

MEMORANDO

RADICACIÓN CORRESPONDENCIA DE SALIDA	
Año:	2020
FECHA:	26/10/2020
No. Radicado:	I-2020-73637

PARA: **EDDER HARVEY RODRIGUEZ LAITON**
Director de Talento Humano

LUZ MARIBEL PÁEZ MENDIETA
Directora de la Evaluación de la Educación

DE: **FERNANDO AUGUSTO MEDINA GUTIERREZ**
Jefe Oficina Asesora Jurídica

ASUNTO: Respuesta a consulta Radicado- I-2020-67728 del 30/09/2020. Evaluación de desempeño de docentes y directivos con permiso sindical .

FECHA: 26 de octubre de 2020

Respetados directores:

De conformidad con su consulta del asunto, elevada mediante el radicado de la referencia, la Oficina Asesora Jurídica procederá a emitir concepto, de acuerdo con sus funciones establecidas los literales A y B¹ del artículo 8 del Decreto Distrital 330 de 2008, y en los términos del artículo 28 del CPACA, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015, según el cual, por regla general, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución.

1. Consulta jurídica.

Previamente le precisamos que, esta Oficina Asesora Jurídica (OAJ) no resuelve casos concretos, por ende, no define derechos, no asigna obligaciones y tampoco establece responsabilidades; sino que emite conceptos jurídicos, entendidos como respuestas a consultas claras, concretas y precisas en forma de pregunta sobre un punto materia de cuestionamiento, duda o desacuerdo que ofrezca la interpretación, alcance y/o aplicación de una norma jurídica o la resolución de una situación fáctica genérica relacionado con el sector educativo.

Bajo ese entendido, su consulta ha sido sintetizada así:

La Secretaría de Educación, en aras de garantizar el ejercicio de los derechos de libre asociación y de asociación sindical (artículos 38 y 39 de la Constitución Política de Colombia) mediante actos administrativos ha venido concediendo a algunos docentes y directivos docentes, permiso sindical conforme lo señalado en el artículo 58 del Decreto 1278 de 2002, sin embargo, frente al tema de la evaluación de desempeño de estos docentes se han generado algunas dudas, por lo que, la Dirección de Talento Humano solicitó concepto a la Comisión Nacional de Servicio Civil – CNSC, quien concluyó que si la separación temporal de empleo se presenta por un termino igual o mayor al periodo evaluable no es procedente adelantar la evaluación.

Frente lo anterior formula los siguientes interrogantes:

¹ "Artículo 8º Oficina Asesora de Jurídica. Son funciones de la Oficina Asesora de Jurídica las siguientes:

A. Asesorar y apoyar en materia jurídica al Despacho del Secretario y demás dependencias de la SED.

B. Conceptuar sobre los asuntos de carácter jurídico que le sean consultados por las dependencias de la SED y apoyarlas en la resolución de recursos."

“En el año 2017 la Dirección de Talento Humano solicitó concepto a la Comisión Nacional de Servicio Civil – CNSC, requiriendo su orientación con respecto a la competencia o no de evaluar a los docentes en desempeño laboral que se encuentran en permiso sindical. (Ver Anexo No. 01)

Teniendo en cuenta lo anterior, agradecemos la revisión de dicho concepto y su validez para el proceso de evaluación docente vigencia 2020, así como conceptuar sobre la evaluación de docentes que se encuentran en dicha situación administrativa.”

Es preciso señalar, que esta oficina no tiene competencia para revisar los conceptos que en materia de evaluación de desempeño profiera la Comisión Nacional de Servicio Civil – CNSC toda vez que, de conformidad con lo señalado en el artículo 130 de la Constitución Política, la Ley 909 de 2004 y las sentencias C-1230 de 2005 y C-175 de 2006, dicha entidad tiene a su cargo el ejercicio de funciones como máximo organismo en la administración y vigilancia del sistema general de carrera y de los sistemas especiales y específicos de carrera administrativa de orden legal, dentro de los cuales se encuentra la carrera especial docente.

Sin embargo, a continuación, daremos unas orientaciones jurídicas generales respecto a las normas que regulan el tema consultado, las cuales usted como interesado podrá aplicar, de acuerdo con las circunstancias de modo, tiempo y lugar de su caso concreto.

2. Marco jurídico.

- 2.1. Constitución Política de Colombia de 1991
- 2.2. Decreto Nacional 1072 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo.
- 2.3. Convenio 151 de 1978 de la OIT. Aprobado y ratificado por la Ley 411 de 1997
- 2.4. Circular Conjunta No 100-001 del 06 de febrero de 2019
- 2.4. Decreto 1278 de 19 de junio de 2002
- 2.5. Decreto 1075 de 2015²

3. Marco jurisprudencial

- 3.1. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 17 de febrero de 1994, expediente 3480 y Sentencia del 26 de febrero de 1998, Expediente: 14984.
- 3.2. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia 14984 del 26/02/1998
- 3.3. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 19 de febrero de 2015, M.P.: María Elizabeth García González. Radicación: 25000-23-41-000-2013-01801-01
- 3.4. Corte Constitucional, sentencia T-063 del tres (3) de febrero de dos mil catorce (2014) M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

4. Análisis jurídico.

Para responder las consultas se analizarán los siguientes temas: i) Evaluación anual de desempeño laboral de los servidores públicos docentes y directivos ii) Comisión o permiso sindical, iii). Evaluación anual de desempeño de docentes con permiso sindical iv) Conclusiones.

4.1 Evaluación anual de desempeño laboral de los servidores públicos docentes y directivos

² Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Educación.

La evaluación anual de desempeño de los docentes y directivos docentes se define en el artículo 32 del Decreto 1278 de 2002, así:

Artículo 32. Evaluación de desempeño. *Entiéndese por evaluación de desempeño la ponderación del grado de cumplimiento de las funciones y responsabilidades inherentes al cargo que desempeña el docente o directivo y al logro de los resultados.*

Será realizada al terminar cada año escolar a los docentes o directivos que hayan servido en el establecimiento por un término superior a tres (3) meses durante el respectivo año académico. El responsable es el rector o director de la institución y el superior jerárquico para el caso de los rectores o directores.

Parágrafo. *El Gobierno Nacional reglamentará la evaluación de desempeño, los aspectos de la misma, y la valoración porcentual de cada uno de los instrumentos y de los evaluadores, de acuerdo con los artículos siguientes.*

Mediante Decreto Nacional 3782 de 2007, compilado en el Decreto 1075 de 2011, el Gobierno Nacional reglamentó la evaluación anual de desempeño laboral de los servidores públicos docentes y directivos docentes que se rigen por el Decreto-ley 1278 de 2002.

El Consejo de Estado, en la sentencia proferida el 25 de febrero de 2010 dentro del expediente 11001-03-25-000-2008-00007-00, ratificó la evaluación anual de desempeño laboral de los docentes y directivos reglamentada por el **Decreto 3782 de 2007**.

Así mismo, el Consejo de Estado resolvió decretar la nulidad de las expresiones "primera valoración", "segunda valoración", "dos valoraciones" y "una vez exista vacante" contenidas en el Decreto mencionado.

Lo anterior implica que, en la evaluación anual de desempeño laboral, el evaluador sólo emitirá una única calificación al finalizar el año escolar, siempre que el evaluado haya ejercido el cargo en el establecimiento educativo mínimo durante tres meses continuos o discontinuos.

La evaluación de desempeño es un proceso que permite obtener información sobre los resultados de los educadores, en el ejercicio de sus responsabilidades en los Establecimientos Educativos en los que laboran. Se basa en el análisis del desempeño de los docentes y directivos docentes, frente a un conjunto de indicadores establecidos previamente.

Esta evaluación se caracteriza por ser un proceso continuo, sistemático, basado en evidencias y orientado al mejoramiento.

Conforme a lo previsto en el artículo **2.4.1.5.1.5** Decreto 1075 de 2011 - Único Reglamentario del Sector Educación, son objeto de esta evaluación los docentes y directivos docentes, sujetos al Estatuto de profesionalización Docente establecido mediante el Decreto-ley 1278 de 2002 que hayan superado la evaluación de periodo de prueba y laborado en el establecimiento educativo, en forma continua o discontinua, un término igual o superior a tres (3) meses.

En tal sentido, es necesario precisar que solo es posible que un docente sea evaluado, siempre que se cumpla el presupuesto anterior, y en el evento que no alcance a cumplir con el término establecido, no podrá ser objeto de evaluación.

El evaluador sólo emitirá una única calificación **al finalizar el año escolar**, siempre que el evaluado haya ejercido el cargo en el establecimiento educativo como se anotó mínimo durante tres meses continuos o discontinuos.

La evaluación de desempeño se caracteriza por ser un proceso:

- Continuo: porque se realiza durante todo el año escolar, para propiciar la reflexión permanente sobre los logros y los resultados de los educadores.
- Sistemático: porque requiere de planeación y organización para obtener información confiable y representativa del desempeño de los educadores.
- Basado en la evidencia: puesto que se sustenta en pruebas y demostraciones concretas que garanticen objetividad.
- Orientado al mejoramiento: este proceso debe culminar cada año con la formulación concertada entre evaluadores y evaluados, de un Plan de Desarrollo Personal y Profesional, que apoye el desarrollo individual de las competencias de los docentes, coordinadores, rectores y directores rurales del país.

De otra parte, es importante señalar que cuando la evaluación no se produce por causa atribuible al evaluador, toda vez que las normas que reglamentan el proceso de evaluación anual del desempeño laboral para docentes y directivos docentes regidos por el Decreto Ley 1278 de 2002, no regulan tal situación, se debe aplicar de manera supletoria las disposiciones contenidas en el artículo 33 del Decreto Ley 760 de 2005, que a su tenor establece:

“Si dentro de los cinco (5) días siguientes a la solicitud el empleado o empleados responsables de evaluar no lo hicieron, la evaluación parcial o semestral o la calificación definitiva se entenderá satisfactoria en el puntaje mínimo. La no calificación dará lugar a investigación disciplinaria”

Por lo anterior, se concluye que, sí el docente no es evaluado por causa atribuible al evaluador, se entenderá que superó su evaluación en el porcentaje mínimo satisfactorio.

4.2 Permiso sindical para docentes o directivos docentes

En Colombia el permiso sindical se fundamenta y hace parte de las garantías de los derechos de asociación y de asociación sindical previstos en los artículos 38 y 39 de la Constitución Política. Los convenios internacionales, 151 de 1978 y 154 de 1981, relativos a las relaciones de trabajo en la administración pública y al fomento de la negociación colectiva han sido ratificados a través de las Leyes 411 y 524 de 1997 y 1999, en cumplimiento de lo ordenado por el artículo 53 superior.

El artículo 6 del Convenio 151 de la OIT³ establece expresamente el deber del Estado de conceder facilidades para el ejercicio de los derechos sindicales a los directivos de estas organizaciones durante sus horas de trabajo o fuera de ellas, siempre que ello no perjudique el funcionamiento de la administración.

“Artículo 6º.-

1. Deberán concederse a los representantes de las organizaciones reconocidas de empleados públicos facilidades apropiadas para permitirles el desempeño rápido y eficaz de sus funciones durante sus horas de trabajo o fuera de ellas.

³ Aprobado por la Ley 411 de 1997 y depositado ante la OIT el 08/12/2000. La constitucionalidad de este convenio y de su ley aprobatoria fue declarada por la Corte Constitucional en Sentencia C-377 de 1998, bajo la perspectiva de que la incorporación del Convenio a la legislación nacional armoniza con la protección constitucional que se otorga al derecho de asociación sindical de los empleados públicos, en los términos en que lo establezca la ley.

2. La concesión de tales facilidades no deberá perjudicar el funcionamiento eficaz de la administración o servicio interesado.

3. La naturaleza y el alcance de estas facilidades se determinarán de acuerdo con los métodos mencionados en el artículo 7º del presente Convenio o por cualquier otro medio apropiado”.
(Negritas y subrayado nuestros)

Así mismo, el artículo 7º ibídem señala que deben “adoptarse, de ser necesario, medidas adecuadas a las condiciones nacionales para estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados públicos acerca de las condiciones de empleo, o de cualesquiera otros métodos que permitan a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de dichas condiciones”.

El artículo 58 del Decreto 1278 de 2002, con relación al permiso sindical de docentes y directivos docentes señaló:

“Artículo 58. Permisos sindicales. Los docentes y directivos docentes estatales que formen parte de las directivas sindicales tendrán derecho a los permisos sindicales de acuerdo con la ley y los reglamentos al respecto”

El permiso sindical, incluido en el artículo 13 de Ley 584 de 2000 por la cual modifican algunas disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo, reglamentado por el Decreto 2813 de 2000 compilado en el Capítulo 5 del Título 2 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1072 de 2015, Único Reglamentario del Sector Trabajo y las normas que lo modifiquen, sustituyan o adicionen:

“ARTÍCULO 2.2.5.5.18 Permiso sindical. El empleado puede solicitar los permisos sindicales remunerados necesarios para el cumplimiento de su gestión, en los términos establecidos en el Capítulo 5 del Título 2 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1072 de 2015, Único Reglamentario del Sector Trabajo y las normas que lo modifiquen, sustituyan o adicionen.

Durante el período de permiso sindical, el empleado público mantendrá los derechos salariales y prestacionales, así como los derivados de la carrera en cuyo registro se encuentre inscrito.”

(...)

En cuanto al permiso sindical, la Ley 584 de 2000 establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 13. Créese un artículo nuevo en el Código Sustantivo del Trabajo, el cual quedará así:

ARTÍCULO 416-A. Las organizaciones sindicales de los servidores públicos tienen derecho a que las entidades públicas les concedan permisos sindicales para que, quienes sean designados por ellas, puedan atender las responsabilidades que se desprenden del derecho fundamental de asociación y libertad sindical. El Gobierno Nacional reglamentará la materia, en concertación con los representantes de las centrales sindicales.”

Por su parte, el Decreto 1072 de 2015, por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo, establece:

“ARTÍCULO 2.2.2.4.14. Garantías durante la negociación. En los términos del artículo 39 de la Constitución Política, la Ley 584 de 2000 y del libro 2, título 2, capítulo 5 del presente Decreto, los empleados públicos a quienes se les aplica el presente capítulo, durante el término de la negociación, gozan de las garantías de fuero sindical y permiso sindical, de conformidad con las disposiciones legales vigentes sobre la materia.”

(...)

“ARTÍCULO 2.2.2.5.1. PERMISOS SINDICALES PARA LOS REPRESENTANTES SINDICALES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS. 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.

ARTÍCULO 2.2.2.5.2. BENEFICIARIOS DE LOS PERMISOS SINDICALES. Las organizaciones sindicales de servidores públicos son titulares de la garantía del permiso sindical, del cual podrán gozar 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.

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 el 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.

ARTÍCULO 2.2.2.5.4. EFECTOS DE LOS PERMISOS SINDICALES. Durante el período de permiso sindical, el empleado público mantendrá los derechos salariales y prestacionales, así como los derivados de la carrera en cuyo registro se encuentre inscrito”. (Destacado nuestro)

Igualmente, sobre el otorgamiento de permisos sindicales en Circular Conjunta No. 100-001-2019 expedida por el Ministerio de Trabajo y el Departamento Administrativo de la Función Pública, se establece:

“Para el otorgamiento de los permisos sindicales en el sector público, se deberán tener en cuenta los siguientes lineamientos¹:

1. Deben enmarcarse en los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad.
2. Se conceden mediante acto administrativo suscrito por el jefe del organismo o por quien este delegue, previa solicitud de las organizaciones sindicales.
3. Las organizaciones sindicales deben solicitar el permiso por el tiempo estrictamente necesario para adelantar las gestiones que se requieran en la mesa de negociación.
4. Se otorgan a quienes sean designados por la organización sindical para atender las responsabilidades propias de la negociación colectiva.
5. Las entidades públicas deben atender oportunamente las solicitudes que eleven las organizaciones sindicales.
6. Durante el permiso sindical el empleado mantiene sus derechos salariales y prestacionales.

Finalmente, y en razón a que el permiso sindical conlleva una separación temporal del servidor de las funciones del cargo que desempeña, la administración, cuando lo encuentre indispensable, podrá asignar las funciones de manera transitoria a otro servidor público o revisar las cargas laborales.”

De la citada normatividad se concluye que, los permisos sindicales son aquellos que se conceden, en el caso que nos ocupa, a empleados públicos, 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, con el propósito de cumplan con la gestión encomendada dentro de la organización. Igualmente, debe otorgarse permiso a los demás empleados afiliados a la organización sindical para asistir a las asambleas generales ordinarias o extraordinarias, realizadas en horas hábiles, siempre y cuando no se altere de forma grave el normal desarrollo de las actividades que se desarrolla la entidad pública. Tales permisos hacen parte de la garantía prescritas en los artículos 38 y 39 de la Constitución Política, que corresponde al Derecho de Asociación y Derecho de Asociación Sindical.

Respecto del otorgamiento de permisos sindicales para docentes y directivos docentes, corresponde a los gobernadores y alcaldes de las entidades territoriales certificadas en educación conceder los permisos sindicales remunerados a los miembros de la junta directiva de la organización sindical con sujeción a los criterios establecidos por el Ministerio de la Protección Social y el Decreto 2813 de 2000 compilado en Decreto 1072 de 2015 y las orientaciones brindadas por el Ministerio de Educación Nacional y el Ministerio de Trabajo, mediante la Circular Externa Conjunta No 31 de 2011, en virtud del cual se establece que:

4. Los permisos sindicales serán otorgados mediante acto administrativo, anualmente, por el gobernador o alcalde o por el funcionario que éste delegue para tal efecto, previa solicitud de la organización sindical, atendiendo los criterios estipulados en el artículo 3o del Decreto 2813 de 2000, y no podrán exceder el período estatutario pero serán renovables dentro de éste. En este acto se indicará la fecha de iniciación y culminación de cada permiso.

(...)

6. A los nominadores les corresponde adoptar medidas alternativas y efectivas para garantizar la adecuada prestación del servicio educativo.”

Así mismo, mediante la circular 09 del 03 de febrero de 2016 el Ministerio de Educación Nacional realiza las siguientes precisiones frente al tema de permisos sindicales:

1. Los representantes sindicales de los servidores públicas tienen derecho a que las entidades públicas del orden nacional, departamental, distrital y municipal, les concedan los permisos sindicales remunerados necesarios para que puedan atender las responsabilidades que se desprenden del derecho fundamental de asociación y libertad sindical, de conformidad con lo establecido en el artículo 2.2.2.5.1 del Decreto 1072 de 2015.

2. Corresponde al nominador o al funcionario que este delegue para tal efecto, reconocer mediante acto administrativo los permisos sindicales, previa solicitud del representante legal o el secretario general de la respectiva organización 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, de conformidad con lo establecido en el artículo 2.2.2.5.3 del Decreto 1072 de 2015.

3. Constituye una obligación de las entidades territoriales certificadas atender oportunamente las solicitudes que sobre permisos sindicales eleven las organizaciones sindicales de los servidores públicos del sector educativo.

4. Durante el permiso sindical, el empleado público mantendrá los derechos salariales y prestacionales, así como los derivados de la carrera en cuyo registro se encuentre inscrito, de conformidad con el artículo 2.2.2.5.4 del Decreto 1072 de 2015).

5. Los permisos sindicales serán otorgados mediante acto administrativo, por el gobernador o alcalde, o por el funcionario que este delegue para tal efecto, tal y como lo establece la Circular conjunta 31 de 2011 del Ministerio de la Protección Social (Hoy Ministerio del Trabajo) y del Ministerio de Educación Nacional.

6. Por otra parte, es preciso recalcar que el otorgamiento de permisos sindicales se puede limitar cuando los mismos afecten el adecuado funcionamiento de la entidad a la que pertenece el directivo sindical. No es posible conceder permisos sindicales de carácter permanente, pues el otorgamiento de los mismos atentaría contra el principio de prevalencia del interés general señalado también en la Carta Política colombiana, en la medida en que no se podría garantizar la adecuada prestación del servicio educativo, ni el cumplimiento de las demás funciones administrativas que en encomendadas a las entidades territoriales certificadas, desconociendo con ello el artículo 209 Superior.

Por su parte, la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio de Educación Nacional ha conceptuado al respecto, indicando la línea argumentativa decantada que ofrece un contexto de interpretación jurisprudencial y normativa para que el consultante de aplicación de acuerdo con el caso particular. Por lo tanto, se acudirá a lo dicho mediante el concepto 2019-EE- 053417 del 29 de abril de 2019, mediante el cual se indicó:

“4.2. Reglas legales y subreglas jurisprudenciales de los permisos sindicales.

4.2.1. Reglas legales.

Las reglas legales de los permisos sindicales para docentes y directivos docentes están contenidas en el Decreto Nacional 2813 de 2000, el cual fue derogado y compilado por el Decreto Nacional 1072 de 2015, la Circular Conjunta 98 del 26/12/2007 del Ministerio de la Protección Social (MPS) y el Ministerio de Educación Nacional (MEN) y la Circular Externa Conjunta 31 de 2011 del Ministerio de Trabajo y el MEN, las cuales podemos resumir así:

a. La solicitud del permiso sindical deberá ser presentada por el representante legal o secretario general de la organización sindical ante el gobernador o el alcalde de la entidad territorial certificada en educación, según sea el caso.

b. La solicitud deberá contener la identificación de cada uno de los beneficiarios, la finalidad general del permiso, la duración del mismo y su distribución.

c. Los gobernadores y alcaldes de las entidades territoriales certificadas en educación, concederán los permisos sindicales remunerados^[1] a los miembros de la junta directiva de la organización sindical para atender las responsabilidades propias del ejercicio del derecho de asociación sindical, con sujeción a los criterios establecidos por el Ministerio de Trabajo y el Decreto Nacional 1072 de 2015.

d. Los permisos sindicales serán otorgados mediante acto administrativo, anualmente, por el gobernador o alcalde o por el funcionario que éste delegue para tal efecto, previa solicitud de la organización sindical, atendiendo los criterios estipulados en el artículo 2.2.2.5.3. del Decreto Nacional 1072 de 2015. En este acto se indicará la fecha de iniciación y culminación de cada permiso.

e. Cuando la solicitud no cumpla con los requisitos exigidos en el Decreto Nacional 1072 de 2015, se devolverá inmediatamente a la organización sindical indicando la información que debe

ser complementada. Una vez realizados los ajustes solicitados, se procederá a otorgar el correspondiente permiso, sin exceder de cinco (5) días para resolver la solicitud

f. A los nominadores les corresponde adoptar medidas alternativas y efectivas para garantizar la adecuada prestación del servicio educativo.

4.2.2. Subreglas jurisprudenciales.

La Corte Constitucional como el Consejo de Estado en su nutrida jurisprudencia sobre los permisos sindicales han establecido las siguientes subreglas jurisprudenciales al respecto:

a. El derecho a los permisos sindicales no es absoluto ni puede solicitarse por parte de los sindicatos de empleados públicos de manera irrazonable o para liberar a sus titulares del cumplimiento total de las funciones propias del cargo ^[2] .

b. Los permisos sindicales no pueden ser indefinidos al punto de implicar para su titular una liberación indeterminada de las funciones a su cargo, sino que deben ser temporales y estar ligados a actividades sindicales concretas.

c. El uso de los permisos sindicales por parte de sus titulares debe solicitarse a la luz de los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de la actividad sindical ^[3]^[4].

d. Si bien la Administración no está obligada a conceder todos los permisos sindicales que se le solicitan, en tanto que éstos deben seguir un criterio de necesidad y de relación con la actividad sindical ^[5], sí debe proceder con base en principios pro libertate y pro operario, a más de motivar y justificar su decisión, en especial sobre las razones de mayor peso en que se apoyaría para negarlos ^[6]. Tales razones son: (i) la falta de razonabilidad de la solicitud, (ii) el hecho de que la misma no tenga relación con la actividad sindical o (iii) la grave afectación de la función administrativa. En todo caso, en este último evento, estará a cargo de la Administración buscar y agotar mecanismos alternativos de contingencia que le permitan solventar la posible afectación de la función administrativa y facilitar en el mayor grado posible la concesión de los permisos

e. La carga argumentativa y probatoria en la negativa de los permisos sindicales está a cargo de la Administración y la respectiva decisión tiene control judicial ^[7].

f. En cuanto a si los permisos sindicales pueden comprender jornadas laborales enteras que se extiendan por varios días o semanas, la jurisprudencia ^[8] ha considerado que ello dependerá en cada caso de los criterios de necesidad, afectación del servicio y razonabilidad.

g. Pueden existir actividades que por su naturaleza se extienden más allá de la jornada laboral diaria, tales como preparación de actividades, interacción con otras organizaciones sindicales, capacitaciones, seminarios, reuniones extraordinarias, cursos de formación sindical, etc.

h. Los permisos sindicales no sólo hacen referencia al tiempo necesario para la organización sindical (asistencia a asambleas y juntas), sino que “pueden ser reconocidos para otros efectos como la asistencia a cursos de formación, seminarios, congresos, conferencias sindicales, etc.” y en general para el desarrollo de la actividad sindical, entendida ésta en sentido amplio (formación, divulgación, capacitación, interacción con otras organizaciones sindicales, negociación colectiva, etc.)”

Así mismo, la Corte Constitucional al analizar los permisos sindicales en sentencia T-063 de 2014⁴ señaló:

⁴ Corte Constitucional, sentencia T-063 del tres (3) de febrero de dos mil catorce (2014) **M.P. Jorge Iván Palacio Palacio**

“4.5. La Corte Constitucional, en reiterada jurisprudencia, se ha pronunciado sobre el derecho de asociación sindical y los permisos sindicales como garantía para su ejecución. Este derecho fundamental ha sido definido como “la facultad con la que cuentan tanto trabajadores como empleadores para conformar sindicatos o asociaciones de manera libre y voluntaria, es decir, sin intervención del Estado, teniendo por finalidad la efectiva realización de valores fundamentales de la sociedad, tales como el trabajo, la justicia social, la paz, la libertad y la convivencia”¹⁴. Adicionalmente, ha señalado la Corte que el derecho de asociación consiste “en la libre voluntad que tienen todos los trabajadores para constituir organizaciones permanentes que los identifiquen y los una en una sola causa, para la defensa de los intereses comunes que demande la respectiva profesión u oficio a la cual se dediquen, sin autorización previa, y ajena a toda intromisión del Estado o intervención de sus empleadores”¹⁵.

4.5.1. La eficacia del referido derecho no se limita al simple reconocimiento, por parte del Estado, de la existencia de la organización sindical. Para el pleno y efectivo funcionamiento de esta última no basta con la inscripción el acta de constitución del sindicato, sino que surge la necesidad de dotar al ente sindical y específicamente a sus directivas de las garantías que hagan viable su gestión. Dentro de lo que el artículo 39 de la Constitución Política denomina “garantías necesarias para el cumplimiento de la gestión de los representantes sindicales”, se encuentran los llamados permisos sindicales, considerados por esta corporación como uno de los instrumentos que permite la ejecución y el desarrollo del derecho de asociación sindical¹⁶

Lo anterior está ligado a la obligación del empleador de permitir a sus trabajadores sindicalizados, en especial a aquellos que hacen parte de las directivas de la organización o fungen como representantes, desarrollar sus labores otorgando los permisos solicitados con el fin de hacer posible el verdadero ejercicio de la actividad sindical, siempre y cuando los mismos sean concedidos dentro de los límites razonables, sean proporcionales y consulten a un criterio de necesidad; es decir, que solo puedan ser solicitados cuando se requieran con ocasión de las actividades sindicales que ameriten el reconocimiento, a los representantes de la organización sindical, del tiempo necesario para que adelanten las gestiones tendientes al funcionamiento del sindicato¹⁷.”

Por otra parte, la Sección Segunda del Consejo de Estado ha precisado que los permisos sindicales deben ser transitorios y no permanentes, y siempre relacionados directamente con la función sindical⁵

Finalmente, esta Sala ha anotado que el derecho a los permisos sindicales no es absoluto ni puede solicitarse por parte de los sindicatos de empleados públicos de manera irrazonable o para liberar a sus titulares del cumplimiento total de las funciones propias del cargo. Por una parte, porque la solicitud y concesión de estos permisos se derivan del ejercicio de los derechos de asociación sindical y negociación colectiva, de manera que su utilización debe estar relacionada y justificada en una actividad inherente a tales derechos; y porque, por otro lado, los empleados públicos cumplen funciones administrativas que por esencia revisten interés general y están sujetas por mandato constitucional a un principio de continuidad

4.3 Evaluación anual de desempeño de docentes con permiso sindical

Tal y como quedó establecido en el capítulo anterior, la evaluación del desempeño laboral para docentes y directivos docentes procede siempre y cuando el educador haya laborado tres (3) meses continuos o discontinuos en el respectivo año académico y teniendo claro que el permiso sindical no es

⁵ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 17 de febrero de 1994, expediente 3480 y Sentencia del 26 de febrero de 1998, Expediente: 14984.

permanente, el docente o directivo docente que se encuentre en tal situación administrativa debe ser evaluado.

Precisamente, respecto a sí en curso del periodo de evaluación, el docente o directivo docente se separa temporalmente del ejercicio de sus funciones en razón a la presentación de alguna de las situaciones administrativas reguladas por el literal b) del artículo 50 del Decreto Ley 1278 de 20023, deberá ser objeto de evaluación, la Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC, ha venido señalando:

“... es necesario precisar dos escenarios:

- a. La separación temporal del empleo se presenta por un término igual o mayor al periodo evaluable. En este escenario, considera el Despacho, que no es procedente adelantar evaluación al docente o directivo docente, toda vez que la separación temporal del empleo, no le permitirá dar cumplimiento a los compromisos o contribuciones concertadas en el inicio del año académico.*
- b. La separación temporal del empleo se presenta por un término inferior al periodo evaluable. Frente a este escenario, el Despacho considera que el docente o directivo docente debe ser evaluado, siempre que en el respectivo año académico haya laborado tres (3) meses continuos o discontinuos en la Institución Educativa para la cual labora, cumpliendo de tal forma los compromisos y responsabilidades del empleo así como los presupuestos establecidos en la norma”*

El Consejo de Estado, Sección Segunda se refirió a la destinación del servidor sindicalizado que ejerce un mandato de representación gremial, enfatizando en que principalmente deberá prestarse al desempeño laboral de las funciones propias del empleo y sólo eventualmente podrá separarse temporalmente de dicha obligación mientras dure el permiso sindical concedido por el nominador. En igual sentido la sentencia - expediente 3840 de 1994, M.P, Carlos Arturo Orejuela, se pronunció en los siguientes términos:

"El otorgamiento de permiso sindical especialmente los transitorios o temporales, no quebrantan el principio constitucional según el cual no habrá en Colombia un empleo que no tenga funciones detalladas en la 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 ejercer en forma cabal su calidad de líder o directivo sindical. Lo uno no es incompatible con lo otro".

Adicionalmente, la Comisión Nacional del Servicio Civil como órgano oficial de rango constitucional garante de la protección del sistema de mérito en el empleo público y responsable de la administración y vigilancia de los sistemas de carrera, en reiteradas oportunidades como en el referido concepto mencionado en la consulta, se ha pronunciado sobre la evaluación del desempeño de un servidor público de carrera en permiso sindical, frente a la obligatoriedad de la evaluación del desempeño, aun cuando el servidor público con derechos de carrera es representante sindical y beneficiario de permiso sindical. En documento 02-2015 E 1774 se pronunció señalando:

"... la interpretación más apropiada debe conducir a que el empleado con permiso sindical debe ser evaluado pues estos permisos no pueden ser de tiempo completo aun cuando sean permanentes, en razón a que primero que miembro del sindicato se ostenta la condición de empleado y en aplicación del principio constitucional del artículo 6 todos los servidores públicos son responsables por la omisión en el cumplimiento de sus funciones, en este sentido lo más razonable es que los empleados con permiso sindical establezcan sus contribuciones y metas individuales en proporción al tiempo laborado teniendo en cuenta que no obstante la posibilidad

de contribuir con su actividad sindical al logro de las metas institucionales, estas contribuciones no deberían estar sujetas a una apreciación o valoración por parte del empleador pues podría constituirse en una limitación de este derecho".

En ese mismo sentido, la Corte Constitucional se ha pronunciado en Sentencia T-502 de 1998 la Corte Constitucional reza:

"En esta ocasión la Sala consideró que "los servidores públicos que son a su vez representantes sindicales, no están exonerados de cumplir las funciones para las que fueron designados" en la medida en que "el ejercicio de este encargo no puede afectar el funcionamiento eficaz y eficiente de la administración, como lo exige el artículo 209 de la Constitución. Sin embargo, el hecho mismo de la representación sindical, hace necesario que, en ejercicio de ésta, ciertos deberes que se imponen a los servidores públicos, no puedan cumplirse forma absoluta"

Así mismo, en Sentencia T-063/14 indicó:

'... Parte de la efectividad de este derecho se encuentra en las facilidades que deben ser otorgadas por los Estados a los representantes de los sindicatos y así fue reconocido por la OIT en el Convenio 151 de 1978, sobre las relaciones de trabajo en la administración pública. Para su adopción, la Conferencia General reconoció la expansión de los servicios que son prestados por los empleados de la administración pública y la necesidad de una sana relación entre las autoridades y dichos trabajadores. Con base en ello determinó que para el desempeño rápido y eficaz de las funciones de los representantes de las organizaciones sindicales deben ser otorgadas las facilidades apropiadas, siempre y cuando no se vea perjudicado el normal funcionamiento de la administración o del servicio prestado".

En este orden de ideas tal y como lo indica la CNSC y las altas cortes, la autoridad nominadora apoyada en los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, tiene la potestad necesaria para otorgar el permiso sindical bajo condicionamientos particulares que armonicen el ejercicio efectivo del empleo y el cumplimiento de las responsabilidades propias del ejercicio del derecho de asociación sindical, por lo cual, los educadores que se encuentran en el ejercicio de actividad sindical deben ser evaluados bajo los mismos protocolos establecidos por el Ministerio de Educación Nacional para la evaluación anual del desempeño y aprobados por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Conclusiones.

1. En la evaluación anual de desempeño laboral, el evaluador sólo emitirá una única calificación al finalizar el año escolar, siempre que el evaluado haya ejercido el cargo en el establecimiento educativo mínimo durante tres meses continuos o discontinuos.
2. Los directivos sindicales en ejercicio de su función sindical gozan de todos los derechos de carrera, entre los que se encuentra la evaluación del desempeño laboral.
3. No es viable conceder permisos sindicales permanentes a servidores públicos por cuanto, es deber de todos dedicar la totalidad del tiempo al trabajo; y un "permiso permanente" implica que el servidor se desprenda del desarrollo de su labor durante la totalidad de la jornada, razón por la cual, para todos los eventos el permiso sindical debe ser concertado y razonado.

Respuesta a la consulta.

Pregunta: *"En el año 2017 la Dirección de Talento Humano solicitó concepto a la Comisión Nacional de Servicio Civil – CNSC, requiriendo su orientación con respecto a la competencia o no*

de evaluar a los docentes en desempeño laboral que se encuentran en permiso sindical. (Ver Anexo No. 01)

Teniendo en cuenta lo anterior, agradecemos la revisión de dicho concepto y su validez para el proceso de evaluación docente vigencia 2020, así como conceptualizar sobre la evaluación de docentes que se encuentran en dicha situación administrativa.”

Respuesta: Se reitera respetuosamente lo antes manifestado, en el sentido de precisar que esta Oficina no tiene competencia para revisar los conceptos emitidos por la CNSC y menos pronunciarse sobre la validez de su contenido.

Sin embargo, en opinión de esta Oficina los docentes y directivos docentes con permiso sindical deben ser evaluados bajo los mismos protocolos establecidos por el Ministerio de Educación Nacional para esta evaluación y aprobados por la Comisión Nacional del Servicio Civil, siempre y cuando hayan ejercido el cargo en el establecimiento educativo mínimo durante tres meses continuos o discontinuos, de conformidad con la normativa, jurisprudencia y doctrina antes expuestas.

En los anteriores términos damos respuesta a su solicitud.

Finalmente, recuerde que puede consultar los conceptos emitidos por la Oficina Asesora Jurídica en la página web de la Secretaría de Educación del Distrito <http://www.educacionbogota.edu.co>, siguiendo la ruta: *Nuestra entidad / Normatividad / Conceptos Oficina Jurídica/ Conceptos emitidos por la OAJ*

Cordialmente,

Original firmado por
FERNANDO AUGUSTO MEDINA GUTIERREZ
Jefe Oficina Asesora Jurídica.

Revisó: María Camila Cótamo Jaimes. Abogada Oficina Asesora Jurídica
Elaboró: Angela Fernández Marín- Profesional especializado