

**MEMORANDO**

Bogotá D.C., 9 de Agosto de 2018

Para:

Tania Margarita Lopez Llamas
Subdirector
Subdirección de Talento Humano

De: Oficina Asesora Jurídica

Asunto: Concepto petición sindical de inamovilidad y viabilidad de reconocimiento de días adicionales por licencias de maternidad y paternidad.

En atención a su solicitud, elevada mediante memorando No. M-2018-2400-004401, de agosto 1 de 2018, en la que se solicita: «*concepto jurídico sobre si es viable la inamovilidad de los servidores públicos sindicalizados y, por otro lado, si es procedente el reconocimiento y pago de días adicionales a los establecidos por la ley, respecto del reconocimiento de licencias por maternidad y paternidad.*», se produce el respectivo concepto en los siguientes términos:

I. PROBLEMA JURÍDICO.

¿Es viable la inamovilidad de los servidores públicos sindicalizados?

¿Es procedente el reconocimiento y pago de días adicionales a los establecidos por la ley, respecto del reconocimiento de licencias por maternidad y paternidad?

II. ANTECEDENTES.

El 1 de agosto de 2018 la Subdirección de Talento Humano, a través de memorando con Radicado No. M-2018-2400-004401, solicita concepto sobre la petición sindical de inamovilidad y viabilidad de reconocimiento de días adicionales por licencias de maternidad y paternidad, no obstante, en dicho memorando no se establece la posición jurídica al respecto, siendo este uno de los requisitos que debe tener la solicitud de concepto, por ello mediante correo electrónico el día 2 de agosto de la presente anualidad es requerido, y es allegado el mismo día mediante memorando con radicado No. M-2018-2400-004448.

III. CONSIDERACIONES DE LA OFICINA ASESORA JURÍDICA.

Para dar respuesta a la consulta, el análisis se adelantará en los aspectos que se señalan a continuación, así:

1. Del ejercicio del *ius variandi*

El *ius variandi* es la facultad del empleador respecto de la modificación de las condiciones de una relación laboral.

El "*ius variandi*" ha sido definido por la Corte Constitucional como una de las manifestaciones del poder subordinante que ejerce el empleador – público o privado- sobre sus trabajadores.



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado M-2018-1400-004610

Fecha: 09/08/2018

Se concreta cuando el empleador modifica respecto del trabajador la prestación personal del servicio en lo atinente al lugar, tiempo o modo del trabajo.¹

De igual forma, la Corte Suprema de Justicia expone su concepto al respecto, así:

*«Conviene recordar que esta Sala de la Corte ha sostenido invariablemente en su jurisprudencia que el poder subordinante que tiene el empleador, de donde nace el "ius variandi", esto es, la facultad de variar las condiciones iniciales de trabajo, no puede ser ejercido de manera omnímoda y arbitraria, pues tiene sus límites en los derechos propios del trabajador, por lo que su ejercicio siempre ha de obedecer a razones objetivas y válidas, sean de orden técnico u operativo que lo hagan ineludible o, al menos, justificable (Ver sentencia del 26/07/1999, Rad. 10969)».*²

*«(...) Nuestro Tribunal Constitucional, en la citada sentencia T-338 de 2013, indica que el ius variandi no es absoluto y tiene límites constitucionales, así: "La facultad de trasladar a los trabajadores no es absoluta ya que existen límites constitucionales que exigen proteger unas condiciones mínimas de los derechos fundamentales del trabajador. La aplicación del ius variandi debe darse de forma justificada en la necesidad del servicio y protegiendo las garantías laborales mínimas del trabajador. Todo cambio en las condiciones territoriales de un contrato laboral debe estar ajustado a la necesidad del servicio. En este sentido, este Tribunal ha expuesto que para que la decisión no se torne desproporcionada, el empleador debe tener en cuenta las circunstancias que podrían afectar al trabajador y a su familia en relación al cambio del lugar en donde se debe dar la prestación laboral" (...)»*³

Así mismo, la Corte Constitucional en Sentencia T-048 de 2013, Magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub señala que el ius variandi debe ser ejercido de forma discrecional por parte del empleador, pero en ningún momento puede ser ejercido arbitrariamente; para ello establece unos parámetros que deben ser tenidos en cuenta al momento de tomar la decisión, así:

"El ius variandi debe ejercerse considerando: i) las circunstancias que afectan al trabajador; ii) su situación familiar; iii) su estado de salud y el de sus allegados; iv) el lugar y el tiempo de trabajo; v) las condiciones salariales; y vi) el comportamiento que ha venido observando y el rendimiento demostrado.

Así, el ejercicio del ius variandi implica que en cada caso el empleador observe los parámetros señalados, para que pueda tomar una decisión adecuada y coherente, y no se vulneren los derechos fundamentales del trabajador. "

Por su parte, los parámetros que rigen la política de traslados de los servidores públicos se encuentran consagrados en el Decreto 1083 de 2015 que señala:

"ARTÍCULO 2.2.5.9.2. TRASLADO O PERMUTA. Hay traslado cuando se provee, con un empleado en servicio activo, un cargo vacante definitivamente, con funciones afines al que desempeña, de la misma categoría, y para el cual se exijan requisitos mínimos similares.

También hay traslado cuando la administración hace permutas entre empleados que desempeñen cargos de funciones afines o complementarias, que tengan la misma categoría y para los cuales se exijan requisitos mínimos similares para su desempeño.

Los traslados o permutas podrán hacerse dentro de la misma entidad o de un organismo a otro, con el lleno de los requisitos previstos en el presente decreto.

Cuando se trate de traslados o permutas entre organismos, la providencia deberá ser autorizada por los jefes de las entidades en donde se produce.

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-797 de 2005.

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia con radicación No. 44155, de fecha 26 de junio de 2012. Magistrado ponente: Francisco Javier Ricaurte Gómez.

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia con radicación 25103 de fecha 30 de junio de 2005. Magistrado ponente: Luis Javier Osorio López.



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado M-2018-1400-004610

Fecha: 09/08/2018

Los reglamentos de las carreras especiales, en lo referente a los traslados y permutas, se ajustarán a lo que se dispone en este Título.

(Decreto 1950 de 1973, artículo 29)

ARTÍCULO 2.2.5.9.3. CONDICIONES DEL TRASLADO. El traslado se podrá hacer por necesidades del servicio, siempre que ello no implique condiciones menos favorables para el empleado.

Podrá hacerse también cuando sea solicitado por los empleados interesados, y siempre que el movimiento no cause perjuicios al servicio.

(Decreto 1950 de 1973, artículo 30)

ARTÍCULO 2.2.5.9.4. DERECHOS DEL EMPLEADO TRASLADADO. El empleado de carrera trasladado conserva los derechos derivados de ella.

(Decreto 1950 de 1973, artículo 31)

ARTÍCULO 2.2.5.9.5. ANTIGÜEDAD EN EL SERVICIO. El empleado trasladado no pierde los derechos de la antigüedad en el servicio.

(Decreto 1950 de 1973, artículo 32)

ARTÍCULO 2.2.5.9.6. RECONOCIMIENTO DE GASTOS EN CASO DE TRASLADO. Cuando el traslado implique cambio de sede, el empleado tendrá derecho al reconocimiento y pago de los gastos que demande el traslado conforme a la ley y los reglamentos.

(Decreto 1950 de 1973, artículo 33) (Subrayado y negrilla fuera de texto).

De todo lo anterior es plausible afirmar que la facultad del empleador de modificar las condiciones en una relación laboral (*ius variandi*) no es absoluta porque puede tornarse violatoria de derechos fundamentales si se emplea en forma arbitraria o si no se sustentan de manera adecuada los motivos por los cuales se dan los cambios y la necesidad de los mismos, ergo se estaría frente a un abuso del "*ius variandi*" cuando de manera abrupta y sin consultar al funcionario se realiza un cambio de condiciones laborales sin haber tenido en cuenta aspectos que afectan la órbita de su dignidad como lo son el estado de salud, si situación familiar, lugar y tiempo laborado, condiciones salariales, comportamiento y rendimiento demostrados, etc.

Sobre el traslado por necesidades del servicio, la doctrina ha desarrollado unos límites subjetivos al empleo de la figura así⁴:

«Aunque la ley autoriza el traslado por necesidades del servicio, también lo condiciona siempre que ello no implique **CONDICIONES MENOS FAVORABLES PARA EL EMPLEADO**, como presupuestos de procedencia legal.

Están pues involucrados, la atribución de la administración, pero también los derechos del empleado.

Genéricamente el concepto de condiciones menos favorables para el empleado significa según la jurisprudencia:

"Las circunstancias que afectan al trabajador, la situación de su familia, su propia salud y la de sus allegados, el lugar y tiempo del trabajo, sus condiciones salariales (...)"⁵.

"Condiciones del empleado tanto en su entorno laboral como en su vida familiar y social"⁶.

En últimas, debe tomarse en cuenta que el empleado no es una cosa, un objeto, una simple pieza integrante de la totalidad, sino un ser humano libre, responsable y digno.»⁷

⁴ VILLEGAS ARBELÁEZ. Jairo. Derecho Administrativo Laboral. Principios, estructura y relaciones laborales individuales. Tomo I Octava Edición. Editorial Legis. 2008.

⁵ Corte Constitucional. Sentencia T 715 de 1996.

⁶ Consejo de Estado. Expediente 9233. 3 de julio de 1997.

⁷ Corte Constitucional, Ibid.



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado M-2018-1400-004610

Fecha: 09/08/2018

El mismo autor ha indicado que *«la atribución de la Administración para ordenar el traslado comporta un poder discrecional mas no arbitrario, dado que debe consultar necesidades del servicio pero además tener en cuenta que no implique condiciones menos favorables para el empleado»*.⁸

En cuanto a la figura del traslado en plantas globales de personal, el autor referido cita una jurisprudencia de la Corte Constitucional que señala:

“La planta global y flexible tiene por fin garantizarle a la administración pública mayor capacidad de manejo de su planta de funcionarios, con el objeto de atender las cambiantes necesidades del servicio y de cumplir de manera más eficiente con las funciones que le corresponden”.⁹

Y continúa el autor parafraseando a la Corte Constitucional así¹⁰:

“Sin embargo, no es claro que el establecimiento de una planta global afecte el núcleo esencial de la estabilidad y los derechos de los trabajadores, ya que éstos siguen gozando de ellos, pero en una forma tal que se armonizan con el interés de elevar la eficiencia de la administración”.¹¹

Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en especial la sentencia T-664 de 2011, sintetizó las causales para determinar en cuales casos, con ocasión del traslado, se vulneran los derechos fundamentales de los trabajadores y su familia, a saber:

«(i) El traslado laboral genere serios problemas de salud, especialmente porque en la localidad de destino no existan las condiciones para brindarle el cuidado médico requerido,

(ii) El traslado ponga en peligro la vida o la integridad del servidor o de su familia,

(iii) En los casos en que las condiciones de salud de los familiares del trabajador, puedan incidir, dada su gravedad e implicaciones, en la decisión acerca de la procedencia del traslado,

(iv) La ruptura del núcleo familiar vaya más allá de la mera separación transitoria»

En el caso de Prosperidad Social, al contar con una planta global, la política de traslados debe armonizar los derechos de los trabajadores con la eficiencia y garantía del interés general y el servicio público.

Se evidencia entonces que antes de proceder con el traslado y, precisamente para verificar que no se configuren con éste, condiciones menos favorables para el empleado, la Administración debe verificar que no existan situaciones particulares como recomendaciones médicas, lugar para atender tratamientos, amenazas o afectación de la integración del núcleo familiar cuando impacte a menores de edad y que puedan impedir el traslado.

De otra parte, es necesario estudiar el concepto de necesidades del servicio, por lo que se debe desarrollar la acepción de servicio público, dado que, en últimas, este hace parte de la labor misional del Departamento.

El servicio público se ha definido como *«toda actividad destinada a satisfacer una necesidad de interés general y que, como tal, tiene que ser garantizada y controlada por la administración, porque la satisfacción continua de esa necesidad no puede ser prestada sino por ella.»*¹²

⁸ Ob. Cit. Pág. 424.

⁹ Sentencia SU – 250 del 26 de mayo de 1998.

¹⁰ Ob. Cit. Pág. 426.

¹¹ Sentencia T 715 de 1996.

¹² RAYMOND GUILLIEN Y JEAN VINCENT, Diccionario Jurídico. Editorial Temis. 2001.



La doctrina, por su parte, ha señalado que el servicio público tiene dos acepciones, material o funcional y orgánica o formal¹³, sobre la primera se ha expresado:

«Tradicionalmente se había entendido el servicio público como toda actividad de una colectividad tendiente a satisfacer una necesidad de interés general.»

Y sobre el segundo:

«Es el conjunto de personas y medios que están encargados de desarrollar la función denominada servicio público.»

En conclusión, se puede afirmar que por servicio público habrá de entenderse el ejercicio propio de la función administrativa que busca atender y satisfacer las necesidades de los asociados y que es desarrollado por parte de los agentes del Estado a través de sus instituciones o de particulares habilitados para tal efecto.

En este orden de ideas, cuando por necesidades del servicio público, la Administración encuentre que, para satisfacer el interés general, se requiere del traslado de sus funcionarios así podrá hacerlo con las previsiones antes citadas.

2. De la estabilidad laboral reforzada

Este concepto es desarrollado a partir de la Constitución Política que en su artículo 53 establece la estabilidad laboral como un principio constitucional, así:

«ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: (...)

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; (...)»

La jurisprudencia, a través del tiempo, ha ido desarrollando y llenando de contenido este derecho y acuñó el término de estabilidad laboral reforzada. La Corte Constitucional en sentencia C- 470 de 1997, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero se refiere a este principio de la siguiente manera:

*«Si bien, conforme al artículo 53 de la Carta, todos los trabajadores tienen un derecho general a la estabilidad en el empleo, existen casos en que este derecho es aún más fuerte, por lo cual en tales eventos cabe hablar de un derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada. Esto sucede, por ejemplo, en relación con el fuero sindical, pues sólo asegurando a los líderes sindicales una estabilidad laboral efectiva, resulta posible proteger otro valor constitucional, como es el derecho de asociación sindical (CP art. 39). Igualmente, en anteriores ocasiones, esta Corporación también señaló que, debido al especial cuidado que la Carta ordena en favor de los minusválidos (CP art. 54), estas personas gozan de una estabilidad laboral superior, la cual se proyecta incluso en los casos de funcionarios de libre nombramiento y remoción. En efecto, la Corte estableció que había una inversión de la carga de la prueba cuando la constitucionalidad de una medida administrativa sea cuestionada por afectar los derechos fundamentales de los minusválidos. La Corte considera que, por la mujer embarazada tiene un derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada, pues una de las manifestaciones más claras de discriminación sexual ha sido, y sigue siendo, el despido injustificado de las **mujeres que se encuentran en estado de gravidez, debido a los eventuales sobrecostos o incomodidades que tal fenómeno puede implicar para las empresas (...)**»*

Como puede observarse solo de manera excepcional, la Corte Constitucional ha admitido un grado superior de estabilidad laboral en aquellos eventos en que el trabajador es un sujeto de especial protección constitucional, pero es de resaltar que ello no significa que estas personas son inamovibles

¹³ LIBARDO RODRÍGUEZ, Derecho Administrativo General y Colombiano. Editorial Temis. 2000





de su cargo. Por el contrario, la jurisprudencia ha definido requisitos particulares y específicos para que proceda el amparo como mecanismo de protección frente a cada uno de ellos.

3. Del fuero sindical

El fuero sindical es una figura del derecho laboral colectivo, que constituye una garantía a los derechos de asociación y libertad sindical en cabeza de los representantes sindicales y/o fundadores de un sindicato, la cual se encuentra establecida constitucionalmente en el artículo 39, inciso 4 de la Constitución Política, que señala:

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

Figura jurídica desarrollada en el artículo 405 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el Decreto Ley 204 de 1957, artículo 1º, que preceptúa:

"Se denomina fuero sindical la garantía de que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa a un municipio distinto, sin justa causa, previamente calificada por el juez de trabajo"

Ahora bien, los amparados por la protección del fuero están consagrados en el artículo 406 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por la Ley 50 de 1990, artículo 57, modificado por la Ley 584 de 2000, artículo 12 que establece:

«ARTICULO 406. TRABAJADORES AMPARADOS POR EL FUERO SINDICAL Artículo modificado por el Artículo 12 de la Ley 584 de 2000. El nuevo texto es el siguiente:

Están amparados por el fuero sindical:

- a) Los fundadores de un sindicato, desde el día de su constitución hasta dos (2) meses después de la inscripción en el registro sindical, sin exceder de seis (6) meses;*
- b) Los trabajadores que, con anterioridad a la inscripción en el registro sindical, ingresen al sindicato, para quienes el amparo rige por el mismo tiempo que para los fundadores;*
- c) Los miembros de la junta directiva y subdirectivas de todo sindicato, federación o confederación de sindicatos, sin pasar de cinco (5) principales y cinco (5) suplentes, y los miembros de los comités seccionales, sin pasar de un (1) principal y un (1) suplente. Este amparo se hará efectivo por el tiempo que dure el mandato y seis (6) meses más;*
- d) Dos (2) de los miembros de la comisión estatutaria de reclamos, que designen los sindicatos, las federaciones o confederaciones sindicales, por el mismo período de la junta directiva y por seis (6) Meses más, sin que pueda existir en una empresa más de una (1) comisión estatutaria de reclamos. (...)*»

De igual manera, el artículo 407 del Código Sustantivo del Trabajo establece lo siguiente:

«ARTICULO 407. MIEMBROS DE LA JUNTA DIRECTIVA AMPARADOS.

- 1. Cuando la directiva se componga de más de cinco (5) principales y más de cinco (5) suplentes, el amparo solo se extiende a los cinco (5) primeros principales y a los cinco (5) primeros suplentes que figuren en la lista que el sindicato pase al (empleador).*
- 2. La designación de toda junta directiva o cualquier cambio que ocurra en su composición debe notificarse al (empleador) en la forma prevista en los Artículos 363 y 371. En caso de cambio, el antiguo miembro continúa gozando de/fuero durante los tres (3) meses subsiguientes, a menos que la sustitución se produzca por renuncia voluntaria del cargo sindical antes de vencerse la mitad de/periodo estatutario o por sanción disciplinaria impuesta por el sindicato, en cuyos casos el fuero cesa IPSO facto para el sustituido.»*

Del contenido de la norma transcrita se desprende que los fundadores como las directivas de las organizaciones sindicales del sector público, tanto trabajadores oficiales como empleados públicos, ya sean de libre nombramiento y remoción, provisionalidad o de carrera administrativa, gozan del fuero sindical, con excepción de aquellos servidores que ejerzan jurisdicción, autoridad civil, política o cargos de dirección o administración.



Por lo anterior, la referida protección exige que ciertos trabajadores que ocupan cargos de representación sindical o que hayan conformado una organización sindical recientemente no sean desvinculados laboralmente, trasladados o desmejorados, sin que **el despido, traslado o desmejora se haga con justa causa, y se haga con autorización judicial.**

Para levantar el fuero sindical se requiere elevar solicitud al Juez Laboral, en donde se expresen y se sustenten claramente, los motivos por los cuales se va a tomar la decisión de despedir, trasladar o desmejorar de sus condiciones laborales a un trabajador aforado por parte de la empresa.

Sin embargo, existen casos en los cuales la autorización judicial para despedir al trabajador amparado por el fuero sindical no es exigida, como sucede con el caso de los empleados en provisionalidad, cuando es realizado el correspondiente concurso público de mérito, esto es, mediante el Decreto 760 de 2005, se establece el procedimiento que debe surtirse ante y por la Comisión Nacional del Servicio Civil para el cumplimiento de sus funciones, y 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.»

Consideramos que toda vez que esta es una norma especial, 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 consagrado artículo 3° de la Ley 153 de 1887 en el que dicta que la norma especial prevalece sobre la general.

De lo anterior se infiere que antes de retirar a un empleado que goza de fuero sindical, sea la causa que fuere, es obligatorio que la administración solicite el permiso ante el juez laboral.

4. De la Negociación Colectiva

Es la posibilidad legal que tienen las organizaciones sindicales de empleados públicos y las entidades públicas de negociar las condiciones de empleo para el bienestar y desarrollo de los empleados del Estado. De igual forma es un elemento que contribuye a mantener la paz y favorece la estabilidad de las relaciones laborales que pueden verse perturbadas por discusiones no resueltas en el campo laboral, por ello se constituye como una herramienta para la defensa de los intereses comunes entre los empleados públicos y las entidades del Estado, siendo la concertación voluntaria y libre de las condiciones de trabajo.

El fundamento jurídico de la negociación colectiva se encuentra desde los artículos 53 y 55 de la Constitución Política de Colombia, que respectivamente ordenan la incorporación a la legislación interna de los Convenios Internacionales del Trabajo debidamente ratificados, así como también se garantiza el derecho de negociación colectiva para regular las relaciones laborales. De igual manera se halla en los Convenios 151 y 154 suscritos con la OIT, sobre la protección del derecho de sindicalización y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública y la negociación colectiva.

La Ley 411 de 1997, aprueba el Convenio 151 de la OIT y Ley 524 de 1999, incorpora el Convenio 154 de la OIT.



En el Decreto 160 de 2014, se reglamentan los artículos 7 y 8 del Convenio 151 suscrito con la OIT es incorporado a la legislación colombiana mediante la Ley 411 de 1997 en lo relativo a los procedimientos de negociación y solución de controversias con las organizaciones de empleados públicos.

Sobre el particular, el Ministerio de Trabajo ha indicado¹⁴:

«Las disposiciones contenidas en el Decreto 1092 de 2012¹⁵ son de aplicación a los empleados públicos de las entidades públicas del orden nacional, departamental, distrital y municipal, a los Órganos de Control, a la Organización Electoral, a los Órganos Autónomos e Independientes, tales como las Corporaciones Autónomas Regionales, el Banco de la República, la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Por lo tanto, el decreto se aplica a todos los empleados públicos con excepción de los empleados de alto nivel que ejerzan funciones de dirección, conducción institucional, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices, tales como ministro, viceministro, director y subdirector de Departamento Administrativo, secretario general, secretario y subsecretario de despacho, gerente, presidente o director, subgerente, vicepresidente o subdirector.

Tampoco se aplica al personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.»

La negociación colectiva podrá adelantarse sobre aspectos tales como:

- 1. La remuneración establecida para los diferentes empleos, resaltando que para las entidades del nivel territorial (Departamentos, Distritos y Municipios) se deberán tener en cuenta los límites salariales máximos establecidos por el Gobierno Nacional, para lo cual se deberá contar previamente con la disponibilidad presupuestal y responder a la política macroeconómica del Estado.*
- 2. El horario de trabajo, dentro de la jornada laboral de 44 horas a la semana, sin afectar la prestación del servicio.*
- 3. Calidad de vida laboral (mejoramiento de las condiciones en el puesto de trabajo, propender por un ambiente laboral seguro).*
- 4. Adopción de medidas encaminadas a promover y mantener el más alto grado de bienestar físico, mental y social de los empleados.*
- 5. Capacitación y estímulos.*
- 6. Bienestar social e incentivos.*
- 7. Los demás aspectos que contribuyan a mejorar las condiciones laborales de los empleados públicos.*

Están excluidos de la negociación colectiva los siguientes aspectos:

- 1. La estructura organizacional*
- 2. Las plantas de personal*
- 3. Las competencias de dirección, administración y fiscalización del Estado*
- 4. Los procedimientos administrativos*
- 5. La Carrera Administrativa*
- 6. El Régimen Disciplinario*
- 7. El Régimen Prestacional*

En materia salarial podrá haber concertación. 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 negociación por expresa disposición legal.

De lo anterior queda claro que la negociación colectiva de servidores públicos con la Administración se encuentra expresamente regulada, razón por la cual las condiciones en las que se desarrollará la misma, debe atenerse estrictamente a lo que señalen las disposiciones respectivas.

¹⁴ Extraído de página del Ministerio del Trabajo, Cartilla Negociación Colectiva en el Sector Público, agosto 9 de 2018.

<http://www.mintrabajo.gov.co/documents/20147/51963/Cartilla+Negociacion+Colectiva+en+el+Sector+Publico.pdf/095b984a-c8a5-018e-ef4a-ae7c031d7aa>

¹⁵ Hoy Decreto 160 de 2014 compilado en el Decreto 1072 de 2015.



III. CONCLUSIONES.

De conformidad con lo desarrollado a lo largo de este concepto, las respuestas a los interrogantes planteados se resumen así:

1. «(...) ¿es viable la inamovilidad de los servidores públicos sindicalizados? (...)

Sobre el particular esta Oficina considera acertada la posición jurídica esbozada en la solicitud de concepto, expuesta así: «Frente a la inamovilidad de los servidores públicos sindicalizados, se considera, que el nominador dentro del marco de sus facultades y discrecionalidad puede adelantar los traslados y reubicaciones de los servidores públicos que pertenezcan a la planta global de la Entidad, atendiendo las necesidades del servicio y siempre que con ello no cause un desmejoramiento en las condiciones laborales en que se encuentre el servidor.»

Sin embargo, es necesario precisar que cuando se trate de un funcionario amparado por fuero sindical, el traslado o la reubicación por necesidades del servicio es viable siempre y cuando exista justa causa comprobada, la cual debe ser calificada previamente por el juez laboral. Si la solicitud de traslado es elevada directamente por el funcionario, la Administración solo deberá valorar la afectación o no de la prestación del servicio.

2. «(...) ¿es procedente el reconocimiento y pago de días adicionales a los establecidos por la ley, respecto del reconocimiento de licencias por maternidad y paternidad? (...)»

Al respecto se debe advertir que, por tratarse de un tema prestacional, el Departamento Administrativo de la Función Pública es el órgano competente para conceptuar en esta materia y nadie puede arrogarse esta competencia, de conformidad con lo señalado en el artículo 39 del Decreto 330 de 2018.

No obstante lo anterior y sin perjuicio de la posición que sobre el particular tenga el Departamento Administrativo de la Función Pública, de manera general esta Oficina Asesora Jurídica considera que otorgar días adicionales a los determinados en la norma para las licencias de maternidad y paternidad, quebranta lo establecido en el parágrafo 2 del artículo 2.2.2.4.4 del Decreto 1072 de 2015; en la medida que estos se constituyen en beneficios prestacionales que no son materia de negociación por expresa disposición legal.

La presente respuesta tiene la naturaleza de un concepto jurídico; constituye un criterio auxiliar de interpretación, de conformidad con lo establecido por el artículo 26 del Código Civil y el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo sustituido por la Ley 1755 de 2015.

Atentamente,

LUCY EDREY ACEVEDO MENESES

Jefe de Oficina

Oficina Asesora Jurídica

Elaboró: Martha Lucía Velásquez Prada

Revisó: Omar Alberto Baron Avendaño

Folios: 9

Anexo: 0

Copia: clic para registrar información de copia



PROSPERIDAD SOCIAL



GOBIERNO DE COLOMBIA



Al contestar por favor cite estos datos:
Radicado M-2018-1400-004610
Fecha: 09/08/2018