



Concepto 373331 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000373331

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000373331

Fecha: 12/10/2021 12:49:07 p.m.

Bogotá D.C.,

REFERENCIA: PRESTACIONES SOCIALES. Liquidación. ¿Se deben reliquidar las prestaciones sociales de un trabajador vinculado a una Empresa de Servicios Públicos que fueron liquidadas por la aplicación retroactiva del incremento salarial? RADICACIÓN. 20219000642082 del 27 de septiembre de 2021.

Acuso recibo de su comunicación de la referencia, mediante la cual concepto sobre la aplicación del retroactivo salarial en las prestaciones sociales cuando éstas ya han sido pagadas a un trabajador y su aplicabilidad con los trabajadores de la empresa de servicios públicos.

Al respecto, me permito dar es necesario indicarle primero que, respecto al régimen de prestaciones sociales de las Empresas de Servicios Públicos es procedente tener en cuenta las previsiones establecidas en la Ley 142 del 11 de julio de 1994, por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones, y que define en los Artículos 14, 17 y 41 lo siguiente:

"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 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".

"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 41. Aplicación del Código Sustantivo del Trabajo. <Aparte entre paréntesis declarado INEXEQUIBLE mediante sentencia C-253-96 > 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 170., se regirán por las normas establecidas en el (inciso primero del) Artículo 5o. del Decreto-ley 3135 de 1968."

De lo anterior puede concluirse que la distinción en la aplicación de diferentes regímenes laborales en las empresas de servicios públicos depende de la naturaleza jurídica de la entidad que presta el servicio público a la cual está vinculado el trabajador.

Por su parte, el Artículo 5 del Decreto 3135 de 1968, dispone:

"ARTÍCULO 5. Empleados Públicos y Trabajadores Oficiales <Aparte entre paréntesis declarado INEXEQUIBLE mediante sentencia C-484-95 >. 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. (En los

estatutos de los Establecimientos Públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo).

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)

Es importante tener en cuenta que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en el concepto con Radicación No. 704 del 19 de julio de 1995, elevada por el señor Ministro de Minas y Energía, con ponencia del Doctor César Hoyos Salazar, señaló lo siguiente respecto del régimen laboral aplicable a los trabajadores de las empresas de servicios públicos de carácter oficial:

"Con el estudio de los antecedentes del Artículo 41 de la Ley 142 de 1994 se llega a la conclusión de que el Legislador quiso precisar cuál es el régimen laboral para los trabajadores que presten sus servicios a las entidades de Servicios públicos domiciliarios con capital no representado en acciones, y que adopten la forma de empresas industriales y comerciales del Estado.

Pero al redactar la norma se incurrió en una equivocación al citar como tal régimen el previsto por el inciso primero del Artículo 5º del decreto 3135 de 1968, cuando lo pertinente era invocar el inciso segundo. En efecto, de los antecedentes de la ley y de su texto se aprecia que la intención del Legislador fue la de que toda entidad dedicada a la prestación de servicios públicos domiciliarios que no se constituya o transforme en sociedad por acciones, tiene que adoptar la forma de empresa Industrial y Comercial del Estado con todas las implicaciones que de ello se sigan; entre otras, la de que sus empleados se les debe dar el tratamiento de trabajadores oficiales, concepto incompatible con el de que pueda tenerseles como empleados públicos; esto por cuanto el, inciso primero del Artículo 5º del decreto 3135 de 1968 reserva esta calidad a quienes presten sus servicios a los ministerios, departamentos administrativos y establecimientos públicos.

(...).

En consecuencia, la normatividad contenida en el Artículo 41 de la ley 142 de 1994 debe entenderse referida en lo pertinente al inciso 2º del Artículo 5º del decreto 3135 de 1968 "

Así mismo, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, con ponencia del Consejero César Hoyos Salazar, en concepto del 29 de abril de 1996 con Radicación No. 798, se pronunció en relación con el régimen laboral de las empresas de servicios públicos oficiales, en los siguientes términos:

"En relación con las empresas de servicios públicos oficiales, el mencionado Artículo no fija expresamente el régimen laboral aplicable a sus servidores. Sin embargo si dichas empresas son aquellas en cuyo capital la nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen el 100% de los aportes, debe entenderse que son sociedades entre entidades públicas para desarrollar una actividad industrial o comercial y por lo mismo, de conformidad con el Artículo 4º del decreto ley 130 de 1976, se someten a las normas previstas para las empresas industriales y comerciales del Estado.

En consecuencia, el régimen laboral de los servidores de una empresa de servicio público oficial es el indicado por el inciso 2º del Artículo 5º del decreto ley 3135 de 1968, esto es el de trabajadores oficiales. Adicionalmente debe tenerse en cuenta que los estatutos de la empresa deberán precisar qué actividades de dirección o de confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan calidad de empleados públicos.

(...)

2-2 A las empresas de servicios públicos oficiales organizadas como sociedades por acciones, con participación exclusiva de entidades públicas., se les aplica el régimen laboral de las empresas industriales y comerciales del Estado, de manera que sus servidores son trabajadores oficiales y, excepcionalmente algunos de los que cumplan actividades de dirección o de confianza, son empleados públicos, según lo establezcan sus estatutos.

Aquellas empresas que estaban prestando servicios públicos domiciliarios al entrar en vigencia la ley 142 de 1994, que no se organicen como sociedades por acciones, y más bien se transformen en empresas industriales o comerciales del Estado, o conserven esta naturaleza jurídica, tienen el régimen previsto en el inciso segundo del Artículo 5º del decreto 3135 de 1968, es decir, el de trabajadores oficiales."

Por lo anterior, se concluye que el régimen laboral de los servidores de una empresa de servicio público oficial es el indicado por el inciso 2º del Artículo 5º del decreto ley 3135 de 1968, esto es el de trabajadores oficiales y los mismos se ceñirán a lo establecido en el contrato individual de trabajo, la convención colectiva y el reglamento interno de trabajo, por lo que tendrán derecho a que se les reconozca y pague las prestaciones sociales que se hubieren contemplado en el contrato laboral, en la Convención Colectiva, el Pacto o Laudo Arbitral o en el Reglamento Interno de Trabajo; de la misma manera se precisa, que para efectos de liquidación de las mismas, se aplicará lo que se hubiere acordado previamente en los instrumentos señalados.

De igual manera, debemos tener en cuenta que de no haberse señalado en los anteriores instrumentos nada sobre los aspectos salariales o prestacionales de los trabajadores oficiales, deberán remitirse a lo señalado en la Ley 6 de 1945, el Decreto 2127 de 1945 y el Decreto 1919 de 2002 en cuanto a elementos salariales y prestaciones sociales mínimos se refiere.

En cuanto al régimen prestacional de los empleados públicos que pueden estar vinculados en una Empresa de Servicios Públicos, es pertinente

precisar que, a partir de la vigencia del Decreto 1919 de 2002, todos los empleados públicos vinculados o que se vinculen a las entidades del sector central y descentralizado de la Rama Ejecutiva de los niveles Departamental, Distrital y Municipal, a las Asambleas Departamentales, a los Concejos Distritales y Municipales, a las Contralorías territoriales, a las Personerías Distritales y Municipales, a las Veedurías, así como el personal administrativo de empleados públicos de las Juntas Administrativas Locales, de las Instituciones de Educación Superior, de las Instituciones de Educación Primaria, Secundaria y media vocacional, gozarán del régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Públicos del Orden Nacional.

Por lo anterior, los empleados públicos de una ESP tendrán derecho a las prestaciones sociales estipuladas en el Artículo 5° del Decreto 1045 de 1978, las cuales se liquidarán conforme a lo establecido en dicha norma y en las demás que las reglamenten.

Ahora bien, frente al incremento salarial y su aplicación retroactiva es necesario indicar lo siguiente:

Respecto a los trabajadores oficiales, a fin de determinar el monto de incremento salarial para los trabajadores oficiales resulta importante remitirse en primera instancia a lo pactado sobre el particular en el contrato laboral, en la Convención Colectiva, el Pacto o Laudo Arbitral o en el Reglamento Interno de Trabajo. Si nada se ha establecido sobre el tema, atendiendo a la protección constitucional del derecho al trabajo que se traduce entre otros, en el derecho a una remuneración mínima vital y móvil contemplada en el Artículo 53 de este ordenamiento, de orden público y de naturaleza irrenunciable, se considera por parte de esta Dirección jurídica que todo empleado ya sea del sector público o privado, empleado público o trabajador oficial, tiene derecho al menos a un incremento salarial anual.

El Gobierno nacional expidió el Decreto 980 de 2021, por el cual se fijan los límites máximos salariales de los Gobernadores, Alcaldes y empleados públicos de las entidades territoriales y se dictan disposiciones en materia prestacional, en cuyos considerandos, se estableció lo siguiente:

"Que dentro de los términos establecidos en el Decreto 1072 de 2015, se adelantó en el presente año la negociación del pliego presentado por los representantes de las centrales y federaciones sindicales de los empleados públicos.

Que el Gobierno nacional y las centrales y las federaciones sindicales de los empleados públicos acordaron que para el año 2021 el aumento salarial debe corresponder al incremento porcentual del IPC total en 2020 certificado por el DANE, más uno por ciento (1%), el cual debe regir a partir del 1º de enero del presente año.

Que el incremento porcentual del IPC total de 2020 certificado por el DANE fue de uno punto sesenta y uno por ciento (1.61%) y, en consecuencia, los salarios y prestaciones establecidos en el presente decreto se ajustarán en dos punto sesenta y uno por ciento (2.61%) para 2021, retroactivo a partir del 1º de enero del presente año".

Ahora bien, en relación con los incrementos salariales para los empleados públicos, la Corte Constitucional mediante sentencia C-710/99, indicó:

"A juicio de la Corte, que se estipule en la ley marco, a manera de directriz y regla vinculante, que, como mínimo, cada año se producirá al menos un aumento general de salarios para los empleados en mención, es algo que encaja perfectamente dentro del cometido y papel atribuidos por la Constitución y la jurisprudencia al Congreso Nacional en estas materias. Es decir, el Congreso no vulnera la aludida distribución de competencias, sino que, por el contrario, responde a ella cabalmente, cuando señala un tiempo máximo de vigencia de cada régimen salarial, que debe ir en aumento, al menos año por año, con el fin de resguardar a los trabajadores del negativo impacto que en sus ingresos laborales producen la pérdida del poder adquisitivo y el encarecimiento del costo de vida en una economía inflacionaria".

Así mismo, mediante Sentencia C-1433/00, la misma corporación estableció:

"2.7. De las normas de la Constitución surge el deber constitucional del Estado de conservar no sólo el poder adquisitivo del salario, sino de asegurar su incremento teniendo en cuenta la necesidad de asegurar a los trabajadores ingresos acordes con la naturaleza y el valor propio de su trabajo y que les permitan asegurar un mínimo vital acorde con los requerimientos de un nivel de vida ajustado a la dignidad y la justicia. En efecto, la exigencia de dicho deber surge: i) de la necesidad de asegurar un orden social y económico justo (preámbulo); ii) de la filosofía que inspira el Estado Social de Derecho, fundada en los principios de dignidad humana, solidaridad y de la consagración del trabajo como valor, derecho subjetivo y deber social (art. 1); iii) del fin que se atribuye al Estado de promover y garantizar la prosperidad y el bienestar general, el mejoramiento de la calidad de vida de las personas, y la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (arts. 2, 334 y 366); iv) del principio de igualdad en la formulación y aplicación de la ley (art. 13); v) de la necesidad de asegurar la igualdad de oportunidades para todas las personas y la remuneración mínima, vital y móvil (art. 53); vi) del reconocimiento de un tratamiento remuneratorio igual tanto para los trabajadores activos como para los pasivos o pensionados (arts. 48, inciso final y 53, inciso 2); vii) del deber del Estado de intervenir de manera especial para asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos (art. 334) y viii) de la prohibición al Gobierno de desmejorar los derechos sociales de los trabajadores, entre los cuales se encuentra naturalmente el salario, durante el estado de emergencia económica, lo cual indica que en tiempo de normalidad mucho menos puede disminuir los referidos derechos.

El deber de preservar el valor de los salarios y de hacer los reajustes periódicos para satisfacer las necesidades vitales del trabajador, se deduce también del art. 187 de la Constitución. En efecto, si la asignación de los miembros del Congreso se debe ajustar cada año en proporción igual al promedio ponderado de los cambios ocurridos en la remuneración de los servidores de la administración central, es porque el Constituyente consideró que los fenómenos económicos y particularmente la inflación afectan la estabilidad de los ingresos laborales y que resultaba necesario preservar el poder adquisitivo de éstos, para asegurar unas condiciones de vida dignas y justas.

(...)" (subrayas fuera del texto)

De conformidad con lo anterior, es deber del Estado, en cabeza de las entidades públicas asegurar y realizar el incremento salarial para satisfacer con ello las necesidades vitales del trabajador y resguardar con ello el impacto negativo que produce la pérdida del poder adquisitivo en sus ingresos laborales.

Con respecto al efecto retroactivo del salario para los empleados vinculados en una entidad del orden territorial, el mencionado Decreto 980 de 2021, dispone:

"ARTÍCULO 13. Vigencia y derogatoria. El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación, deroga las disposiciones que le sean contrarias, en especial el Decreto 314 de 2020 y surte efectos fiscales a partir del 1º de enero del año 2021 con excepción de lo previsto en los Artículos 5º y 9º de este Decreto, los cuales rigen a partir de la fecha de su publicación."

Es decir, el Decreto 980 de 2021, rige a partir de la fecha de su publicación y surte efectos fiscales a partir del primero (01) de enero de dos mil veintiuno (2021).

En consecuencia, y para dar respuesta a su consulta, esta Dirección Jurídica concluye lo siguiente:

1. Los servidores de una Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios que ha adoptado la forma de Empresa Industrial y Comercial del Estado, se clasifican como servidores públicos: Empleados públicos y trabajadores oficiales; regidos los primeros por las disposiciones que dicte el Gobierno Nacional en la materia y los segundos por el contrato, la convención colectiva, el reglamento de trabajo, o en su defecto por la Ley 6 de 1945, el Decreto 2127 de 1945 y el Decreto 1919 de 2002 en cuanto a prestaciones sociales mínimas se refiere.

2. El Régimen prestacional aplicable a los empleados públicos de la Empresa, es el contenido en el Decreto 1919 de 2002, por consiguiente, el establecido en el Decreto 1045 de 1978; para los trabajadores oficiales se aplicará este de igual forma, pero como prestaciones sociales mínimas, de modo que, en los instrumentos señalados en el punto anterior, se podrán pactar prestaciones sociales adicionales, cuya forma de liquidarse también deberá verificarse en dichos instrumentos.

3. El Decreto 980 de 2021 que fija el incremento salarial con efectos retroactivos a partir del 1 de enero de 2021 aplica únicamente para los empleados públicos, por lo que en el caso de los trabajadores oficiales, es necesario verificar si en el contrato de trabajo, la convención colectiva, el reglamento de trabajo o el pacto colectivo se estableció el monto del incremento salarial y su aplicación retroactiva.

En todo caso, se considera que todo empleado, en cumplimiento del Artículo 53 de la Constitución Política, ya sea del sector público o privado, empleado público o trabajador oficial, tiene derecho al menos a un incremento salarial anual, por lo que si éste se fija luego de la causación y pago de las prestaciones sociales a que hubiere lugar, el trabajador tendrá derecho a que se re liquiden los elementos salariales y prestacionales desde el momento en que se aplicó dicho incremento salarial.

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: Harold I. Herreño.

Aprobó: Armando Lopez C

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2026-01-30 00:07:21