



Función Pública

Concepto 213941 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000213941

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000213941

Fecha: 17/06/2021 01:08:24 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: SITUACIONES ADMINISTRATIVAS – Licencia por enfermedad y maternidad o paternidad. Radicado: 20212060470642 del 10 de junio de 2021.

En atención a la comunicación de referencia, remitida a éste Departamento Administrativo por la Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante la cual eleva los siguientes interrogantes relacionados con la aplicabilidad de “servicio activo” consagrada en el Artículo 2.2.5.5.1 del Decreto 1083 de 2015, para las situaciones administrativas en las que pueda encontrarse un empleado público, así mismo con lo dispuesto en el Artículo 2.2.5.5.2 del mismo decreto, en donde define que un empleado se encuentra en servicio activo cuando ejerce funciones del empleo del cual ha tomado posesión, en contraposición con lo dispuesto en el Artículo 2.2.5.5.14 ibidem, que dispone que el tiempo que dure la licencia por enfermedad y maternidad o paternidad es computable como tiempo de servicio activo, a saber:

“1.- La licencia de maternidad o licencia de paternidad, entendiéndose que es el periodo en que NO se ejerce las funciones del empleo, ¿se considera que el servidor público NO está en servicio activo?”

2.- Si en el punto anterior, se confirma que en licencia NO se está en servicio activo, a que se refiere el Artículo 2.2.5.5.14, cuando señala que ese tiempo es computable como tiempo de servicio activo?”

3.- Existe una ambigüedad o contradicción entre el Artículo 2.2.5.5.2 y el artículo 2.2.5.5.14?”

Me permito indicarle lo siguiente:

El Artículo 2.2.5.5.1 del Decreto 1083 de 2015¹, modificado por el Artículo 1° del Decreto 648 de 2017, dispuso lo siguiente:

“ARTÍCULO 2.2.5.5.1 Situaciones administrativas. El empleado público durante su relación legal y reglamentaria se puede encontrar en las siguientes situaciones administrativas:

1. En servicio activo.
2. En licencia.
3. En permiso.
4. En comisión.
5. En ejercicio de funciones de otro empleo por encargo.
6. Suspendido o separado en el ejercicio de sus funciones.
7. En periodo de prueba en empleos de carrera.
8. En vacaciones.
9. Descanso compensado.”

Por su parte, en relación con la situación administrativa dispuesta en el numeral 1° del precepto normativo expuesto precedentemente, el mismo decreto la definió con lo siguiente, a saber:

“ARTÍCULO 2.2.5.5.2 Servicio activo. Un empleado se encuentra en servicio activo cuando ejerce las funciones del empleo del cual ha tomado posesión”

Al respecto, es preciso abordar sentencia² proferida por el Consejo de Estado, en la cual se concluyó en los siguientes términos la necesidad de la posesión para ejercer un empleo público:

“De la Posesión como requisito para desempeñar un cargo público.

El Artículo 122 de la Constitución Política consagra:

“Art. 122. No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la Ley o reglamento... Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben. (...).”

De acuerdo con la norma transcrita el empleado encargado debió tomar posesión del cargo. (...).”

De los apartes normativos y jurisprudencia transcritos, se tiene que un empleado público dentro de su relación legal y reglamentaria podrá estar vinculado en diferentes situaciones administrativas, entre otras, en servicio activo, la cual de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 2.2.5.5.2

del Decreto 1083 de 2015, modificado por el Decreto 648 de 2017, es aquella cuando se ejercen las funciones del empleo del cual ha tomado posesión. Por lo tanto, la posesión es un requisito para poder entrar a desempeñar un cargo público, como para el caso ateniendo a la jurisprudencia, para poder desempeñarse el empleado en el empleo en el cual se le otorgó encargo, previamente debió tomar posesión.

En ese sentido, y abordando su tema objeto de consulta, en el mismo decreto respecto a la situación administrativa de licencia por enfermedad y maternidad o paternidad, se dispuso:

“ARTÍCULO 2.2.5.5.10 Licencias por enfermedad, maternidad o paternidad. Las licencias por enfermedad, maternidad o paternidad de los servidores públicos se rigen por las normas del régimen de Seguridad Social, en los términos de la Ley 100 de 1993, la Ley 755 de 2002, la Ley 1822 de 2017 y demás disposiciones que las reglamenten, modifiquen, adicionen o sustituyan.

Las licencias a cargo de las Administradoras de Riesgos Laborales se regirán en lo pertinente al pago que asume la ARL, por la Ley 100 de 1993, el Decreto 1295 de 1994, la Ley 776 de 2002 y la Ley 1562 de 2012 y demás disposiciones que las reglamenten, modifiquen, adicionen o sustituyan.

ARTÍCULO 2.2.5.5.11 Otorgamiento de la licencia por enfermedad. La licencia por enfermedad se autorizará mediante acto administrativo motivado, de oficio o a solicitud de parte, previa la certificación expedida por autoridad competente.

Una vez conferida la incapacidad, el empleado está en la obligación de informar a la entidad allegando copia de la respectiva certificación expedida por la autoridad competente.

PARÁGRAFO. El trámite para el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, se adelantará de manera directa por el empleador ante las entidades promotoras de salud, EPS, de conformidad con lo señalado en el Artículo 121 del Decreto Ley 019 de 2012. En consecuencia, en ningún caso puede ser trasladado al afiliado el trámite para la obtención de dicho reconocimiento.

ARTÍCULO 2.2.5.5.12 Duración de licencias por enfermedad y riesgos laborales y de la licencia de maternidad o paternidad. La duración de la licencia por enfermedad y riesgos laborales y de la licencia de maternidad o paternidad, será por el término que se determine en el certificado médico de incapacidad, o por el fijado directamente por la ley que las regula, sin que dicho plazo pueda ser aumentado o disminuido por el servidor o por el empleador.

ARTÍCULO 2.2.5.5.13 Prestaciones económicas derivadas de las licencias por enfermedad y riesgos laborales y de la licencia de maternidad o paternidad. Durante la licencia por enfermedad general o profesional, maternidad o paternidad el empleado tiene derecho a las prestaciones económicas señaladas en la normativa que las regula, las cuales estarán a cargo de la entidad de seguridad social competente.

Cuando la licencia por enfermedad general sea igual o inferior a dos (2) días se remunerará con el 100% del salario que perciba el servidor. A partir del tercer día la licencia por enfermedad genera vacancia temporal en el empleo y se remunerará de conformidad con las normas de Seguridad Social en Salud.” (Subrayado fuera del texto original)

La Corte Constitucional mediante sentencia³, con respecto al derecho fundamental a la seguridad social consideró lo siguiente:

“ii. El derecho fundamental a la seguridad social. Reiteración de jurisprudencia.

De la lectura de las normas transcritas se deduce que el derecho a la seguridad social protege a las personas que están en imposibilidad física o mental para obtener los medios de subsistencia que le permitan llevar a cabo una vida digna a causa de la vejez, el desempleo o de una

enfermedad o incapacidad laboral.

Como se puede apreciar, el derecho a la seguridad social demanda el diseño de una estructura básica que, en primer lugar, establezca las instituciones encargadas de la prestación del servicio y precise, además, los procedimientos bajo los cuales éste debe ocurrir. En segundo término, debe definir el sistema a tener en cuenta para asegurar la provisión de fondos que garanticen su buen funcionamiento. En este punto cobra especial importancia la labor del Estado, el cual, por medio de asignaciones de sus recursos fiscales, tiene la obligación constitucional de brindar las condiciones necesarias para asegurar el goce del derecho irrenunciable a la seguridad social." (Subrayado fuera del texto original)

Por otra parte, esta misma corporación⁴ en relación con la licencia de maternidad como mecanismo para garantizar los derechos fundamentales de las mujeres y los recién nacidos afirmó lo siguiente:

"De igual forma, la Constitución Colombiana desarrolló una cláusula de especial protección a los grupos de población vulnerable –art. 13- y la disposición superior del Artículo 43 según el cual la mujer, durante el embarazo y después del parto, goza de una especial protección por parte del Estado y recibirá de éste un subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada.

Siguiendo estos lineamientos, la Corte Constitucional ha sido enfática en definir la licencia de maternidad como un elemento idóneo para salvaguardar derechos fundamentales de la madre y del neonato, pues se trata de una protección especial conferida a las mujeres durante la etapa de la maternidad para que puedan recuperarse del esfuerzo físico y psicológico que acarrea el proceso de gravidez y de parto, así como para que puedan brindarle el cuidado necesario a sus hijos recién nacidos. En este orden de ideas, tal prestación es inescindible de derechos tales como la vida digna, el mínimo vital y la salud de la madre y el recién nacido. Por esto, los mismos imperativos supraleales aplicables en el territorio colombiano y las leyes que los desarrollan no desconocen la importancia de la licencia de maternidad y no pueden ser interpretados de forma contraria." (Subrayado fuera del texto original)

En cuanto a la licencia por paternidad, este mismo tribunal, concluyó mediante sentencia⁵ lo siguiente:

"Sin embargo, no se puede entender la maternidad como un estado en el que simplemente se debe proteger a la mujer y al niño que está por nacer, porque la protección a ésta se encuentra íntimamente ligada con la protección que el Estado debe dar a la familia. Téngase en cuenta que en esta etapa la familia se encuentra en un periodo de vulnerabilidad que debe ser considerado tanto por el Estado, como por los empleadores y por la misma sociedad. Por lo tanto, el pago de la licencia remunerada de paternidad, además de proteger los intereses superiores del menor, es una manifestación de apoyo al mantenimiento de los ingresos familiares que muy a menudo son vitales.

Adicionalmente, en repetidas oportunidades esta Corte ha explicado la importancia de la licencia de paternidad con el fin de que el padre se vincule activamente en la crianza de sus hijos otorgándoles protección, cuidado y amor en los primeros días de sus vidas." (Subrayado fuera del texto original)

A partir de lo anterior, y abordando su consulta en concreto, las licencias por enfermedad, maternidad o paternidad de los servidores públicos se rigen por las normas del régimen de Seguridad Social, quiere decir que, el trámite para su reconocimiento se encuentra a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud y será adelantado directamente por el empleador ante las entidades promotoras de salud – EPS. En cuanto al término de su duración, será por el que se determine en el certificado médico de incapacidad, para la licencia por enfermedad, o por el fijado directamente por la ley, para la licencia de maternidad o paternidad.

Las prestaciones económicas a las cuales tienen derecho los empleados que se encuentren en cualquiera de estas situaciones administrativas, estarán a cargo de la entidad de seguridad social competente, y para el caso de que la licencia por enfermedad exceda dos días, a partir del día tercero genera vacancia temporal del empleo del cual es titular el empleado incapacitado y se remunerará de conformidad a las normas de Seguridad Social en Salud. Sin embargo, es preciso mencionar que de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 2.2.5.2.2 del Decreto 1083 de 2015, el empleo del cual es titular el empleado quedará temporalmente vacante en el evento que se encuentre en la situación administrativa de licencia.

En todo caso, y para dar respuesta a sus interrogantes, la licencia por enfermedad y maternidad o paternidad se encuentran a cargo del Sistema General de Seguridad Social, quiere decir que estas licencias contempladas con carácter remunerado dentro de la normatividad aplicable a la función pública, se encuentran previstas como situaciones en las cuales los empleados podrán estar inmersos y el reconocimiento y pago de su remuneración está en cabeza de las entidades promotoras de salud a las cuales se encuentren cotizando.

Este carácter remunerado que las caracteriza, así como el tiempo de servicio activo mientras se encuentren en uso de ellas los empleados públicos, obedece de acuerdo con lo analizado con la Corte Constitucional, primeramente para las licencias de enfermedad, por enmarcarse dentro del derecho fundamental a la seguridad social que protege a las personas que están en imposibilidad física para obtener los medios de subsistencia que le permitan llevar una vida digna a causa de una enfermedad o incapacidad laboral.

Entretanto para las licencias de maternidad o paternidad, para esta última por la protección de los intereses superiores del menor, como de la importancia de que se vincule activamente el padre con la crianza de sus hijos, y para la licencia de maternidad, para salvaguardar los derechos fundamentales de la madre y el recién nacido, y que la empleada durante la etapa de la maternidad, para el caso en concreto, pueda recuperarse del esfuerzo físico y psicológico que acarrea el proceso de parto, así como para poder ofrecerle el cuidado que necesita su hijo recién nacido.

Por lo tanto, y atendiendo lo consultado, deberá entenderse que lo consagrado en el Artículo 2.2.5.5.14 del Decreto 1083 de 2015, modificado por el Artículo 1° del Decreto 648 de 2017, es únicamente sobre el computo del tiempo en servicio activo mientras el empleado se encuentra en alguna de estas licencias estudiadas, toda vez que la Corte es enfática al establecer el papel del Estado y de los empleadores para proteger a los empleados que se encuentren en licencia por enfermedad, maternidad o paternidad, las cuales se encuentran estrechamente relacionadas con el derecho fundamental a la seguridad social y el derecho fundamental del niño recién nacido a tener una familia y a no ser separado de ella.

En consecuencia, este servicio activo de que trata esta norma para el computo del tiempo de la licencia por enfermedad, maternidad o paternidad, es en razón a que sus elementos salariales o prestacionales no se interrumpan mientras se encuentran en alguna de estas licencias citadas.

Finalmente, para más 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: Valeria B.

Revisó: José Fernando Ceballos Arroyave.

Aprobó: Armando López Cortes.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. *"Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública."*

2. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, 14 de julio de 2005, Radicación número: 70001-23-31-000-1998-0686-01(4215-02), Consejero Ponente: Jesus María Lemos Bustamante.

3. Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión, 05 de agosto de 2010, Referencia: expediente T-2.606.275, Consejero Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

4. Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión, 17 de mayo de 2007, Referencia: expedientes: T-1538829, T-1538658, T-1539084, T-1538373 (acumulados), Consejero Ponente: Jaime Araújo Rentería.

5. Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión, 04 de septiembre de 2008, Referencia: expediente T-1'891715, Consejero Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

Fecha y hora de creación: 2024-09-30 13:13:14