



Concepto 074601 de 2024 Departamento Administrativo de la Función Pública

20246000074601

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20246000074601

Fecha: 09/02/2024 03:03:52 p.m.

REFERENCIA: PRESTACIONES SOCIALES. INCAPACIDADES, EMPLEO. ABANDONO DEL CARGO RADICADO: 20242060002152 del 2 de enero de 2024.

Acuso recibo de su comunicación, a través de la cual consulta: *¿Puede la entidad contratante abstenerse de pagar los salarios correspondientes a los días en los que estuvo ausente el trabajador, basándose en el certificado de negación de incapacidad emitido por la EPS? ¿Puede la entidad contratante proceder a suspender al trabajador por abandono de cargo? ¿Puede el trabajador auto determinarse trabajo remoto sin autorización expresas del superior, además habiendo notificado a la empresa de manera extemporánea situación de salud de la que se trató anteriormente?*

En atención a su interrogante y en relación con las incapacidades, el artículo 206 de la Ley 100 de 1993, expresa:

«ARTÍCULO 206. INCAPACIDADES. Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, el régimen contributivo reconocerá las incapacidades generadas en enfermedad general, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. Para el cubrimiento de estos riesgos las Empresas Promotoras de Salud podrán subcontratar con compañías aseguradoras. Las incapacidades originadas en enfermedad profesional y accidente de trabajo serán reconocidas por las Entidades Promotoras de Salud y se financiarán con cargo a los recursos destinados para el pago de dichas contingencias en el respectivo régimen, de acuerdo con la reglamentación que se expida para el efecto.»

Es pertinente tener en cuenta que, el auxilio por incapacidad corresponde al reconocimiento de la prestación de tipo económico y pago de la misma que debe realizar la autoridad correspondiente, de conformidad con lo señalado en las normas legales vigentes, al afiliado cotizante que previo el dictamen médico certificado por la Entidad Promotora de Salud o la Administradora de Riesgos Profesionales, según corresponda, se encuentre en imposibilidad temporal para continuar desempeñando las funciones de su empleo.

Por otra parte, el Decreto 780 de 2016¹, establece:

«ARTÍCULO 3.2.1.10. Ingreso Base de Cotización durante las incapacidades o la licencia de maternidad. [...]

PARÁGRAFO 1. En el Sistema General de Seguridad Social en Salud serán a cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los dos (2) primeros días de incapacidad originada por enfermedad general y de las Entidades Promotoras de Salud a partir del tercer (3) día y de conformidad con la normatividad vigente.

En el Sistema General de Riesgos Laborales las Administradoras de Riesgos Laborales reconocerán las incapacidades temporales desde el día siguiente de ocurrido el accidente de trabajo o la enfermedad diagnosticada como laboral.

Lo anterior tanto en el sector público como en el privado.

PARÁGRAFO 2. Durante los períodos de incapacidad o de licencia de maternidad, los afiliados que se encuentren en tales circunstancias deberán presentar estas novedades por medio de la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes a través de su empleador, o directamente si se trata de trabajadores independientes, por todo el tiempo que duren dichas licencia o incapacidad.

(Art. 40 del Decreto 1406 de 1999, parágrafo 1° modificado por el artículo 1° del Decreto 2943 de 2013).

De la lectura de la normativa referida tenemos que, los primeros dos días de incapacidad están a cargo del empleador y, si esta se extiende, de ahí en adelante la prestación económica respectiva la debe cubrir la correspondiente entidad promotora de salud a la cual se encuentra afiliado el servidor público.

Sobre el particular y a manera de información se tiene que, el Ministerio de la Protección Social, mediante concepto No. 182 del 2004, se pronunció sobre el tema en consulta, en los siguientes términos:

“Así las cosas y expuesta la normatividad anterior, se tiene que por disposición legal las incapacidades son reconocidas por el Sistema General de Seguridad Social en Salud a través de las Entidades Promotoras de Salud, razón por la cual, es claro que siendo las EPS las que deben reconocer en principio las incapacidades, estas deben ser expedidas por los médicos de dicha entidad o de su red prestadora.

No obstante lo anterior, si una incapacidad ha sido expedida por un médico no autorizado para ello por la EPS, se ha consagrado la figura de la transcripción de la incapacidad, según la cual, la incapacidad expedida se traslada al formulario oficial de la EPS donde está afiliada la persona y con fundamento en esto, se procede al reconocimiento de la misma.

Por lo anteriormente expuesto, se concluye que toda incapacidad expedida por el médico u odontólogo no autorizado para ello por la EPS, debe ser transcrita en los términos y condiciones que señale para el efecto cada EPS y si ello no ocurrió, la incapacidad no será válida y el empleador no debe aceptarla.”

Conforme a lo anterior y en aras de dar respuesta a los interrogantes, toda incapacidad expedida por un médico no autorizado para ello por la EPS, debe ser transcrita en los términos y condiciones que señale para el efecto cada EPS y si ello no ocurrió, la incapacidad no será válida y el empleador no debe aceptarla, por consiguiente, al no tener la incapacidad en debida forma, deberá cumplir con las funciones propias del empleo que tiene en la respectiva entidad pública.

De otra parte, el artículo 121 del Decreto 019 de 2012², preceptúa:

“ARTÍCULO 121. Trámite de reconocimiento de incapacidades y licencias de maternidad y paternidad. 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, deberá ser adelantado, de manera directa, por el empleador ante las entidades promotoras de salud, EPS. En consecuencia, en ningún caso puede ser trasladado al afiliado el trámite para la obtención de dicho reconocimiento.

Para efectos laborales, será obligación de los afiliados informar al empleador sobre la expedición de una incapacidad o licencia”. (Subraya propia)

La anterior disposición señala que, para efectos laborales será obligación de los afiliados informar al empleador sobre la expedición de una incapacidad o licencia, por lo tanto, es necesario que, el empleado informe de tal circunstancia, en forma oportuna a la administración, con el fin de que esta adopte las determinaciones a las que hubiere lugar.

Así las cosas y dado que en su escrito expone que ha presentado las incapacidades, no habrá lugar a adelantar ningún proceso por abandono del cargo, siempre y cuando sean expedidas conforme a lo analizado inicialmente. En caso de que las incapacidades no sean válidas y por ende sean rechazadas por la entidad y a la vez no concurra al trabajo, podrá estar en curso de un procedimiento de abandono del cargo, el cual se rige por los siguientes artículos del Decreto 1083 de 2015:

“ARTÍCULO 2.2.11.1.9 Abandono del cargo. El abandono del cargo se produce cuando un empleado público sin justa causa:

No reasume sus funciones al vencimiento de una licencia, permiso, vacaciones, comisión, o dentro de los treinta (30) días siguientes al vencimiento de la prestación del servicio militar.

Deje de concurrir al trabajo por tres (3) días consecutivos.

No concurra al trabajo antes de serle concedida autorización para separarse del servicio o en caso de renuncia antes de vencerse el plazo de que trata el presente decreto.

Se abstenga de prestar el servicio antes de que asuma el cargo quien ha de remplazarlo.

ARTÍCULO 2.2.11.1.10 Procedimiento para la declaratoria del empleo por abandono del cargo. Con sujeción al procedimiento administrativo

regulado por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y demás normas que la modifiquen, adicionen o sustituyan, el jefe del organismo deberá establecer la ocurrencia o no de cualquiera de las conductas señaladas en el artículo anterior y las decisiones consecuentes.

PARÁGRAFO. Si por el abandono del cargo se perjudicare el servicio, el empleado se hará acreedor a las sanciones disciplinarias, fiscales, civiles y penales que correspondan”.

De otra parte, El Decreto 1083 de 2015³, 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 nómina por parte de la 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, informara 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 1989¹, 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, indicó 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"².

Por otra parte, coinciden la Corte Constitucional³ y el Consejo de Estado⁴, 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 qué 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 configuró 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 indicó 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.

Debemos tener en consideración lo expuesto a lo largo del presente concepto, por lo cual, si la incapacidad es prescrita por un médico particular y la EPS no realiza la transcripción de la misma, la entidad donde presta sus servicios no podrá tomarla como válida, como consecuencia la administración no está obligada a reconocer el pago del auxilio por enfermedad.

En consecuencia, con lo anterior me permito citar nuevamente sus interrogantes uno a uno para un mejor desarrollo y entendido de los mismos:

¿Puede la entidad contratante abstenerse de pagar los salarios correspondientes a los días en los que estuvo ausente el trabajador, basándose en el certificado de negación de incapacidad emitido por la EPS?

Si las incapacidades no son válidas, y por ende son rechazadas por la entidad y a la vez no concurre al trabajo, podrá estar en curso de un procedimiento de abandono del cargo; situación que únicamente podrá ser definida a través del proceso administrativo correspondiente y siempre con observancia de las garantías del debido proceso constitucional.

¿Puede la entidad contratante proceder a suspender al trabajador por abandono de cargo?

Se reitera lo señalado en el punto anterior, de manera que, la suspensión deberá ser resultado del proceso administrativo y/o disciplinario que se adelante.

¿Puede el trabajador auto determinarse trabajo remoto sin autorización expresas del superior, además habiendo notificado a la empresa de manera extemporánea situación de salud de la que se trató anteriormente?

En relación con las alternativas para la organización laboral, el Gobierno Nacional mediante la expedición del Decreto Ley 580 de 2021 indicó lo siguiente:

“ARTÍCULO 9. Alternativas de Organización Laboral. Durante el tiempo que dure la emergencia sanitaria por causa de la pandemia del Coronavirus Covid-19, las entidades del sector público y privado para el cumplimiento de sus funciones podrán establecer las modalidades como el teletrabajo, trabajo remoto y trabajo en casa u otras similares de acuerdo con sus necesidades.”

De acuerdo con lo previsto en la norma, mientras persistiera la emergencia sanitaria causada por el Covid 19, las entidades del sector público y privado para el cumplimiento de sus funciones podían establecer las modalidades como el teletrabajo, trabajo remoto y trabajo en casa u otras similares de acuerdo con sus necesidades.

En ese sentido, las entidades públicas, en el marco de sus necesidades y posibilidades, estudiaron la posibilidad de conceder a sus empleados públicos la posibilidad de cumplir con las funciones propias de su empleo mediante la modalidad de teletrabajo (Ley 1221 de 2008; Decreto 884 de 2012, incorporado en el Decreto 1072 de 2015 DUR Trabajo), trabajo remoto (Ley 2121 de 2021), trabajo en casa (Ley 2088 de 2021).

Ahora bien, sobre el trabajo remoto, la Ley 2121 de 2021, establece lo siguiente:

“(…)

ARTÍCULO 2. Ámbito de aplicación. Las normas contenidas en esta Ley serán aplicables a toda persona natural que se encuentren domiciliadas en el territorio nacional; así como las entidades públicas y privadas nacionales; y a su vez a las empresas extranjeras que contraten trabajadores que se encuentren dentro del territorio nacional.

PARÁGRAFO. Las entidades del orden nacional deberán contar con concepto previo y habilitante por parte del Ministerio de Hacienda para obtener la disponibilidad presupuestal que permita acoger lo dispuesto en la presente ley.

ARTÍCULO 10. Herramientas y equipos de trabajo. El empleador deberá poner a disposición del trabajador remoto, las herramientas tecnológicas, instrumentos, equipos, conexiones, programas, valor de la energía e internet y/o telefonía, así como cubrir los costos de los desplazamientos ordenados por él.

El empleador deberá asumir el mantenimiento de equipos, herramientas, programas y demás elementos necesarios para la prestación y desarrollo de las labores del trabajador remoto. En consonancia con el artículo 39 del Código Sustantivo del Trabajo, en el trabajo remoto deberá constar lo siguiente:

Las condiciones de servicio, los medios tecnológicos y de ambiente requeridos y la forma de ejecutar el mismo en condiciones de tiempo y espacio.

Determinar las funciones, los días y los horarios en que el trabajador remoto realizará sus actividades para efectos de ayudar a identificar el origen en caso de accidente de trabajo y evitar el desconocimiento de la jornada máxima legal cuando esté sometida a ella.

Definir las responsabilidades en cuanto a la custodia de los elementos de trabajo y fijar el procedimiento de entrega de los elementos de trabajo por parte del empleador al trabajador remoto.

Las medidas de seguridad informática que debe conocer y cumplir el trabajador remoto.

PARÁGRAFO 1. Para efectos de lo consagrado en el presente artículo, y teniendo en cuenta la importancia que tiene para esta forma de ejecución del contrato de trabajo remota y el uso de tecnologías adecuadas, el empleador podrá verificar la conexión con la que cuenta el trabajador remoto y que esta sea apta para realizar la labor.

PARÁGRAFO 2. Cuando el trabajo remoto fuere desarrollado en el sector público, el empleador deberá dar cumplimiento a las normativas relacionadas con el manejo electrónico de documentos, de conformidad con las tablas de retención documental establecidas por el Archivo General de la Nación.

PARÁGRAFO 3. Si el trabajador remoto no llegare a recibir la información necesaria para realizar sus labores o no se le facilitaran o suministraran las herramientas, programas, software o demás elementos necesarios para el desempeño de sus funciones u obligaciones, o se presenten fallas previamente advertidas por el trabajador remoto, el empleador no podrá dejar de reconocer el pago del salario y demás prestaciones a que el trabajador tiene derecho.

*ARTÍCULO 26. Los empleados públicos podrán ejecutar sus funciones por medio del trabajo remoto consagrado en la presente ley, para lo cual se respetarán todos sus derechos y garantías laborales inherentes a su vinculación legal y reglamentaria conforme las normas vigentes.”.
(Subrayado nuestro)*

De acuerdo con la normativa citada, el trabajo remoto es una de las modalidades de trabajo que puede ser adaptada y ejecutada por las entidades públicas de acuerdo con sus necesidades y siempre que cumplan con las condiciones establecidas en la Ley y se respeten los derechos y garantías laborales inherentes al vínculo legal y reglamentario que tiene el empleado público que optó con su autorización a cambiarse a dicha modalidad de trabajo.

Ahora bien, es de precisar que la Ley 2121 de 2021 no otorga un derecho al empleado público que elija ejecutar sus funciones por medio del trabajo remoto, sino que crea esta modalidad de trabajo para que cada empleador, de acuerdo con las necesidades del servicio, su disponibilidad presupuestal y demás condiciones establecidas en la ley, decida o no implementarla y fije las condiciones o requisitos para que sus empleados puedan acceder a la misma.

Cabe precisar que, en el caso de las entidades públicas del orden nacional, antes de implementar la modalidad de trabajo remoto, deberán contar con concepto previo y habilitante por parte del Ministerio de Hacienda para obtener la disponibilidad presupuestal que permita acoger lo dispuesto en la ley 2121 de 2021.

De conformidad con lo anterior, en criterio de esta Dirección Jurídica, la entidad pública es la que determina, con base en las necesidades del servicio y las competencias y funciones de cada empleo, cuál de las modalidades de organización laboral aplicará, teniendo en cuenta que de acuerdo con lo establecido en la Ley, podrá estudiar la posibilidad de conceder a sus empleados públicos la posibilidad de cumplir con las funciones propias de su empleo mediante la modalidad de teletrabajo, trabajo remoto o trabajo en casa.

En ese sentido, y en atención a su consulta, es potestativo de la entidad pública decidir si implementa o no el trabajo remoto según sus necesidades, y en caso de implementarlo, es la competente para establecer los requisitos o procedimientos internos que deben agotar los empleados públicos que deseen acceder a esta modalidad de trabajo.

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 imparte en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Jorge González

Revisó: Maia Borja

Aprobó: Armando López.

11602.8.4.

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

“Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social”.

“Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública”.

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

Fecha y hora de creación: 2025-02-08 10:28:18