



Función Pública

Concepto 382791 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000382791

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000382791

Fecha: 21/10/2021 01:37:40 p.m.

Bogotá D.C.

REF: REMUNERACIÓN. Suspensión provisional en el empleo por orden judicial. Reconocimiento de salarios y prestaciones a quien se encarga por licencia de enfermedad del titular. RAD. 20212060633682 del 21 de septiembre de 2021.

En la comunicación de la referencia, solicita le sean absueltas las siguientes inquietudes:

1. ¿Un funcionario público que fue privado de la libertad y posterior a eso, dejado en libertad sin haber sido condenado o sancionado, tiene derecho al pago del salario, prestaciones sociales y demás factores salariales?
2. Un funcionario público (Secretario de Despacho) que asume como Alcalde Encargado en el tiempo en que el titular estuvo con incapacidad médica (asumida por la EPS), ¿tiene derecho al pago de la diferencia salarial, prestaciones sociales y bonificación correspondiente al Alcalde?
3. En el caso que un Secretario de Despacho (Nivel Directivo) que asume como alcalde encargado cuando el titular se encontraba en periodo de incapacidad, ¿tiene derecho a viáticos como alcalde o como secretario?

Sobre las inquietudes planteadas, me permito manifestarle lo siguiente:

Sobre el pago de salarios y prestaciones del empleado que fue suspendido provisionalmente por orden judicial.

El Decreto [1083](#) de 2015, "por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública", determina lo siguiente:

"ARTÍCULO [2.2.5.2.2](#). VACANCIA TEMPORAL. Para los mismos efectos se produce vacancia temporal cuando quien lo desempeña se encuentra en:

(...)

6. Suspendido en el ejercicio del cargo por decisión disciplinaria, fiscal o judicial, y

(...)”

(Se subraya).

Como se aprecia, la vacancia temporal de un empleo se produce, entre otras, por la suspensión en el ejercicio del cargo por decisión judicial.

Sobre la viabilidad de que un empleado suspendido por decisión judicial perciba los salarios no reconocidos mientras existió la medida, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, con ponencia del Consejero Gerardo Arenas Monsalve, en sentencia emitida el 24 de enero de 2013, dentro del expediente con Radicado No.: 25000-23-25-000-2008-00658-01(0391-10), señaló lo siguiente:

“Así las cosas, la Sala reitera su criterio jurisprudencial frente al tema del pago de salarios y prestaciones sociales dejados de percibir por suspensión en el ejercicio del cargo por orden judicial ⁶, en los siguientes términos:

La medida de suspensión provisional impuesta por orden judicial, no conlleva el rompimiento de la relación laboral, sino la condiciona al desenvolvimiento del proceso penal, constituye entonces una medida cautelar y transitoria a la que se sujeta el funcionario investigado y con la cual se busca proteger la transparencia y eficiencia de la investigación penal, y no sancionarlo en forma prematura, ya que, en virtud del artículo 29 de la C.N. lo acompaña la presunción de inocencia durante el desenvolvimiento del proceso. Por lo tanto, una vez producido el levantamiento de la medida de suspensión provisional, por orden judicial, cesa la situación de suspenso en el reconocimiento de salarios y prestaciones y las cosas retornan a su estado original, esto es, se restablecen a plenitud las condiciones del vínculo laboral, recayendo sobre el nominador la obligación de reintegrar las sumas de dinero dejadas de pagar⁷.

(...)

Esta conclusión no sólo es incuestionable a la luz de la naturaleza de los actos administrativos que se profieren para adoptar y revocar la medida, sino frente a los principios de justicia, equidad y dignidad que inspiran nuestro sistema jurídico y que en este caso exigen el restablecimiento integral de los derechos de quien fue suspendido infundadamente en el ejercicio de sus funciones.

Cabe recordar que la suspensión objeto de estudio no ostenta la naturaleza de sanción, en la medida en que, de conformidad con lo establecido en el artículo 29 de la Constitución Política, hasta que el funcionario no haya sido oído y vencido en un juicio dotado de todas las garantías procesales se presume su inocencia, considerándose entonces como una medida cautelar que busca permitir una mayor transparencia y agilidad en la investigación, es justamente por esta razón que la misma no extingue el vínculo laboral, por lo tanto, una vez cesan sus efectos por orden judicial, las cosas vuelven al estado anterior, recayendo sobre el nominador la obligación de reintegrar las sumas de dinero dejadas de pagar.

Aunado a ello, advierte la Sala que en situaciones como la presente, de subsistir alguna duda respecto de la situación del demandante, deben aplicarse los principios fundamentales consagrados en el artículo 53 de la Constitución Política conforme a los cuales debe acudir a la “situación más favorable al trabajador en caso de duda en aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho”, pues si bien es cierto el nominador no profirió la orden de suspensión que afectó al trabajador, este tampoco tiene que correr con la carga que por la decisión de la autoridad afectó su situación laboral.

Establecido lo anterior debe precisarse que si bien es cierto que la suspensión del actor no fue iniciativa de la entidad demandada con la que estuvo vinculado laboralmente, tal circunstancia no la releva de su condición de empleador y por ende no lo exonera del reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir como consecuencia del acto de suspensión. Otra cosa es que el nominador pueda repetir contra la Fiscalía General de la Nación en obediencia de cuyo mandato se profirió el acto de suspensión provisional, esto en atención a que, como es sabido, en los casos de suspensión disciplinaria el pago de las acreencias laborales le corresponde al nominador aunque la orden haya sido proferida en acatamiento de lo dispuesto por la Procuraduría General de la Nación, en consideración con lo preceptuado en el artículo 147 de la Ley 270 de 1996.” (El subrayado es nuestro).

De acuerdo con el citado fallo, la medida de suspensión provisional en el ejercicio del cargo por orden judicial no conlleva el rompimiento de la relación laboral y una vez producido el levantamiento de la misma, por orden judicial, cesa la situación de suspenso en el reconocimiento de salarios y prestaciones y las cosas retornan a su estado original, esto es, se restablecen a plenitud las condiciones del vínculo laboral, recayendo sobre el nominador la obligación de reintegrar las sumas de dinero dejadas de pagar pues se debe restablecer integralmente los derechos de quien fue suspendido infundadamente en el ejercicio de sus funciones.

Con base en lo expuesto, esta Dirección considera que un servidor público que fue privado de la libertad y por ello suspendido provisionalmente en su empleo, si con posterioridad se levanta esta medida, tendrá derecho al reconocimiento y pago del salario y las prestaciones sociales dejadas de percibir mientras estuvo suspendido en el ejercicio del cargo por decisión judicial.

Sobre el derecho del encargado de percibir el salario y las prestaciones cuando el titular está en licencia de enfermedad.

Sobre el particular, el ya citado Decreto 1083 de 2015, establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 2.2.5.2.2 Vacancia temporal. El empleo queda vacante temporalmente cuando su titular se encuentre en una de las siguientes situaciones:

1. Vacaciones.
2. Licencia.
3. Permiso remunerado
4. Comisión, salvo en la de servicios al interior.
5. Encargado, separándose de las funciones del empleo del cual es titular.
6. Suspendido en el ejercicio del cargo por decisión disciplinaria, fiscal o judicial.
7. Período de prueba en otro empleo de carrera.”

Como se aprecia, una de las situaciones en que el empleo se entiende vacante temporalmente, es la licencia, entre ellas, en caso de enfermedad. En ese sentido, las licencias por incapacidades médicas implican una separación transitoria del ejercicio del cargo y generan una vacancia temporal del empleo.

Ahora bien, en caso de vacancia temporal del empleo, para efectos de su provisión, el ya citado Decreto 1083 de 2015, establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 2.2.5.5.44 DIFERENCIA SALARIAL. El empleado encargado tendrá derecho al salario señalado para el empleo que desempeña temporalmente, siempre que no deba ser percibido por su titular.”

Ahora bien, debe señalarse que de conformidad con el Decreto 3135 de 1968, todos los empleados públicos en caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores ocasionada por enfermedad, tienen derecho a que la respectiva entidad de previsión social a la que se encuentren afiliados, les pague durante el tiempo de la enfermedad la siguiente remuneración: a) el sueldo o salario completo durante ciento ochenta (180) días Cuando la enfermedad fuere profesional, o b) las 2 terceras partes (2/3) del sueldo o salario durante los primeros noventa (90) días y la mitad del mismo por los noventa (90) días siguientes, cuando la enfermedad no fuere profesional.

En concordancia con lo expuesto, cuando un empleado público ha sido incapacitado por enfermedad no devenga la asignación, sino que percibe un subsidio en dinero por concepto de la licencia por enfermedad, el cual es reconocido por la Empresa Promotora de Salud respectiva, pero de manera alguna constituye remuneración salarial. Por lo tanto, es viable que el funcionario encargado en su reemplazo perciba la diferencia de sueldo con ocasión del encargo, por cuanto éste fue provisto para cubrir una vacancia temporal durante la cual el titular no devenga salario.

Con base en los argumentos expuestos, esta Dirección Jurídica considera que, un Secretario de Despacho que es encargado como Alcalde por encontrarse éste en licencia por enfermedad, tiene derecho al pago de la diferencia salarial y de las prestaciones sociales correspondientes a ese cargo, incluyendo los viáticos, cuando a ello haya lugar.

En caso que requiera mayor información sobre las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo puede ingresar a la página web de la entidad, en el link “Gestor Normativo”: <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo>, donde podrá encontrar todos los conceptos relacionados 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: Claudia Inés Silva

Revisó: Harold Herreño

Aprobó: Armando López

111602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:19:57