Función Pública

Concepto 176841 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000176841

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000176841

Fecha: 12/05/2022 03:05:46 p.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA: Tema: Empleo Subtema: Trabajador oficial RADICACIÓN: 20229000183882 del 2 de mayo de 2022

En atención a su comunicación de la referencia, mediante la cual consulta:

"De acuerdo al DECRETO 462 de 2022 que establece el incremento salarial para los empleados públicos de las entidades territoriales, establece que LOS EMPLEADOS PUBLICOS de dichas entidades territoriales no pueden devengar una remuneración total mensual superior a la que corresponde al alcalde respectivo. ¿Respecto a los Trabajadores oficiales de una empresa de servicios públicos domiciliarios oficiales, que se rigen por el derecho privado, ellos si pueden ganar por encima del salario del alcalde?, ejemplo, el asesor jurídico que se encuentra vinculado por medio de contrato de trabajo como trabajador oficial, ¿puede ganar más que el alcalde? Otra pregunta un contratista de OPS (El asesor jurídico externo) que sus honorarios mensuales son más altos que lo que gana el alcalde, al vincularlo por contrato laboral como trabajador oficial, se le debe respetar su salario personal, ¿pues no se le podría desmejorar o la entidad debe aplicar el decreto y contratarlo con un salario inferior al que viene devengando? el trabajador podría demandar por desmejorarlo? Otra pregunta. El gerente de la empresa que venía siendo remunerado con el valor que gana el alcalde y este año 2022 se incrementa el salario por encima de lo que gana el alcalde, en qué incurre con esta acción? dicho incremento por encima del valor del alcalde lo debe aprobar la Junta directiva de la entidad, la asamblea de socios de la entidad la cual está compuesta por el alcalde municipal en un 94% o lo puede hacer el mismo gerente por medio de resolución? ¿Si el gerente se da cuenta que cometió un error al incrementarse el salario, se puede revertir ese hecho?"

Me permito dar respuesta en los siguientes términos:

La Ley 142 de 1994[1], en lo ateniente al caso bajo estudio, estipuló:

"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.

14.7. 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.

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%. (Subrayado fuera de texto)

(…)

"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. 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 17., se regirán por las normas establecidas en el inciso primero del artículo 5. del Decreto-ley 3135 de 1968." (Subrayado y resaltado por fuera del texto original)

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

"ARTÍCULO 5. 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. (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."

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. En este sentido, las empresas de servicios públicos domiciliarios pueden ser: privadas, mixtas y oficiales. Sólo cuando el capital de la empresa es 100 % estatal, la empresa de servicios públicos domiciliarios es oficial y por tanto quienes se vinculen a ella tendrán el carácter de trabajador oficial y se rigen por normas de derecho público propio de las entidades estatales. En cambio, si se trata de recursos provenientes del sector privado y aportes públicos, la relación de sus trabajadores se regirá por las disposiciones contenidas en el Código Sustantivo del Trabajo.

Así mismo, es pertinente indicar que los trabajadores oficiales se vinculan con la administración por medio de la celebración de un contrato de trabajo, por lo que se encuentran regidos por éste, la convención colectiva y el reglamento interno de trabajo si los hay, y en lo no previsto en ellos, por la Ley 6 de 1945 y el Decreto 1083 de 2015 del mismo año.

Por su parte, el artículo 5 de la Ley 909 de 2004, en relación con la clasificación de los empleos, consagra lo siguiente:

"ARTÍCULO 5. CLASIFICACIÓN DE LOS EMPLEOS. Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera administrativa, con excepción de:

Los de elección popular, los de período fijo, conforme a la Constitución Política y la ley, los de trabajadores oficiales y aquellos cuyas funciones deban ser ejercidas en las comunidades indígenas conforme con su legislación…"

Conforme a la norma anteriormente expuesta, se colige que los trabajadores oficiales se encuentran exceptuados de la aplicación de las normas sobre carrera administrativa y, por lo tanto, los cargos desempeñados por estos no requieren ser reportados para concurso público de méritos y no se convierten en carrera administrativa, en razón a que no se encuentran dentro del campo de aplicación de la Ley 909 de 2004.

Ahora bien, en relación con el régimen de ascenso de los trabajadores oficiales, el tratadista Diego Younes Moreno, en su libro "Derecho Administrativo Laboral", respecto de la naturaleza del vínculo y el régimen que regula a los Trabajadores Oficiales y a los empleados públicos con el Estado, afirmó lo siguiente respecto a los contratos de trabajo:

"LA MODALIDAD CONTRACTUAL LABORAL (Trabajadores Oficiales)

Otorga a quien por ella se vincula a la Administración, el carácter de trabajador oficial y se traduce en un contrato de trabajo que regula el

régimen del servicio que se va a prestar, permitiendo obviamente la posibilidad de discutir las condiciones aplicables".

De igual forma, La Corte Constitucional, en Sentencia C-09 de 1994 con relación a las condiciones y derechos que se pueden establecer en las convenciones colectivas de trabajo, con la Ponencia del Magistrado Antonio Barrera Carbonell, manifestó:

"El elemento normativo de la convención se traduce en una serie de disposiciones, con vocación de permanencia en el tiempo, instituidas para regular las relaciones de trabajo individual en la empresa; en virtud de dichas disposiciones se establecen anticipadamente y en forma abstracta las estipulaciones que regirán las condiciones individuales para la prestación de los servicios, esto es, los contratos individuales de trabajo. Las cláusulas convencionales de tipo normativo constituyen derecho objetivo, se incorporan al contenido mismo de los contratos de trabajo y, en tal virtud, contienen las obligaciones concretas del patrono frente a cada uno de los trabajadores, como también, las obligaciones que de modo general adquiere el patrono frente a la generalidad de los trabajadores, vgr., las que fijan la jornada de trabajo, los descansos, los salarios, prestaciones sociales, el régimen disciplinario, o las que establecen servicios comunes para todos los trabajadores en el campo de la seguridad social, cultural o recreacional."

Así mismo, en lo que tiene que ver con las limitantes para establecer beneficios económicos en las convenciones colectivas de los trabajadores oficiales, la Corte Suprema de Justicia señaló:

"Es que los beneficios económicos y sociales plasmados en la convención colectiva son fruto de la libre negociación colectiva entre los trabajadores y el empleador, que en forma eficaz y pacífica les permite pactar todo aquello que la ley y la Constitución Política no prohíben, con el fin de lograr el mejoramiento de las condiciones contractuales de quienes derivan como su principal y, en la mayoría de los casos, su única fuente de ingresos su trabajo personal. Por ello, si son válidos los acuerdos celebrados entre los empleadores y las Asociaciones sindicales, mediante simples actas que no están revestidas de la solemnidad de la convención colectiva, con el objeto de aclarar o adicionar aspectos oscuros o deficientes de las cláusulas convencionales, con mayor juicio el convenio solemne plasmado en convención colectiva con el propósito de incorporar cláusulas negociadas y acordadas en convenciones pasadas legalmente suscritas, pero que no alcanzaron sus efectos legales por no haberse dado cumplimiento al requisito del depósito ante las autoridades del trabajo conforme lo prevé el artículo 469 del C. S. del T., como sucede en el caso de estudio".

De acuerdo con lo anterior podemos concluir que la vinculación laboral y el régimen de administración de personal aplicable a quienes ostentan la calidad de trabajadores oficiales son diferentes del aplicable a los empleados públicos. Los primeros están vinculados por un contrato de trabajo, y según lo previsto en el artículo 2.2.30.3.5 del Decreto 1083 de 2015, en todo contrato de trabajo se consideran incorporadas, aunque no se expresen, las disposiciones legales pertinentes, las cláusulas convencionales 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.

En el mismo sentido, con relación a la vinculación en la administración de los trabajadores oficiales, el artículo 2.2.30.1.2 del Decreto 1083 de 2015, dispone:

"Contrato de trabajo con las entidades públicas.

El contrato de los trabajadores oficiales con las entidades públicas, correspondientes, deberá constar por escrito. En dicho contrato se hará constar la fecha desde la cual viene prestando sus servicios el trabajador.

El mencionado contrato se escribirá por triplicado, con la siguiente destinación: un ejemplar para el empleador, otro para el trabajador y uno con destino a la institución de previsión social a la cual quede afiliado el trabajador oficial."
Por el tipo de vinculación laboral, los trabajadores oficiales pueden convenir o pactar por medio de pliegos de peticiones, las condiciones aplicables en materia salarial, prestacional, jornada laboral, el reglamento interno de trabajo, entre otros aspectos diferentes a los reglamentos generales.

Así las cosas, los trabajadores oficiales se rigen por la Ley 6 de 1945 y el Decreto 1083 de 2015. Por esta razón, las condiciones laborales y prestacionales con las cuales se incorporan son aquellas establecidas en el artículo 2.2.30.3.5 del Decreto 1083 de 2015, que al respecto dispuso:

"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".

De acuerdo con 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 conclusión, si el servidor público tiene un contrato de trabajo, se trata de un trabajador oficial y su régimen legal será el establecido en el contrato de trabajo, la convención colectiva, el pacto colectivo o en el reglamento interno de trabajo, y por lo no previsto en ellos en la Ley 6 de 1945, al Decreto 1083 de 2015 y demás normas que lo modifican o adicionan, si bien en el ordenamiento jurídico no se evidencia una norma que determine el ascenso para los trabajadores oficiales.

Por ende y, para dar respuesta puntual a su consulta, esta Dirección Jurídica considera que:

De acuerdo con la normatividad vigente No es procedente que un contratista devengue por ningún concepto más que de la asignación establecida en el Decreto 462 de 2022 para el Alcalde, se deben respetar los topes máximos señalados en la mencionada disposición.

En el mismo sentido, el contratista de prestación de servicios profesionales que renuncie a la ejecución de su contrato para ser contratado como trabajador oficial tendrá las condiciones pactadas en el contrato de trabajo, el reglamento interno y la convención colectiva, independientemente de cuáles eran sus condiciones como contratista; y

Se deberá revisar si el gerente de una empresa de servicios públicos mixta se encuentra vinculado legal y reglamentariamente o a través de contrato para determinar si es un empleado público o es trabajador oficial y de esta manera determinar la normatividad que le aplicaría.

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 /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 CORTÉS

Director Jurídico

Proyectó. Sara Paola Orozco Ovalle

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones

---

Fecha y hora de creación: 2025-07-15 15:30:04