



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20156000087971

Fecha: 09/06/2015 03:22:43 p.m.

Bogotá D. C.,

Señor:

OSCAR ALBERTO SASTOQUE LUQUE

E-mail: oscarluisfer@hotmail.com

Ref.: REMUNERACIÓN. Liquidación de la prima de servicios en el orden territorial a partir de la expedición del Decreto 2351 de 2014. **Rad. 20159000065102 del 08 de abril de 2015.**

Respetado señor:

En atención a la comunicación de la referencia, me permito dar respuesta a la misma en los siguientes términos:

PLANTEAMIENTOS JURÍDICOS

1. ¿Resulta procedente el reconocimiento y pago de la prima de servicios para los empleados públicos y trabajadores oficiales de una Empresa de Servicios Públicos territorial?
2. ¿Cómo se debe liquidar la prima de servicios reconocida en el Decreto 2351 de 2014?
2. ¿Tienen derecho al pago proporcional de la prima de servicios los empleados públicos que se vincularon a la entidad con posterioridad al 1 de enero de 2015?

FUENTES FORMALES

- Ley 142 de 1994, Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones
- Decreto Ley 3135 de 1968, Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales.
- Decreto 1333 de 1986, Por el cual se expide el Código de Régimen Municipal.
- Ley 6ª de 1945, Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo
- Decreto Único Sectorial del Sector Función Pública 1083 de 2015.
- Decreto Ley 2351 de 2014, por el cual se regula la prima de servicios para los empleados

públicos del nivel territorial.

ANÁLISIS

En atención a la consulta de la referencia, me permito manifestarle que una vez revisada la información reportada, no es suficiente para determinar con exactitud la naturaleza jurídica de la Empresa de Servicios Públicos; por lo tanto, se debe tener en cuenta que, la Ley 142 de 1994, sobre las Empresas de Servicios Públicos, señala:

“14.5. Empresa de servicios públicos oficial. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen el 100% de los aportes.

14.6. Empresa de servicios públicos mixta. Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen aportes iguales o superiores al 50%.

14.7. Empresa de servicios públicos privada. Es aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares, o a entidades surgidas de convenios internacionales que deseen someterse íntegramente para estos efectos a las reglas a las que se someten los particulares.

Frente a la normativa relacionada, las Empresas de Servicios Públicos están clasificadas en oficiales, mixtas o privadas en relación con la participación económica; las cuales, pueden estar constituidas como Sociedades por Acciones o como Empresas Industriales y Comerciales del Estado, de conformidad con el artículo 17 de la precitada ley, el cual dispone:

“Artículo 17. Naturaleza. Las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de que trata esta Ley.

Parágrafo 1o. Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional, cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones, deberán adoptar la forma de empresa industrial y comercial del estado.

(...)” (Subrayado fuera del texto)

Por lo tanto, dependiendo de si la Empresa de Servicios Públicos a la cual hace referencia es oficial, mixta o privada; y de, si se encuentra constituida por acciones o adquirió la forma de Empresa Industrial y Comercial del Estado, será posible determinar la naturaleza jurídica y por consiguiente las normas aplicables a las personas que presten sus servicios en las mismas.

En este orden de ideas y teniendo en cuenta que no se tiene claridad respecto a la naturaleza jurídica de la Empresa de Servicios Públicos a la que hace referencia, surgen dos hipótesis, la primera que la misma este constituida por capital privado o mixto y la segunda que la misma este conformada por capital oficial.

1. En el caso que la Empresa de Servicios Públicos a la que hace referencia estuviere constituida por capital privado o mixto, el artículo 41 de la Ley 142 de 1994, indica:

“Artículo 41. Aplicación del Código Sustantivo del Trabajo. Las personas que presten sus servicios a las empresas de servicios públicos privadas o mixtas, tendrán el carácter de trabajadores particulares y estarán sometidas a las normas del Código Sustantivo del Trabajo y a lo dispuesto en esta Ley. Las personas que presten sus servicios a aquellas empresas que a partir de la vigencia de esta Ley se acojan a lo establecido en el parágrafo del artículo 17o., se regirán por las normas establecidas en el inciso primero del artículo 5o. del Decreto-Ley 3135 de 1968.” (Subrayado fuera de texto)

Por lo tanto, las Empresas de Servicios Públicos de carácter privado o mixto se rigen por las disposiciones establecidas en el Código Sustantivo del Trabajo, razón por la cual no resulta procedente aplicar las normas del Decreto Ley 1042 de 1978.

Ahora bien, en el evento que la Empresa de Servicios Públicos a la que hace referencia fuere de carácter oficial, el artículo 5 Decreto –Ley 3135 de 1968, al referirse sobre la constitución de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, señala:

“Artículo 5º. Empleados Públicos y Trabajadores Oficiales. Las personas que prestan sus servicios en los Ministerios; Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales.

Las personas que prestan sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos.” (Subrayado fuera de texto)

Así mismo, el Decreto 1333 de 1986, consagra:

“Artículo 292. Los servidores municipales son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales.

Las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales y en las sociedades de economía mixta, municipales con participación estatal mayoritaria son trabajadores oficiales. Sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos.” (Subrayado nuestro)

Atendiendo la citada normativa, las Empresas de Servicios Públicos Oficiales que se hubieren constituido como Empresa Industrial y Comercial del Estado, se conforma por trabajadores oficiales, a excepción, de aquellos señalados en los estatutos que deban desarrollar actividades de dirección o confianza, los cuales tendrán la calidad de empleados públicos. Razón por la cual, los empleados públicos y los trabajadores oficiales se diferencian en cuanto a la forma de vinculación y respecto al reconocimiento y pago de elementos salariales como la prima de servicio, de la siguiente manera:

1.1 Empleados Públicos

Los empleados públicos son aquellos que se vinculan a la administración través de una relación legal y reglamentaria, que presupone la aplicación de un conjunto de normas relacionadas con la existencia de un empleo público, el nombramiento, posesión, funciones, derechos y obligaciones, ubicación, salario, ascensos, carrera administrativa, capacitación, estímulos, prestaciones sociales, retiro del servicio, etc.

Así las cosas, y para efectos del reconocimiento de elementos salariales en una entidad del orden territorial es preciso señalarle que en principio la prima de servicios era un elemento salarial contemplado en el Decreto Ley 1042 de 1978, para los empleados públicos del orden nacional.

En este sentido, es importante resaltar que la competencia para su creación corresponde al Gobierno Nacional, lo cual fue reiterado por la Corte Constitucional en Sentencia C-402 del 3 de julio de 2013, sin que para el efecto, las Asambleas Departamentales, los Concejos Municipales, los Gobernadores y los Alcaldes tuvieran competencia para adoptar decisiones sobre el particular.

No obstante, el Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Departamento Administrativo de la Función Pública, adelantaron los estudios legales y presupuestales para determinar la viabilidad de reconocer elementos salariales en el nivel territorial.

Teniendo en cuenta los análisis efectuados, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Ley 2351 del 20 de noviembre de 2014, mediante el cual reguló la prima de servicios para los empleados públicos vinculados o que se vinculen a las entidades del sector central y descentralizado de la Rama Ejecutiva del nivel territorial (Alcaldías, Gobernaciones, Establecimientos Públicos, Empresas Sociales del Estado, Empresas Industriales y Comerciales del Estado, entre otras), a las Asambleas Departamentales, Concejos Municipales, Contralorías Territoriales, Personerías Distritales y Municipales y al personal administrativo del Sector de Educación, consagrando que a partir del año 2015, los empleados que prestan sus servicios en las entidades señaladas, tendrán derecho a dicha prima en los mismos términos y condiciones establecidas en el Decreto Ley 1042 de 1978.

Así mismo, es importante señalar que por disposición del artículo 3º del citado Decreto Ley 2351, la prima de servicios es incompatible con cualquier otra prima o reconocimiento salarial que se esté pagando a sus destinatarios por el mismo concepto o que remunere lo mismo, independientemente de su denominación, origen o su fuente de financiación, lo cual significa que si en la respectiva entidad territorial se está pagando una prima legal o que goce de la presunción de legalidad de igual naturaleza que la establecida en el precitado Decreto, no podrá pagarse esta última por resultar excluyentes.

Cabe agregar que la prima de servicios establecida en el Decreto 2351 de 2014 no deroga ni revoca las primas equivalentes preexistentes, las cuales siguen produciendo efectos, simplemente las hace excluyentes.

1.2. Trabajadores Oficiales

Los trabajadores oficiales, tienen una vinculación de carácter contractual, reglamentada por la Ley 6ª de 1945 y el Decreto Único Sectorial del Sector Función Pública 1083 de 2015; razón por la cual, las condiciones laborales y prestacionales con las cuales se incorporan son aquellas establecidas en el artículo 2.2.30.3.5 del 1083 de 2015, que al respecto indica:

"Libro 2

Parte 2

Título 30

Capítulo 3

ARTÍCULO 2.2.30.3.5 Incorporación de cláusulas favorables al trabajador. *En todo contrato de trabajo se consideran incorporadas, aunque no se expresen, las disposiciones legales pertinentes, las cláusulas de las convenciones colectivas o fallos arbitrales respectivos, y las normas del reglamento interno de la empresa,*

las cuales, por otra parte, sustituyen de derecho las estipulaciones del contrato individual, en cuanto fueren más favorables para el trabajador.”

De acuerdo a los apartes señalados, se precisa que dentro de las condiciones laborales, se tendrán en cuenta las cláusulas pactadas en las Convenciones Colectivas o en los Fallos Arbitrales, así como en las normas del Reglamento Interno de Trabajo, siempre que sean más beneficiosas para el trabajador.

En este sentido, para efectos de determinar las prestaciones sociales y demás beneficios económicos a los cuales tiene derecho un Trabajador Oficial, es necesario señalar que los mismos se rigen por el contrato de trabajo, convención colectiva, pactos arbitrales y el reglamento interno, y lo que allí no se indicare se regirá por las disposiciones establecidas en la Ley 6 de 1945 y el Decreto Único Sectorial del Sector Función Pública 1083 de 2015.

En el caso que la Empresa de Servicios Públicos fuera de carácter oficial, el Decreto 2351 del 20 de noviembre de 2014, mediante el cual reguló la prima de servicios para los empleados públicos vinculados o que se vinculen a las entidades del sector central y descentralizado de la Rama Ejecutiva del nivel territorial (alcaldías, gobernaciones, establecimientos públicos, Empresas Sociales del Estado, Empresas Industriales y Comerciales del Estado, entre otras), a las Asambleas Departamentales, Concejos Municipales, Contralorías Territoriales, Personerías Distritales y Municipales y al personal administrativo del Sector de Educación, consagrando que a partir del año 2015, los empleados que prestan sus servicios en las entidades señaladas, tendrán derecho a dicha prima en los mismos términos y condiciones establecidas en el Decreto Ley 1042 de 1978.

Es así como, el artículo 58 del Decreto Ley 1042 de 1978 establece que los funcionarios tendrán derecho a una prima de servicio anual equivalente a quince días de remuneración, que se pagará en los primeros quince días del mes de julio de cada año.

Adicionalmente, el artículo 59 del citado decreto señala que los factores que sirven para la liquidación de la prima de servicios serán los causados a 30 de junio de cada año.

Por lo tanto, la prima de servicios se cancelara por un año de servicios, comprendido entre el 1 de julio y el 30 de junio del año siguiente.

2. Respecto al funcionario que se posesiona el 2 de enero, me permito informarle que en criterio de esta Dirección Jurídica, el empleado que se posesionó el 2 de enero de este año, o antes, tiene derecho al pago proporcional de la prima de servicios al 15 de julio, por haber laborado seis (6) meses en la entidad, condición requerida para acceder a dicho beneficio.

CONCLUSIONES

Finalmente, y en criterio de esta Dirección Jurídica se concluye:

1. En el caso, que la Empresa de Servicios Públicos esté conformada por capital privado o mixto, la misma se regirá por las disposiciones contenidas en el Código Sustantivo del Trabajo.

Si por el contrario, el capital de la Empresa de Servicios Públicos fuera de carácter oficial, la misma contará con empleados públicos y trabajadores, quienes en materia de prima de servicios se registrarán por las normas antes indicadas.

En el caso de los trabajadores oficiales, tendrán derecho a que se les reconozca y pague la prima de servicios, siempre y cuando se hubiere contemplado en el Contrato, en la Convención Colectiva, el Pacto o Laudo Arbitral o en el Reglamento Interno de Trabajo. Igualmente, se precisa, que para efectos de liquidación de dicho factor salarial, se tendrá en cuenta lo que se hubiere acordado previamente en los instrumentos antes señalados, mientras que, cuando se trate de empleados públicos, la prima de servicios se reconocerá en los términos establecidos en el Decreto 2351 de 2014.

No obstante, si en la Empresa de Servicios Públicos se viene reconociendo dicho elemento salarial, es preciso indicarle que dicho acto goza de presunción de legalidad hasta tanto no sea anulado o suspendido por parte de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

2. La prima de servicios que se reconocerá a los empleados públicos que prestan sus servicios en las entidades del nivel territorial, conforme al Decreto 2351 del 2014, será a partir del año 2015, por el período comprendido entre el 1 de enero y el 30 de junio de 2015; para el año 2016 se cancelara el periodo completo entre el 1 de julio y el 30 de junio de conformidad con las disposiciones del Decreto Ley 1042 de 1978.

3. El empleado que se posesionó el 2 de enero tiene derecho al pago proporcional de la prima de servicios, por cuanto, laboró como mínimo durante 6 meses, de otra parte, con relación a los empleados públicos que se vincularon en fechas posteriores al 2 de enero de 2015 cabe precisar que cuando el empleado no hubiere laborado como mínimo durante 6 meses, si bien no tendría lugar al reconocimiento proporcional de la prima durante ese año; la misma se acumulará para efectos del reconocimiento proporcional al siguiente año.

El anterior concepto se imparte en los términos del artículo 25 del Código de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,


CLAUDIA PATRICIA HERNÁNDEZ LEÓN
Directora Jurídica

Johann Cuadros/CPHL
600.4.8.