendiente a garantizar el cumplimiento en rigor del proceso de selección, con el objeto que los nombramientos en carrera una vez superadas todas las etapas, incluido el periodo de prueba, recaiga exclusivamente en quienes lo han superado en estricto orden de méritos.

En efecto, se trata de situaciones objetivas previamente establecidas por la ley como causal de retiro del empleo las que dan lugar a ello. De ahí que no sea necesaria la autorización judicial que se echa de menos por los demandantes, pues no se trata de verificar la existencia o no de justas causas del despido de trabajadores amparados con fuero como una medida tuitiva del derecho de asociación sindical, sino de dar cumplimiento a los procesos de selección para el ingreso a la función pública, fundados en el mérito y la igualdad de oportunidades de todos los aspirantes (CP ad 125) (...)

Se observa entonces, que no existe extralimitación en el en ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas al Presidente de la República para expedir los procedimientos que se han de surtir por y ante la Comisión Nacional del Servicio Civil, pues como lo sostienen tanto la entidad interviniente como el Ministerio Público, lo regulado por la norma cuestionada no es un asunto propio del fuero sindical, sino del procedimiento que ha se surtirse ante el organismo constitucional competente, para dar cumplimiento a lo dispuesto por el Artículo 125 de la Constitución Política. No se trata en este caso de una modificación al Código Sustantivo del Trabajo en relación con la garantía del fuero sindical, sino una normatividad tendiente a hacer efectivos los principios que orientan la función pública mediante el adecuado funcionamiento de la carrera administrativa.

*El despido del trabajador sin **calificación** judicial previa, que desempeña el cargo en provisionalidad y se encuentra amparado con el fuero sindical ha sido objeto de varios pronunciamientos por parte de esta Corporación, en los cuales se ha sostenido que no es necesario acudir a la autorización judicial para retirar a un empleado con fuero, pues las consecuencias jurídicas relacionadas con la relación o vínculo laboral se predicen de una definición legal de carácter general, **como** lo es el hecho de no haber superado las condiciones objetivas que le permiten acceder a cargos de carrera administrativa mediante la superación del proceso de selección². Con todo, ello no significa que el despido en estos casos no deba ser **precedido** de un **acto** administrativo motivado³ que pueda ser controvertido, a fin de evitar el eventual menoscabo de alguno de los derechos fundamentales de los servidores públicos. (Negrilla es nuestra)*

Para terminar se mencionara lo referente a la afiliación por parte de los contratistas, al respecto las normas y jurisprudencia citadas no contemplan la posibilidad de que los contratistas formen parte del sindicato de Empresa de la entidad contratante, debido a que los Contratos de prestación de servicios son regulados por el Código Civil y/o Mercantil o la Ley 80 de 1993, en donde las partes son Contratante – (pudiendo ser

una Entidad pública o una Persona jurídica privada según sea el caso) y Contratista, quien se obliga a realizar determinada actividad de manera autónoma a favor del primero, quien a su vez se obliga a pagarle los honorarios pactados.

No obstante, tampoco establece una prohibición expresa al respecto, en cuanto a la afiliación a sindicatos de gremio o de industria, por lo tanto si el contratista goza de la garantía de fuero sindical, el empleador deberá solicitar autorización ante la jurisdicción laboral para proceder a dar por terminado su contrato.

La presente consulta, se absuelve en los términos del artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, en virtud del cual las respuestas dadas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución, constituyéndose simplemente en un criterio orientador.

Cordialmente,

[ORIGINAL FIRMADO]

ZULLY EDITH AVILA RODRIGUEZ

Coordinadora Grupo interno de Trabajo de Atención de Consultas.
Oficina Asesora Jurídica.

Elaboro: Yadira R
Reviso: Ligia R.
Aprobó: Zully A