



Función Pública

Concepto 200521 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000200521

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000200521

Fecha: 04/06/2021 05:09:27 p.m.

Bogotá, D.C.,

REFERENCIA: INHABILIDAD E INCOMPATIBILIDADES - Servidor público - Directivo Sindicato - RADICACIÓN: 20219000434062 del 19 de mayo de 2021.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta: *“Es posible que una persona que le asignan dentro de la planta de personal, en este caso la Universidad del Tolima en un cargo Directivo con grado 9 para coordinar un programa académico, pueda a la vez ser directivo de un sindicato. Aclarando que esta persona no tiene personas a cargo y su función principal es el de velar por el buen funcionamiento del programa dentro de la facultad”*, me permito manifestar lo siguiente:

Inicialmente es importante destacar que este Departamento en ejercicio de sus funciones contenidas en el Decreto 430 de 2016¹, realiza la interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con el empleo público y la administración de personal; sin embargo, no le corresponde la valoración de los casos particulares, y carece de competencia para ordenar el reconocimiento de derechos; tampoco funge como ente de control ni es el competente para decidir sobre la legalidad de las actuaciones de las entidades del estado o de los servidores públicos, competencia atribuida a los jueces de la república.

Así las cosas, solo es dable realizar una interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con la materia de su consulta. Al respecto, debe iniciar indicándose que la Constitución Política, sobre la libertad y el derecho de asociación, dispone:

“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 procede 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.”

Por su parte, el Artículo 406 del Código Sustantivo del Trabajo dispuso que para que un empleado se encuentre amparado por el fuero sindical, se requiere que:

- No ejerza jurisdicción, autoridad civil, política o cargos de dirección o administración.
- Esté afiliado al sindicato
- Ser fundador del sindicato, caso en el cual el amparo va desde el día de su constitución hasta 2 meses después de la inscripción en el registro sindical, sin exceder de 6 meses.
- Dicho empleado, con anterioridad a la inscripción en el registro sindical, haya ingresado al sindicato, caso en el cual el amparo rige por el mismo tiempo que para los fundadores.
- Dicho empleado sea miembro de la junta directiva y subdirectiva del sindicato, federación o confederación de sindicatos, y que esté dentro de los 5 principales o dentro de los 5 suplentes.
- Sea miembro de los comités seccionales como principal o suplente.
- Sea miembro de la comisión estatutaria de reclamos, designada por los sindicatos, las federaciones o confederaciones sindicales, caso en el cual el amparo es por el mismo período de la junta directiva y por 6 meses más.

Es así como los servidores públicos que ejercen jurisdicción, autoridad civil, política o cargos de dirección o administración no gozan de la garantía de fuero sindical. Para determinar los cargos exceptuados de dicha garantía debe acudir al Artículo 5 de la Ley 909 de 2005 en concordancia con el Artículo 2º del Decreto 2489 de 2006².

Así mismo, es pertinente mencionar el Artículo 389 del Código Sustantivo del Trabajo modificado por el Artículo 53 de la Ley 50 de 1990 el cual se refiere al impedimento de los empleados directivos en materia sindical, así:

“ARTICULO 389. EMPLEADOS DIRECTIVOS. <Artículo modificado por el Artículo 53 de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> No pueden formar parte de la junta directiva de un sindicato, ni ser designados funcionarios del mismo, los afiliados que representen al empleador frente a sus trabajadores, ni los altos empleados directivos de las empresas. Es nula la elección que recaiga en uno de tales afiliados, y el que, debidamente electo, entre después a desempeñar alguno de los empleos referidos, dejará ipso facto vacante su cargo sindical”. (Destacado nuestro).

De acuerdo con la precitada norma, la situación de ser “alto empleado directivo de la empresa” se independiza del hecho de ser “afiliado que represente al empleador frente a sus trabajadores”, por lo que, se prohíbe al empleado directivo formar parte de la junta directiva de un sindicato o ser designados funcionarios del mismo.

Frente al particular, la Corte Constitucional mediante Sentencia No. C-593 de 1993 Magistrado Ponente Dr. Carlos Gaviria Díaz, en relación con la

participación de los empleados públicos de dirección o confianza en la negociación con sindicatos de empleados públicos señaló lo siguiente:

“6.2.2. FUERO SINDICAL DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS.

Si se comparan la norma legal acusada (Art. 409 del Código Sustantivo del Trabajo) y la superior (Art. 39 de la Carta), se tiene que concluir que el Constituyente de 1991 consagró, en el Artículo 39, el derecho al fuero sindical sin restricción diferente a la establecida en su último inciso para los miembros de la Fuerza Pública. Éstos, en ningún caso tendrán derecho al fuero sindical, porque la Constitución les negó el derecho, previo y necesario, de la asociación sindical.

(...)

6.2.3. FUERO SINDICAL DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS, TRABAJADORES OFICIALES Y PRIVADOS QUE OCUPAN PUESTOS DE DIRECCIÓN, DE CONFIANZA O DE MANEJO.

En Colombia, el Artículo 358 del Código Sustantivo del Trabajo, contempla el derecho de sindicalización de altos empleados, al decir: "Libertad de afiliación. Altos empleados. 1. Los sindicatos son asociaciones de libre ingreso y retiro de los trabajadores. En los estatutos se reglamentarán las condiciones y restricciones de admisión, la devolución de cuotas o aportes a los afiliados en caso de retiro voluntario o de expulsión, así como la coparticipación en instituciones de beneficio mutuo que hubiere establecido el sindicato con aportes de sus miembros."

El numeral 2 del mismo Artículo, que autorizaba la restricción estatutaria de la admisión de altos empleados en los sindicatos de empresa, fue expresamente derogado por el Artículo 116 de la Ley 50 de 1990. En consecuencia, los trabajadores que ocupan puestos de dirección, confianza o manejo, también pueden, según la legislación colombiana, ingresar a los sindicatos; y mal haría la Corte en pretender desconocerles un derecho que la ley les otorga, aduciendo para justificar tal exabrupto, una interpretación de un Convenio que, en su texto vigente, expresamente niega toda autorización a la desmejora del estatuto y derechos de tales trabajadores.

Sólo queda por aclarar la preocupación que comparten el señor Procurador y el señor apoderado del Ministerio del Trabajo, en el sentido de que el Estado tiene la obligación de garantizar la no injerencia de los patronos en los asuntos de dirección y representación del sindicato, a través de los altos empleados. (...)

Pero esa misma inquietud ya había asaltado al legislador colombiano, que es el competente según la Constitución para resolverla, cosa que también hizo en la Ley 50 de 1990, cuyo Artículo 53 subrogó el Artículo 389 del Código Sustantivo del Trabajo. Dice así:

ARTÍCULO 389. "Empleados Directivos. No pueden formar parte de la Junta Directiva de un sindicato, ni ser designados funcionarios del mismo, los afiliados que representen al empleador frente a sus trabajadores, ni los altos empleados directivos de las empresas. Es nula la elección que recaiga en uno de tales afiliados, y el que, debidamente electo, entre después a desempeñar alguno de los empleos referidos, dejará ipso facto vacante su cargo sindical."

Este Artículo, hace parte de una secuencia de normas del Código Sustantivo del Trabajo, que tienen por objeto reglamentar la representación del patrono, la del sindicato, fijar los límites del fuero sindical y garantizar que los representantes del patrono no interfieran en la representación y manejo de los asuntos de los trabajadores sindicalizados. (...)

La aplicación analógica de estas normas sustantivas, permite afirmar que los representantes del patrono no están incluídos entre los trabajadores sindicalizados que pueden representar válidamente al sindicato. De esta manera, no se discrimina a los empleados directivos, que tienen su derecho de asociación sindical y se benefician de los logros de su organización y, a la vez, se protege al sindicato de la injerencia del patrono en el manejo de los asuntos sindicales y en la representación del sindicato." (Negrilla y subrayas fuera del texto original)

En igual sentido, la Sentencia C-662/98³ con Magistrado Sustanciador: Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA declaró exequible el Artículo 53 de la Ley 50 de 1990, señalando:

“5. Constitucionalidad del Artículo 53 de la Ley 50 de 1.990.

La norma acusada prohíbe a los afiliados al sindicato de la empresa que reúnan la condición de representantes del empleador frente a sus trabajadores o que se desempeñen como altos directivos de las empresas, formar parte de la junta directiva del respectivo sindicato o ser designados como funcionarios del mismo, estableciendo que una elección realizada contraviniendo dicha disposición es nula. Adicionalmente, ordena que para el trabajador sindicalizado que haya sido debidamente elegido en la mencionada junta directiva y entre a ocupar alguno de esos empleos, se producirá *ipso facto* la vacancia de su respectivo cargo sindical.

(...)

Es pertinente reiterar que, el derecho de asociación sindical surgió en sus inicios como una especie del derecho genérico a la libre asociación de las personas, derivada de la vida en comunidad, y vino a obtener un reconocimiento en el nuevo ordenamiento superior, con rango constitucional y fundamental (C.P., art. 39), en forma independiente y autónoma, a través de la facultad de los trabajadores de constituir sindicatos y asociaciones por los empleadores, salvo para los miembros de la Fuerza Pública y sin intervención del Estado, con el fin de *“promover y defender los intereses comunes que surgen de relaciones laborales y profesionales”*.⁴

(...)

No se puede perder de vista que, la junta directiva de una organización sindical conforma el llamado gobierno sindical y tiene como propósito ejecutar las decisiones adoptadas en la asamblea general, al igual que las de representar a los afiliados y al sindicato, además de vigilar el cumplimiento de las normas estatutarias que los rigen. De manera pues que, no es lógico ni razonable que una organización sindical reúna, dentro de ese órgano de dirección y representación, afiliados al sindicato que se desempeñen como representantes del empleador frente a los trabajadores o como altos empleados directivos de la empresa, tanto en el caso de la junta directiva provisional (al momento de creación del sindicato) como en el de las reglamentarias; lo anterior, dado el conflicto de intereses sindicales y patronales que surgiría al adelantar una gestión coetánea a nombre de los dos extremos de la relación laboral, con intereses distintos y muchas veces contrapuestos, generándose así una especie de inhabilidad para acceder a la representación sindical.

(...)

Así pues, se llega a la conclusión de garantizar la libertad de elección de los representantes de los sindicatos de los trabajadores, en la forma que señalen sus respectivos estatutos, sujeta al orden legal y a los principios democráticos (C.P., art. 39), siempre que se procure con la misma evitar colocarlos en condiciones de debilidad ante su empleador, como ocurriría en el caso de aceptar que los afiliados que representen al empleador frente a sus trabajadores o los altos empleados directivos de la empresa, formen parte de la junta directiva del respectivo sindicato o sean nombrados funcionarios del mismo.

Por consiguiente, con respecto al derecho fundamental de asociación sindical para los directivos y representantes del empleador, es posible establecer restricciones en cuanto hace a su participación en la junta directiva de un sindicato o para el desempeño como funcionarios del mismo, no así para su afiliación al respectivo sindicato, haciéndose acreedores por esa razón de los correspondientes beneficios y responsables de las correlativas obligaciones, como ya se mencionó.

En ese sentido, aunque el citado derecho presenta una naturaleza fundamental, su alcance no es absoluto y permite algún tipo de limitación que no afecte su núcleo esencial, como sucede en esta oportunidad, máxime cuando la restricción introducida persigue la vigencia de un interés general protegido por el Estado, como es la salvaguarda de los medios de reivindicación de los derechos laborales e intereses de la clase trabajadora, en lo atinente a la forma organizativa que los hace efectivos, evitando una intromisión perturbadora de los patronos en los asuntos atinentes a dicha organización sindical, a través del control de la dirección y representación sindical por personas que, sin lugar a dudas, actúan

y deciden como extensiones del empleador.

(...)

El problema de esta manera planteado abarca la órbita de la aplicación práctica del contenido normativo que se demanda, respecto de lo cual la Corporación se limita a señalar que la restricción de acceso a la junta directiva sindical o a ser funcionario del sindicato sólo se dirige a aquellos trabajadores que materialmente se encuentren cumpliendo con los encargos de representación y dirección a nombre del empleador; es decir, la naturaleza y denominación de esos cargos depende de las funciones especiales que se pretenden con el mismo, dado que lo opuesto configuraría una práctica contraria al derecho de asociación sindical que tendría que ser debatida y sancionada mediante las medidas legales vigentes.

En consecuencia, la norma sub examine no vulnera precepto constitucional alguno; además, fue expedida dentro de las facultades legislativas del Congreso y siguiendo los mandatos superiores del Artículo 93 que establece que *“los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”*, y del Artículo 53 que preceptúa que *“los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna”*. Por lo tanto, no se encuentran fundados los cargos señalados en la demanda contra el Artículo 53 de la Ley 50 de 1.990, razón por la cual se declarará su equibilidad. (Subrayas y negrillas fuera del texto original)

De acuerdo a los anteriores pronunciamientos jurisprudenciales se tiene entonces que, el Artículo 53 de la Ley 50 de 1990 y que el objeto de este Artículo era reglamentar la representación del patrono, la del sindicato, fijar los límites del fuero sindical y garantizar que los representantes del patrono no interfirieran en la representación y manejo de los asuntos de los trabajadores sindicalizados.

El mencionado Artículo prohíbe a los afiliados al sindicato de la empresa que reúnan la condición de representantes del empleador frente a sus trabajadores o que se desempeñen como altos directivos de las empresas, formar parte de la junta directiva del respectivo sindicato o ser designados como funcionarios del mismo.

Para la Corte resulta ilógico e irrazonable que una organización sindical reúna, dentro de ese órgano de dirección y representación, afiliados al sindicato que se desempeñen como representantes del empleador frente a los trabajadores o como altos empleados directivos de la empresa, tanto en el caso de la junta directiva provisional (al momento de creación del sindicato) como en el de las reglamentarias, ya que a junta directiva de una organización sindical conforma el llamado gobierno sindical y tiene como propósito ejecutar las decisiones adoptadas en la asamblea general, al igual que las de representar a los afiliados y al sindicato, además de vigilar el cumplimiento de las normas estatutarias que los rigen.

No obstante, señala el alto tribunal que los trabajadores que ocupan puestos de dirección, confianza o manejo, también pueden, según la legislación colombiana, ingresar a los sindicatos; y mal haría la Corte en pretender desconocerles un derecho que la ley les otorga.

Así las cosas, declara exequible la norma acusada aduciendo que con ella no se discrimina a los empleados directivos, que tienen su derecho de asociación sindical y se benefician de los logros de su organización y, a la vez, se protege al sindicato de la injerencia del patrono en el manejo de los asuntos sindicales y en la representación del sindicato.

En consecuencia, y para responder el objeto de consulta, no existe prohibición para que un empleado que ocupa un cargo directivo en una entidad pública pertenezca al sindicato de la entidad a la cual presta sus servicios. Sin embargo, el mencionado funcionario, no podrá pertenecer a la Junta directiva del respectivo sindicato o ser nombrado funcionario del mismo, en virtud a la obligación que tiene el estado de garantizar la no injerencia de los patronos en los asuntos de dirección y representación del sindicato, a través de los altos empleados.

Adicionalmente debe recordarse que, en los estatutos se reglamentarán las condiciones y restricciones de admisión para pertenecer al sindicato.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido 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 CORTES

Director Jurídico

Proyectó: A. Ramos

Revisó: José Fernando Ceballos.

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública
2. «Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos públicos de las instituciones pertenecientes a la Rama Ejecutiva y demás organismos y entidades públicas del Orden Nacional y se dictan otras disposiciones »
3. Referencia: Expediente D-2064. / Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 22, 25 (parcial), 27, 28 (parcial), 39, 40, 41, 42 y 46 de la Ley 23 de 1991 “Por medio de la cual se crean mecanismos para descongestionar los Despachos Judiciales y se dictan otras disposiciones.”; el artículo 50 (parcial) del Código Procesal del Trabajo, y el artículo 53 de la Ley 50 de 1.990 “Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo de Trabajo, y se dictan otras disposiciones”. / Actor: Elson Rafael Rodríguez Beltrán.
4. Ver a Sentencia C-272 de 1.994, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 13:58:52