



Función Pública

Concepto 396501 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública

20196000396501

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20196000396501

Fecha: 19/12/2019 02:41:29 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Prohibición para ejercer más de un empleo público. Empleo en Colombia y Venezuela. RAD. 20192060401522 del 9 de diciembre de 2019.

En la comunicación de la referencia, informa que el Instituto Departamental de Salud comunicó a esa ESE los resultados de las plazas de servicio social obligatorio, entre la cuales se encontraba una enfermera, a quien se le dio posesión el 5 de junio de 2019. El 10 de junio solicita a la ESE licencia no remunerada por 56 días, a partir de esa fecha y hasta el 4 de agosto de 2019 expresando como motivo ser servidora pública en Venezuela, tener licencia de maternidad remunerada en ese país y la necesidad de atender a su hijo de dos meses de nacido. Manifiesta que esa Empresa de Salud Estatal desconocía esta situación al momento de su posesión y agrega que la señora pertenecía al régimen subsidiado en la EPS ECOOPSOS, quien no le otorgó ninguna incapacidad o licencia de maternidad en Colombia.

Con base en la situación expuesta, consulta:

1. ¿La señora puede estar vinculada como servidora pública en dos países a la vez?
2. ¿La ESE IMSALUD puede conceder la licencia no remunerada de la señora?
3. ¿La ESE IMSALUD debe pagar la licencia de maternidad a la señora sin que la EPS ECOOPSOS le haya otorgado alguna por ser del régimen subsidiado?

La Constitución Política de Colombia señala:

“ARTÍCULO 99. La calidad de ciudadano en ejercicio es condición previa e indispensable para ejercer el derecho de sufragio, para ser elegido y para desempeñar cargos públicos que lleven anexa autoridad o jurisdicción.”

Con relación al tema, debe hacerse mención a la Ley 43 de 1993, por medio de la cual se establecen las normas relativas a la adquisición, renuncia, pérdida y recuperación de la nacionalidad colombiana; se desarrolla el numeral 7 del artículo 40 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones, que establece:

“ARTÍCULO 28. RESTRICCIONES PARA OCUPAR CIERTOS CARGOS. Los colombianos por adopción no podrán acceder al desempeño de los siguientes cargos públicos:

1. Presidente o Vicepresidente de la República (artículos 192 y 204 C.N.)
2. Senadores de la República (artículo 172 C.N.)
3. Magistrados de la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Consejo Superior de Judicatura (artículos 232 y 255 C.N.)
4. Fiscal General de la Nación (artículo 267 C.N.)
5. Miembros del Consejo Nacional Electoral y Registrador Nacional del Estado Civil (artículos 264 y 266 C.N.)
6. Contralor General de la República (artículo 26 C.N.)
7. Procurador General de la Nación (artículo 280 C.N.)
8. Ministro de Relaciones Exteriores y Ministro de Defensa Nacional.
9. Miembro de las Fuerzas Armadas en calidad de oficiales y suboficiales.
10. Directores de los organismos de inteligencia y de seguridad.
11. Los que determine la ley.”

“ARTÍCULO 29. LIMITACIONES A LOS NACIONALES COLOMBIANOS POR ADOPCIÓN QUE TENGAN DOBLE NACIONALIDAD. Los nacionales colombianos por adopción que tengan doble nacionalidad, no podrán acceder al desempeño de las siguientes funciones o cargos públicos:

1. Los referentes en el artículo anterior
2. Los Congresistas (artículo 179, numeral 7o. C.N.)
3. Los Ministros y directores de Departamentos Administrativos.”

De conformidad con lo expresado por la Constitución Política y la norma citada, una persona extranjera está impedida para desempeñar cargos públicos que lleven anexa autoridad o jurisdicción, y para aquellos establecidos en la Ley 43 de 1993, así como los cargos que se rijan por normas especiales y que exijan la calidad de colombiano de nacimiento.

Ahora bien, el artículo 4º, inciso segundo, de la Constitución Política, indica que *“Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades”*. Esto significa que un extranjero que se vincule como servidor público en Colombia, está sujeto a la normatividad del país, principio conocido como *Territorialidad de la Ley*.

Sobre el particular, la Corte Constitucional, en su Sentencia T-1157 del 4 de septiembre de 2000, con ponencia del Magistrado Antonio Barrera Carbonell, indicó:

El principio de la territorialidad de la ley es consustancial con la soberanía que ejercen los Estados dentro de su territorio; de este modo cada Estado puede expedir normas y hacerlas aplicar dentro de los confines de su territorio. El mencionado principio se encuentra morigerado con las siguientes excepciones: i) los colombianos residentes o domiciliados en el extranjero permanecerán sujetos a la ley colombiana, en lo relativo al estado civil, a su capacidad, a la determinación de derechos y obligaciones de familias, en la medida que se trate de ejecutar actos que deban tener efectos en Colombia; ii) todo lo concerniente a los bienes, en razón de que hacen parte del territorio nacional y se vinculan con los derechos de soberanía, se rigen por la ley colombiana, a partir de la norma contenida en el art. 20 del Código Civil, que aun cuando referida a los bienes en cuya propiedad tiene interés o derecho la Nación es aplicable, en general, a toda relación jurídica referida a los bienes ubicados dentro del territorio nacional; iii) la forma de los instrumentos públicos se determina por la ley del país en que hayan sido otorgados.”

De otra parte, la Constitución Política señala en su artículo 128:

“ARTICULO. 128.- Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley. Entiéndase por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas”. (Negrilla fuera de texto)

Las excepciones a esta prohibición, están contenidas en el artículo 19 de la Ley 4ª de 1992¹.

Con base en lo expuesto, debe entenderse que sobre nacionales y extranjeros, vinculados a la administración como servidores públicos, pesa la prohibición de desempeñar simultáneamente más de un empleo público, pero, con base en el Principio de Territorialidad de la Ley, se trata de una limitación aplicable en el territorio nacional, vale decir, desempeñar más de un empleo público en Colombia.

En cuanto al reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por la Ley 1822 de 2017, dispone:

“ARTÍCULO 236. Licencia en la época del parto e incentivos para la adecuada atención y cuidado del recién nacido.

1. Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de dieciocho (18) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al momento de iniciar su licencia.

2. Si se tratare de un salario que no sea fijo como en el caso del trabajo a destajo o por tarea, se tomará en cuenta el salario promedio devengado por la trabajadora en el último año de servicio, o en todo el tiempo si fuere menor.

3. Para los efectos de la licencia de que trata este artículo, la trabajadora debe presentar al empleador un certificado médico, en el cual debe constar:

a) El estado de embarazo de la trabajadora;

b) La indicación del día probable del parto, y

c) La indicación del día desde el cual debe empezar la licencia, teniendo en cuenta que, por lo menos, ha de iniciarse dos semanas antes del parto.

Los beneficios incluidos en este artículo, y el artículo 239 de la presente ley, no excluyen a los trabajadores del sector público.

(...).”

De conformidad con lo antes expuesto, la licencia por maternidad configura una protección constitucional especial en interés del menor recién nacido y de la madre, y conforme a los términos de la norma que la regula no se contempla ningún evento que permita la interrupción de su disfrute.

No obstante, y para el caso específico de la consulta, al momento de vincularse a esa ESE, los requisitos expuestos la certificación de que trata el artículo citado, en la que se indica el estado de embarazo de la trabajadora, el día probable del parto, y el día desde el cual debe empezar la licencia, no tuvieron ocurrencia pues, al momento de ingresar a esa entidad de salud, ya se había producido el parto.

Por otro lado, el Decreto [2353](#) de 2015, “*Por el cual se unifican y actualizan las reglas de afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, se crea el Sistema de Afiliación Transaccional y se definen los instrumentos para garantizar la continuidad en la afiliación y el goce efectivo del derecho a la salud*”, determina:

“ARTÍCULO 2. Campo de aplicación. Las disposiciones contenidas en el presente decreto se aplican a la población que deba afiliarse y a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud; a las Entidades Promotoras de Salud-EPS y Entidades Obligadas a Compensar-EOC; a los administradores y operadores del Fondo de Solidaridad y Garantía -FOSYGA o quien haga sus veces; a los aportantes, administradores y operadores de información de la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes - PILA; a los prestadores de servicios de salud y a las entidades territoriales.

(...).”

“ARTÍCULO 78. Licencia de maternidad. Para el reconocimiento y pago de la prestación de la licencia de maternidad conforme a las disposiciones laborales vigentes se requerirá que la afiliada cotizante hubiere efectuado aportes durante los meses que correspondan al período de gestación.

Cuando por inicio de la vinculación laboral en el caso de las trabajadoras dependientes y en el caso de las trabajadoras independientes se hubiere cotizado por un período inferior al de la gestación se reconocerá y pagará proporcionalmente como valor de la licencia de maternidad un monto equivalente al número de días cotizados frente al período real de gestación.

(...).”

Este criterio temporal ha sido objeto de análisis de las Altas Corporaciones. Así, la Corte Constitucional, en su Sentencia T-174 del 14 de marzo de 2011, con ponencia del Magistrado Jorge Iván Palacio Palacio, indicó:

“5.3. En conclusión, en los casos en los que las madres gestantes, por las razones que fueren, no pudieren cotizar ininterrumpidamente durante todo el periodo de gestación[²⁶] dicha protección deberá reconocerse con el pago total de la licencia por maternidad cuando el tiempo dejado de cotizar sea menor a 10 semanas, o con el pago proporcional a lo cotizado cuando se supere este plazo.”[²⁷]. (Se subraya)

Si bien la sentencia amplió favorablemente el concepto de la cotización, indicando que aun cuando la cotización fuere inferior a 10 semanas, el elemento condicionante es que haya cotizado en el período de la gestación. Esta condición no está presente en el caso expuesto en la consulta, pues la enfermera vinculada ya había pasado por el período de gestación, en el cual no realizó ninguna cotización.

Sobre la licencia ordinaria, el Decreto 1083 de 2015, indica:

“ARTÍCULO 2.2.5.5.5 Licencia ordinaria. La licencia ordinaria es aquella que se otorga al empleado por solicitud propia y sin remuneración, hasta por sesenta (60) días hábiles al año, continuos o discontinuos. En caso de causa justificada, a juicio del nominador, la licencia podrá prorrogarse hasta por treinta (30) días hábiles más.

La solicitud de licencia ordinaria o de su prórroga deberá elevarse por escrito al nominador, y acompañarse de los documentos que la justifiquen, cuando se requiera.

Cuando la solicitud de ésta licencia no obedezca a razones de fuerza mayor o de caso fortuito, el nominador decidirá sobre la oportunidad de concederla, teniendo en cuenta las necesidades del servicio.

La licencia ordinaria una vez concedida no es revocable por la autoridad que la confiere, no obstante, el empleado puede renunciar a la misma mediante escrito que deberá presentar ante el nominador.”

La enfermera vinculada dentro del programa de servicio social obligatorio, podrá solicitar la licencia ordinaria pues, de conformidad con el Decreto 2396 de 1981, “*Por el cual se dictan disposiciones relacionadas con el Servicio Social Obligatorio del área de la Salud*”, artículo 6°, las personas que deban cumplir con el Servicio Social Obligatorio quedarán sujetas a las disposiciones que en materia de personal rijan en las entidades a las cuales se vinculen.

Así las cosas, esta Dirección Jurídica concluye lo siguiente:

1. La enfermera vinculada como servidora pública puede estar desempeñando dos empleos en dos países a la vez, pues la prohibición de desempeñar más de un empleo público contenida en la Constitución Política tiene aplicación en el territorio nacional. Por tanto, mientras en Colombia no desempeñe dos cargos públicos, no será aplicable la prohibición.
2. La ESE IMSALUD puede conceder la licencia no remunerada de la enfermera vinculada, pues, como servidora pública, es su derecho solicitar una licencia ordinaria. La razón que presenta para ello no se considera inválida.
3. La ESE IMSALUD no se encuentra en la obligación de pagar la licencia de maternidad, pues ésta no hizo cotización alguna en el período de gestación, tal como la ley y la jurisprudencia lo dictaminan.

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

Elaboró: Claudia Inés Silva

Revisó: José Fernando Ceballos

Aprobó Armando López Cortés

111602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-11 18:50:50