



Función Pública

Concepto 536431 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000536431

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000536431

Fecha: 03/11/2020 10:39:34 a.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Servidor público. Contrato sindical. RAD. 20209000491312 del 8 de octubre de 2020.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si se genera una inhabilidad si una entidad del estado contrata por agremiación sindical a un hermano de un directivo en la misma entidad, me permito manifestarle lo siguiente:

La Ley 80 de 1993, "Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública", determina en su artículo 8:

"ARTÍCULO 8.- De las Inhabilidades e Incompatibilidades para Contratar:

(...)

2. Tampoco podrán participar en licitaciones o concursos ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva: <La expresión "Concursos" fue derogada por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007>

(...)

Las personas que tengan vínculos de parentesco, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con los servidores públicos de los niveles directivo, asesor ejecutivo o con los miembros de la junta o consejo directivo, o con las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad contratante.

(...)"

(Se resalta).

De acuerdo con el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, no podrá participar en licitaciones o concursos ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva quienes tengan vínculos de parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con los servidores públicos de los niveles directivo, asesor, de algún servidor público de los niveles directivo, asesor ejecutivo o de un miembro de la junta o consejo directivo, o con las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad contratante.

Ahora bien sobre el contrato sindical, el Decreto 1072 de 2015, establece en sus artículos 2.2.2.1.16 y 2.2.2.1.17:

“ARTÍCULO 2.2.2.1.16. Contrato sindical. El contrato sindical como un acuerdo de voluntades, de naturaleza colectivo laboral, tiene las características de un contrato solemne, nominado y principal, cuya celebración y ejecución puede darse entre uno o varios sindicatos de trabajadores con uno o varios empleadores o sindicatos de empleadores, para la prestación de servicios o la ejecución de obras con sus propios afiliados, realizado en ejercicio de la libertad sindical, con autonomía administrativa e independencia financiera por parte del sindicato o de los sindicatos y que se rige por las normas y principios del derecho colectivo del trabajo.

ARTÍCULO 2.2.2.1.17. Afiliados vinculados para la ejecución del contrato. La actividad de los trabajadores que se vinculan a una empresa como afiliados de un sindicato a través de un contrato sindical para prestar servicios o realizar obras se regirá por lo dispuesto en los artículos 373, 482, 483 y 484 del Código Sustantivo del Trabajo, por el presente decreto, y por lo dispuesto en el contrato sindical y su respectivo reglamento.” (Se subraya).

De acuerdo con el texto legal expuesto, quienes intervienen en un contrato sindical son: el o los sindicatos con uno o varios empleadores. En el caso que el sindicato contrate con una entidad de estado, será aquél quien tiene la calidad de contratista.

Sobre el particular, la Corte Constitucional, en su Sentencia T-457 del 27 de mayo de 2011, con ponencia del Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva, señaló lo siguiente:

“4.2.3. Ahora bien, en el contrato sindical intervienen el empresario-empleador y la organización sindical. Las personas que se afilian al sindicato para prestar sus servicios o realizar las obras encomendadas a través de dicho contrato, se denominan afiliados partícipes. Cabría entonces una pregunta: ¿Los afiliados partícipes que están bajo la modalidad del contrato sindical tienen un contrato de trabajo con la organización sindical? La respuesta es no, porque no existe el elemento esencial de la subordinación propio del contrato de trabajo. El afiliado partícipe durante la ejecución del contrato sindical compone el sindicato y se encuentra en un plano de igualdad con este frente a la distribución de los ingresos provenientes del contrato, al punto que recibe compensaciones y son sujetos de ciertas deducciones, las cuales para todos sus efectos se asimilan al concepto de salario, de acuerdo con lo definido en la asamblea de afiliados, en el reglamento y en el contrato sindical.

Quiero ello decir que entre el sindicato y los afiliados partícipes no existe como tal una relación empleador-trabajador, pues si se viera desde la óptica contraria comprometería gravemente el derecho de sindicalización en Colombia (*artículo 39 Superior*), toda vez que quienes se agrupan para defender sus intereses laborales en contra del empleador, resultaría a su vez detentando la figura de patrono a través de la persona jurídica que constituye el sindicato, situación que resulta ser un contrasentido.

A lo que sí está obligado el sindicato como directo responsable, es a la administración del sistema de seguridad social integral, es decir, todo lo relacionado con la afiliación, retiro, pago y demás novedades que presenten los afiliados partícipes, y ello por expresa disposición del numeral 7° del artículo 5° del Decreto 1429 de 2010.

(...)

Además de lo anterior, la Sala resalta que el contrato sindical se caracteriza por ser solemne, nominado y principal, realizado en ejercicio de la

libertad sindical, que goza de autonomía administrativa e independencia financiera por parte del sindicato. Adicionalmente, en virtud de él, (i) el sindicato contratista responde porque sus afiliados presenten los servicios o ejecuten la obra contratada; (ii) el representante legal de la organización sindical como encargado de suscribir el contrato sindical, ejerce la representación de los afiliados que participan en el mismo; (iii) el sindicato se asimila, sin serlo como quedo dicho, a un empleador sin ánimo de lucro por expresa disposición de la ley laboral y, (iii) en caso de disolución del sindicato de trabajadores que haya sido parte de un contrato sindical, los trabajadores quedan facultados para continuar prestando sus servicios mientras dure la vigencia del contrato y en las condiciones inicialmente estipuladas.” (Se subraya).

Según el pronunciamiento, las personas que se afilian al sindicato para prestar sus servicios o realizar las obras encomendadas a través de dicho contrato, se denominan afiliados partícipes y aunque tienen un convenio con la entidad sindical, esta relación no se entiende como contrato de trabajo. La entidad sindical se obliga con la empleadora a prestar un servicio o ejecutar una obra mediante sus afiliados.

En tal virtud, los afiliados partícipes, en caso que presten sus servicios mediante esta modalidad a una entidad pública, no adquieren la calidad de contratistas del estado.

Ahora bien, respecto al carácter restringido de las inhabilidades, la Sala Plena del Consejo de Estado en sentencia emitida el 8 de febrero de 2011, consideró lo siguiente:

“Las inhabilidades e incompatibilidades, en tanto limitan la libertad y los derechos de las personas, son de origen constitucional y legal. La tipificación de sus causas, vigencia, naturaleza y efectos es rígida y taxativa; su aplicación es restrictiva, de manera que excluye la analogía legis o iuris, excepto en lo favorable; están definidas en el tiempo, salvo aquellas de carácter constitucional (verbi gratia arts. 179 No.1, 197 y 267 C.P.); y, además, hacen parte de un conjunto de disposiciones que integran un régimen jurídico imperativo y de orden público, razón por la cual no son disponibles ni pueden ser derogadas por acuerdo o convenio”. (Las negrillas y subrayas son de la Sala).

Revisada la legislación relacionada con inhabilidades, no se encontró alguna relacionada con la prohibición para que un pariente de un servidor del nivel directivo, preste sus servicios a la misma entidad como afiliado partícipe de un sindicato.

Con base en los argumentos expuestos, esta Dirección Jurídica considera que no se configura la inhabilidad contenida en el literal b) del numeral 2° del artículo 8° de la Ley 80 de 1993, por cuanto el afiliado partícipe no actúa como contratista del estado.

No obstante, de requerir más información sobre los contratos sindicales, se sugiere consultar directamente al Ministerio del Trabajo, entidad competente para absolver las consultas relacionadas con ese tema.

En caso que requiera mayor información sobre las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo puede ingresar a la página web de la entidad, en el link “Gestor Normativo”: <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo>, donde podrá encontrar todos los conceptos relacionados emitidos por esta Dirección Jurídica.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTÉS

Director Jurídico

Elaboró: Claudia Inés Silva

Revisó: José Fernando Ceballos

Aprobó Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. *Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo*

2. De esta forma lo consagra el numeral 9° del artículo 5° del Decreto 1429 del 28 de abril de 2010, al señalar como garantías mínimas de los afiliados partícipes que *“[d]ado el plano de igualdad en las que intervienen los afiliados partícipes entre sí y con el Sindicato en la ejecución del contrato sindical, el reglamento deberá incluir lo pertinente a las compensaciones o participaciones y deducciones para los afiliados partícipes a que haya lugar”*.

3 Artículo 4° del Decreto 1429 de 2010.

4. Artículos 355 y 379 literal d, del Código Sustantivo del Trabajo.

5. Artículo 484 *ibídem*.

6. Sentencia proferida dentro del Expediente N°: 11001-03-15-000-2010-00990-00(PI) Demandante: Cesar Julio Gordillo Núñez.

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:12:59