



Función Pública

Concepto 090471 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000090471

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000090471

Fecha: 15/03/2021 05:01:57 p.m.

Bogotá D.C.

REF: PRESTACIONES SOCIALES. Aportes al Sistema de Seguridad Social. Obligatoriedad de pago de aportes al sistema de seguridad social de un empleado suspendido en el ejercicio del cargo por orden judicial. RAD.: 20212060104562 del 25 de febrero de 2021.

En atención a su comunicación de la referencia, mediante la cual relata que como empleado de carrera administrativa fue suspendido del cargo como consecuencia de una medida de aseguramiento y posteriormente condenado por el juez competente, hechos que ocurrieron en el año 2000, por lo cual consulta si la entidad en la que estaba vinculado debió seguir pagando los aportes a seguridad social, en especial lo correspondiente a pensión, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

Es importante destacar que de acuerdo con lo señalado en el Decreto 430 del 2016, a este Departamento Administrativo le compete formular, implementar, hacer seguimiento y evaluar las políticas de desarrollo administrativo de la función pública, el empleo público, la gestión del talento humano, la gerencia pública, el desempeño de las funciones públicas por los particulares, la organización administrativa del Estado, la planeación y la gestión, el control interno, la participación ciudadana, la transparencia en la gestión pública y el servicio al ciudadano de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

Se precisa que las competencias relativas a establecer las directrices jurídicas para la aplicación de las normas por parte de la entidad y demás organismos y entidades de la administración pública en materia de régimen de administración de personal se formaliza, entre otros, a través de conceptos jurídicos, que guardan directa relación con la interpretación general de aquellas expresiones que ofrezcan algún grado de dificultad en su comprensión o aplicación, sin que tales atribuciones comporten, de manera alguna, la definición de casos particulares que se presenten al interior de las diferentes entidades.

La resolución de los casos particulares, corresponderá en todos los casos a la autoridad empleadora y nominadora, en cuanto es la instancia que conoce de manera cierta y documentada la situación particular de su personal y, además, en desarrollo de los principios de la especialización presupuestal y de la autonomía administrativa, constituye el único órgano llamado a producir una declaración de voluntad con efectos vinculantes en el mundo del derecho. En ese sentido, este Departamento en ejercicio de sus funciones, realiza la interpretación general de las disposiciones legales; sin embargo, no le corresponde la valoración de los casos particulares.

Al margen de lo anterior y a manera de información general sobre la situación planteada, se recuerda que el Decreto 806 del 30 de abril de 1998, por el cual se reglamenta la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud y como servicio de interés general, en todo el territorio nacional, establecía:

“ARTÍCULO 71. Cotizaciones durante el período de huelga o suspensión temporal del contrato de trabajo. En los períodos de huelga o suspensión temporal del contrato de trabajo por alguna de las causales contempladas en el artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo, no habrá lugar al pago de los aportes por parte del afiliado, pero sí de los correspondientes al empleador los cuales se efectuarán con base en el último salario base reportado con anterioridad a la huelga o a la suspensión temporal del contrato.

En el caso de suspensión disciplinaria o licencia no remunerada de los servidores públicos no habrá lugar a pago de aportes a la seguridad social, salvo cuando se levante la suspensión y haya lugar al pago de salarios por dicho período.” (Subrayado declarado nulo por el Consejo de Estado)

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda en sentencia con Radicación número: [11001-03-25-000-2006-00049-00](#)(1067-06) del 22 de septiembre de 2010, con ponencia del Magistrado Gerardo Arenas Monsalve, declaró la nulidad del inciso 2 del artículo 71 del Decreto 806 de 1998, con base en los siguientes argumentos:

“...Consecuente con lo hasta aquí expuesto, corresponde ahora establecer si las novedades laborales denominadas “suspensión disciplinaria” y

“licencia no remunerada” en el régimen legal laboral de los empleados públicos suponen la vigencia del vínculo laboral con el Estado o si durante tales situaciones administrativas desaparece dicho vínculo, para finalmente determinar si el contenido normativo demandado debe o no anularse.

La licencia es la separación transitoria del ejercicio del cargo por solicitud propia que implica la interrupción de la relación laboral pública y la suspensión de los efectos jurídicos, y de los derechos y obligaciones del empleado. Esta situación administrativa está consagrada como un derecho al tenor de lo dispuesto en el artículo 7º del Decreto 2400 de 1968, reiterado jurisprudencialmente en los siguientes términos:

“(…) La licencia ordinaria es un derecho incontestable del trabajador, que ha sido consagrado en forma reiterada en nuestra legislación y celosamente respetado por el empleador, por cuanto se ha entendido siempre que el hecho de tener que privarse, durante la licencia, de la contraprestación vital de su trabajo, que es el salario, hace que el trabajador use en forma prudente esta garantía que le otorga la ley.¹

Por su parte la suspensión como sanción disciplinaria, se impone al servidor que es encontrado responsable de alguna de las faltas que traen como consecuencia la separación temporal del ejercicio del cargo, una vez culminado el proceso disciplinario.

En efecto, durante la ocurrencia de una cualquiera de las situaciones administrativas descritas, el servidor queda transitoriamente separado del ejercicio de su cargo, es decir, se presenta una interrupción de la relación laboral entre el servidor y la Administración y por ende durante su vigencia no percibe remuneración alguna y tampoco dicho término puede computarse para efectos prestacionales, no obstante que el vínculo laboral se mantiene vigente y es por ello que culminado el período de licencia o de sanción, el servidor debe reincorporarse inmediatamente a su empleo so pena de incurrir en abandono del cargo.

En este orden de ideas, puede concluir la Sala que la licencia no remunerada y la suspensión disciplinaria que no comporte retiro definitivo del servicio, no rompen la relación laboral, por lo que es válido afirmar que se mantiene vigente la obligación del empleador de efectuar los aportes al sistema, al igual que ocurre en tratándose de empleador privado, pues no se evidencia una razón jurídica o fáctica que haga procedente el trato diferente para uno u otro. El exceptuar al Estado en su carácter de empleador, de pagar el aporte a la Seguridad Social está desconociendo uno de los principios pilares del sistema de salud y que no es otro que el de la continuidad en la prestación del servicio de salud por el cual propende nuestro Estado Social de Derecho.

(…)

Las excepciones a la cotización en el Decreto 806 de 1998. El Decreto reglamentario 806 de 1998 fue expedido por el Presidente de la República en uso de la facultad reglamentaria de las leyes que le señala el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política.

También se indicó en el encabezado del decreto que reglamentaba el literal k) del artículo 1º de la Ley 10 de 1990, el cual a su vez define el servicio público de salud y autoriza la intervención del Estado para lograr distintas finalidades, entre ellas (literal k) la de dictar las normas sobre la organización y funcionamiento de los servicios de las instituciones de seguridad y previsión social.

Finalmente, el decreto en estudio reglamenta los siguientes artículos de la Ley 100 de 1993: el artículo 154, que regula la intervención del Estado en el servicio público de la seguridad social; el artículo 157 que clasifica los tipos de participantes en el sistema general de seguridad social en salud y crea los regímenes contributivo y subsidiado; y el artículo 159 que garantiza a los afiliados del sistema de salud, “la debida organización y prestación del servicio público de salud” y regula los términos de la misma.

Invocando las citadas normas, el Decreto 806 de 1998 introduce en el artículo 71 las siguientes interrupciones o excepciones al deber de cotización de los empleadores y los trabajadores al sistema de salud:

En primer lugar, contempla el caso de la huelga o suspensión del contrato de trabajo: aquí se trata en realidad de una sola situación jurídica, cual es la suspensión del contrato de trabajo, respecto de la cual la ley laboral contempla diversas causales, una de las cuales es el caso de la huelga legalmente declarada.

En segundo lugar, la norma introduce variación a las reglas de cotización al sistema de salud en los casos de suspensión disciplinaria o de licencia no remunerada de servidores públicos, al consagrar que en caso de que se presente una cualquiera de estas situaciones administrativas, no hay lugar al pago de los aportes a la seguridad social y que este pago se reanuda cuando concluya el período de la licencia o de la suspensión y haya lugar al pago de salarios por dicho período.

Consecuente con lo hasta aquí expuesto, considera la Sala que suspender el pago de los aportes a la seguridad social cuando se presenta suspensión en el ejercicio de las funciones por parte del trabajador, implica para éste, el desconocimiento de los derechos a la permanencia y continuidad en el sistema.

Aunado a lo anterior, no se evidencia una causa que justifique la exoneración que la norma le hace al Estado de no cancelar los aportes cuando el servidor se encuentra en licencia no remunerada o ha sido sancionado disciplinariamente con suspensión, contrario a lo que ocurre en tratándose de empleador privado el que aún en presencia de una cualquiera de las situaciones administrativas descritas, está en la obligación de pagar los aportes que a él le corresponden con base en el último salario base reportado.

Así las cosas, al no tener fundamento la exoneración al Estado del pago de la cotización cuando el servidor público está suspendido del ejercicio de sus funciones por sanción disciplinaria o por licencia no remunerada, se impone la anulación del aparte normativo demandado, por vulnerar los principios de igualdad, solidaridad, continuidad y reserva de la ley como ejes centrales del Sistema de Seguridad Social.

Consecuente con lo hasta aquí expuesto, encuentra la Sala que el gobierno al exonerar al Estado del pago de los aportes a la seguridad social cuando los servidores públicos se encuentren en licencia no remunerada o hayan sido suspendidos por falta disciplinaria de sus cargos, además de vulnerar el principio de igualdad frente al empleador privado, desbordó la potestad reglamentaria, en cuanto tal y como se consignó en los párrafos precedentes, la obligación de cotización al sistema es un deber legal que no contempla como causales de exoneración la licencia o la sanción disciplinaria de suspensión en las que a pesar de presentarse suspensión en el cumplimiento de las funciones del servidor, se mantiene vigente la relación laboral.

Finalmente el argumento del Ministerio de Protección relativo a que la ausencia de remuneración impide calcular el aporte, no es suficiente para exonerarlo de su pago, pues tal y como ocurre en el caso del empleador privado, dicho aporte puede ser calculado con fundamento en lo que ha venido devengado el empleado, pues debe recordarse que éste no ha sido desvinculado sino suspendido. Sumado a lo anterior debe recordarse que suspender el pago de los aportes constituye un riesgo no sólo para el empleado sino para el Estado-empleador, quien tendría eventualmente que asumir el riesgo no cubierto por la ausencia de cotización, lo cual generaría costos innecesarios y evitables de asumirse el pago del aporte.”

Como puede observarse, mediante esta decisión el Consejo de Estado declaró la nulidad del inciso 2 del artículo 71 del Decreto 806 de 1998, por lo cual se considera que a la luz de ese pronunciamiento, no hay lugar a suspender el pago de los aportes a la seguridad social por parte del empleador cuando se presenta suspensión en el ejercicio de las funciones del servidor público, ya sea por licencia no remunerada o por suspensión disciplinaria.

Por otro lado, se observa que en la actualidad, la situación analizada está regulada por el artículo 2.2.5.5.47 del Decreto 1083 de 2015, que dispone:

“ARTÍCULO 2.2.5.5.47 Suspensión en ejercicio del cargo. La suspensión provisional consiste en la separación temporal del empleo que se ejerce como consecuencia de una orden de autoridad judicial, fiscal o disciplinaria, la cual deberá ser decretada mediante acto administrativo motivado y generará la vacancia temporal del empleo.

El tiempo que dure la suspensión no es computable como tiempo de servicio para ningún efecto y durante el mismo no se cancelará la remuneración fijada para el empleo. No obstante, durante este tiempo la entidad deberá seguir cotizando al Sistema Integral de Seguridad Social, en la proporción que por ley le corresponde.” (Subrayado nuestro)

En tal virtud, esta Dirección Jurídica observa que para determinar el momento hasta el cual la entidad a la que estaba vinculado debió realizar los aportes a seguridad social del empleado suspendido por orden judicial, deberá establecerse la fecha en que se produjo su retiro del servicio, situación que únicamente puede definir la respectiva entidad, con base en los antecedentes que reposen en su hoja de vida.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo, 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 CORTÉS

Director Jurídico

Proyectó: Melitza Donado.

Revisó: José Fernando Ceballos.

Aprobó: Armando López C.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

1. Consejo de Estado - Sección Segunda. Sentencia del 14 de junio de 1983.

Fecha y hora de creación: 2025-01-05 22:42:43