



Concepto 085111 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000085111

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000085111

Fecha: 11/03/2021 11:11:47 a.m.

Bogotá D.C.

Referencia: PRESTACIONES SOCIALES – Auxilio de Cesantías ¿Se mantiene el régimen de cesantías retroactivas en caso de que un empleado público de carrera supere un concurso de méritos? EMPLEO - ASIGNACION DE FUNCIONES ¿Es procedente asignar funciones distintas a un empleado que presenta enfermedades base con ocasión al estado de emergencia sanitaria decretada por el gobierno? - Radicación No. 20212060099162 del 24 de febrero de 2021.

En atención a la comunicación de la referencia, la cual fue remitida por la Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante la cual consulta si se mantiene el régimen de cesantías retroactivas en caso de que un empleado público de carrera supere un concurso de méritos, me permito manifestarle lo siguiente:

La Ley 344 de 1996, por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, estableció un régimen de liquidación anual de cesantías para aquellos empleados públicos que se vinculen a los órganos y entidades del Estado después de la expedición de dicha ley; las principales características de este régimen de cesantías son la obligatoriedad de consignar los dineros en un Fondo Administrador, la liquidación anualizada y el pago de intereses del 12% sobre el valor de las cesantías.

Antes de 1996, el régimen de cesantías de los empleados públicos del nivel territorial, en atención a la Ley 6 de 1945 es el retroactivo, cuya característica principal el régimen de liquidación de cesantías por retroactividad se caracteriza por su reconocimiento con base en el último salario realmente devengado, o el promedio de lo percibido en el último año de servicios, en caso de que durante los últimos tres meses de labores el salario devengado hubiera sufrido modificaciones

Sobre los derechos de carrera cuando un empleado de carrera administrativa presenta el periodo de prueba en otra entidad, la ley 909 de 2004, establece:

“ARTÍCULO 31. Etapas del proceso de selección o concurso. El proceso de selección comprende:

1.Convocatoria. La convocatoria, que deberá ser suscrita por la Comisión Nacional del Servicio Civil el Jefe de la entidad u organismo, es norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes.

(...)

5. Período de prueba. La persona no inscrita en carrera administrativa que haya sido seleccionada por concurso será nombrada en período de prueba, por el término de seis (6) meses, al final de los cuales le será evaluado el desempeño, de acuerdo con lo previsto en el reglamento.

Aprobado dicho período al obtener evaluación satisfactoria el empleado adquiere los derechos de la carrera, los que deberán ser declarados mediante la inscripción en el Registro Público de la Carrera Administrativa. De no obtener calificación satisfactoria del período de prueba, el nombramiento del empleado será declarado insubsistente.

El empleado inscrito en el Registro Público de Carrera Administrativa que supere un concurso será nombrado en período de prueba, al final del cual se le actualizará su inscripción en el Registro Público, si obtiene calificación satisfactoria en la evaluación del desempeño laboral. En caso contrario, regresará al empleo que venía desempeñando antes del concurso y conserva su inscripción en la carrera administrativa. Mientras se produce la calificación del período de prueba, el cargo del cual era titular el empleado ascendido podrá ser provisto por encargo o mediante nombramiento provisional.

PARÁGRAFO. En el reglamento se establecerán los parámetros generales para la determinación y aplicación de los instrumentos de selección a utilizarse en los concursos.”

De conformidad con lo anterior, el empleado con derechos de carrera que se encuentra en período de prueba por haber superado un proceso de selección conserva los derechos del empleo del cual es titular mientras supera el mismo, en caso de no superarlo regresará al citado empleo.

En este orden de ideas, en caso de superar el periodo de prueba, deberá presentar renuncia al cargo de carrera administrativa y al realizarse un nuevo nombramiento y una nueva posesión, se da lugar a una nueva relación laboral, totalmente independiente a la anterior.

La aceptación de la renuncia implica dar por terminada la relación laboral; por consiguiente, la entidad deberá liquidar las prestaciones sociales y demás emolumentos a que tiene derecho durante el tiempo laborado, de acuerdo con las normas legales vigentes que rigen la materia, a partir de aquel momento.

De esta forma, quien se vincula a un nuevo cargo por superar el concurso de méritos, en virtud de la Ley 344 de 1996 se encuentra en el régimen de cesantías con liquidación anualizada, sin que exista fundamento legal para continuar con el régimen de cesantías que poseía en una relación laboral extinta.

Se reitera, como quiera que las normas que regulan el reconocimiento de las prestaciones sociales contemplan su pago en forma proporcional, en criterio de esta Dirección Jurídica, se considera que procede la liquidación de la totalidad de las prestaciones sociales a que tiene derecho como es el caso de las vacaciones, prima de vacaciones, la bonificación por recreación, la prima de navidad y las cesantías, las cuales deberán liquidarse con el salario que este devengando al momento de su causación siempre y cuando el servidor efectivamente los estuviere percibiendo.

Frente a su segundo interrogante relacionado con el cambio y asignación de funciones con ocasión la emergencia ocasionada por el COVID -19, me permito indicarle que para evitar el contacto entre las personas y propiciar el distanciamiento social hasta tanto permanezca vigente la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, se expidió el Decreto 491 de 2020 en el que se señaló que las autoridades¹ a que se refiere su Artículo 1º, velarán por prestar los servicios a su cargo mediante la modalidad de trabajo en casa, utilizando las tecnologías de la información y las comunicaciones; así mismo se indica que, durante el periodo de aislamiento preventivo obligatorio las autoridades no podrán suspender la remuneración mensual de los servidores públicos.

Ahora bien, el Gobierno Nacional amplió los efectos de la Resolución 2230 del 27 de noviembre de 2020² se prorrogó nuevamente la emergencia sanitaria en todo el territorio nacional hasta el 31 de mayo de 2021.

Por su parte, el Decreto 1168 del 25 de agosto 2020³, reguló la fase de Aislamiento Selectivo y Distanciamiento Individual Responsable que regirá en la Colombia, en el marco de la emergencia sanitaria por causa del nuevo Coronavirus COVID 19, el cual fue prorrogado por el Decreto 1550 del 28 de noviembre de 2020, hasta las cero horas (00:00 a.m) del día 16 de enero de 2021.

El mencionado Decreto 1168 de 2020, dispuso:

ARTÍCULO 8. Teletrabajo y trabajo en casa. Durante el tiempo que dure la emergencia sanitaria por causa de la pandemia del Coronavirus COVID-19, las entidades del sector público y privado procurarán que sus empleados o contratistas cuya presencia no sea indispensable en la sede de trabajo, desarrollen las funciones y obligaciones bajo las modalidades de teletrabajo, trabajo en casa u otras similares. (Destacado nuestro)

En virtud de lo anterior, se siguió estableciendo que durante el tiempo que dure la emergencia sanitaria por causa de la pandemia del Coronavirus COVID-19, las entidades del sector público procurarán que sus empleados o contratistas cuya presencia no sea indispensable en la sede de trabajo, desarrollen las funciones y obligaciones bajo las modalidades de teletrabajo, trabajo en casa u otras similares.

En el mismo sentido, el Decreto Legislativo No. 491 de 2020 establece lo siguiente;

ARTÍCULO 3. Prestación de los servicios a cargo de las autoridades. Para evitar el contacto entre las personas, propiciar el distanciamiento social y hasta tanto permanezca vigente la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, las autoridades a que se refiere el Artículo 1 del presente Decreto velarán por prestar los servicios a su cargo mediante la modalidad de trabajo en casa, utilizando las tecnologías de la información y las comunicaciones.

Las autoridades darán a conocer en su página web los canales oficiales de comunicación e información mediante los cuales prestarán su servicio, así como los mecanismos tecnológicos que emplearán para el registro y respuesta de las peticiones.

En aquellos eventos en que no se cuente con los medios tecnológicos para prestar el servicio en los términos del inciso anterior, las autoridades deberán prestar el servicio de forma presencial. No obstante, por razones sanitarias, las autoridades podrán ordenar la suspensión del servicio presencial, total o parcialmente, privilegiando los servicios esenciales, el funcionamiento de la economía y el mantenimiento del aparato productivo empresarial.

En ningún caso la suspensión de la prestación del servicio presencial podrá ser mayor a la duración de la vigencia de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social.

PARÁGRAFO. En ningún caso, los servidores públicos y contratistas del Estado que adelanten actividades que sean estrictamente necesarias para prevenir, mitigar y atender la emergencia sanitaria por causa del Coronavirus COVID-19, y garantizar el funcionamiento de los servicios indispensables del Estado podrán suspender la prestación de los servicios de forma presencial. Las autoridades deberán suministrar las condiciones de salubridad necesarias para la prestación del servicio presencial. (negrillas propias)

De la norma transcrita se infiere que, cuando no se cuente con los medios tecnológicos para prestar el servicio, las entidades deben prestar el servicio de manera presencial, pero se debe tener en cuenta si las autoridades han ordenado la suspensión del servicio presencial ya sea total o parcialmente, se debe constatar que el funcionario no realice las actividades que menciona el parágrafo, porque si así fuese deberá seguir prestando el servicio de forma presencial.

Ahora bien, sobre la situación salarial el Artículo 15 *ibidem* establece;

ARTÍCULO 15. Prestación de servicios durante el período de aislamiento preventivo obligatorio. Durante el período de aislamiento preventivo obligatorio las autoridades dispondrán las medidas necesarias para que los servidores públicos y docentes ocasionales o de hora cátedra de instituciones de educación superior públicas cumplan sus funciones mediante la modalidad de trabajo en casa, haciendo uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones.

En ningún momento la declaratoria de Emergencia Económica, Social y Ecológica y la declaratoria de Emergencia Sanitaria, así como las medidas que se adopten en desarrollo de las mismas, podrán suspender la remuneración mensual o los honorarios a los que tienen derecho los servidores públicos o docentes ocasionales o de hora cátedra de instituciones de educación superior pública, respectivamente.

PARÁGRAFO. Cuando las funciones que desempeña un servidor público, un docente ocasional o de hora cátedra no puedan desarrollarse mediante el trabajo en casa, las autoridades competentes podrán disponer que, durante la Emergencia Sanitaria, y excepcionalmente, éstos ejecuten desde su casa actividades similares o equivalentes a la naturaleza del cargo que desempeñan. (Negrillas propias)

De lo anterior se colige que no se puede suspender el pago del salario al funcionario público, como consecuencia se le debe seguir cancelando, pero es importante mencionar que, si el funcionario no puede desempeñar sus funciones desde su casa, de manera excepcional y temporal se le pueden asignar funciones y/o actividades similares o equivalentes a la naturaleza de su cargo.

Por consiguiente, y atendiendo su consulta, esta Dirección Jurídica considera que los directores de las entidades deberán seguir las recomendaciones establecidas en los Decretos 491 de 2020, 593 de 2020, Resolución 666, 1462 y las Directivas Presidenciales, con el fin de garantizar la prestación del servicio, procurando que sus empleados cuya presencia no sea indispensable en la sede de trabajo, continúen desarrollando las funciones en la modalidad de teletrabajo o trabajo en casa.

De igual manera, la entidad deberá verificar el manual específico de funciones y de competencias laborales con el fin de asignar las funciones que guarden relación con el empleo del cual se es titular, con el fin de no desnaturalizarlo y las mismas deben estar circunscritas al nivel jerárquico, naturaleza jerárquica y área funcional del empleo. Se reitera, la entidad debe valorar la situación de los empleados y tomar las medidas pertinentes de acuerdo a las propias condiciones y circunstancias del servicio.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público, 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 y normativa relacionados con el tema.

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: Sandra Barriga Moreno

Revisó y aprobó: Dr. Armando López Cortes

11.602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, órganos de control, órganos autónomos e independientes del Estado, y a los particulares cuando cumplan funciones públicas. A todos ellos se les dará el nombre de autoridades.

2. Por la cual se proroga nuevamente la emergencia sanitaria por el nuevo Coronavirus que causa la Covid - 19, declarada mediante Resolución 385 de 2020, modificada por la Resolución 1462 de 2020.

3. "Por el cual se imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Coronavirus COVID - 19, y el mantenimiento del orden público y se decreta el aislamiento selectivo con distanciamiento individual responsable"

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:00:08