



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20136000134951

Fecha: 02/09/2013 06:38:12 p.m.

Bogotá, D.C

Señor

JAIRO AREIZA SANDOVAL

Presidente

SINTRAEMPRESAS

Calle 2 B sur No 8 A – 06 Este

Barrio París

Pitalito (Huila)

REF.: PRESTACIONES SOCIALES. Prestaciones Sociales- Convención Colectiva aplicable a los trabajadores oficiales de una Empresa Industrial y Comercial del Estado EMPITALITO E.P.S. **RAD.** 2013-206-011225-2

Respetado señor Areiza, reciba un cordial saludo.

En atención a su oficio de la referencia, me permito señalar lo siguiente:

A diferencia de los empleados públicos, los trabajadores oficiales tienen una relación contractual con la Administración, que les permite **negociar sus condiciones laborales**. Sobre el particular, el tratadista Diego Younes Moreno, en su libro Derecho Administrativo Laboral, expresa lo siguiente:

"La modalidad contractual laboral 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 manera, debemos tener en cuenta que los trabajadores oficiales se rigen por la **Ley 6 de 1945 y el Decreto 2127 de 1945**, estos mínimos pueden ser mejorados entre las partes en el contrato laboral de trabajo, la convención colectiva y el reglamento interno de trabajo. En tales documentos se señalará igualmente todo lo relacionado con la relación laboral, derechos, deberes, salarios, prestaciones sociales, causales para la terminación del contrato, etc. De no haberse señalado nada sobre alguno de los aspectos deberán remitirse a las normas anteriormente citadas.

"Tú sirves a tu país, nosotros te servimos a ti"

Carrera 6 No. 12-62, Bogotá, D.C., Colombia • Teléfono: 334 4080 • Fax: 341 0515 • Línea gratuita 018000 917 770
Internet: www.dafp.gov.co • Email: webmaster@dafp.gov.co





De tal manera que los trabajadores oficiales se rigen por el contrato de trabajo, la convención colectiva y el reglamento interno de trabajo, por lo tanto se considera que la entidad debe acudir en primera instancia a lo regulado en ellos.

Ahora bien, en caso de que no se haya consagrado el tema en particular en los instrumentos anteriormente señalados para los trabajadores oficiales, deberemos acudir al **Decreto 1045 de 1978¹**, el cual señala concretamente, los factores para la liquidación de Vacaciones y Prima de Vacaciones.

1.-VACACIONES

Dentro de nuestra legislación, las vacaciones están concebidas como prestación social y como una situación administrativa, la cual consiste en el reconocimiento en tiempo libre y en dinero a que tiene derecho todo empleado público o trabajador oficial por haberle servido a la administración durante un (1) año.

"ARTICULO 8º. DE LAS VACACIONES.- Los empleados públicos y trabajadores oficiales tienen derecho a quince (15) días hábiles de vacaciones por cada año de servicios, salvo lo que se disponga en normas o estipulaciones especiales. En los organismos cuya jornada semanal se desarrolle entre lunes y viernes, el día sábado no se computará como día hábil para efecto de vacaciones. (...)

Artículo 15º.- DE LA INTERRUPCION DE VACACIONES.- El disfrute de las vacaciones se interrumpirá cuando se configure alguna de las siguientes causales:

- a) Las necesidades del servicio;
- b) La incapacidad ocasionada por enfermedad o accidente de trabajo, siempre que se acredite con certificado médico expedido por la entidad de previsión a la cual esté afiliado el empleado o trabajador, o por el servicio médico de la entidad empleadora en el caso de que no estuviere afiliado a ninguna entidad de previsión;
- c) La incapacidad ocasionada por maternidad, o aborto, siempre que se acrediten en los términos del ordinal anterior;
- d) El otorgamiento de una comisión;
- e) El llamamiento a filas.

¹ "Por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional".



Las vacaciones conllevan como finalidad primordial procurar por medio del descanso la recuperación física y mental del servidor público, para que éste regrese a sus labores en la plenitud de sus capacidades y pueda contribuir eficazmente al incremento de la productividad del correspondiente organismo o entidad.

De acuerdo con lo anterior, debe considerarse que en las vacaciones se presenta la cesación transitoria en el ejercicio efectivo de las funciones y por ende, la no concurrencia al sitio de trabajo durante un período señalado con antelación, razón por la que el empleado, pese a que no pierde la vinculación con la administración, no está percibiendo salario propiamente dicho, sino el pago de esta prestación social.

Durante el tiempo que la persona se encuentra en vacaciones, no recibe salario propiamente dicho, sino que se le reconoce el descanso remunerado; por esta razón se le pagan por adelantado los días que va a salir a descansar (resultado de la sumatoria de los días hábiles en el calendario), de modo que, una vez el empleado se reintegra a las labores, se le reconocen los días efectivamente laborados, ejemplo:

Por lo tanto, teniendo en cuenta lo anteriormente señalado podemos concluir que el trabajador tiene derecho a 15 días hábiles de salario por concepto de vacaciones.

Ahora bien, se entiende que si el trabajador presenta una incapacidad dentro del término de disfrute de sus vacaciones, éstas se interrumpen y, por lo tanto, las mismas se empezarán a contar a partir del vencimiento de la respectiva incapacidad fecha a partir de la cual se cuentan los 15 días hábiles de vacaciones o lo restantes días si el disfrute ya había iniciado.

No obstante, es claro que conforme a la norma que se deja transcrita, el empleado incapacitado debe acreditar su incapacidad con certificado médico expedido por la entidad de previsión respectiva, con el fin de que la entidad pueda adelantar las gestiones necesarias encaminadas a la interrupción de las vacaciones.

Con respecto a sus interrogantes frente al trabajador que no salió a disfrutar el periodo vacacional en el año 2012, y en el año 2013 la empresa le concede las vacaciones por los periodos 2012 y 2013 por dos periodos vacacionales y con base en ello se liquidan y cancelan estos dos periodos, me permito informarle:

El Decreto 1045 de 1978², sobre acumulación de las vacaciones, dispone:

Artículo 13º.- *De la acumulación de vacaciones. Solo se podrán acumular vacaciones hasta por dos años, siempre que ello obedezca a aplazamiento por necesidad del servicio.*

ARTICULO 17. DE LOS FACTORES SALARIALES PARA LA LIQUIDACION DE VACACIONES Y PRIMA DE VACACIONES. *Para efectos de liquidar tanto el descanso remunerado por concepto de vacaciones como la prima de vacaciones de que trata este decreto, se tendrán en cuenta los*

² "Por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional".



siguientes factores de salario, siempre que correspondan al empleado en la fecha en la cual inicie el disfrute de aquellas:

- a. La asignación básica mensual señalada para el respectivo cargo;
- b. Los incrementos de remuneración a que se refieren los artículos 49 y 97 del decreto-ley 1042 de 1978;
- c. Los gastos de representación;
- d. La prima técnica;
- e. Los auxilios de alimentación y de transporte;
- f. La prima de servicios;
- g. La bonificación por servicios prestados.

En caso de interrupción de las vacaciones por las causales indicadas en el artículo 15 de este decreto, el pago del tiempo faltante de las mismas se reajustará con base en el salario que perciba el empleado al momento de reanudarlas.

Por lo tanto en la liquidación de las vacaciones sólo se tendrán en cuenta los factores salariales efectivamente causados por el funcionario, conforme con la norma transcrita.

2.- PRIMA DE SERVICIOS Y PRIMA POR ANTIGÜEDAD

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.

De otra parte, la Prima de Servicios y la Prima de Antigüedad son elementos de salario consagrados para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional en el Decreto 1042 de 1978, cuyo campo de aplicación no se ha extendido a los empleados públicos del nivel territorial.

Así lo consideró el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil³ ante la Consulta presentada por este Departamento Administrativo:

³ Radicación 1.956 del diez (10) de septiembre de 2009, Número Único 11001-03-06-000-2009-00038-00, Referencia: Función Pública. Aplicación del decreto 1042 de 1978 a los empleados públicos del nivel territorial. Excepción de inconstitucionalidad.



"En el caso de las autoridades públicas el deber de obediencia al ordenamiento jurídico constituye además el fundamento para el ejercicio de las competencias, de acuerdo con lo previsto en el artículo 121 de la Carta, según el cual "Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley", lo que hace que la competencia sea un presupuesto de validez de los actos que se profieren, de manera que si una autoridad pública expide un acto sin ser titular de ella, éste sería nulo.

En tal sentido, encontrándose vigente el decreto ley 1042 de 1978 que contempla los elementos salariales para los empleados públicos del orden nacional, no podrían los entes territoriales asumir una competencia de la que carecen y hacer extensivo a sus servidores tales elementos.

Con base en las anteriores consideraciones la Sala, RESPONDE:

"1. ¿Deben los entes territoriales reconocer y pagar los elementos de salario contemplados en el Decreto 1042 de 1978 a sus empleados públicos?"

El decreto ley 1042 de 1978 se encuentra vigente, pero en cuanto sólo contempla los elementos salariales para los empleados públicos del orden nacional, su regulación sobre este respecto no puede hacerse extensiva a los servidores públicos del orden territorial. (Subrayado fuera del texto).

De acuerdo con lo anterior queda claro que los elementos de salario consagrados para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional en el Decreto 1042 de 1978 como por ejemplo la Prima de Servicios y la prima de antigüedad, no se constituyen como un derecho de los mismos del orden territorial, **por cuanto el campo de aplicación del Decreto 1042 no se ha extendido a los empleados de ese nivel.**

Ahora bien, respecto del régimen salarial de los empleados públicos del orden territorial, se considera procedente remitirse a lo que sobre este tema pronunció la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en su concepto No. 1.518 del 11 septiembre de 2003, Magistrada Ponente la doctora Susana Montes de Echeverri, el cual fue ampliado el 13 de diciembre de 2004 bajo el mismo número. En este concepto se precisa, de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución Política, que la facultad para establecer el régimen salarial de los empleados públicos territoriales, que incluye fijar factores o elementos salariales, es del Gobierno Nacional, de conformidad con los parámetros generales fijados por el Congreso de la República, en observancia de lo que consagra el artículo 150 numeral 19 literal e) de la Carta Política. Estos pronunciamientos pueden ser consultados en la página Web de esa Corporación.

Además, la competencia asignada en los artículos 300.7 y 313.6 de la Constitución Política a las Asambleas Departamentales y a los Concejos Municipales, para determinar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos del nivel territorial, teniendo en cuenta los topes establecidos en los decretos salariales expedidos por el Gobierno Nacional, no comprende la atribución de crear factores salariales tales como la **Prima de Servicios y la Prima de Antigüedad.**



Así las cosas, esta Dirección, aun cuando reitera su posición tendiente a establecer que tanto la prima de servicios, como la prima de antigüedad son factores salariales consagrados para los empleados públicos y los trabajadores oficiales del nivel nacional; en virtud del artículo 88 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, los actos administrativos gozan de presunción de legalidad mientras no sean anulados o suspendidos por la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; por ello, si en su entidad se tiene previsto el pago de la prima de servicios y la prima de antigüedad, corresponde a la entidad realizar la interpretación y aplicación del mismo.

De conformidad con las normas transcritas, podemos concluir que revisada la normatividad, no se encontró un elemento salarial denominado prima por antigüedad o prima de servicios que hubiere sido creado para los empleados públicos del orden territorial.

3.- CONTRATACION

Respecto a sus interrogantes relacionados con el tema de contratación, es necesario precisar que de acuerdo con lo establecido en el Decreto 188 de 2004, este Departamento Administrativo no es competente para pronunciarse respecto del manejo contractual de las entidades del Estado.

No obstante, a manera de orientación es posible señalar:

Frente a los contratos de prestación de servicios, de conformidad con la Ley 80 de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, artículo 32 establece:

1. La Ley 80 de 1993, Estatuto de Contratación Administrativa, expresa:

"ARTICULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

(...)

3. Contrato de prestación de servicios

Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad.

Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable".

2) La Corte Constitucional en Sentencia C-154 de 1997, Magistrado Ponente Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA, respecto al contrato de prestación de servicios preceptuó:

"Tú sirves a tu país, nosotros te servimos a ti"

Carrera 6 No. 12-62, Bogotá, D.C., Colombia • Teléfono: 334 4080 • Fax: 341 0515 • Línea gratuita 018000 917 770
Internet: www.dafp.gov.co • Email: webmaster@dafp.gov.co





"La contratación de personas naturales por prestación de servicios independientes, únicamente, opera cuando para el cumplimiento de los fines estatales la entidad contratante no cuente con el personal de planta que garantice el conocimiento profesional, técnico o científico que se requiere o los conocimientos especializados que se demanden. Si se demuestra la existencia de una relación laboral que implica una actividad personal subordinada y dependiente, el contrato se torna en laboral en razón a la función desarrollada, lo que da lugar a desvirtuar la presunción consagrada en el precepto acusado y, por consiguiente, al derecho al pago de prestaciones sociales a cargo de la entidad contratante, para lo cual el trabajador puede ejercer la acción laboral ante la justicia del trabajo, si se trata de un trabajador oficial o ante la jurisdicción contencioso administrativa, con respecto al empleado público.

Para el cabal cumplimiento de los fines esenciales del Estado, la función pública al servicio de los intereses generales ejerce sus actividades a través de personas vinculadas al mismo en calidad de servidores públicos, quienes bajo la modalidad de empleados públicos o de trabajadores oficiales prestan sus servicios en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento (C.P., arts. 122 y 123). Es así como, la regulación que el Legislador ordinario haga de la función pública deberá contener las reglas mínimas y la forma con base en las cuales aquella tendrá que desarrollarse (C.P., art. 150-23), así como el régimen de responsabilidades que de allí se derive y la manera de hacerlo efectivo (C.P., art. 124), circunstancias todas que consagran una garantía para el ciudadano, como expresión del Estado Social de Derecho.

Adicionalmente, la estructura de la administración pública se complementa con la exigencia de que todo empleo público remunerado debe estar contemplado en la respectiva planta de personal y sus emolumentos previstos en el presupuesto de la correspondiente entidad (C.P., art. 122 y 189-14). Por consiguiente, resulta clara para la Corte la prohibición constitucional según la cual "No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento..." (C.P., arts. 122 y 189), sin que sea dable asignar la función pública permanente que debe ejercer el empleado público, a los que desarrollen actividades temporales, pues ello daría lugar a la respectiva responsabilidad disciplinaria por parte de la autoridad administrativa (C.P., art. 6).

"La decisión de contratar o de no hacerlo no es una opción absolutamente libre sino que depende de las necesidades del servicio; de igual modo, la decisión de con quién se contrata debe corresponder a un proceso de selección objetiva del contratista, en todos los eventos previstos en la ley; y tampoco pueden comprender el ejercicio de funciones públicas de carácter permanente, de manera que, la relación jurídica con quien se contrata es totalmente distinta a la que surge de la prestación de servicios derivada de la relación laboral y de los elementos propios del contrato de trabajo.

Esta Corporación amerita precisar que en el evento de que la Administración, con su actuación, incurra en una deformación de la esencia y contenido natural de ese contrato, para dar paso al nacimiento disfrazado de una relación laboral en una especie de transformación sin sustento jurídico con interpretaciones y aplicaciones erradas, necesariamente enmarcará su actividad dentro del ámbito de las acciones estatales inconstitucionales e ilegales y estará sujeta a la responsabilidad que de ahí se deduzca". (Se subraya y se resalta).

3) La Procuraduría General de la Nación mediante concepto No 3222 de junio 12 de 2002, respecto al numeral 29 artículo 48 de la Ley 734 de 2002, expuso:

"... se estima necesario precisar entonces que los contratos de prestación de servicios no pueden tener características de subordinación y dependencia, pues en esas condiciones se desdibuja la





esencia misma del contrato en referencia, que como se vio se identifica por la autonomía del contratista en la manera como desarrolla su labor y la ausencia de toda sumisión a las reglas que regulan las situaciones administrativas al interior de las entidades, pues esta supeditado únicamente a las estipulaciones contractuales; además, como esta constituye una modalidad excepcional con la normatividad vista lo que se pretende es evitar que la administración abuse de ella y se encubran relaciones de naturaleza laboral, que expresamente se prohíben en este tipo de contrataciones. (Resaltado nuestro)

Igualmente debe señalarse que la Ley 734 de 2002, no se limita a establecer una prohibición, sino a tipificar un hecho que se ha tenido como irregular desde el surgimiento de la regulación contractual, que se concreta por el desconocimiento de los lineamientos establecidos en el estatuto en la materia, elevándolo a la categoría de falta gravísima con las consecuencias que ello acarrea."

De acuerdo con las normas, jurisprudencia y concepto citados, los contratos de prestación de servicios con personas naturales deben darse cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta, se celebran por el término indispensable y no generan relación laboral ni prestaciones sociales.

De otro lado, se precisa atendiendo a la jurisprudencia citada, para que se configure la relación laboral se requiere que concurren los elementos esenciales para que éste exista, como corresponde a la continuada subordinación y dependencia de quien presta el servicio así como la continuada prestación del servicio; por consiguiente no importa la forma que se adopta o la denominación que se le dé en el "contrato realidad" lo importante es la prestación permanente del trabajo y su carácter subordinado.

Con respecto a la **Empresa de Servicios Temporales**, en su artículo 71 de la Ley 50 de 1990, se establece que es aquella que contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas el carácter de empleador, sin que el trabajador o empleado en misión participe en la gestión de la empresa usuaria.

Las Empresas de Servicios Temporales vinculan laboralmente los trabajadores en misión para cumplir con las tareas o servicios contratados con un usuario, sujetos a la legislación laboral. El artículo 74 de la Ley 50/90 establece que los trabajadores en misión son aquellos que contratan las empresas de servicios temporales para cumplir con las tareas o el servicio contratado. A los trabajadores en misión se les aplica, en lo pertinente, lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas del régimen laboral (artículo 75, Ley 50/90).

A su vez, el artículo 6 del Decreto 4369 de Diciembre 04 de 2006, por el cual se reglamenta el ejercicio de la actividad de las Empresas de Servicios Temporales y se dictan otras disposiciones, contempla lo siguiente:

"Artículo 6°. Casos en los cuales las empresas usuarias pueden contratar servicios con las Empresas de Servicios Temporales. Los usuarios de las Empresas de Servicios Temporales sólo podrán contratar con estas en los siguientes casos:

1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6° del Código Sustantivo del Trabajo.



2. Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.

3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) meses más.

Parágrafo. Si cumplido el plazo de seis (6) meses más la prórroga a que se refiere el presente artículo, la causa originaria del servicio específico objeto del contrato subsiste en la empresa usuaria, esta no podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales, para la prestación de dicho servicio."

Es preciso señalar, de conformidad con lo preceptuado por la Corte Constitucional en la sentencia C-1153 de 2005, solamente si es por necesidades del servicio que se encuentren debidamente justificadas, es viable vincular personal a través de empresas de servicios temporales, en los casos señalados en la norma.

Finalmente, en atención a los datos de su consulta frente a los interrogantes planteados, reiteramos que se debe tener en cuenta lo señalado en la convención colectiva teniendo en cuenta las condiciones, los requisitos pactados que puedan existir para tener acceso al reconocimiento y pago por los conceptos enunciados en su oficio.

El anterior concepto se imparte en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Atentamente,


CLAUDIA PATRICIA HERNÁNDEZ LEÓN
Directora Jurídica

Sandra Margarita Herrera g/JFCA/CPHL/Rad. 2013-206-011225-2
600.4.