


OAJ. 0278 

Bogotá, D. C., 16 FEB. 2009

Doctora
ELISANA VELASQUEZ FANDIÑO
Profesional Especializada de Talento Humano
Hospital del Sur – E.S.E.
Carrera 78 No. 35-71 Sur
Bogotá, D. C.

ASUNTO: 0259-09/Aplicación de la Ley 1280 de 2009

Apreciada doctora Elisana:

Damos atenta respuesta a la solicitud de la referencia, radicada en este Departamento bajo el No. 0259 del 2 de febrero de 2009, en los siguientes términos:

La Ley 1280 de 2009, dispone en su artículo 1º: "Adicionar un numeral al artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo, en los siguientes términos:

10. Conceder al trabajador en caso de fallecimiento de su cónyuge, compañero o compañera permanente o de un familiar hasta el grado segundo de consanguinidad, primero de afinidad y primero civil, una licencia remunerada por luto de cinco (5) días hábiles, cualquiera sea su modalidad de contratación o de vinculación laboral. La grave calamidad doméstica no incluye la Licencia por Luto que trata este numeral.

Este hecho deberá demostrarse mediante documento expedido por la autoridad competente, dentro de los treinta (30) días siguientes a su ocurrencia.

Parágrafo: Las EPS tendrán la obligación de prestar la asesoría psicológica a la familia. (...). (Subrayas fuera del texto).



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

Departamento Administrativo
Servicio Civil

El artículo 3º del Código Sustantivo del Trabajo, consagra: "Relaciones que regula. El presente Código regula las relaciones de derecho individual del trabajo de carácter particular, y las de derecho colectivo del trabajo, oficiales y particulares". (Subrayas fuera del texto).

El artículo 4º, ibídem, establece: "Servidores públicos. Las relaciones de derecho individual del Trabajo entre la Administración Pública y los trabajadores de ferrocarriles, empresas, obras públicas y demás servidores del Estado, no se rigen por este Código, sino por los estatutos especiales que posteriormente se dicten".

El artículo 74 del Decreto 1950 de 1973, dispone: "El empleado puede solicitar por escrito permiso remunerado hasta por tres (3) días, cuando medie justa causa. Corresponde al jefe del organismo respectivo, o a quien haya delegado la facultad, el autorizar o negar los permisos".

El Tratadista de Derecho Público, Doctor Diego Younes Moreno en su libro Derecho Administrativo Laboral, novena edición, expresa sobre el permiso lo siguiente:

Empleos, Situaciones Administrativas, Jornada Laboral y Retiro de Empleados del Sector Público Departamento Administrativo de la Función Pública

"1.- Es también otra situación administrativa que persigue la desvinculación transitoria, muy transitoria por cierto, de la prestación de las funciones por parte del empleado, sin que ello le ocasione desmedro de su salario, como sí ocurre con la licencia. Por medio de esta situación administrativa se busca que los servidores públicos puedan atender apremiantes circunstancias de orden personal.

2.- (...) es necesario que exista "justa causa" para que se pueda conceder el permiso. La expresión "justa causa" puede comprender diversas situaciones que el empleado solicitante expone al funcionario competente, para que éste las valore y conceda el permiso cuando considere que se configura la "justa causa". Anotamos que el concepto de "justa causa" no puede reducirse, como comúnmente se piensa, a las "calamidades domésticas".



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

Departamento Administrativo
Servicio Civil

3.- Ficción jurídica. En la situación administrativa del permiso se da una ficción jurídica, puesto que no obstante que el empleado no trabaja durante el mismo, para todos los efectos legales la ley considera que el empleado ha prestado sus servicios. Esto quiere decir que el tiempo del permiso es remunerado y que por lo tanto si el beneficiado trabaja, por ejemplo, en jornada nocturna, no perderá el recargo correspondiente o si lo hace por el sistema de turnos y el permiso comprende un día festivo o un domingo, no perderá la remuneración especial fijada por el Decreto 1042 de 1978, para tales casos."

Con base en lo anterior, cuando la ley señala dentro de los derechos de los servidores públicos el de obtener permisos hasta por tres días, se refiere a los casos en los cuales exista justa causa, de tal manera que la entidad deberá evaluarla y determinar si concede el permiso. La justa causa, en los términos de la ley y la doctrina no se circunscribe a las calamidades domésticas, sino a toda circunstancia que amerite la ausencia del empleado al sitio de trabajo y, en consecuencia, la no prestación del servicio".
(Subrayas fuera del texto).

El Código Civil Colombiano, en su artículo 27, dispone: "*Interpretación Gramatical. Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. (...)*".

La Corte Constitucional en Sentencia C-600 del 21 de octubre de 1998, sobre el principio de obligatoriedad y ejecutabilidad de las normas, expresó: "*(...) el principio que rige la operatividad del Estado de Derecho y que hace posible el funcionamiento de las instituciones es el de la obligatoriedad y ejecutabilidad de las normas que, dentro del esquema de la organización política, profieren los organismos y las autoridades competentes, según la Constitución.*

En general, la norma jurídica, independientemente de su jerarquía, obliga a sus destinatarios y es deber de las autoridades públicas, en el ámbito de las atribuciones que a cada una de ellas corresponda, hacerla efectiva. Es cabalmente la inobservancia de ese deber lo que provoca, bajo el imperio de la actual Constitución, el ejercicio de la acción de cumplimiento, de la cual es titular toda persona, y la verificación acerca de si aquél ha sido o no acatado constituye el objeto específico de la sentencia que el juez ante quien dicha acción se instaura debe proferir.

Se parte del supuesto -que puede ser descartado- según el cual la norma puesta en vigor por el órgano o funcionario competente se ajusta a la Constitución, en virtud de

una presunción que asegura el normal funcionamiento del Estado, con base en la seguridad jurídica de la cual requiere la colectividad.

Si esa presunción no es desvirtuada, la norma debe aplicarse; las personas - particulares o públicas- cobijadas por ella deben obedecerla; y la autoridad a la que se ha encomendado su ejecución incurre en responsabilidad, al violarla, si omite la actividad que para tal efecto le es propia o hace algo que se le prohíbe.(...)". (Subrayas fuera del texto).

El Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil, en Concepto del 11 de abril de 1998, expresó: "(...). El empleado público se vincula a la administración mediante una modalidad legal o reglamentaria y el acto que la traduce es el nombramiento y la posesión. En esta modalidad el régimen del servicio está previamente determinado en la ley y, por tanto, no hay posibilidad legal de que el funcionario entre a discutir las condiciones de empleo, ni a fijar alcances laborales distintos de los concebidos por las normas generales y abstractas que las regulan. Es decir, el empleado no fija ni discute condiciones labores tales como formas de vinculación y desvinculación, funciones inherentes al ejercicio del cargo, remuneración y prestaciones sociales, las que preexisten al momento en que la persona natural adquiere la categoría de empleado público y que pueden ser modificadas o derogadas por la ley, sin el consentimiento o intervención del empleado.(...)"

La Corte Constitucional en Sentencia C - 55 de 1999, expresó: "(...). 3. El estatuto del trabajo y el régimen de la función pública. Para efectos de resolver los interrogantes que plantea la demanda la Corte hará en primer lugar, un análisis sistemático de los distintos preceptos constitucionales que se relacionan con el tema y luego recurrirá a los antecedentes constitucionales del artículo 53 para determinar cuál era el propósito o finalidad buscado por el constituyente.

En este precepto superior se ordena al legislador expedir el denominado "estatuto del trabajo", en los siguientes términos:

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

De otra parte, en el artículo 150-23 ibidem, se le confieren facultades al legislador para "dictar las leyes que han de regir el ejercicio de las funciones públicas". En los artículos 122 y ss se regula la función pública, y en el artículo 150-19-e-f se establece que corresponde a la ley dictar las normas generales a las que ha de sujetarse el Gobierno para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos y las prestaciones mínimas de los trabajadores oficiales.



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

Departamento Administrativo
Servicio Civil

Igualmente, es importante destacar que el constituyente al consagrar algunos derechos de carácter laboral y regular directamente varios aspectos de la función pública, diferenció las relaciones de trabajo de los servidores del Estado frente a las de los trabajadores particulares. Basta citar a manera de ejemplo, la institucionalización de la carrera administrativa para el sector público, la prohibición de huelga en los servicios públicos esenciales, el derecho a la negociación colectiva plena para los trabajadores privados y algunos de los oficiales, la remuneración para el sector público es fijada por decreto del Gobierno y para el sector privado de común acuerdo entre las partes, las funciones para los empleados públicos deben estar contempladas en ley o reglamento, etc. y así podrían citarse muchas otras. (...)"

Con fundamento en lo anterior, resolvemos su consulta, previo resumen de sus interrogantes en los siguientes términos:

PREGUNTA:

Aplica a los servidores públicos, la Ley 1280 de 2009, cuando expresamente consagra "(...) cualquiera que sea su modalidad de contratación o de vinculación laboral ?.

Resulta inaplicable la citada ley, en las entidades públicas y en consecuencia, se continúa aplicando el Decreto 1950 de 1973 ?.

RESPUESTA:

En primer lugar es importante precisar que los empleados públicos se vinculan a la administración pública, a través de una relación legal y reglamentaria y el acto que la traduce es el nombramiento y la posesión, siendo así que el régimen del servicio de éstos funcionarios, esta previamente determinado en la ley, y no es dable la aplicabilidad de otras disposiciones o estatutos de los cuales no son destinatarios, como sería en el caso del Código Sustantivo Laboral, que de manera expresa en su artículo 3º dispone que las relaciones de derecho individual del trabajo aplica solamente a los trabajadores particulares.

De otra parte, respecto de la obligatoriedad y aplicabilidad de las normas, la Corte Constitucional en Sentencia C-600 del año 1998, manifestó que ésta obliga a sus **destinatarios**, y es deber de las autoridades públicas, en su ámbito de competencia hacerlas efectivas.

Ahora bien, al tenor de lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 1280 de 2009, al preverse la adición de un numeral al artículo 57 del C.S.T., se establece **una nueva obligación especial para los empleadores privados**, como es la de conceder al trabajador una licencia remunerada por luto de cinco (5) días hábiles, cuando acontece el fallecimiento de su cónyuge, compañero o compañera permanente o de un familiar hasta el grado segundo de consanguinidad, primero de afinidad y primero civil, independientemente de la modalidad de contratación o vinculación que se haya pactado, ya sea por su forma (contrato verbal o escrito), o por su duración (contrato a término fijo, indefinido u ocasional, etc); modalidades de contratación laboral que están expresamente reguladas en la parte individual del Código Sustantivo del Trabajo.

Por lo anterior, y en los términos del contenido del texto de la Ley 1280 de 2009, no es viable jurídicamente la extensión de la referida norma, a los empleados públicos; en consecuencia, para efectos del otorgamiento de permisos cuando medie **justa causa**, se aplicará en lo pertinente el artículo 74 del Decreto 1950 de 1973, en el entendido de que la justa causa, en los términos de la ley y la doctrina no se circunscribe solamente a las calamidades domésticas, sino a toda circunstancia que amerite la ausencia del empleado que le impida física o moralmente asistir al trabajo.

El presente concepto se emite en los términos del artículo 25 del Decreto 01 de 1984. (C. C. A.).

Atentamente,


ALBA LUCIA BASTIDAS MEZA
Jefe Oficina Asesora Jurídica.

Elaboró: MIGUEL ANTONIO CHIA RODRIGUEZ 