



Concepto 337761 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000337761

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000337761

Fecha: 14/09/2021 01:07:27 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: NEGOCIACIÓN COLECTIVA. Materias de negociación. Radicado: 20212060612542 del 7 de septiembre de 2021.

En atención a la comunicación de la referencia, solicita usted, en ejercicio del derecho de petición se le emita un concepto que resuelva si es procedente seguirle dando continuidad a la Resolución 1558 de 2020, por medio de la cual se adopta el acuerdo colectivo de la Unidad Nacional de Protección (UNP). En especial el Artículo 18, relativo al reconocimiento de la actividad sindical como tiempo de actividad laboral, máxime cuando actualmente cuentan con dirigentes sindicales que han dejado de ejercer las funciones de su empleo por años y, exigen calificación del 100% en su evaluación del desempeño. Y, del Artículo 47 el cual, contempla el reconocimiento de viáticos, por día pernoctado, a los empleados participantes del plan de capacitación, quienes solicitan sean enviados en comisión de estudios, sin carga laboral.

I. FUNDAMENTOS DEL CONCEPTO

La respuesta a los interrogantes planteados tendrá en cuenta los siguientes referentes normativos, conceptuales y jurisprudenciales:

Sobre el particular es preciso señalar que, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016 este Departamento Administrativo tiene como objeto el fortalecimiento de las capacidades de los servidores públicos y de las entidades y organismos del Estado, su organización y funcionamiento, el desarrollo de la democratización de la gestión pública y el servicio al ciudadano, mediante la formulación, implementación, seguimiento y evaluación de políticas públicas, la adopción de instrumentos técnicos y jurídicos, la asesoría y la capacitación.

Por lo tanto, es importante precisar que las competencias relativas a establecer las directrices jurídicas para la aplicación de las normas guardan directa relación con la interpretación general de aquellas expresiones que ofrezcan algún grado de dificultad en su comprensión o aplicación; sin que tales atribuciones comporten, de manera alguna, la definición de casos particulares que se presenten al interior de las diferentes entidades, ni tiene competencia para emitir concepto sobre los actos administrativos o determinaciones proferidas por las mismas. En otras palabras, omitiremos pronunciarnos sobre la legalidad de la Resolución 1558 de 2020, por tratarse de una actuación de carácter particular. No obstante, lo anterior, nos pronunciaremos respecto a la normativa legal vigente sobre la materia:

La Carta Política permite regular elementos salariales y prestacionales al Congreso de la República, así: «fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y la Fuerza Pública»¹ y al Presidente de la República de: «ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes»².

En desarrollo del Artículo 150, numeral 19, literales e) y f), se expidió a Ley 4ª de 1992, mediante la cual se establecieron 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. Por lo tanto, corresponde al Congreso de la República dictar las normas generales, señalando los criterios y objetivos a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional, en cabeza del presidente de la República. Para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, atendiendo a los lineamientos establecidos en la Ley 4 de 1992.

En este entendido, el Decreto 1072 de 2015³ establece como materias de negociación colectiva, las siguientes:

ARTÍCULO 2.2.2.4.4. MATERIAS DE NEGOCIACIÓN. Son materias de negociación:

1. Las condiciones de empleo, y 2. Las relaciones entre las entidades y autoridades públicas competentes y las organizaciones sindicales de

empleados públicos para la concertación de las condiciones de empleo.

PARÁGRAFO 1. No son objeto de negociación y están excluidas, las siguientes materias:

1. La estructura del Estado y la estructura orgánica y la interna de sus entidades y organismos;
2. Las competencias de dirección, administración y fiscalización del Estado;
3. El mérito como esencia y fundamento de las carreras especiales y de la carrera administrativa general y sistemas específicos;
4. La atribución disciplinaria de las autoridades públicas;
5. La potestad subordinante de la autoridad pública en la relación legal y reglamentaria.

PARÁGRAFO 2. En materia salarial podrá haber negociación y concertación, consultando las posibilidades fiscales y presupuestales; sin perjuicio de lo anterior, en el nivel territorial, se respetarán los límites que fije el Gobierno Nacional. En materia prestacional las entidades no tienen facultad de negociar y concertar, toda vez que por mandato constitucional y legal la única autoridad competente para regular la materia es el Presidente de la República. [Subrayado nuestro].

De conformidad con la normativa citada, los empleados públicos pueden presentar pliego de solicitudes en relación con las condiciones del empleo excluyendo la negociación, entre otras, de materias relacionadas con la potestad subordinante de la autoridad pública en la relación legal y reglamentaria como empleados públicos.

De acuerdo a la normativa citada, a continuación, nos pronunciaremos respecto a la procedencia de equiparar la carga laboral con la actividad sindical y, la posibilidad de reconocer viáticos durante la comisión de estudios, en cumplimiento del plan nacional de capacitación.

En virtud del derecho constitucional de asociación sindical, la normativa actual concede a los representantes sindicales el permiso sindical a efectos de permitir el cabal cumplimiento de las funciones derivadas de dicha actividad. Al respecto, dicha situación administrativa se encuentra reglada en el Decreto 1072 de 2015⁴, así:

ARTÍCULO 2.2.2.5.3. Reconocimiento de los permisos sindicales. Corresponde al nominador o al funcionario que este delegue para tal efecto, reconocer mediante acto administrativo los permisos sindicales a que se refiere presente capítulo, previa solicitud de las organizaciones sindicales de primero, segundo o tercer grado, en la que se precisen, entre otros, los permisos necesarios para el cumplimiento de su gestión, el nombre de los representantes, su finalidad, duración periódica y su distribución.

Constituye una obligación de las entidades públicas de que trata el Artículo 2.2.2.5.1 de este Decreto, en el marco de la Constitución Política Nacional, atender oportunamente las solicitudes que sobre permisos sindicales eleven las organizaciones sindicales de los servidores públicos.

PARÁGRAFO. Los permisos sindicales que se hayan concedido a los representantes sindicales de los servidores públicos continuarán vigentes, sin que ello impida que su otorgamiento pueda ser concertado con las respectivas entidades públicas.

A su vez, el Artículo 2.2.2.5.1 del mismo decreto establece que los representantes sindicales de los servidores públicos tienen derecho a que las entidades públicas de todas las Ramas del Estado, sus Órganos Autónomos y sus Organismos de Control, la Organización Electoral, las Universidades Públicas, las entidades descentralizadas y demás entidades y dependencias públicas del orden Nacional, Departamental, Distrital y Municipal, les concedan los permisos sindicales remunerados necesarios para el cumplimiento de su gestión.

El Consejo de Estado, Sección Segunda, se pronunció sobre la inconveniencia del otorgamiento de permisos sindicales permanentes, en Sentencia del 17 de febrero 1994, Radicado 3840, Magistrado Ponente: Carlos Arturo Orjuela Góngora, de la cual transcribimos los apartes pertinentes:

El otorgamiento de permisos-sindicales, -especialmente los transitorios o temporales -, no quebranta el principio constitucional según el cual no habrá en Colombia empleo que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento. El directivo sindical tiene que cumplir, normal y habitualmente, las funciones propias del empleo oficial que desempeña; los permisos sindicales no lo liberan de esa obligación, aunque en ocasiones sólo deba atender su tarea de manera parcial, para poder ejercitar en forma cabal su calidad de líder o directivo sindical. Lo uno no es incompatible con lo otro (...)

Otra cosa es que se pretendiera implantar esos permisos con el carácter de permanentes; especialmente, mientras no exista norma clara y expresa al respecto. (...)

Naturalmente, esos permisos temporales o transitorios deben ajustarse al estricto cumplimiento de funciones o actividades sindicales, porque de lo contrario, se afectaría injustificadamente el servicio público. Por ello, es lo deseable que en el propio acto administrativo que los conceda se

hagan constar específicamente aquéllas, a fin de evitar abusos y distorsiones que nada tengan que ver con la protección y amparo del derecho de asociación sindical.

Por otra parte, la Sala quiere decir que no se ajustan a la filosofía de esta figura – en el sector público– las prórrogas indefinidas o continuas que, sin soporte alguno, convierten esta clase de permisos en permanentes.

Acorde con la normativa y jurisprudencia transcrita, es deber de las entidades estatales definir los parámetros bajo los cuales se conceden los permisos sindicales a los servidores públicos. Correspondiéndole a los nominadores o funcionarios delegados para el efecto expedir el acto administrativo de reconocimiento de los permisos sindicales, previa solicitud de los sindicatos, teniendo en cuenta tanto la atención oportuna de las peticiones que en este sentido éstos eleven, como la prestación eficaz del servicio público.

Así mismo, es importante resaltar que tanto el derecho de asociación como el ejercicio de la función pública tienen una connotación de rango constitucional. Pues el primero protege el derecho de asociación sindical y el segundo los intereses de la colectividad. Es decir, el permiso sindical debe ser concertado y razonado, de tal manera que la organización sindical disponga del tiempo necesario para la realización de la correspondiente actividad sindical, sin que se afecte la debida prestación del servicio.

En adición a lo anterior, el Artículo 2.2.5.5.56 del Decreto 1083 de 2015 expresamente afirma que el pago de la remuneración a los servidores públicos corresponde a servicios efectivamente prestados. Es decir, cualquier ausencia a laborar, sin justa causa, se sancionará conforme a las disposiciones de la Ley 734 de 2002.

Máxime cuando el mismo Código Único Disciplinario prevé como un deber de los servidores dedicar la totalidad del tiempo reglamentario de trabajo al desempeño de las funciones encomendadas (numeral 11, Artículo 34).

El Decreto 1083 de 2015, Único Reglamentario del Sector Función Pública, sobre el fundamento legal relativo a la evaluación de desempeño a quienes se encuentra en permiso sindical, menciona:

ARTÍCULO 2.2.8.3.1. Evaluación del desempeño laboral de Directivos Sindicales o Representantes Sindicales. La evaluación del desempeño de los integrantes de los comités ejecutivos, directivas y subdirectivas de confederaciones y federaciones, juntas directivas, subdirectivas y comités seccionales de los sindicatos, comisiones legales o estatutarias de reclamos, y los delegados para las asambleas sindicales y la negociación colectiva, deberá permitir armonizar los derechos relacionados con la actividad sindical y el cumplimiento de los deberes y obligaciones que corresponden al servidor público en el desempeño del empleo del cual es titular.

ARTÍCULO 2.2.8.3.2. Concertación de compromisos laborales de los empleados con derechos de carrera administrativa y en periodo de prueba que tienen la calidad de directivos sindicales. En la etapa de concertación de compromisos laborales con los directivos sindicales, con excepción de los delegados para las asambleas sindicales y la negociación colectiva, que gocen de permisos sindicales y su evaluador, se deberá acordar mínimo uno (1) y máximo tres (3) compromisos funcionales y mínimo uno (1) y máximo tres (3) compromisos comportamentales, para el período anual o el período de prueba, según corresponda. En todo caso los compromisos laborales deben ser ponderados teniendo en cuenta el impacto y relevancia de cada uno de estos y el perfil ocupacional y grado de responsabilidad del servidor para desarrollarlos.

ARTÍCULO 2.2.8.3.3. Evaluación del desempeño de los servidores que actúan como representantes ante las mesas de negociación y en las asambleas sindicales. Cuando el permiso sindical de los delegados para las asambleas sindicales y la negociación colectiva tenga una duración superior a treinta (30) días calendario, este periodo no se tendrá en cuenta en la evaluación del desempeño.

En consecuencia, la evaluación semestral correspondiente, con relación a cada compromiso según se haya concertado para el cumplimiento durante el semestre o todo el año, equivaldrá al tiempo efectivamente laborado.

Acorde con la normativa citada, dada la armonización entre las funciones derivadas de la actividad sindical como aquellas derivadas del ejercicio como servidor público. Los directivos sindicales pueden concertar con el empleador como mínimo 1 y máximo 3 compromisos tanto funcionales como comportamentales para el periodo anual. Así mismo, la norma establece que cuando el permiso sindical concedido sea superior a 30 días calendario, entiéndase continuos, dicho tiempo no se tendrá en cuenta dentro del periodo evaluado.

Ahora bien, con respecto al otorgamiento de comisión de estudios y reconocimiento de viáticos, el Decreto 1083 de 2015, consagra:

ARTÍCULO 2.2.5.5.31 *Requisitos para otorgar la comisión de estudios.* Las comisiones de estudios se pueden conferir al interior o al exterior del país, para que el empleado reciba formación, capacitación o perfeccionamiento en el ejercicio de las funciones propias del empleo del cual es titular, o en relación con los servicios o competencias a cargo del organismo o entidad donde se encuentre vinculado el empleado.

Para el otorgamiento de la comisión de estudios, el empleado deberá cumplir los siguientes requisitos: 1. Estar vinculado en un empleo de libre nombramiento o remoción o acreditar derechos de carrera administrativa.

2. Acreditar por lo menos un (1) año continuo de servicio en la respectiva entidad.

3. Acreditar nivel sobresaliente en la calificación de servicios correspondiente al último año de servicio.

ARTÍCULO 2.2.5.5.32 *Derechos en la comisión de estudios*. Durante la comisión de estudios el empleado tendrá derecho a:

1. Percibir el salario y las prestaciones sociales que se causen durante la comisión.
2. A los pasajes aéreos, marítimos o terrestres.
3. Que el tiempo de la comisión se le cuente como servicio activo.
4. A los demás beneficios que se pacten en el convenio suscrito entre el empleado público y la entidad que otorga la comisión.
5. A ser reincorporado al servicio una vez terminada la comisión de estudios.

PARÁGRAFO 1º. La comisión de estudios al interior del país que se confiera dentro de la misma ciudad no dará lugar al pago de transporte. La comisión de estudios en ningún caso dará lugar al pago de viáticos.

PARÁGRAFO 2º. La comisión de estudios no incluirá el pago de inscripción, matrícula y derechos de grado, salvo en casos excepcionales que determine el jefe del organismo, de acuerdo con las necesidades del servicio.

Conforme la regulación anterior, la comisión de estudios tiene connotaciones especiales, taxativas; es decir, la administración no puede variar los requisitos o condiciones exigidos. Por ende, a pesar que tal situación administrativa se concede a los empleados con derechos de carrera administrativa o de libre nombramiento y remoción para tomar capacitación, previa suscripción tanto de convenio como de póliza de garantía de cumplimiento, y continuar percibiendo el salario y las prestaciones sociales derivadas de la relación laboral no es procedente el reconocimiento de viáticos.

II. RESPUESTA A LAS PREGUNTAS OBJETO DE LA SOLICITUD DE CONCEPTO

Con fundamento en los criterios y disposiciones expuestos, damos respuesta a sus interrogantes en el mismo orden en que se formularon, concluyendo:

1. En los términos del Consejo de Estado, posición acogida por este Departamento Administrativo, el permiso sindical debe ser concertado y razonado a fin de que la organización sindical atienda sus labores sindicales. Sin que se afecte la debida prestación del servicio. En consecuencia, no es procedente permitir una ausencia permanente; por cuanto, ante todo, es deber de los servidores públicos cumplir con las funciones asignadas en el ejercicio del empleo.

La evaluación del desempeño es anual de acuerdo a la concertación de objetivos acordado al inicio de cada vigencia. Sólo es procedente no incluir como tiempo de calificación cuando el permiso sindical dure 30 días calendario, continuos; por cuanto, durante este tiempo al empleado le es imposible cumplir con las funciones asignadas a su cargo. En todo caso, el empleado debe cumplir con las funciones derivadas de su cargo, entendido este compromiso como uno de los deberes adquiridos cuando se posesionó como servidor público, en cumplimiento de la concertación de objetivos anuales con el empleador.

2. La comisión de estudios se concede a los empleados públicos de carrera administrativa o de libre nombramiento y remoción para tomar capacitación en relación con las funciones desarrolladas por la respectiva entidad. A su vez, durante la misma, tienen derecho a continuar recibiendo el salario y las prestaciones sociales asignadas al empleo desempeñado. Sin embargo, como la normativa no consagra la posibilidad de otorgar viáticos cuando se está en desarrollo de una comisión de estudios, en criterio de esta Dirección Jurídica, no resulta procedente acordarlo a través de un proceso de negociación colectiva.

III. NATURALEZA DEL CONCEPTO

Este concepto lo emitimos en los términos y con los alcances dados por el Artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo - Ley 1437 de 2011.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web www.funcionpublica.gov.co/eva en el link «Gestor Normativo» donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

Adicionalmente, en el link <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html> encuentra la normativa que ha emitido el Gobierno Nacional con relación a la emergencia sanitaria causada por el covid-19.

Cordialmente,

ARMANDO LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Angélica Guzmán Cañón

Revisó: Harold Herreño Suarez

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

1. Literal e), numeral 19 del Artículo 150 C.P.
2. Numeral 11, Artículo 189 C.P.
3. «Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo»
4. «Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo».

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 21:57:38