



Función Pública

Concepto 414521 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000414521

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000414521

Fecha: 24/08/2020 10:51:30 a.m.

Bogotá;

Ref.: REMUNERACIÓN. ¿Resulta viable el reconocimiento de salarios y prestaciones sociales para el empleado público que durante la pandemia no cuenta con servicio de internet y no cumple con las funciones del empleo? Radicado 20202060326512 del 23 de julio de 2020.

En atención a su consulta contenida en el oficio de la referencia, relacionada con el procedimiento a seguir con el empleado que no durante la pandemia alega no contar con el servicio de internet y por consiguiente no cumple con el desempeño de sus funciones, me permito manifestarle lo siguiente:

Sea la primera señalar que mediante el Decreto 636 del 6 de mayo de 2020¹ el Gobierno Nacional, teniendo en cuenta la emergencia sanitaria generada por la pandemia del coronavirus, imparte instrucciones para el mantenimiento del orden público, para lo cual se emiten directrices, entre otras actividades, para el trabajo de los servidores públicos, así:

ARTÍCULO 5. 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.

En el mismo sentido el Ministerio del Trabajo emitió la Circular 0041 del 2 de junio de 2020² en la cual se señaló:

“Aspectos en materia de Relaciones Laborales

a. El trabajo en casa implica que la relación laboral y la facultad subordinante entre el trabajador y el empleador permanecen vigentes. De igual forma se mantienen vigentes las garantías laborales, sindicales y de seguridad social para quienes trabajan desde casa.

b. Las personas que desarrollan trabajo en casa realizarán sus actividades de manera similar a las que regularmente desarrollan en su función habitual. En caso de realizar funciones diferentes a las asignadas en el contrato de trabajo deberán mutuar acuerdo entre las partes.

c. (...)

d. Durante el periodo de trabajo en casa, seguirÁ vigente el procedimiento disciplinario conocido por las partes (trabajador y empleador).

Aspectos en materia de Jornada de Trabajo

b. Los empleadores y trabajadores se deben ceñir al horario y jornada de trabajo, con el fin de garantizar el derecho a la desconexión laboral digital y evitar así mismo los impactos que se puedan generar en la salud mental y en el equilibrio emocional de los trabajadores”.

Igualmente, el Decreto 491 del 28 de marzo de 2020³ establece:

“ARTÍCULO 15. Prestación de servicios durante el periodo de aislamiento preventivo obligatorio. Durante el periodo de aislamiento preventivo obligatorio las autoridades dispondrán las medidas necesarias para que los servidores públicos y docentes ocasionales o de hora cédula 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 cédula de instituciones de educación superior pública, respectivamente.

PARÁGRAFO. Cuando las funciones que desempeña un servidor público, un docente ocasional o de hora cédula no puedan desarrollarse mediante el trabajo en casa, las autoridades competentes podrán disponer que, durante la Emergencia Sanitaria, y excepcionalmente, estos ejecuten desde su casa actividades similares o equivalentes a la naturaleza del cargo que desempeñan”. (Subrayado por fuera del texto original).

De acuerdo con el conjunto de disposiciones emitidas con ocasión de la emergencia sanitaria, citadas, tenemos que los servidores públicos, si bien se encontrarán en sus hogares en la figura de trabajo en casa, esto no implica que no se estén cumpliendo funciones, cumpliendo horarios de trabajo, así como el control de las normas disciplinarias aplicables a los servidores.

Igualmente y teniendo en cuenta que esta es una situación sui generis para la cual no se encuentra reglamentación de todos y cada uno de los aspectos relacionados, se considera que no resulta viable alegar que no existe una reglamentación expresa sobre el uso del internet para efectos de no dar cumplimiento a las funciones del empleado.

Al respecto se hace necesario señalar que el auxilio de conectividad fue establecido expresamente para los empleados de un nivel jerárquico y una asignación salarial específica, por lo que no resulta viable hacer ese reconocimiento a empleados de otro nivel jerárquico.

Así las cosas, para efectos de establecer las consecuencias de no cumplir las funciones de los empleados públicos, tenemos las siguientes disposiciones:

El Decreto 1083 de 2015, “por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública”, dispone:

“ARTÍCULO 2.2.5.5.56. Pago de la remuneración de los servidores públicos. El pago de la remuneración a los servidores públicos del Estado corresponderá a servicios efectivamente prestados, los cuales se entenderán certificados con la firma de la máxima autoridad competente al interior de cada uno de los organismos o entidades.

El jefe inmediato deberá reportar al jefe de la Unidad de Personal o a quien haga sus veces, la inasistencia a laborar del personal a su cargo. La ausencia de este reporte será sancionada de conformidad con lo señalado en la Ley 734 de 2002, y demás normas que la modifiquen, adicionen o sustituyan.

La Unidad de Personal o quien haga sus veces requerirá al servidor público que no concurra a laborar sin previa autorización de la autoridad competente para que informe, dentro de los dos (2) días hábiles siguientes al hecho que genera la ausencia, los motivos que la ocasionaron. El jefe del organismo o en quien este delegue evaluará si hubo justa causa para no asistir.

Cuando los motivos dados por el servidor no constituyan justa causa de conformidad con las normas legales o no justifiquen la inasistencia, el jefe del organismo o en quien este delegue, informará al servidor para que presente los recursos a que haya lugar.

Si el jefe del organismo o en quien este delegue decide que la ausencia no está justificada deberá proceder a descontar el día o los días no laborados.

El descuento se hará sin perjuicio de las actuaciones que se deriven del incumplimiento de los deberes inherentes a la condición de servidores públicos, previsto en la normativa vigente.”

De acuerdo a la normativa anterior, cada empleo tiene asignada una remuneración mensual la cual, corresponde a la jornada laboral establecida. Así mismo, se precisa que el pago del salario se reconoce por los servicios efectivamente prestados los cuales, se certifican con la firma del jefe de nómina.

Así mismo indica la citada norma que, cuando un empleado no asiste a prestar su servicio sin justa causa, el jefe del organismo o en quien este delegue, decidirá si la ausencia no está justificada y deberá proceder a descontar del salario el día o los días no laborados.

Ahora bien, es indispensable traer a colación las citas traídas en el escrito de su consulta. En primer sentido, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado mediante concepto con radicación No. 281 del 21 junio de 1989, estableció:

“(…)

Condicionada, así, a la existencia de una norma la actividad de la administración, toda acción que puede ejercitarse es la propia de la norma y la consecuencia que puede surgir de su ejercicio deriva siempre de un status legal, de una situación de servicio, la del funcionario que lo presta y la del que certifica la prestación, relación de servicio vinculada, por demás, a una contraprestación, la del sueldo, cuya titularidad para el docente no está dentro del ámbito de las titularidades protegidas ni constituye prerrogativa derivada de norma expresa propia de su régimen.

No se trata, con la aplicación del Decreto 1647 de 1967 de establecer una responsabilidad del empleado o funcionario mediante un procedimiento disciplinario, sino de acordar de plano el descuento del día no trabajado, cuando aquel no justifica su ausencia, como resultado obvio del principio de que el empleado pierde su derecho al sueldo cuando no presta el servicio, no puede reclamarlo cuando no ha trabajado. Y tal pérdida se produce ipso jure, con efectividad inmediata, de modo que el descuento del sueldo corresponde al descargo de la obligación de pagarlo, cuando la prestación del servicio injustificadamente se omite. Es la técnica de ejecutoriedad inmediata operante en el sentido de que sólo se paga el servicio rendido, porque quien no lo presta no tiene derecho a remuneración. Y ante el incumplimiento de una obligación, la administración queda relevada de satisfacer la suya, o sea reconocer el derecho correlativo al sueldo sólo a quien cumpla su jornada de trabajo. No corresponde, pues, al carácter de pena o sanción la operación de descuento de sueldo, cuando este no retribuya servicios; corresponde si acaso de una forma de coacción subsidiaria para que el empleado no incumpla su jornada laboral o para que siempre justifique su ausencia y pueda exigir la retribución plena, como si hubiera prestado el servicio.

Diferente es el caso cuando el docente sin justa causa no reanuda sus funciones dentro de los tres días siguientes al vencimiento de una licencia, una comisión o de las vacaciones reglamentarias, cuando deja de concurrir al trabajo por tres (3) días consecutivos; cuando hace dejación del cargo antes de que se haya aceptado la renuncia o antes de transcurridos quince (15) días después de presentada y cuando no asume el cargo dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha en que se le comunique un traslado. (...)

Pero tampoco dichas prohibiciones resultan incompatibles con las disposiciones del Decreto 1647 de 1967, en cuanto la materia regulada por este, ya examinada no retiene contenido disciplinario ni sanciona faltas de ese carácter, sino regula y controla el pago de sueldos sobre la base de que se reconozcan siempre y cuando se hayan prestado los servicios que los justifican y conmina al cumplimiento de los deberes propios de los servidores del Estado, asegurando, de paso, la exactitud de los gastos de funcionamiento y su correspondencia con la prestación del servicio, propia de su destinación”.

De acuerdo a lo manifestado por el Consejo de estado es procedente que se descuente del salario el día no trabajado, cuando un empleado no justifica su ausencia.

Así mismo, la Circular externa No. 029 del 20 de Noviembre de 2014, proferida por la Contraloría General de la República, sobre remuneración a servidores públicos exclusivamente por servicios efectivamente prestados, indica que:

“ARTÍCULO 3. Los funcionarios que certifiquen como servicios que no lo fueron; además de las sanciones penales por falsedad en que puedan incurrir, estarán obligados al reintegro de los sueldos o remuneraciones indebidamente pagados.”

Cabe anotar entonces que en relación con estos aspectos la Corte Constitucional, ha señalado de modo reiterado que:

“La remuneración a que tiene derecho el servidor público como retribución por sus servicios personales, en razón a un vínculo legal y reglamentario existente entre este y el Estado, presupone el correctivo deber de prestar efectivamente el servicio, de acuerdo a las normas legales y reglamentarias que rigen la administración del personal al servicio del Estado. Por lo tanto, no existe en cabeza del servidor público el derecho a la remuneración por los días no laborados sin justificación legal y por ende, tampoco surge para el estado la obligación de pagarlos”.

Por otra parte, coinciden la Corte Constitucional y el Consejo de Estado⁵, en que la aplicación de la anterior regla no requiere proceso disciplinario previo en el entendido de que la pérdida del derecho a percibir el salario opera de pleno derecho, de modo que el no pago de las sumas correspondientes al tiempo laborado, constituye simplemente la inexistencia de la obligación de pagar salarios no debidos, dada la omisión injustificada del servidor público de prestar los servicios a quienes está comprometido, quedando relevada la administración de sufragar conceptos laborales en este escenario.

(...)

Sin embargo, siempre resultará obligatorio que el correspondiente ordenador del gasto compruebe materialmente y tenga plenamente acreditado que en cada caso se configura inasistencia injustificada del trabajador a cumplir con las funciones propias de su cargo. (...)

En los anteriores términos, resulta improcedente reconocer y pagar los salarios por servicios no prestados efectivamente en la entidad, pues ello implicaría permitir un enriquecimiento sin causa a favor del servidor, en detrimento del patrimonio público de la administración pública (...)

En virtud de lo anterior, la Contraloría General de la República para la expedición de la mencionada circular basa su fundamento en lo manifestado por la Corte Constitucional, la cual indica que la remuneración a que tiene derecho el servidor público como retribución por sus servicios personales presupone el deber de prestar efectivamente el servicio y en ese sentido, es procedente el descuento del día no trabajado,

cuando aquel no justifica su ausencia, como resultado obvio del principio de que el empleado pierde su derecho al sueldo cuando no presta el servicio.

En consecuencia, teniendo en cuenta lo indicado hasta ahora, como quiera que la norma establece que en caso de no justificarse la ausencia del empleado que no asiste a laborar, se debe descontar los días de su salario, entendido este como la asignación básica mensual, en criterio de esta Dirección Jurídica corresponderá a la entidad, a través de la oficina de control interno disciplinario iniciar el proceso que permita establecer si existe o no una justificación para que el empleado no cumpla con sus funciones.

Para mayor 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

Maia Borja/JFCA

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. *“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”.*

2. *Asunto: Lineamientos respecto del trabajo en casa.*

3. *“Por el cual se adoptan medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas y los particulares que cumplan funciones públicas y se toman medidas para la protección laboral y de los contratistas de prestación de servicios de las entidades públicas, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”.*

4. Sentencia T-1059 de 2001, tesis reiterada en las sentencias T-927 de 20003 y T-331 de 2 de mayo de 2006.

5. Ver concepto de la sala de Consulta y Servicio Civil, 21 de junio de 1989, Radicado 281: Sentencia de Segunda AC-266 del 12 de diciembre de 2002, del 16 de junio de 2009, Rad-11001-03-25-000-2007-00059-00 (1236-01 y del 11 de marzo de 2010, Rad 11001-03-25-000-*2008-00021-00 (0549-08); y Sección Cuarta Ac-1389 del 12 de Febrero de 2004.

Fecha y hora de creación: 2024-05-07 07:39:17