



Función Pública

Concepto 202171 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000202171

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000202171

Fecha: 25/05/2023 11:14:40 a.m.

Bogotá D.C.

REF: REMUNERACIÓN. Pago de elementos salariales después de ciento ochenta (180) días de incapacidad. SITUACIONES ADMINISTRATIVAS. Encargo. Pago de diferencia salarial durante un encargo. RAD. 20239000240382 del 24 de abril de 2023.

En atención al oficio de la referencia, mediante el cual solicita «aclarar una situación administrativa en la cual un funcionario que está en un cargo Directivo de carácter de libre nombramiento y remoción, se encuentra incapacitado por más de 180 días, el cual se encuentra a la espera de la resolución de pensión por invalidez, y que por esto se encuentra su cargo en un encargo no remunerado el cual ya ha pasado los 6 meses de los que habla el artículo 24 de la Ley 909 de 2004. La situación a consultar es... se encarga remunerada mente a un funcionario o se suple la vacante, del funcionario titular del cargo el cual está incapacitado y que por ende únicamente se le cancela la seguridad social.», me permito manifestarle lo siguiente.

De acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016¹, este Departamento Administrativo tiene como objeto el fortalecimiento de las capacidades de los servidores públicos y de las entidades y organismos del Estado, su organización y funcionamiento, el desarrollo de la democratización de la gestión pública y el servicio al ciudadano, mediante la formulación, implementación, seguimiento y evaluación de políticas públicas, la adopción de instrumentos técnicos y jurídicos, la asesoría y la capacitación.

En ese sentido, la resolución de los casos particulares corresponderá a la autoridad empleadora y nominadora, en cuanto es la instancia que conoce de manera cierta y documentada la situación particular de su personal.

Por tanto, este Departamento Administrativo, en ejercicio de sus funciones, realiza la interpretación general de las disposiciones legales y, en consecuencia, no le corresponde la valoración de los casos particulares.

Así las cosas, solo es dable realizar una interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con la materia de su consulta.

Sea lo primero señalar que, 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 1997², 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. 20, 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 *à* *à* 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 1mita 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 1968³, 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 1978⁴, 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.

Ahora bien, sobre con la forma de proveer vacancias temporales o definitivas de empleos de carrera administrativa o de libre nombramiento y remoción, se precisa que el artículo 24 de la Ley 909 de 2004⁵, modificado por el artículo 1 de la Ley 1960 de 2019⁶, señala:

«ARTÍCULO 24. Encargo. Modificado por art. 1, Ley 1960 de 2019. 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.

En el evento en que no haya empleados de carrera con evaluación sobresaliente, el encargo deberá recaer en quienes tengan las más altas calificaciones descendiendo del nivel sobresaliente al satisfactorio, de conformidad con el sistema de evaluación que estén aplicando las entidades. Adicionalmente el empleado a cumplir el encargo deberá reunir las condiciones y requisitos previstos en la ley.

El encargo deberá recaer en un empleado que se encuentre desempeñando el cargo inmediatamente inferior de la planta de personal de la entidad.

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.» (Subrayado nuestro)

Por su parte, el artículo 18 del Decreto Ley 2400 de 1968⁷, 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 nuestro)

A su vez, el Decreto 1083 de 2015⁸, dispuso:

«ARTÍCULO 2.2.5.5.41 Encargo. 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, desvinculándose o no de las propias de su cargo.»

Conforme lo señalan las disposiciones normativas citadas, mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, los empleados con derechos de carrera tendrán derecho a ser encargados de tales empleos si acreditan los requisitos para su ejercicio contenidos en el manual de funciones específicas y de competencias laborales que tenga adoptado la entidad, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, no hayan sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño sea sobresaliente. También señala la ley que, si no hay empleados de carrera con evaluación sobresaliente, el encargo deberá recaer en quienes tengan las más altas calificaciones descendiendo del nivel sobresaliente al satisfactorio, de conformidad con el sistema de evaluación que estén aplicando las entidades.

Así mismo, dispone la norma que 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 y 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, sin perjuicio de tener que seguir en el empleo hasta tanto sea reemplazado por quien vaya a ocupar definitivamente el mismo, en cumplimiento de los deberes de los servidores públicos.

Es importante destacar que el encargo presenta un doble carácter, constituye a la vez una situación administrativa y también una modalidad transitoria de provisión de empleos, por lo que 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; respecto de la duración del encargo en empleos de carrera, es importante anotar que en los términos del artículo 24 de la Ley 909 no existe término, por lo que se entiende que se prolongará por la duración de la vacancia temporal o definitiva, sin perjuicio de la facultad del nominador de darlo por terminado, mediante acto administrativo motivado.

Aunado a lo anterior, en lo que se refiere a la diferencia salarial, el Decreto 1083 de 2015, señala 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.» (Destacado nuestro)

En igual sentido, la Ley 344 de 1996⁹, estableció:

«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» (Destacado nuestro)

Así las cosas, si el servidor público que sea encargado, por ausencia del titular, no tendrá derecho al pago de la remuneración señalada para el empleo que desempeña temporalmente, mientras su titular la esté devengando, de conformidad con el marco legal que se ha dejado descrito.

Con 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 <https://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: Luz Rojas

Revisó: Maia Borja

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública.

2 Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones.

3 Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado, y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales.

4 Por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional.

5 Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

6 Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto-ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones.

7 Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones.

8 Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Función Pública.

9 Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones.

Fecha y hora de creación: 2024-09-30 14:09:36