



Función Pública

Concepto 355051 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública

20196000355051

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20196000355051

Fecha: 15/11/2019 03:16:51 p.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA.: PRESTACIONES SOCIALES- REMUNERACION - Pago de elementos salariales después de ciento ochenta (180) días de incapacidad.
RADICADO: 20192060356352 del 26 de octubre de 2019.

Me refiero a la comunicación de la referencia mediante la cual consulta cómo y a quién se le debe reconocer y pagar la prima de servicios, la bonificación y demás emolumentos, teniendo en cuenta que el Comisario de Familia titular del Municipio de San Francisco - Cundinamarca estuvo en incapacidad superior a los 180 días y falleció posteriormente; por lo que durante dicha incapacidad hasta la fecha, fue nombrado un funcionario externo para asumir las funciones propias del cargo, me permito manifestar lo siguiente:

La Corte Constitucional, en la sentencia C - 531 de 2000, que declaró la exequibilidad condicionada del inciso segundo del Artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en la que en su parte considerativa, entre otros, señaló:

"(...) En consecuencia, la Corte procederá a integrar al ordenamiento legal referido los principios de respeto a la dignidad humana, solidaridad e igualdad (C.P., arts. 2o, y 13), así como los mandatos constitucionales que establecen una protección especial para los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos (C.P., arts. 47 y 54), de manera que, se procederá a declarar la exequibilidad del inciso 2o. del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, bajo el entendido de que el despido del trabajador de su empleo o terminación del contrato de trabajo por razón de su limitación, sin la autorización de la oficina de Trabajo, no produce efectos jurídicos y sólo es eficaz en la medida en que se obtenga la respectiva autorización. En caso de que el empleador contravenga esa disposición, deberá asumir además de la ineficacia jurídica de la actuación, el pago de la respectiva indemnización sancionatoria. (Resaltado y subrayado fuera de texto).

Cabe destacar que la indemnización contenida en este inciso es adicional a todas las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar según la normatividad sustantiva laboral (Ley 50 de 1990), como bien se indica en el texto del inciso 2o. del artículo 26 en estudio. (...)"

Del tenor literal de la norma transcrita y de lo manifestado por la Jurisprudencia Constitucional, se desprende claramente que para terminar el contrato de trabajo de un trabajador con una incapacidad de origen común superior a 180 días, el empleador deberá solicitar previamente a la Dirección Territorial del Ministerio de la Protección Social correspondiente, el permiso para que autorice el despido con los soportes documentales que justifiquen el mismo; y sólo en caso de incumplimiento del requisito señalado, el despido será ineficaz, y surgirá a cargo del empleador, el pago de la indemnización de perjuicios equivalente a 180 días de salario, además de la indemnización por despido sin justa causa,

consagrada en la legislación laboral.

Ahora bien, como la incapacidad no suspende el contrato de trabajo, dicho periodo no es descontable para ningún efecto.

-
De manera que, el término de incapacidad no es descontable para efectos del reconocimiento y pago de las prestaciones sociales derivadas del contrato de trabajo, y en consecuencia, encontrándose el contrato laboral vigente y hasta el momento de su terminación, el empleador está en la obligación de liquidar y pagar al trabajador todas las prestaciones sociales y vacaciones, las cuales se liquidarán sobre el último salario percibido por el trabajador antes del inicio de su incapacidad.

-
Lo anteriormente indicado es igualmente aplicable en el caso de la incapacidad que supera los 180 días, pues si bien es cierto, no existe obligación de la EPS ni del empleador para pagar las incapacidades que superan los 180 días - salvo lo previsto el Artículo 23 del Decreto 2463 de 2001 cuando exista concepto favorable de rehabilitación -, no es menos cierto que el contrato de trabajo continúa vigente hasta tanto el trabajador no haya sido pensionado por invalidez o exista autorización del Inspector del Trabajo para despedir al trabajador, alegando la causal de incapacidad superior a los 180 días.

-
En consecuencia, hasta que no sea autorizado el despido por parte del Inspector del Trabajo, el contrato de trabajo continúa vigente, y por ende, las obligaciones del empleador respecto del pago de las prestaciones sociales y aportes al Sistema Integral de Seguridad Social, pero no respecto del salario, por cuanto éste no se genera durante el periodo de incapacidad.

-
Finalmente, es preciso señalar que en ningún caso, la Administradora de Pensiones adquiere la calidad de empleador, ni las responsabilidades salariales y prestacionales que le corresponderían a aquél, pues la carga de la AFP lmita al reconocimiento del subsidio equivalente al monto de la incapacidad, con posterioridad al día 180, cuando existe concepto favorable de rehabilitación. (...)”· (Destacado nuestro)

De acuerdo a lo anterior y reafirmando lo preceptuado por esta Dirección Jurídica en conceptos relacionados con este mismo tema, de conformidad con lo establecido en el artículo 18 del Decreto-Ley 3135 de 1968, el empleado público incapacitado tendrá derecho al pago de un subsidio en dinero, correspondiente a un salario completo durante ciento ochenta (180) días cuando la enfermedad fuese profesional, a las dos terceras (2/3) partes del salario durante los primeros noventa (90) días y la mitad del mismo por los noventa (90) días siguientes, cuando la enfermedad no fuese profesional.

Con relación al pago de elementos salariales y prestaciones sociales en el tiempo que sobrepase los ciento ochenta (180) días, dicho tiempo deberá ser tenido en cuenta para el reconocimiento de las prestaciones sociales del empleado que estuvo en incapacidad; excepto para las vacaciones, las cuales expresamente en el artículo 22 del Decreto 1045 de 1978, excluyen a la incapacidad que exceda de ciento ochenta días y no habrá lugar al reconocimiento de elementos salariales, dentro de los que se incluye la prima de servicios y la bonificación por servicios prestados.

En consecuencia, respecto del reconocimiento de elementos salariales, como quiera que el empleado titular estuvo incapacitado, no tendrá derecho entonces a que se le reconozca y pague la prima de servicios y la bonificación de servicios prestados, ya que al estar incapacitado no realizó la prestación del servicio.

Ahora bien, aunque en el escrito de su consulta manifiesta que se *nombró a un funcionario externo* para suplir la vacancia del Comisario de Familia, dicha situación no resulta clara. Por lo anterior, se acudió a consultar tanto en la página del *Sistema de Información y Gestión del Empleo Público* - SIGEP como en la página web de la Alcaldía Municipal de San Francisco (Directorio de Funcionarios) y se evidenció que el Comisario de Familia actual está encargado, es decir que la provisión de la vacancia temporal, que luego se convirtió en definitiva por el posterior fallecimiento, se realizó a través de la figura de encargo.

En ese sentido, se deberá establecer qué tipo de situación administrativa se empleó para suplir la vacancia. Al respecto, El artículo 18 del Decreto 2400 de 1968, por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones, consagra:

"[...] ARTÍCULO 18. Los empleados vinculados regularmente a la administración pueden encontrarse en las siguientes situaciones administrativas: en uso de licencia o permiso; en comisión; ejerciendo las funciones de un empleo por encargo; prestando servicio militar obligatorio, o en servicio activo [...]". (Subrayado fuera de texto)

Así mismo, el artículo 24 de la ley 909 de 2004, modificado por el artículo 1º la Ley 1960 de 2019, sobre la figura del encargo, estableció:

"ARTÍCULO 24. Encargo. Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados en estos si acreditan los requisitos para su ejercicio, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, no han sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño es sobresaliente.

(...)

Los cargos de libre nombramiento y remoción, en caso de vacancia temporal o definitiva, podrán ser provistos a través del encargo de empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción, que cumplan los requisitos y el perfil para su desempeño.

En caso de vacancia definitiva el encargo será hasta por el término de tres (3) meses, prorrogable por tres (3) meses más, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva. (...)"

Por su parte, el artículo 18 de la Ley 344 de 1996 dispone:

"ARTÍCULO 18. Los servidores públicos que sean encargados, por ausencia temporal del titular, para asumir empleos diferentes de aquellos para los cuales han sido nombrados, no tendrán derecho al pago de la remuneración señalada para el empleo que se desempeña temporalmente, mientras su titular la esté devengando."

De acuerdo a las disposiciones legales transcritas anteriormente, el encargo presenta un doble carácter constituye a la vez una situación administrativa y también una modalidad transitoria de provisión de empleos; el encargo puede ser total o parcial, lo que indica que, en el primer caso, el empleado se desliga de las funciones que le son propias y asume todas las del nuevo empleo, para el segundo caso, asume sólo una o algunas de ellas.

En ese sentido, el Consejo de Estado, en Sentencia bajo radicado número 25000-23-25-2008-00203-01 del 7 de marzo de 2013¹, referente a la procedencia del encargo por ausencia definitiva o temporal, expuso:

(...)De igual manera, en lo que se refiere a los encargos, señaló en su artículo 23 que los empleados podrán ser encargados para asumir parcial o totalmente las funciones de empleos diferentes de aquellos para los cuales han sido nombrados, por ausencia temporal o definitiva del titular. Así, cuando se trate de ausencia temporal, el encargo podrá conferirse hasta por el término de aquella y en caso de vacante definitiva hasta por un plazo máximo de tres (3) meses. Vencido éste término el encargado cesará automáticamente en el ejercicio de tales funciones y el empleo deberá proveerse de acuerdo con los procedimientos normales. Luego, el Decreto 1950 de 1973, "por el cual se reglamentan los Decretos-Leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil.", sobre la remuneración de los empleados allí contemplados (...)

(...)

En tratándose de encargo para suplir la vacancia de un empleo, hay que distinguir dos eventos, la vacancia definitiva que implica retiro total del

servicio, o lo que es lo mismo, que el empleado ha dejado de ocupar el cargo y por ende de recibir el sueldo, evento en el que el empleado encargado tiene derecho a recibir el sueldo correspondiente al empleo para el que ha sido encargado y que ha quedado vacante definitivamente.

Diferente situación se presenta cuando estamos frente a una vacancia temporal, porque ésta supone la continuidad de la vinculación del empleado que se ausenta de manera temporal del cargo del que es titular ante la presencia de uno cualquiera de los eventos contemplados en la norma y que no le permiten asumir por un tiempo determinado las funciones inherentes al cargo desempeñado, pero que no implica que no pueda seguir recibiendo la remuneración correspondiente y las prestaciones sociales a que tenga derecho; pero sí impide que el encargado para suplir esa vacancia temporal perciba la remuneración asignada al empleo que desempeña de manera transitoria.

Ahora bien, la Sección Quinta de esta misma corporación para diferenciar encargo de funciones y encargo de un empleo, mediante Sentencia 18 de diciembre de 2017. M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez Rad: 11001-03-28-000-2017-00044-00.indicó:

“El encargo es una modalidad de provisión temporal de empleos públicos, de conformidad con lo preceptuado por la jurisprudencia de la Sección Segunda de esta Corporación². Esta particularidad permite, en principio, parangonar esta figura jurídica al nombramiento, forma típica de acceso a la función pública.

Sin embargo, menester resulta indicar que no en todas las ocasiones los encargos deben ser comprendidos como una forma de proveer los empleos públicos, pues, no en pocas ocasiones, se encargan las funciones pero no el cargo, eventos en los cuales dicha situación administrativa no puede ser equiparada a un nombramiento.

En otros términos, el encargo del cargo implica un reemplazo del titular del mismo, mientras que en el contexto del encargo de funciones éste continúa ocupándolo, a pesar de que por alguna situación administrativa no puede desempeñar el catálogo de funciones asignado a su empleo.”

En este orden de ideas, si lo que se realizó para suplir la vacancia del comisario fue un encargo de funciones y no del empleo, entonces dicha situación administrativa no daría lugar al pago de la diferencia salarial ni tampoco al reconocimiento de emolumentos que se causen en dicho encargo (Prima de servicios, Bonificación por servicios prestados); pero si por el contrario, el empleado se desligó de las funciones que le son propias y asumió todas las del nuevo empleo de Comisario de Familia, a la fecha de causación de la prima de servicios (30 de junio) ejercía un empleo mediante la figura del encargo y devengaba el salario de este empleo, se le debía reconocer y pagar la mencionada prima de servicios con base en el salario del empleo en encargo.

Así mismo se indica que, la bonificación por servicios prestados se reconocerá y pagará al empleado público cada vez que cumpla un (1) año continuo de labor en una misma entidad pública. En ese entendido, si el empleado que durante un encargo del empleo, cumplió el año de servicios prestados en la entidad, tendría entonces derecho a que se le reconociera y pagara esta bonificación con el salario del empleo en encargo.

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

Proyectó: A. Ramos

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Magistrado Ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren
2. Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 14 de agosto de 2009, M.P: Gerardo Arenas Monsalve, Rad. 2143-2007

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 13:56:30