



Función Pública

Concepto 96801 de 2014 Departamento Administrativo de la Función Pública

20146000096801

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20146000096801

Fecha: 21/07/2014 05:50:19 p.m.

Bogotá, D.C.,

REF: PRESTACIONES SOCIALES. Aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud en suspensión disciplinaria. Radicado.20142060084732 del 10 de junio de 2014.

En atención al oficio de la referencia, remitido por el Ministerio de Salud y Protección Social, me permito indicarle lo siguiente:

El Decreto [806](#) del 30 de abril de 1998, por el cual se reglamenta la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud y como servicio de interés general, en todo el territorio nacional, establecía:

“ARTÍCULO 71. Cotizaciones durante el período de huelga o suspensión temporal del contrato de trabajo. En los períodos de huelga o suspensión temporal del contrato de trabajo por alguna de las causales contempladas en el artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo, no habrá lugar al pago de los aportes por parte del afiliado, pero sí de los correspondientes al empleador los cuales se efectuarán con base en el último salario base reportado con anterioridad a la huelga o a la suspensión temporal del contrato.

En el caso de suspensión disciplinaria o licencia no remunerada de los servidores públicos no habrá lugar a pago de aportes a la seguridad social, salvo cuando se levante la suspensión y haya lugar al pago de salarios por dicho período. (Subrayado declarado nulo por el Consejo de Estado)

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda en sentencia con Radicación número: 11001-03-25-000-2006-00049-00(1067-06) del 22 de septiembre de 2010, Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve, declaró la nulidad del inciso 2º del artículo 71 del Decreto 806 de 1998 “Por el cual se reglamenta la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud y como servicio de interés general en todo el territorio nacional”, con base en los siguientes argumentos:

“...Consecuente con lo hasta aquí expuesto, corresponde ahora establecer si las novedades laborales denominadas “suspensión disciplinaria” y “licencia no remunerada” en el régimen legal laboral de los empleados públicos suponen la vigencia del vínculo laboral con el Estado o si

durante tales situaciones administrativas desaparece dicho vínculo, para finalmente determinar si el contenido normativo demandado debe o no anularse.

La licencia es la separación transitoria del ejercicio del cargo por solicitud propia que implica la interrupción de la relación laboral pública y la suspensión de los efectos jurídicos, y de los derechos y obligaciones del empleado. Esta situación administrativa está consagrada como un derecho al tenor de lo dispuesto en el artículo 7º del Decreto 2400 de 1968, reiterado jurisprudencialmente en los siguientes términos:

“(…) La licencia ordinaria es un derecho incontestable del trabajador, que ha sido consagrado en forma reiterada en nuestra legislación y celosamente respetado por el empleador, por cuanto se ha entendido siempre que el hecho de tener que privarse, durante la licencia, de la contraprestación vital de su trabajo, que es el salario, hace que el trabajador use en forma prudente esta garantía que le otorga la ley.¹

Por su parte la suspensión como sanción disciplinaria, se impone al servidor que es encontrado responsable de alguna de las faltas que traen como consecuencia la separación temporal del ejercicio del cargo, una vez culminado el proceso disciplinario.

En efecto, durante la ocurrencia de una cualquiera de las situaciones administrativas descritas, el servidor queda transitoriamente separado del ejercicio de su cargo, es decir, se presenta una interrupción de la relación laboral entre el servidor y la Administración y por ende durante su vigencia no percibe remuneración alguna y tampoco dicho término puede computarse para efectos prestacionales, no obstante que el vínculo laboral se mantiene vigente y es por ello que culminado el período de licencia o de sanción, el servidor debe reincorporarse inmediatamente a su empleo so pena de incurrir en abandono del cargo.

-

En este orden de ideas, puede concluir la Sala que la licencia no remunerada y la suspensión disciplinaria que no comporte retiro definitivo del servicio, no rompen la relación laboral, por lo que es válido afirmar que se mantiene vigente la obligación del empleador de efectuar los aportes al sistema, al igual que ocurre en tratándose de empleador privado, pues no se evidencia una razón jurídica o fáctica que haga procedente el trato diferente para uno u otro. El exceptuar al Estado en su carácter de empleador, de pagar el aporte a la Seguridad Social está desconociendo uno de los principios pilares del sistema de salud y que no es otro que el de la continuidad en la prestación del servicio de salud por el cual propende nuestro Estado Social de Derecho.

El principio constitucional de la continuidad del derecho en el sistema de seguridad social. La Corte Constitucional, en la sentencia SU-562 de 1999 expresó sobre el particular la tesis de la continuidad del derecho en el servicio público de la seguridad social, apreciación que la Sala comparte:

“...Que la salud es un servicio público, y además esencial, no tiene la menor duda porque los artículos 48 y 49 expresamente dicen que la salud es servicio público, el artículo 366 de la C. P. presenta como objetivo fundamental del estado la solución a la salud, y la ley 100 de 1993 también lo indica en su artículo 2º.

Uno de los principios característicos del servicio público es el de la eficiencia. Dentro de la eficiencia está la continuidad en el servicio, porque debe prestarse sin interrupción.

“(…)”

El anterior planteamiento no hace otra cosa que desarrollar los principios orientadores de los servicios públicos contenidos en el artículo 53 Superior y por los cuales propende el Estado Social de Derecho.

A lo anterior debe agregarse que la continuidad contribuye a la eficiencia en la prestación del servicio, pues sólo así sería óptima y se da cumplimiento a la función administrativa del Estado consagrada en el artículo 209 superior.

De la reserva de ley en seguridad social. Nuestra Constitución Política en los artículos 48 y 49, le otorga a la seguridad social la connotación de servicio público de carácter obligatorio que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley.

En virtud de lo anterior es válido afirmar que los mecanismos de acceso, permanencia y retiro del sistema para los trabajadores, sean estos dependientes o independientes, se encuentran sujetos a los parámetros que fije el legislador mediante el mecanismo legal ordinario -artículo 150 constitucional-.

En este orden de ideas, se establece en materia de seguridad social una reserva legal que debe ser respetada, en especial por el gobierno cuando hace uso de la potestad reglamentaria entendida como la facultad constitucional que se le atribuye de manera permanente para expedir disposiciones jurídicas de carácter general y abstracto para la debida ejecución de la ley, a través de las cuales desarrolla las reglas y principios en ella fijados y la complementa en los detalles y pormenores necesarios que permitan su aplicación. Este poder reglamentario se encuentra limitado en su función a la necesidad de la cumplida ejecución de la ley.

“(…)”

La Sala, además de compartir estos planteamientos, encuentra que la reserva de ley con respecto a las restricciones a los derechos en materia de seguridad social, constituye un importante criterio para el análisis del control de legalidad que debe ejercer sobre los decretos reglamentarios de la legislación de seguridad social.

En efecto, si conforme a la Constitución los mecanismos de acceso al sistema de seguridad social son de competencia exclusiva del legislador, resulta lógico que las restricciones que se impongan para acceder al mencionado sistema deben tener también su fuente en la ley.

Corolario de lo anterior, surge la conclusión que las limitaciones o restricciones a los derechos derivados del sistema de seguridad social, contemplados en los reglamentos, deviene ilegales cuando tales limitaciones o restricciones no se derivan de la propia ley reglamentada.

Las excepciones a la cotización en el Decreto 806 de 1998. El Decreto reglamentario 806 de 1998 fue expedido por el Presidente de la República en uso de la facultad reglamentaria de las leyes que le señala el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política.

También se indicó en el encabezado del decreto que reglamentaba el literal k) del artículo 1º de la Ley 10 de 1990, el cual a su vez define el servicio público de salud y autoriza la intervención del Estado para lograr distintas finalidades, entre ellas (literal k) la de dictar las normas sobre la organización y funcionamiento de los servicios de las instituciones de seguridad y previsión social.

Finalmente, el decreto en estudio reglamenta los siguientes artículos de la Ley 100 de 1993: el artículo 154, que regula la intervención del Estado en el servicio público de la seguridad social; el artículo 157 que clasifica los tipos de participantes en el sistema general de seguridad social en salud y crea los regímenes contributivo y subsidiado; y el artículo 159 que garantiza a los afiliados del sistema de salud, “la debida organización y prestación del servicio público de salud” y regula los términos de la misma.

Invocando las citadas normas, el Decreto 806 de 1998 introduce en el artículo 71 las siguientes interrupciones o excepciones al deber de cotización de los empleadores y los trabajadores al sistema de salud:

En primer lugar, contempla el caso de la huelga o suspensión del contrato de trabajo: aquí se trata en realidad de una sola situación jurídica, cual es la suspensión del contrato de trabajo, respecto de la cual la ley laboral contempla diversas causales, una de las cuales es el caso de la huelga legalmente declarada.

En segundo lugar, la norma introduce variación a las reglas de cotización al sistema de salud en los casos de suspensión disciplinaria o de licencia no remunerada de servidores públicos, al consagrar que en caso de que se presente una cualquiera de estas situaciones administrativas, no hay lugar al pago de los aportes a la seguridad social y que este pago se reanudará cuando concluya el período de la licencia o de la suspensión y haya lugar al pago de salarios por dicho período.

Consecuente con lo hasta aquí expuesto, considera la Sala que suspender el pago de los aportes a la seguridad social cuando se presenta suspensión en el ejercicio de las funciones por parte del trabajador, implica para éste, el desconocimiento de los derechos a la permanencia y continuidad en el sistema.

Aunado a lo anterior, no se evidencia una causa que justifique la exoneración que la norma le hace al Estado de no cancelar los aportes cuando el servidor se encuentra en licencia no remunerada o ha sido sancionado disciplinariamente con suspensión, contrario a lo que ocurre en tratándose de empleador privado el que aún en presencia de una cualquiera de las situaciones administrativas descritas, está en la obligación de pagar los aportes que a él le corresponden con base en el último salario base reportado.

Así las cosas, al no tener fundamento la exoneración al Estado del pago de la cotización cuando el servidor público está suspendido del ejercicio de sus funciones por sanción disciplinaria o por licencia no remunerada, se impone la anulación del aparte normativo demandado, por vulnerar los principios de igualdad, solidaridad, continuidad y reserva de la ley como ejes centrales del Sistema de Seguridad Social.

Consecuente con lo hasta aquí expuesto, encuentra la Sala que el gobierno al exonerar al Estado del pago de los aportes a la seguridad social cuando los servidores públicos se encuentren en licencia no remunerada o hayan sido suspendidos por falta disciplinaria de sus cargos, además de vulnerar el principio de igualdad frente al empleador privado, desbordó la potestad reglamentaria, en cuanto tal y como se consignó en los párrafos precedentes, la obligación de cotización al sistema es un deber legal que no contempla como causales de exoneración la licencia o la sanción disciplinaria de suspensión en las que a pesar de presentarse suspensión en el cumplimiento de las funciones del servidor, se mantiene vigente la relación laboral.

Finalmente el argumento del Ministerio de Protección relativo a que la ausencia de remuneración impide calcular el aporte, no es suficiente para exonerarlo de su pago, pues tal y como ocurre en el caso del empleador privado, dicho aporte puede ser calculado con fundamento en lo que ha venido devengado el empleado, pues debe recordarse que éste no ha sido desvinculado sino suspendido. Sumado a lo anterior debe recordarse que suspender el pago de los aportes constituye un riesgo no sólo para el empleado sino para el Estado-empleador, quien tendría eventualmente que asumir el riesgo no cubierto por la ausencia de cotización, lo cual generaría costos innecesarios y evitables de asumirse el pago del aporte."

Como puede observarse, mediante esta decisión el Consejo de Estado declaró la nulidad del inciso 2º del artículo 71 del Decreto 806 de 1998, por lo cual se considera que en la actualidad, a la luz de ese pronunciamiento, no hay lugar a suspender el pago de los aportes a la seguridad social por parte del empleador cuando se presenta suspensión en el ejercicio de las funciones del servidor público, ya sea por licencia no remunerada o por suspensión disciplinaria.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

CLAUDIA PATRICIA HERNÁNDEZ LEÓN

Directora Jurídica

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

¹. Consejo de Estado – Sección Segunda. Sentencia del 14 de junio de 1983.

Jaime Jiménez/JFCA/CPHL

600.4.8.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 04:07:58