

Bogotá D.C., 9/11/2017

08SE2017120300000029015

Al responder por favor citar este número de radicado

URGENTE

ASUNTO: Respuesta Radicado No. 11EI201712000000007003
Pago de salarios a Madres Comunitarias durante el Cese de Actividades

Respetado(a) Señor(a)

Hemos recibido la comunicación radicada con el número del asunto, mediante la cual Usted se refiere a una consulta acerca de pago de salarios a Madres Comunitarias durante el Cese de Actividades, para cuyos fines, esta Oficina se permite de manera atenta, atender sus interrogantes, mediante las siguientes consideraciones generales:

Inicialmente, se observa oportuno señalar que de acuerdo con la naturaleza y funciones asignadas en el Decreto 4108 de 2011 a la Oficina Asesora Jurídica de este Ministerio, sus pronunciamientos se emiten en forma general y abstracta debido a que sus funcionarios no están facultados para declarar derechos individuales ni definir controversias.

Con respecto a sus inquietudes cabe manifestar que las Madres Comunitarias, de los Programas del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, tienen derecho al pago de salario y todas las prestaciones sociales que les corresponden en su calidad de trabajadoras vinculadas laboralmente con las entidades administradoras del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar, tales como, Cesantía, Intereses a la Cesantía, Prima de Servicios y al pago de Vacaciones, ésta última no considera como prestación social sino un derecho de la trabajadora a recuperarse a través de un descanso remunerado por haber laborado al servicio de su Empleador y a suministrar la dotación como prestación para aquellas que devenguen hasta dos salarios mínimos legales mensuales vigentes, pues para aquellas cuyo salario es mayor no existe dicha obligación.

El Decreto 289 de 2014, "*Por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 36 la Ley 1607 de 2012 y se dictan otras disposiciones*", estableció en su artículo primero, la calidad jurídica de las Madres Comunitarias, norma que a la letra dice:

"Artículo 1- OBJETO Y CAMPO DE APLICACIÓN. El presente decreto reglamenta la vinculación laboral de las Madres Comunitarias con las entidades administradoras del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar".

Por ello, el Empleador deberá cancelar el salario a la trabajadora, de acuerdo a lo preceptuado por el artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo, que lo establece como una de las obligaciones especiales de Empleador, norma que a la letra dice:

“Artículo 57 OBLIGACIONES ESPECIALES DEL EMPLEADOR. Son obligaciones especiales del empleador:

1.

(...)

*4. **Pagar la remuneración pactada en las condiciones, períodos y lugares convenidos ...”** (lo resaltado fuera de texto)*

Sin embargo, cuando se trata de madres comunitarias afiliadas a las organizaciones sindicales, que en desarrollo de su derecho constitucional de asociación realizaron una asamblea permanente, debido al régimen privado que se les aplica como se observó con antelación, mientras el cese no haya sido declarado ilegal por un Juez de la República, se tiene que es desarrollo del mencionado derecho y por tanto, le asisten todos los derechos como el pago de salarios y prestaciones sociales durante este tiempo.

La Constitución Nacional, como las normas del Código Sustantivo del Trabajo, protegen el derecho de asociación sindical, el mismo que se traduce en la plena libertad del Funcionario de asociarse o no a una organización sindical, lo que no implica que por esta situación deje de recibir bienestar de la Entidad para la cual labore, que es el Derecho que le asiste por ser Funcionario Público, norma constitucional de protección que la letra dice:

“Artículo 38 - Se garantiza el derecho de libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad”.

El Código Sustantivo del Trabajo por su parte, en el artículo 354, señala expresamente cuáles actos se consideran atentatorios contra el derecho de asociarse libremente, norma que a la letra dice:

“Artículo 354- PROTECCION DEL DERECHO DE ASOCIACION

1. En los términos del artículo 292 del Código Penal queda prohibido a toda persona atentar contra el derecho de asociación sindical.

2. Toda persona que atente en cualquier forma contra el derecho de asociación sindical será castigada cada vez con una multa equivalente al monto de cinco (5) a cien (100) veces el salario mínimo mensual más alto vigente, que le será impuesta por el respectivo funcionario administrativo del trabajo. Sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar.

Considéranse como actos atentatorios contra el derecho de asociación sindical, por parte del empleador:

a). Obstruir o dificultar la afiliación de su personal a una organización sindical de las protegidas por la ley, mediante dádivas o promesas, o condicionar a esa circunstancia la obtención o conservación del empleo o el reconocimiento de mejoras o beneficios;

- b) Despedir, suspender o modificar las condiciones de trabajo de los trabajadores en razón de sus actividades encaminadas a la fundación de las organizaciones sindicales;
- c). Negarse a negociar con las organizaciones sindicales que hubieren presentado sus peticiones de acuerdo con los procedimientos legales;
- d). Despedir, suspender o modificar las condiciones de trabajo de su personal sindicalizado, con el objeto de impedir o difundir el ejercicio del derecho de asociación, y
- e). Adoptar medidas de represión contra los trabajadores por haber acusado, testimoniado o intervenido en las investigaciones administrativas tendientes a comprobar la violación de esta norma". (resaltado fuera de texto)

La H. Corte Constitucional, en Sentencia T-619/13, Referencia Expediente T-3912895, Magistrado Ponente Doctor Jorge Ivan Palacio Palacio, con respecto a la libertad de asociación manifestó:

"LIBERTAD DE ASOCIACION SINDICAL Y DERECHO A LA IGUALDAD-No puede existir discriminación del trabajador por estar o no afiliado a un sindicato

*Esta corporación ha considerado como ilegítima e ilegal toda conducta por parte del empleador que se oriente a (i) desalentar a los posibles asociados, sancionarlos o discriminarlos por hacerlo; (ii) acudir a la facultad de terminación del contrato sin justa causa respecto de alguno de los miembros de la organización con el propósito de afectarla; (iii) **adoptar conductas discriminatorias basadas en la circunstancia de estar o no afiliado al sindicato, favoreciendo a los no sindicalizados en contra de los sindicalizados, como cuando se hace uso de "los factores de remuneración o de las prestaciones sociales para golpear a quienes se asocian, para desestimular el crecimiento del sindicato o para presionar los retiros de este", creando diversos planes de beneficios, favoreciendo a los no afiliados al sindicato.**" (resaltado fuera de texto)*

En desarrollo de esta protección constitucional, la H. Corte Suprema de Justicia, ha realizado algunas precisiones al respecto.

En lo que refiere al cese de actividades la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, mediante Radicación N° 59420 de diez (10) de abril de 2013, Magistrado Ponente Doctor Carlos Ernesto Molina Monsalve contempló:

"Desde el punto de vista legal, la huelga en Colombia tiene dos modalidades:

A

- 1) *La huelga declarada en desarrollo de un conflicto colectivo de naturaleza económica. Para este caso, la huelga está definida en el CST Art. 429 como la "suspensión colectiva, temporal y pacífica del trabajo, efectuada por los trabajadores de un establecimiento o empresa con fines económicos y profesionales propuestos a sus patronos y previos los trámites" previstos en la ley. Es la huelga declarada, como consecuencia de que (dentro de un proceso de negociación colectiva) se finaliza la etapa de arreglo directo sin haberse logrado un acuerdo total sobre el conflicto o diferendo colectivo.*

En tal evento el sindicato o los trabajadores pueden optar por el cese de actividades, tal como lo previene el CST Art. 444, subrogado por la L. 50/1990 Art. 61. El cese de actividades declarado en tales circunstancias puede válidamente realizarse cuando se observen, de manera adecuada y estricta, los delineamientos señalados por el legislador para su iniciación y realización. Esto significa que no es absoluta esa facultad que tienen los trabajadores y las organizaciones sindicales que los representan, de presionar a los empleadores mediante la suspensión colectiva del trabajo a fin de lograr el reconocimiento de aspiraciones económicas y sociales, que garantice la justicia de las relaciones obrero patronales.

- 2) *La cesación que se declara por causa del incumplimiento del empleador de sus obligaciones laborales para con sus trabajadores, ya sea por la falta de pago de salarios, prestaciones sociales, aportes a la seguridad social, u otro emolumento o beneficio.*

En relación con este segundo tipo de huelga, es pertinente reiterar que no es cualquier incumplimiento del empleador el que justifica que los trabajadores o el sindicato puedan promover la suspensión colectiva de actividades. Para que esta modalidad de cese se considere legítimo, el empleador ha de adoptar “una conducta manifiestamente contraria a sus obligaciones (...) y que afecte el normal desenvolvimiento de las relaciones con sus trabajadores, acorde con la valoración que haga el juez en concreto como podría ser, a título de ejemplos enunciativos, el no pago de los salarios o de los aportes correspondientes a la Seguridad Social Integral, en cuanto con ello se perjudica la subsistencia vital para el trabajador o su acceso a la salud. Pero en cualquier caso habrá que estarse a las situaciones concretas que se presenten para analizar las posiciones de las partes y deducir de ahí si el incumplimiento empresarial posibilita la cesación colectiva de labores por parte de los trabajadores” (CSJ Laboral, 3 de junio 2009, Rad. 40428). Lo que quiere decir que no todo incumplimiento de una obligación laboral a cargo del empleador, lleva consigo la declaración de legalidad del consiguiente cese de actividades.

B. Los ceses de actividades legítimos

Se reputan legítimos los ceses de actividades que observen la legalidad y se realicen en forma pacífica.

Con respecto a lo primero, el art. 8-1 del Convenio 87 de la OIT establece que “[A] ejercer los derechos que se les reconocen en el presente Convenio, los trabajadores, los empleadores y sus organizaciones respectivas están obligados, lo mismo que las demás personas o las colectividades organizadas, a respetar la legalidad”

En Colombia, las formas legales de huelga son las descritas anteriormente y su legitimidad estará sujeta tanto al cumplimiento de los requisitos formales señalados, como a que el cese no busque como objetivos los señalados y prohibidos por el artículo 450 CST, modificado por el Art. 65 de la Ley 50 de 1990.

Pero además, y como consecuencia de esa observancia de la legalidad, las cesaciones de actividades en el trabajo deben ser pacíficas. Es decir, el ejercicio pacífico de la huelga es indispensable para la legalidad de la misma. La exigencia de ese carácter fluye de la naturaleza propia de cualquier manifestación de disconformidad que se presente en los sistemas democráticos. Esta característica de la huelga es tan importante que el CST la prescribe reiteradamente en varias de sus disposiciones (artículos 429, 446, 448-1 y 450-f). Adicionalmente, el Comité de Libertad Sindical de la OIT ha sostenido

repetidamente que el ejercicio legítimo de la libertad sindical no tolera extralimitaciones en el ejercicio del derecho de huelga, como por ejemplo las acciones delictivas.

En consecuencia, al instaurarse la respectiva acción judicial conforme a la atribución otorgada a la justicia laboral para conocer de tales controversias (Ley 1210/2008), debe examinarse tanto la legalidad de la suspensión de actividades, como el desarrollo del cese y el comportamiento de los trabajadores y del movimiento sindical que participan, frente a los límites que el legislador impone para adelantar cesaciones en el trabajo. Y si de esa constatación surge que se incurrió en algunos de los motivos indicados como vedados, será procedente la declaración judicial de la ilegalidad del paro.

Ahora bien, la declaratoria judicial de ilegalidad de un cese de actividades no es un fin en sí mismo, independiente de sus consecuencias. Tal declaratoria acarrea necesariamente el levantamiento de la garantía de protección a la libertad sindical, de la que son titulares tanto la organización (sindicato) como los trabajadores (sindicalizados o en coalición), al comprobarse que una u otros, o ambos, han abusado de ella. El efecto jurídico de dicha decisión judicial de ilegalidad, consiste en que el empleador afectado queda facultado para ejercitar acciones que serían inadmisibles en vigencia de tal garantía.

Tales acciones se desprenden del CST Art. 450-2-3-4, a saber: 1) Tener la vía libre para despedir a los trabajadores que hubieran intervenido o participado en el cese ilegal, inclusive de aquellos amparados por el fuero sindical, sin necesidad de tramitar el levantamiento de esa protección. 2) Demandar ante la justicia ordinaria la suspensión o la cancelación de la personería jurídica del sindicato, conforme al procedimiento señalado en la Ley 50/1990 Art. 52. 3) Demandar judicialmente a los responsables del cese, para tasar y obtener la indemnización de los perjuicios que se le hayan causado. 4) No reconocer ni pagar los salarios y acreencias laborales por el tiempo en que no se prestó efectivamente el servicio. Con otras palabras, si bien justificadas, la declaratoria de ilegalidad de una huelga trae consigo la posibilidad de consecuencias supremamente graves para la libertad sindical, entendida esta como la garantía de indemnidad por permanecer asociado a un sindicato formalmente constituido, o por coaligarse con otros trabajadores para porfiar en la obtención de determinados objetivos colectivos.”

El artículo 450 del Código Sustantivo del Trabajo establece los casos de ilegalidad y sanciones, norma que a la letra dice:

“Artículo 450. CASOS DE ILEGALIDAD Y SANCIONES. Modificado por el art. 65, Ley 50 de 1990.

1. La suspensión colectiva del trabajo es ilegal en cualquiera de los siguientes casos:

a) Cuando se trate de un servicio público;

NOTA: El literal a) fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-473 de 1994, siempre que se trate, conforme al artículo 56 de la Constitución, de servicios públicos esenciales definidos por el legislador.

b) Cuando persiga fines distintos de los profesionales o económicos;

NOTA: El literal b) fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-858 de 2008, en el entendido de que tales fines no excluyen la huelga atinente a la expresión de posiciones sobre

políticas sociales, económicas o sectoriales que incidan directamente en el ejercicio de la correspondiente actividad, ocupación, oficio o profesión.

- c) Cuando no se haya cumplido previamente el procedimiento del arreglo directo;
- d) Cuando no se haya sido declarada por la asamblea general de los trabajadores en los términos previstos en la presente ley;
- e) Cuando se efectuare antes de los dos (2) días o después de diez (10) días hábiles a la declaratoria de huelga;
- f) Cuando no se limite a la suspensión pacífica del trabajo, y
- g) Cuando se promueva con el propósito de exigir a las autoridades la ejecución de algún acto reservado a la determinación de ellas.

2. Declarada la ilegalidad de una suspensión o paro del trabajo, el empleador queda en libertad de despedir por tal motivo a quienes hubieren intervenido o participado en él, y respecto a los trabajadores amparados por el fuero el despido no requerirá calificación judicial.

3. El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, el Ministerio Público o el empleador afectado, podrán solicitar a la justicia laboral la suspensión o cancelación de la personería jurídica del sindicato, conforme al procedimiento señalado en el artículo 52 de esta ley.

4. Las sanciones a que se refiere el inciso anterior no excluyen la acción del empleador contra los responsables para la indemnización de los perjuicios que se le hayan causado.” (Negrillas subrayadas nuestras)

El artículo 451 *Ibidem*, establece sobre la declaratoria de ilegalidad:

“Artículo 451. DECLARACION DE ILEGALIDAD. <Artículo modificado por el artículo 2 de la Ley 1210 de 2008. El nuevo texto es el siguiente:>

1. La legalidad o ilegalidad de una suspensión o paro colectivo del trabajo será declarada judicialmente mediante trámite preferente. En primera instancia, conocerá la Sala Laboral del Tribunal Superior competente. Contra la decisión procederá el recurso de apelación que se concederá en el efecto suspensivo y se tramitará ante la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia. La providencia respectiva deberá cumplirse una vez quede ejecutoriada.

2. La reanudación de actividades no será óbice para que el Tribunal profiera la declaratoria de la legalidad o ilegalidad correspondiente.

3. En la calificación de suspensión o paro colectivo de trabajo por las causales c) y d) del artículo anterior, no se toman en cuenta las irregularidades adjetivas de trámite en que se haya podido incurrir.”

En conclusión, el Ministerio de Trabajo, no es competente para determinar si hay lugar o no al pago de salarios durante el Cese de actividades, pues ello dependería de la disposición del Empleador, adicionalmente teniendo en cuenta lo establecido en el fallo judicial, cuyos apartes más relevantes se transcribieron con antelación.

La invitamos a consultar nuestra página web www.mintrabajo.gov.co, para informarse sobre aspectos del derecho laboral de su interés y otros que le servirán para solventar sus dudas sobre la materia.

La presente consulta se absuelve en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo Ley 1437 de 2011, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015, en virtud del cual las respuestas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Cordialmente,

[ORIGINAL FIRMADO]

MARISOL PORRAS MENDEZ

Coordinadora

Grupo Interno de Trabajo de Atención a Consultas en Materia Laboral de la Oficina Jurídica

Elaboró: Adriana C.
Revisó: Dra. Marisol P.
Aprobó: Dra. Marisol P.

Ruta Electrónica: C:\Users\lcalvachi\Documents\2017 CONSULTAS\09-11-2017\11E\2017120000000007003 Irma Garzón COOASOBIEN Madres comunitarias derecho colectivo.docx