Función Pública

Concepto Sala de Consulta C.E. 250 de 1988 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

RadicaciÃ³n 250 diciembre 14 de 1988
Radicación 250 diciembre 14 de 1988. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente doctor Humberto Mora Osejo. Consulta Formulada por el Ministro de Desarrollo Económico. Tema Permisos Sindicales para Viajar al Exterior.

Los permisos sindicales, que están contemplados en los artículos 57, ordinal 6, 59, ordinal 4, 388, número 2, y 622, número 3, del Código Sustantivo del Trabajo, tienen por objeto permitirle al trabajador el cumplimiento de sus deberes sindicales, como parte del derecho de asociación que, para patronos y trabajadores, reconoce la ley,

En el caso que es objeto de la consulta, mediante la cláusula 5a. de la convención colectiva de trabajo, celebrada entre el Instituto de Crédito Territorial y sus trabajadores, se convino que aquél "concederá permisos sindicales remunerados, pasajes y viáticos por 40 días o 360 horas laborales al año para desempeñar comisiones sindicales a juicio de la Junta Directiva Nacional del Sindicato". Este plazo puede adicionarse en cinco días más, "a juicio de la subgerencia administrativa, previa justificación, a solicitud de la Junta Directiva Nacional del Sindicato".

Así mismo se convino que el Instituto de Crédito Territorial también "concederá permisos remunerados, para asistir a cursos o congresos sindicales de carácter nacional o internacional, limitando estos permisos a un máximo de 90 días por persona a un número no superior a tres".

El parágrafo 1 agrega que "para cursos y congresos sindicales de carácter internacional se exceptúa el reconocimiento de pasajes y viáticos, cuando las organizaciones que los promueven incluyen estos reconocimientos en la invitación".

La consulta tiene por objeto determinar si los permisos sindicales, estipulados en la cláusula 5a. de la convención colectiva de trabajo, pueden ser concedidos directamente por el Director del Instituto de Crédito Territorial, en su condición de patrono, o si deben ser otorgados por los empleados señalados por los decretos 2771 de 1984 y 3333 de 1986, mediante el cumplimiento de las formalidades que al efecto prescriben.

La sala considera que los permisos sindicales de que se trata, estipulados en la cláusula 5a. de la convención colectiva de trabajo, constituyen una obligación del Instituto de Crédito Territorial, siempre que el Sindicato Nacional de Trabajadores cumpla lo que le corresponde; por consiguiente, los permisos sindicales deben concederse o denegarse, según el caso, por el Director del Instituto de Crédito Territorial, como representante legal de la entidad y patrón de los trabajadores.

Los Decretos 2771 de 1984 y 3333 de 1986 versan sobre las comisiones de estudio y de servicio en el exterior para empleados oficiales, no sobre los permisos sindicales que pueden concederse a los mismos y, por lo mismo, no les son aplicables. De ahí que el Instituto de Crédito Territorial se haya obligado, en la cláusula 5a. de la convención colectiva de trabajo, a concederlos directamente, en la forma estipulada, sin la intervención de empleados o funcionarios ajenos a la entidad.

La analogía, según el artículo 8 de la ley 153 de 1887, es un principio que permite, a falta de disposición que contemple directamente un determinado problema jurídico, resolver con fundamento en la que regule materia semejante. Pero, por una parte, la ley (artículos 57, ordinal 6, 59, ordinal 4, 388, número 2, y 422, número 3, del Código Sustantivo de Trabajo) y específicamente la cláusula 5a. de la convención colectiva de trabajo prescriben que el patrono debe conceder los permisos sindicales; por lo mismo no existe, a este respecto, un vacío normativo que deba llenarse con la disposición que regule materia semejante; además, en la hipótesis de que fuere necesaria la analogía, los permisos sindicales son muy diferentes de las comisiones de estudio y de servicio y, por lo mismo, los Decretos 2771 de 1984 y 3333 de 1986, que regulan la manera de

conferir éstas, no podrían aplicarse a aquéllas.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a los señores Ministro de Desarrollo Económico y Secretaria Jurídica de la Presidencia de la República.

ACLARACION DE VOTO

Ref: Consulta del Ministro de Desarrollo Económico.

Radicación 250

Como aclaración indispensable del concepto de la referencia, consideramos ineludible consignar la siguiente, en términos generales, sin perjuicio de la regulación de los Decretos citados por el señor Ministro de Desarrollo Económico en su consulta:

El cumplimiento de funciones administrativas de un establecimiento público está sujeto a la ley que lo creó y a sus estatutos y no podrá cumplir alguna distinta de las ahí previstas como tampoco desarrollar actividad o ejecutar actos ajenos a su fin. Pero función no atribuída expresamente a otra autoridad, relacionada con la organización y funcionamiento de la entidad, corresponde cumplirla al Gerente, además de las que le señalen la ley y los estatutos.

Y es acto administrativo el que realice para el cumplimiento de la función administrativa confiada por la Ley.

El régimen de personal de los establecimientos públicos se inserta dentro de las normas de carácter general correspondientes a la reestructuración de tales organismos, consignadas en el Decreto 1050 de 1968, de cuya aplicación sólo prescinden los Ministerios de Relaciones y Defensa (artículo 35, parágrafo) y complementadas por el Decreto 3130 del mismo año.

Y la dirección, vigilancia y control del personal y de la ejecución de sus funciones corresponde al Gerente en su carácter de agente del Presidente de la República. Como la orientación, coordinación y control de cada establecimiento, corresponde al Ministerio al cual se encuentre vinculado.

Como relación de derecho individual de trabajo entre la Administración Pública y los trabajadores de ferrocarriles, empresas, obras públicas y demás servidores del Estado, la pertinente a la prestación continua y regular del servicio por parte de aquellos, se rige por estatutos especiales a cuyo régimen la remitió el artículo 4o. del Código Sustantivo del Trabajo.

Y se considera incorporada al contrato de trabajo de los trabajadores oficiales toda disposición legal, independientemente de la fecha de celebración de aquel y su favorabilidad, porque el régimen de derecho público del servicio prevalece sobre el régimen contractual de vinculación.

"Los servidores públicos, sea que trabajen en los organismos principales de la Administración, en establecimientos públicos, en empresas estatales o en sociedades de economía mixta, son, genéricamente, "empleados oficiales", constituyen así el sector oficial en contraste con el sector privado y tienen naturalmente los derechos y prestaciones que la ley señala para los servidores del sector público. El empleado oficial puede estar vinculado a la administración pública nacional por una relación legal y reglamentaria, que conlleva nombramiento y posesión del respectivo cargo, o por un contrato de trabajo, pero, en ambos casos, se trata de una relación de derecho público, con todo lo que ello implica, y no de derecho privado. (Sentencia del Consejo de Estado - Sala Plena de 8 de abril de 1970 (subraya la Sala).

Asimiló la jurisprudencia transcrita, en términos comprensivos de todo el sector público, el mismo criterio expresado por el artículo 1 del Decreto 1732 de 1960, conforme al cual "se consideran funcionarios o empleados de la Rama Ejecutiva del Poder Público, para los efectos previstos en los artículos 4 y 5 de la Reforma Constitucional que recibió su aprobación en el Plebiscito de 1 de diciembre de 1957, todas las personas

naturales que prestan de manera regular sus servicios en funciones o empleos permanentes no adscritos a Rama distinta, creados o autorizados por la ley y remunerados por el Estado en cualquiera de sus administraciones centrales o seccionales y en los establecimientos públicos, bien que estos empleados estén frente a la administración en una situación estatutaria o vinculados a ella por un contrato de trabajo. Los empleados civiles de la Rama Ejecutiva integran el servicio civil de la República".

Y el referido criterio lo tiene asimilado esta Sala de Consulta desde cuando absolvió al señor Ministro de Gobierno cuestión relativa a participación en actividades políticas de carácter partidista para efectos disciplinarios de los trabajadores oficiales (Rad. 2.038, concepto de 1o. de marzo de 1984, Consejero Ponente: Doctor Jaime Paredes Tamayo. Con salvamento de voto del Consejero Doctor Humberto Mora Osejo).

Consideró entonces la Sala:

La determinación de la estructura de la administración nacional mediante la creación de ministerios, departamentos administrativos y establecimientos públicos, y la de "las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, así como el régimen de las prestaciones sociales", es regulación independiente y autónoma de la relativa a deberes y derechos de los servidores del Estado en cualquiera de sus organismos centralizados, vinculados o adscritos.

Porque la definición de la naturaleza jurídica de las personas vinculadas al servicio público, así como el conjunto de sus deberes y derechos está determinada por la naturaleza de ese servicio que, siendo público, determina, a su vez, la naturaleza de la vinculación de sus servidores, cualquiera sea su forma.

"Cuando la Constitución Política, sin prevalerse de definiciones y clasificaciones, indistintamente habla de "funcionarios públicos" (artículo 2.); "agentes" (artículo 21); "empleo" (artículos 63 y 76, ordinal 9.) y, "empleos que demande el servicio" (artículo 120, ordinal 21), está asumiendo unívocamente el carácter de los servidores del Estado, para efectos de deducirles como causal de mala conducta, su participación en las actividades de los partidos y en las controversias políticas y prefijando los alcances de la definición legal de los delitos contra el sufragio y contra la administración pública. La sanción disciplinaria con la pérdida del "empleo" que prevé el artículo 9 de la ley 28 de 1979, tal como quedó con la modificación del artículo 1 de la Ley 85 de 1981, sería irrita, no obstante estar prevista por la propia Constitución, la causal de mala conducta y la sanción que le corresponde, al margen de la clasificación legal de los servicios públicos".

Tampoco para efectos laborales decae un criterio de interpretación constitucional sostenido armónicamente por las dos Salas del Consejo de Estado, ya que constituye fundamento a su vez, de la aplicación del Decreto - Ley 2400 de 1968 a los servidores oficiales y en particular, del derecho a permiso remunerado en su favor, consagrado en el artículo 21.

El permiso determina una situación administrativa para el servidor oficial, de conformidad con el artículo 18 del mismo Decreto, situación inherente al carácter de la vinculación del trabajador oficial, de indispensable previsión por la ley, en cuanto a modalidad, término y procedimiento.

De la igualdad de categoría, proviene además la igualdad de prerrogativas, remuneraciones y privilegios.

Los Decreto 3135 de 1968 y 1848 de 1969, se aplican, de otra parte a los trabajadores oficiales, sin perjuicio de lo que solamente para ellos establezcan las convenciones colectivas o laudos arbitrales, celebrados o proferidos de conformidad con las disposiciones legales que regulan el derecho colectivo del trabajo.

Y al permiso remunerado a que se refiere el artículo 21 del Decreto 2400 de 1968 remite el artículo 10, parágrafo, del Decreto 1848 de 1969, cuando impone al "empleado" la obligación de solicitarlo si su incapacidad para trabajar no excede de tres (3) días.

La temporalidad del permiso tiene en la norma ratificación explícita al limitarse "hasta por tres días hábiles consecutivos", término improrrogable

respecto de cada permiso cuyo motivo lo requiera en tal límite. No podría regularse la causa del permiso sino en razón de su justificación, factor subjetivo común para quien lo solicita o lo resuelve y del cual puede depender también el término de duración del mismo. En todo caso la apreciación de la causa determina la procedencia de todo permiso, pero su frecuencia no está sujeta a término o condición distinta de la prevista por la norma. Esta previsión excluye la posibilidad de acumular un permiso a otro como la de autorizarlo por más de tres días hábiles consecutivos".

Y no puede vincularse a la naturaleza de la causa que induce al permiso condición o término distinto de los determinados por el régimen o regulación de dicho permiso. La situación objetiva establecida con el efecto de colocar a una persona natural en una situación de servicio público, no está subordinada a la situación sindical del empleado y si entre una y otra se presenta conflicto los intereses sindicales del trabajador deben ceder ante los intereses generales conforme al artículo 30 de la Constitución Política.

La circunstancia de ser directivo sindical no excusa a los servidores del Estado de cumplir rigurosamente con sus obligaciones, ni al Gobierno de la obligación que le impone el precepto constitucional de asegurar la continuidad en los servicios públicos y la firmeza de las instituciones, vale decir de mantener el orden público y de responder por él.

La tesis contraria conduciría necesariamente a la imposibilidad de mantener la autoridad y el funcionamiento normal de la administración pública por mantener prerrogativas fuera de la ley o contra ella.

Con la regulación legal del permiso concurren los factores provenientes de regulaciones convencionales determinadas por la naturaleza del vínculo laboral existente entre la administración y los trabajadores oficiales, y tal concurrencia deriva del mismo Código Sustantivo del Trabajo, al vincular jurídicamente, los derechos laborales de los trabajadores oficiales a la libertad de asociación sindical, en los siguientes términos:

"Artículo 416.- "Los sindicatos de empleados públicos no pueden presentar pliegos de peticiones ni celebrar convenios colectivos, pero los sindicatos de los demás trabajadores oficiales tiene todas las atribuciones de los otros sindicatos de trabajadores, y sus pliegos de peticiones se tramitarán en los mismos términos que los demás, aún cuando no puedan declarar o hacer huelga".

Esta remisión al derecho colectivo del trabajo determina que normas como las provenientes de los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969 se apliquen con el carácter de garantías mínimas a los trabajadores oficiales, salvo las excepciones y limitaciones que para casos especiales se establecen en los decretos mencionados (Cf. Art. 10, parágrafo del Decreto 1848 de 1969, numeral 2).

Pero la aplicación de los Decreto - Leyes 2400 y 3074 de 1968, que regulan la administración del personal civil de la Rama Ejecutiva del Poder Público, no está remitida a otro régimen, como la del prestacional, y por ello es directa e irrestricta, obligatoria y prevalente. Si resultare, pues de disposiciones de una convención colectiva un ordenamiento distinto al del artículo 21 del Decreto 2400 de 1968; presupuesto de la cuestión planteada por el Ministro de Desarrollo Económico, la confrontación tiene que resolverse respetando, antes que los términos de la relación convencionalmente estipulada, los de la relación de derecho público establecida unilateralmente por el Decreto.

Los empleados o funcionarios que pertenecen a los cuadros permanentes de la administración pública, condición que comprende a los trabajadores oficiales como personas naturales que atienden un conjunto reglamentado de funciones, pueden obtener permiso con goce de sueldo hasta por tres (3) días, cuando medie justa causa. Y concederlo es atribución de la entidad a cuyo servicio estén vinculados, hasta por el término compatible con el goce de sueldo, como está establecido. Pero permisos que superen ese límite, sin alterar el derecho a la remuneración, no pueden fijarse por convención colectiva, al margen de la ley, que es la que corresponde aplicar en primer término al trabajador oficial para todos los efectos dentro del ámbito propiamente administrativo y en estricta sujeción a un régimen de personal cuyos presupuestos generales son la situación de servicio activo, el derecho a remuneración por prestarlo y la vinculación a la entidad con tal fin. El Estado en últimas, garantiza la separación del servicio hasta por tres (3) días, mediando justa causa, sin dejar de retribuír al trabajador como si lo prestase, y este término es insuperable para el propio Estado mientras la ley no lo autorice.

Pero los permisos sindicales que impliquen una exoneración de la obligación que tiene el trabajador de prestar sus servicios personales, desnaturalizan el contrato de trabajo y desvirtúan la relación de trabajo que se establece entre patrono y trabajador en ejecución de aquél y, tratándose de organismos o entidades del sector público, resultan contrarios a la ley.

La primera afirmación se fundamenta en que la prestación personal del servicio es elemento esencial y específico del contrato de trabajo, sin el cual éste degenera en un contrato diferente. El artículo 1o. de la Ley 6a. de 1945 dice: "hay contrato de trabajo entre quien preste un servicio personal bajo la continuada dependencia de otro, mediante remuneración y quien recibe tal servicio". A contrario sensu, si no hay prestación de servicios personales, no hay contrato de trabajo.

Por su parte el Decreto reglamentario 2127 de 1945, después de definir el contrato de trabajo dispone, en su artículo 2:

"En consecuencia, para que haya contrato de trabajo se requiere que concurran estos tres elementos:

"a) La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;

"b) La dependencia del trabajador respecto del patrono, que otorga a éste la facultad de imponerle un reglamento, darle órdenes y vigilar su cumplimiento, la cual debe ser prolongada, y no instantánea ni simplemente ocasional, y

"c) El salario como retribución del servicio".

Para los trabajadores particulares el contrato de trabajo se halla definido en el artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo, y los elementos esenciales del mismo, de naturaleza específica, están señalados en el artículo 23 de dicho estatuto, no aplicable a los trabajadores oficiales, en cuanto a sus relaciones individuales de trabajo, de conformidad con lo dispuesto en sus artículo 3, 4 y 492. Pero tanto el artículo 22 como el 23 de dicho Código consideran el "servicio personal" o la "actividad personal" del trabajador como elemento esencial del contrato de trabajo.

Cabe advertir que el paso que al salario se debe pagar necesariamente, por mandato legal, en cuanto concurran los dos primeros elementos del contrato de trabajo o de la relación de trabajo dependiente, el tercer elemento, el salario y el de la continuada subordinación debe darse en la realidad para que uno y otra existan. O sea que sin la obligación de trabajar personalmente no hay contrato de trabajo y sin la actividad personal subordinada no hay relación de trabajo dependiente, como es obvio; existiendo el trabajo subordinado, hay la obligación de pagar salario. Este es la contraprestación por un servicio personal de carácter dependiente. Obsérvese como el artículo 44 del Decreto 2127 de 1945 establece en su ordinal 4o., como lo hace el numeral 4 del artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo para los trabajadores particulares, que "el contrato de trabajo se suspende... por licencia o permiso temporal concedido por el patrono al trabajador..."

Cabe advertir que el Código Sustantivo del Trabajo no contiene en la parte que regula el derecho colectivo del trabajo para trabajadores particulares, empleados públicos y trabajadores oficiales, disposición alguna en materia de permiso sindical ni de ninguna otra clase. Para los trabajadores particulares existe el numeral 6o. del artículo 57 y para los oficiales los ordinales 7 y 8 del artículo 26 del Decreto 2127 de 1945. Téngase en cuenta que son permisos temporales para determinadas actividades, entre ellas, el desempeño de comisiones sindicales que, salvo convención en contrario, pueden dar lugar a descuentos de salarios o compensación en trabajo.

Desde luego que un particular puede exonerar a un trabajador suyo de la obligación de prestar sus servicios personales, caso en el cual deja de serlo y la suma que le pague, aunque equivalente al salario, no lo es, pues éste tiene el indispensable carácter de una remuneración de servicios prestados.

Pero eso no es posible con dinero del Estado. No se puede pagar un sueldo un salario, que no serían tales, ni una asignación ni, en general, periódicamente una suma de dinero, con fondos del tesoro público, como no sea en retribución del servicio.

Ciertamente las entidades oficiales pueden celebrar convenciones colectivas de trabajo para regular las condiciones de trabajo respecto de quienes están vinculados a ellas por contrato de trabajo. Pero la facultad de celebrar tales convenciones no implica la de violar la ley, pactando el pago de una remuneración permanente a quienes no prestan servicios al Estado ni están gozando de una pensión de invalidez o de jubilación

o una asignación de retiro. Habría una desviación de dineros públicos para fines no previstos o autorizados en la ley. Implicaría una donación periódica y permanente de dineros públicos, de fondos que hacen parte del Tesoro Público, como los de los establecimientos públicos. En una convención colectiva puede establecer un régimen salarial o prestacional superior al establecido para los empleados públicos, pero en ningún caso el pago de sumas de dinero sin la prestación de servicios.

Fecha y hora de creación: 2024-05-22 21:32:40