



Función Pública

Concepto 040831 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000040831

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000040831

Fecha: 03/02/2020 10:33:57 a.m.

Bogotá D.C.

REF.: EMPLEOS. Posesión de empleado incapacitado nombrado en período de prueba. RAD.: 20199000421132 del 30-12-19.

Acuso recibo comunicación, mediante la cual consulta si el trabajador incapacitado con ocasión de accidente laboral, debe concurrir a posesionarse en el cargo para el cual ha sido nombrado en período de prueba, en la fecha en que ha sido señalada por la entidad, estando vigente el período de incapacidad.

Al respecto me permito precisar que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sala de Decisión de Tutelas No. 1, Magistrado Ponente GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNANDEZ, en Sentencia STP1168-2017, Radicación No. 89943, del 2 de febrero de 2017, al pronunciarse sobre un caso semejante, frente a la imposibilidad de una trabajadora en estado de embarazo de posesionarse en un cargo para el cual había sido designada, por encontrarse incapacitada, entre sus consideraciones analizó el principio *pro homine*, el instituto de la incapacidad médica corporal y sus efectos, y el derecho fundamental de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, sobre los cuales consideró:

(e) Del principio *pro homine*.

El pilar fundante *pro homine* es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, *estar siempre a favor del hombre* (CC T-284-2006).

(f) Del instituto de la incapacidad médica temporal y sus efectos.

En materia de Riesgos Laborales, el artículo 2º de la Ley 776 de 2002 define la incapacidad provisional como aquella que, según el cuadro agudo de la enfermedad o lesión que presente el afiliado al Sistema General de la Seguridad Social, le impida desempeñar su aptitud laboral por un tiempo determinado.

En ese orden, de acuerdo con el pronunciamiento CC T-144-2016, el certificado de incapacidad temporal es una prestación que resulta de la existencia de un concepto médico, el cual acredita la falta transitoria de aptitud laboral del trabajador, es decir, que surge de «un acto médico (...) independiente del trámite administrativo del reconocimiento de la prestación económica»¹. En la emisión de este último, «el criterio médico prevalece para definir el número de días de incapacidad recomendada con el fin de proteger los derechos fundamentales a la salud y la vida del paciente»². (Énfasis fuera de texto).

Así las cosas, cuando un galeno, en el ejercicio de sus funciones, expide constancia de inhabilidad laboral a favor de un usuario del Sistema General de Seguridad Social, es deber de su empleador respetar el lapso otorgado al afectado o enfermo para que se recupere del cuadro clínico que le han diagnosticado, en aras que pueda retornar a sus oficios con la capacidad física o mental óptima y desarrollar sus quehaceres de manera eficiente, es decir, no puede exigírsele al subordinado que se presente al trabajo estando incapacitado, pues éste ostenta una justa causa para su ausencia.

Por consiguiente, cuando un asalariado es destinatario de incapacidad médica, no puede la empresa requerirle que interrumpa la misma, esto es, que regrese a trabajar por uno o varios días y luego siga disfrutando de la enunciada imposibilidad, debido a que no existe disposición jurídica que contemple tal supuesto, pues, es simplemente lógica y sentido común aplicados a la razón de ser de esa situación. Justamente, el profesional de la medicina es quien ha determinado, de acuerdo con sus conocimientos y valoraciones, que el sujeto no está apto para cumplir con las labores respectivas, su salud integral, así como la vida, podrían estar en mayor riesgo de continuar ejerciendo el oficio asignado.

En suma, el término de incapacidad laboral no se asemeja al periodo vacacional, sino que se trata de descansos temporales necesarios para el restablecimiento óptimo de la salud del trabajador, e interrumpirlos atenta directamente contra la integridad del trabajador y, por ende, se debe considerar como prohibida esta circunstancia.

(g) El derecho fundamental de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos.

La Corte Constitucional se ha ocupado de analizar las características jurídicas de esta garantía, que constituye una de las más vivas expresiones de la participación democrática por parte de los ciudadanos de cualquier Estado.

(...)

En otras palabras, el acto de la posesión es la aceptación formal de un empleo público, ante la autoridad competente, prestando juramento de cumplir la Constitución, las leyes y las funciones del cargo, lo que le genera al destinatario del nombramiento la asunción de deberes y responsabilidades, así como el goce de derechos.

(...)

Si bien es cierto que en este asunto la Procuraduría General de la Nación no negó el nombramiento de la demandante en el cargo reseñado, de conformidad con los resultados del concurso de méritos, lo cual permitiría la viabilidad excepcional de este amparo, también lo es que, por las circunstancias excepcionales del caso concreto (mujer soltera con embarazo de alto riesgo, es decir, sujeto de protección constitucional reforzada, que no pudo posesionarse dentro del lapso fijado legalmente para ese propósito como Procuradora Judicial I, por recomendación médica, en principio, y estar incapacitada, finalmente), es posible afirmar que, de no producirse el estudio de fondo, podrían resultar irremediablemente afectados los derechos fundamentales de la persona que interpone la acción y el ser que está por nacer o que ya nació³.

Ahora bien, centrándose la Corte en que a la demandante le faltó posesionarse en el citado cargo, requisito *sine qua non* para iniciar el desempeño de la función pública, según el artículo 122 de la Carta Política, debido a las circunstancias exteriorizadas precedentemente, procede la Sala a examinar los motivos por los cuales los actos administrativos proferidos por la Procuraduría General de la Nación, consistentes en (i) negarle la prórroga para la aceptación formal del nombramiento, so pretexto de haberse agotado el plazo legal para ello, y (ii) revocarle su designación como Procuradora Judicial I, no se ajustan a los parámetros constitucionales.

En ese orden lógico, se advierte que a partir del 6 de octubre de 2016, fecha en la que estaban corriendo los términos para que la memorialista se posesionara en el mencionado cargo, pues, recuérdese que, según la Resolución N° 791-2016, tenía plazo hasta el 21 de ese mismo mes y año, empezaron las incapacidades médicas en su favor, con ocasión de su embarazo de alto riesgo, las cuales se extendieron hasta el pasado 24

de noviembre.

Lo anterior significa que la señora PAOLA ANDREA OCHOA GARCÍA, en ese intervalo de tiempo, con base en la normatividad y jurisprudencia citada, no se encontraba apta para cumplir con sus oficios profesionales en el servicio que presta al interior de la Rama Judicial y, mucho menos, acudir a la Procuraduría General de la Nación para aceptar de manera solemne el nombramiento que previamente había asentido, lo cual implica la asunción de deberes y responsabilidades, así como el goce de derechos, porque estaba en un descanso temporal que era necesario para el restablecimiento óptimo de su salud y, en últimas, de la criatura que estaba por nacer.

Por ende, no se le podía exigir que interrumpiera la misma a efectos que tomara posesión del cargo, pues, nadie está obligado a lo imposible, sumado a que ello, sin dubitación alguna, constituiría un grave atentado contra su integridad y la del *nasciturus*, pues, es simplemente lógica y sentido común aplicados a la razón de ser de esa situación, la que notoriamente justifica, con amplitud y seriedad, su renuencia a aceptar ese puesto de trabajo durante ese lapso.

Una vez expuesta las consideraciones pertinentes, la mencionada Corporación concluye:

“Resulta evidente el amparo a la maternidad que brinda esa disposición jurídica –únicamente- a la empleada de la Procuraduría General de la Nación que, siendo su nombramiento en provisionalidad, se encuentra en estado de gravidez y que por consecuencia del concurso de méritos debe apartarse del cargo, en el sentido de prorrogar dicha designación –automáticamente- durante todo el periodo de gestación y hasta 3 meses después de la fecha del parto o finalizada la respectiva licencia, aunado a que se suspende –mecánicamente- el trámite del certamen para esa vacante.

Sin embargo, también se advierte que existe una indefensión para la persona que, habiendo superado las etapas de la misma competencia y en razón de las incapacidades médicas emitidas en su favor, no puede posesionarse en el cargo dentro del término legal fijado por dicho estatuto (canon 84 *ibídem*), déficit prestacional que se torna más gravoso y ostensible en este caso por tratarse –igualmente- de una mujer en estado de embarazo de alto riesgo, quien es soltera y que de similar manera merece le prorroguen –automáticamente- la aceptación formal de su cargo y culmine luego de finalizada la licencia de maternidad, en aras de efectivizarse los mandatos constitucionales de la protección al interés superior del niño y al ser gestante en estado de gravidez, ambos sujetos ubicados en la categoría de especial amparo por parte del Estado, así como el derecho de la accionante de acceder a cargos públicos.

A juicio de la Sala, la aludida disposición debe ser aplicada en este caso a la luz del principio *pro homine*, dándosele así una interpretación extensiva y garantista –como la expuesta-, con el objeto de cubrir la carencia de auxilio enrostrada, la cual compagina con la filosofía humanista de nuestra Constitución Política, pues, se le estaría permitiendo a la demandante que (i) se recupere tranquilamente de las incapacidades médicas, (ii) le brinde el debido cuidado, amor y atención que requiere su hijo recién nacido, cuyos derechos fundamentales son prevalentes y preferentes, al paso que, se itera, (iii) ocupe la vacante a la que optó, sin consecuencias negativas para su salud y del infante.

De este modo, también se da aplicación al pilar de la primacía de lo material sobre lo formal, dado que es una determinación que corresponde a la realidad fáctica, pues, contrario a lo esgrimido por la Procuraduría General de la Nación y lo considerado por el a quo, ante casos como el de la ciudadana PAOLA ANDREA OCHOA GARCÍA, resulta proporcionado y razonable efectuarle una interpretación garantista y extensiva a la regla que prohíbe la prórroga para la posesión del cargo por más de 30 días, por cuanto, se repite, acoge los principios y valores de la Carta Magna, así como de los instrumentos internacionales (artículos 93 y 94 Superior).

Por tanto, se revocará la sentencia recurrida y, en su lugar, se ampararán las garantías fundamentales deprecadas por la demandante. En consecuencia, se dejarán sin efectos el Oficio N° 6045 del 21 de octubre de 2016, “Respuesta a su solicitud radicada por correo electrónico el 18 de octubre de 2016, SIAF. 378511”, así como los actos administrativos que se derivaron de esta decisión (artículo 163 de la Ley 1437 de 2011), y el Decreto N° 3593 del 24 de noviembre de 2016, “Por medio del cual se revoca un nombramiento en periodo de prueba”.

Igualmente, se ordenará a la accionada que, en el término de 48 horas, contadas a partir de la notificación de este proveído, emita nuevo acto administrativo que responda a la petición elevada por la ciudadana PAOLA ANDREA OCHOA GARCÍA el pasado 18 de octubre, vía correo electrónico, de conformidad con lo manifestado en esta providencia.”

Conforme a los criterios expuestos en la jurisprudencia transcrita, el certificado de incapacidad temporal es una prestación que resulta de la existencia de un concepto médico, el cual acredita la falta transitoria de aptitud laboral del trabajador, es decir, que surge de un acto médico, independiente del trámite administrativo del reconocimiento de la prestación económica;⁴ en la emisión de este último, el criterio médico prevalece para definir el número de días de incapacidad recomendada con el fin de proteger los derechos fundamentales a la salud y la vida del paciente.

En consecuencia, cuando un asalariado es destinatario de incapacidad médica, no puede la empresa requerirle que interrumpa la misma, y regrese a trabajar por uno o varios días y luego siga disfrutando de la enunciada imposibilidad, porque el sujeto no está apto para cumplir con las labores respectivas, y debido a que no existe disposición jurídica que contemple tal supuesto.

En cuanto al derecho fundamental de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, al ser analizadas por la alta Corporación señala que esta garantía, constituye una de las más vivas expresiones de la participación democrática por parte de los ciudadanos de cualquier Estado, e indica que al no poderse posesionar la persona nombrada en período de prueba como resultado de un concurso de mérito por estar incapacitada, es posible afirmar que, de no producirse el estudio de fondo, podrían resultar irremediablemente afectados los derechos fundamentales de la persona, por lo que en este orden de ideas negarle la prórroga para la aceptación formal del nombramiento, so pretexto de haberse agotado el plazo legal para ello, y revocarle su designación no se ajustan a los parámetros constitucionales.

Así mismo, frente al principio pro homine, como pilar fundante y criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria, principio que coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre.

y acogiendo el criterio de la alta Corporación, esta Dirección Jurídica, considera que en el presente caso, la entidad en la cual el empleado viene laborando con derechos de carrera administrativa, deberá respetar el vínculo laboral y cumplir con todas las garantías inherentes al empleo del cual es titular durante el período de incapacidad.

Conforme a lo expuesto se procede a absolver las consultas formuladas así:

1.- Respecto a si el trabajador incapacitado con ocasión de accidente laboral, debe concurrir a posesionarse ante el Instituto Nacional de Salud en la fecha que ha sido señalada por esta entidad, estando vigente el período de incapacidad, esta Dirección Jurídica se acoge la criterio de la Corte Suprema de Justicia, por lo cual considera que no será procedente que la persona que cuenta con nombramiento en período de prueba y está pendiente la respectiva posesión, concurra a posesionarse antes de superar la incapacidad médica, por cuanto esta situación la inhabilita para laborar; por lo cual la entidad deberá conceder una prórroga que le permita posesionarse una vez supere la incapacidad.

2.- En cuanto a la consulta si la persona se posesiona, pero sigue incapacitada, desde cuándo comienza a contarse el período de prueba, y cómo se fijarán compromisos para medir su desempeño si se encuentra incapacitada, la remito a lo expresado al absolver la consulta anterior, es decir, la persona nombrada en período de prueba no podrá posesionarse estando incapacitada.

Además, porque como dice la Alta Corporación, por ende, a la persona incapacitada no se le podía exigir que interrumpiera la misma a efectos que tomara posesión del cargo, pues, nadie está obligado a lo imposible, sumado a que ello, sin dubitación alguna, constituiría un grave atentado contra su integridad y la del *nasciturus*, pues, es simplemente lógica y sentido común aplicados a la razón de ser de esa situación, la que notoriamente justifica, con amplitud y seriedad, su renuencia a aceptar ese puesto de trabajo durante ese lapso.

3.- Respecto a la consulta a partir de cuándo el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar debe contar los seis meses para que una vez conocida la decisión del servidor respecto de su nuevo empleo en el Instituto Nacional de Salud, y si no presenta renuncia al que venía desempeñando en el ICBF, poder disponer de ese cargo, me permito manifestarle lo siguiente:

Como bien lo indica el acto administrativo expedido por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar mediante el cual autoriza al servidor para tomar posesión en el Instituto Nacional de Salud, según se informa en la comunicación contentiva de esta consulta, la vacancia temporal del empleo que viene desempeñando en el ICBF comienza a partir de la posesión del servidor en el empleo para el cual ha sido nombrado en período de prueba en el Instituto Nacional de Salud, fecha a partir de la cual se contabiliza el término de los seis meses del respectivo período de prueba.

4.- En cuanto a la consulta si opera alguna causal de excepción frente a los plazos inicialmente fijados en el Decreto 1083 de 2015 (art. 2.2.5.1.6) para tomar posesión, se precisa que el legislador no ha establecido ninguna causal al respecto.

No obstante, sobre este tema la remito a lo expresado al absolver la consulta del numeral 1.

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

Elaboró: Pedro P. Hernández Vergara

Revisó: Jose F. Ceballos Arroyave

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

1. Ministerio de la Protección Social. Concepto 295689. 04-10-2010. Asunto: Radicado 264518. En cita en: CASTELLANOS RAMÍREZ, Julio César. La incapacidad como acto médico. Universitas Médica, 54(1), 26-38. Bogotá, 2013.

2. *Ibidem*.

3. En el trámite de la segunda instancia, la demandante manifestó que su hijo nació el 4 de diciembre de 2016.

4. Ministerio de la Protección Social. Concepto 295689. 04-10-2010. Asunto: Radicado 264518. En cita en: CASTELLANOS RAMÍREZ, Julio César. La incapacidad como acto médico. Universitas Médica, 54(1), 26-38. Bogotá, 2013.

Fecha y hora de creación: 2025-01-20 22:40:52