Función Pública

Concepto 178371 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000178371

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000178371

Fecha: 21/05/2021 12:14:32 p.m.

Bogotá D.C.,

REFERENCIA: JORNADA LABORAL. ¿Procede el reconocimiento de recargos nocturnos y dominicales cuando la jornada laboral de los trabajadores de una Empresa de Servicios Públicos es de 32 horas a la semana? RADICACIÓN. 20212060423162 del 11 de mayo de 2021.

Acuso recibo de su comunicación de la referencia, mediante la cual manifiesta que el Instituto de Servicios Varios de Ipiales -ISERVI E.S.P. adelanta un plan piloto de recolección de basuras en el que requiere que durante un mes los trabajadores encargados de esta tarea laboren exclusivamente durante lunes, miércoles, viernes, sábado y domingo un total de TREINTA Y DOS (32) HORAS, a la semana, descansando de sus labores los días martes y jueves, además de la jornada de la mañana y algunas horas de la tarde de los días lunes, miércoles y viernes, por lo que consulta lo siguiente:

1. Es factible la aplicación del literal c del Artículo 161 del Código Sustantivo del trabajo, en relación a que los funcionarios laboren exclusivamente 32 horas a la semana y por ende no sean acreedores del recargo dominical y recargos nocturnos.relación a que los funcionarios laboren exclusivamente 32 horas a la semana y por ende no sean acreedores del recargo dominical y recargos nocturnos.

Si la anterior pretensión no es posible se indique si es obligatorio que el instituto cancele dichos recargos a sus trabajadores, conforme a la normatividad aplicable al tema.

Al respecto, es necesario indicarle primero que, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016, este Departamento Administrativo tiene como objeto el fortalecimiento de las capacidades de los servidores públicos y de las entidades y organismos del Estado, su organización y funcionamiento, el desarrollo de la democratización de la gestión pública y el servicio al ciudadano, mediante la formulación, implementación, seguimiento y evaluación de políticas públicas, la adopción de instrumentos técnicos y jurídicos, la asesoría y la capacitación.

En ese sentido, la resolución de los casos particulares corresponderá a la autoridad empleadora y nominadora, en cuanto es la instancia que conoce de manera cierta y documentada la situación particular de su personal.

Por tanto, este Departamento Administrativo, en ejercicio de sus funciones, realiza la interpretación general de las disposiciones legales y, en

consecuencia, no le corresponde la valoración de los casos particulares ni la elaboración de fórmulas de liquidación de prestaciones sociales, pues ésta función le corresponde a las oficinas de talento humano de cada una de las entidades públicas.

No obstante, a modo de información general respecto de la situación por usted planteada, le informo lo siguiente:

Frente a la naturaleza de las Empresas de Servicios Públicos, la Ley 142 de 1994, Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones, señala:

"ARTÍCULO 14. DEFINICIONES. Para interpretar y aplicar esta Ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

(...)

14.5. EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS OFICIALES. 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 estas 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 (...)".

(Los apartes subrayados fueron declarados EXEQUIBLES, por los cargos analizados, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-736-07 de 19 de septiembre de 2007, Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra).

"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 1. 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."

"ARTÍCULO 41º. (...) 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 17, se regirán por las normas establecidas en el inciso primero del Artículo 5º del Decreto Ley 3135 de 1968." (El término "inciso primero del" fue declarado inexequible por la Corte Constitucional mediante Sentencias C-253/96, C318/96 y C-327/96).

Ahora bien, el inciso segundo del Artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, establece:

"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 deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos". (Negrilla nuestro)

Conforme a lo anterior, los Servidores que laboran en las empresas de servicios públicos domiciliarios, que hayan adoptado la forma de empresa industrial y comercial del Estado, tienen la calidad de trabajadores oficiales, excepto aquellos que desarrollan actividades de dirección y confianza, quienes ostentan la calidad de empleados públicos.

En este orden de ideas se considera, que, en las empresas de servicios públicos con la forma de empresas industriales y comerciales del Estado, como en el caso materia de estudio, la vinculación de los trabajadores oficiales es mediante contrato de trabajo y la vinculación de los empleados públicos por ser de libre nombramiento y remoción se efectúa mediante nombramiento ordinario.

Ahora bien, conforme a lo relatado en su comunicación, usted se refiere a personas que realizarán el trabajo de recolección de basuras en la noche, de lo que se infiere que se refiere a trabajadores oficiales.

A diferencia de los empleados públicos, la relación laboral del trabajador oficial con la administración es negociada, esto significa en principio un acuerdo de voluntades para fijar o modificar los salarios, las condiciones de trabajo, la jornada laboral, así como los términos de duración del contrato, en consecuencia, su relación laboral se rige por lo señalado en el contrato de trabajo, en la convención colectiva, en el reglamento interno o en su defecto, por lo contemplado en la Ley 6 de 1945 y en el Decreto1083 de 2015.

Así las cosas, para determinar si un trabajador oficial tiene derecho al reconocimiento de horas extras, recargos nocturnos o recargos

dominicales, se deberá acudir a lo contemplado en el contrato de trabajo, el reglamento interno de trabajo o en la convención colectiva, en el evento que exista.

Si no estuviere señalado en los instrumentos señalados, la Ley 6 de 1945 regula las horas extras y el trabajo suplementario de los trabajadores oficiales. En dicha ley, se establece:

«ARTICULO 3. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> Las horas de trabajo no podrán exceder de ocho (8) al día, ni de cuarenta y ocho (48) a la semana, salvo las excepciones legales. Sin embargo, la duración máxima de las labores agrícolas, ganaderas o forestales, será de nueve (9) horas diarias o de cincuenta y cuatro (54) en la semana. Las actividades discontinuas o intermitentes, así como las de simple vigilancia, no podrán exceder de doce (12) horas diarias, a menos que el trabajador resida en el sitio del trabajo. El Gobierno podrá ordenar la reducción de las jornadas de trabajo en las labores que sean especialmente peligrosas o insalubres, de acuerdo con dictámenes técnicos al respecto, y previa audiencia de comisiones paritarias de patronos y trabajadores.

PARAGRAFO 1. Lo dispuesto en este Artículo no se aplica a los casos de grave peligro; ni al servicio doméstico; ni a la recolección de cosechas, o al acarreo y beneficio de frutos; ni a los trabajadores que ocupen puestos de dirección o confianza; ni a las demás labores que, a juicio del Gobierno, no sean susceptibles de limitación de la jornada o deban regirse por normas especiales.

PARAGRAFO 2. Las actividades no contempladas en el parágrafo anterior sólo podrán exceder los límites señalados en el presente Artículo, mediante autorización expresa del Ministerio del ramo, sin pasar de cuatro (4) horas diarias de trabajo suplementario.

PARAGRAFO 3. Cuando el trabajo se realice entre las ocho y las doce de la noche, deberá ser remunerado con un veinticinco por ciento (25%) sobre el valor del trabajo diurno; y cuando se realice entre las doce de la noche y las cuatro de la mañana siguiente, será remunerado con un cincuenta por ciento (50%) sobre el mismo valor. La remuneración del trabajo suplementario implicará un recargo del veinticinco por ciento (25%) sobre la jornada diurna, y del cincuenta por ciento (50%) sobre la jornada nocturna; a menos que se trate de labores discontinuas o intermitentes, o de las actividades previstas en el parágrafo 1o. de este Artículo, cuya remuneración adicional será estipulada equitativamente por las partes.

ARTÍCULO 7º. El descanso dominical obligatorio será remunerado por el patrono a los asalariados que, habiéndose obligado a prestar sus servicios en todos los días laborales de la semana, no faltare al trabajo. Con todo, si la falta no excede de dos días, y, además, ocurriere la justa causa comprobada o por culpa o disposición del patrono, éste deberá también al asalariado la remuneración dominical. Para efectos de esta disposición, los días de fiesta no interrumpen la continuidad, y se computarán como si en ellos se hubiera prestado el servicio por el trabajador. Solamente se permitirá el trabajo durante los días de descanso obligatorio, pagándolo o dando un descanso compensatorio, en aquellas labores que no son susceptibles de interrupción por su naturaleza, o por motivos de carácter técnico, o por satisfacer necesidades inaplazables, como los servicios públicos, expendio y preparación de drogas y alimentos, el servicio doméstico y los choferes de automóviles particulares. (...)» (Se subraya)

El Decreto 1083 de 2015, en especial el Artículo 2.2.30.3.5 el cual indica:

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

La obligación legal para los trabajadores oficiales, es que la jornada laboral no exceda de 8 horas al día y de 48 horas semanales de conformidad con lo previsto en el Artículo 3º de la Ley 6 de 1945, entiéndase entonces que la jornada laboral podrá ser cumplida de lunes a sábado sin que por este hecho hubiere lugar a percibir horas extras por el hecho de laborar los días sábados.

De lo anteriormente señalado es posible concluir que para los trabajadores oficiales – que no han pactado nada sobre el particular en la convención colectiva, el reglamento interno de trabajo en los contratos individuales de trabajo - los recargos por horas extras son del 25% si el trabajo es en jornada diurna; del 50% si es en jornada nocturna, adicional al recargo del 35% y del 100% en día domingo o festivo (Ley 6 de 1945, modificada por la ley 64 de 1946). Sólo las horas extras trabajadas en dominical o festivo, pueden ser compensadas por tiempo.

En consecuencia, según lo dispuesto en el parágrafo 2 de la Ley 6 de 1945, sólo podrán exceder los límites señalados, mediante autorización expresa del Ministerio de Trabajo. Por lo tanto, se debe solicitar permiso a dicho Ministerio para que los trabajadores oficiales puedan excederse de las horas laborales semanales, es decir, para que la entidad pueda pagar dichas horas extras.

De conformidad con lo anterior, y atendiendo a su consulta, esta Dirección Jurídica considera que no es viable la aplicación del literal c del Artículo 161 del Código Sustantivo del trabajo a los trabajadores oficiales de los que trata su consulta, pues deberá aplicarse lo dispuesto en la Ley 6° de 1945 y el Decreto 1083 de 2015, en caso que no se haya pactado nada en el contrato laboral, en el reglamento interno de trabajo o en la convención colectiva.

En ese sentido y respondiendo a su último interrogante, no es obligatorio que la Entidad cancele recargos nocturnos y dominicales en el caso planteado por cuanto la jornada laboral no excede de 8 horas al día y tampoco las 48 horas semanales según lo lo previsto en el Artículo 3º de la Ley 6 de 1945

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido emitidos por esta Dirección Jurídica.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el Artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyecto Ma. Camila Bonilla G.

Reviso: Jose F Ceballos

Aprobó: Armando Lopez C

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2025-05-13 17:13:19