



Función Pública

Concepto 388721 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000388721

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado N°: 20216000388721

Fecha: 26/10/2021 08:09:10 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: RETIRO DEL SERVICIO - Licencia por enfermedad. Empleado Provisional. Incapacidad que supera 180 días. Radicado: 20212060642432 del 27 de septiembre de 2021.

En atención a la comunicación de referencia, la cual fue remitida por competencia por parte de la Procuraduría General de la Nación a este Departamento Administrativo, en la cual solicita concepto jurídico sobre el procedimiento para desvincular un servidor público que presenta incapacidad mayor a 180 días, teniendo en cuenta que esta entidad tiene actualmente vinculado a un servidor público en provisionalidad, el cual tiene incapacidad que supera los 800 días, con diagnóstico por accidente de tránsito, sin calificación de pérdida de capacidad laboral y concepto de rehabilitación favorable, me permito indicarle lo siguiente:

En primer lugar, es pertinente indicar que, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 430 de 2016, este Departamento Administrativo tiene como objeto el fortalecimiento de las capacidades de los servidores públicos y de las entidades y organismos del Estado, su organización y funcionamiento, el desarrollo de la democratización de la gestión pública, el empleo público, la gestión del talento humano en las entidades estatales, la gerencia pública, la organización administrativa del Estado, la planeación y la gestión, el control interno, la transparencia en la gestión pública y el servicio al ciudadano, mediante la formulación, implementación, seguimiento y evaluación de políticas públicas, la adopción de instrumentos técnicos y jurídicos, la asesoría y la capacitación.

En desarrollo de lo anterior, este Departamento Administrativo emite conceptos técnicos y jurídicos mediante los cuales brinda interpretación general de aquellas normas de administración de personal en el sector público que ofrezcan algún grado de dificultad en su comprensión o aplicación, sin que tales atribuciones comporten de manera alguna el ordenar a las entidades u organismos públicos la forma como deben administrar su personal.

La resolución de los casos particulares, como resulta apenas obvio, corresponderá en todos los casos a la autoridad empleadora y nominadora, en cuanto es la instancia que conoce de manera cierta y documentada la situación particular de su personal, y, además, en desarrollo de los principios de la especialización presupuestal y de la autonomía administrativa, constituye el único órgano llamado a producir una declaración de voluntad con efectos vinculantes en el mundo del derecho.

En ese sentido, se hará una interpretación general de las normas que se relacionen a la situación que plantea en su solicitud, sin que esto implique en algún caso la resolución del caso particular en concreto.

Primeramente, teniendo en cuenta que el empleo que presenta vacancia definitiva se encuentra provisto mediante nombramiento provisional, frente a su terminación, el Decreto 1083 de 2015¹, dispuso:

“ARTÍCULO 2.2.5.3.4 Terminación de encargo y nombramiento provisional. Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados”.

Asimismo, en la materia, la Corte Constitucional mediante sentencia² consideró lo siguiente respecto la motivación que debe contener los actos administrativos que emita la administración y permitan el derecho de contradicción del administrado para declarar la insubsistencia de un empleado vinculado mediante provisionalidad, a saber:

“En suma, el deber de motivación de los actos administrativos que (por regla general) tiene la administración, hace efectiva la cláusula de Estado de Derecho, el principio democrático, el principio de publicidad en las actuaciones de la administración, al tiempo que permite a los

asociados contar con elementos de juicio suficientes para ejercer su derecho de contradicción y defensa a fin de acudir ante las instancias gubernativas y autoridades judiciales para controlar los abusos en el ejercicio del poder. De esta forma a la Administración corresponde motivar los actos, estos son, hacer expresas las razones de su decisión, mientras que a la jurisdicción compete definir si esas razones son justificadas constitucional y legalmente.

(...)

Estos motivos pueden ser, por ejemplo, aquellos que se fundan en la realización de los principios que orientan la función administrativa o derivados del incumplimiento de las funciones propias del cargo, lo cuales, en todo caso, deben ser constatables empíricamente, es decir, con soporte fáctico, porque de lo contrario se incurrirá en causal de nulidad por falsa motivación.

(...)

En este orden de ideas, sólo es constitucionalmente admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto". (Subrayado fuera del texto original).

De conformidad con las normas y el criterio expuesto por la Corte Constitucional, la terminación del nombramiento provisional o el de su prórroga, procede mediante la expedición de acto administrativo motivado a efectos que el empleado conozca las razones por las cuales se le desvincula y pueda ejercer su derecho de contradicción con base en causales que consiste en la posibilidad de no ser removidos del empleo que ocupan, sino por causas disciplinarias, baja calificación en las funciones, razones expresas atinentes al servicio, o por designación por concurso de quien ganó la plaza, conforme a la regla constitucional general relativa con la provisión de los empleos de carrera (Art. 125 C.P).

En ese sentido, la situación de quienes ocupan en provisionalidad cargos de carrera administrativa encuentra protección constitucional, en la medida en que gozan de estabilidad laboral, condicionada al lapso de duración del proceso de selección y sean reemplazados por quien se haya hecho acreedor a ocupar el cargo en virtud de sus méritos evaluados previamente, por razones disciplinarias o baja calificación en el ejercicio de sus funciones.

Ahora bien, frente a esta situación administrativa de licencia por enfermedad, en la cual pueden encontrarse vinculados los empleados, en este caso en provisionalidad, el artículo 26 de la Ley 361 de 1997³, modificado por el Decreto 019 de 2012, dispuso lo siguiente:

"ARTÍCULO 26. No discriminación a persona en situación de discapacidad. En ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización del Ministerio del Trabajo.

Sin perjuicio de lo establecido en el inciso anterior, no se requerirá de autorización por parte del Ministerio del Trabajo cuando el trabajador limitado incurra en alguna de las causales establecidas en la ley como justas causas para dar por terminado el contrato, Siempre se garantizará el derecho al debido proceso.

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso primero del presente artículo, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta (180) días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren." (Subrayado fuera del texto original)

En la materia, se considera relevante señalar lo expresado por el Ministerio de la Protección Social en concepto número 99977 del 11 de abril de 2011, frente al tema del reconocimiento de prestaciones sociales durante la incapacidad, a saber:

(...) Las normas que sobre incapacidad existen en la legislación laboral colombiana, concretamente el Artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo, señalan que el reconocimiento y pago de las incapacidades del trabajador derivadas de una enfermedad no profesional, están a cargo de la Empresa Promotora de Salud EPS a partir del cuarto (4) día de incapacidad y hasta por 180 días.

Pasados 180 días de incapacidad, la EPS deja de tener la responsabilidad de reconocer el pago de una incapacidad, y, por tanto, deberá iniciarse el trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral para el reconocimiento de las prestaciones de invalidez.

Tampoco se ha establecido en la normativa laboral y de seguridad social vigente sobre la materia, la obligatoriedad para el empleador o para otra Entidad de asumir el pago de las incapacidades que superen los 180 días, salvo lo previsto el Artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, en virtud del cual, en los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación, la Entidad Administradora de Pensiones con la autorización de la Aseguradora que hubiere expedido el seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o entidad de previsión social correspondiente, podrá postergar el trámite de calificación ante las Juntas de Calificación de Invalidez hasta por un

término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal, otorgada por la Entidad Promotora de Salud, siempre y cuando se otorgue un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador, según el Artículo 23 del Decreto 2463 de 2001. (...)

Para la terminación del contrato de trabajo cuando el trabajador tiene una incapacidad superior a 180 días, el legislador contempló la obligación del empleador de dar aviso al trabajador con una anticipación no menor de quince (15) días calendario sobre la terminación del contrato, y además, la previa solicitud de autorización de despido ante el Inspector del Trabajo, conforme lo establecido en el Artículo 26 de la Ley 361 de 1997, el cual prevé:

"En ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren". (Subrayado fuera del texto original)

Esta disposición fue revisada por la Corte Constitucional mediante sentencia⁴, en la cual declaró la exequibilidad condicionada del inciso segundo del Artículo 26 de la Ley 361 de 1997, considerando lo siguiente:

"(...) En consecuencia, la Corte procederá a integrar al ordenamiento legal referido los principios de respeto a la dignidad humana, solidaridad e igualdad (C.P., arts. 2o, y 13), así como los mandatos constitucionales que establecen una protección especial para los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos (C.P., arts. 47 y 54), de manera que, se procederá a declarar la exequibilidad del inciso 2o. del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, bajo el entendido de que el despido del trabajador de su empleo o terminación del contrato de trabajo por razón de su limitación, sin la autorización de la oficina de Trabajo, no produce efectos jurídicos y sólo es eficaz en la medida en que se obtenga la respectiva autorización. En caso de que el empleador contravenga esa disposición, deberá asumir además de la ineficacia jurídica de la actuación, el pago de la respectiva indemnización sancionatoria. (Subrayado fuera del texto original).

De conformidad a la normativa transcrita y de lo manifestado por la Corte Constitucional, de forma expresa se dispone que para despedir al trabajador de su empleo con una incapacidad de origen común superior a 180 días, el empleador deberá solicitar permiso previamente a la oficina de trabajo, en el cual autorizará el despido con los soportes documentales que justifiquen el mismo; y sólo en caso de incumplimiento del requisito señalado, el despido será ineficaz, y surgirá a cargo del empleador, el reconocimiento y pago de las indemnizaciones correspondientes.

1. Así entonces, y para dar respuesta a su consulta de forma general, como bien puede concluirse de las anteriores consideraciones, la declaratoria de insubsistencia de un empleado nombrado en provisionalidad resultara procedente siempre que se expida acto administrativo por la entidad nominadora en los casos que se expusieron en precedencia, sin que se haya considerado la procedibilidad del retiro del servicio de un empleado provisional por presentar incapacidad de origen general o común por el término de 800 días.

Lo anterior teniendo en cuenta que, el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, dispone que en ningún caso la limitación de una persona, en este caso por haberse otorgado incapacidad por accidente de tránsito de origen común, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que esta limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el empleo que desempeña, y para ser retirado del servicio requerirá autorización por parte del Ministerio de Trabajo cuando el trabajador incurra en alguna de las causales establecidas en la ley como justas causas para darlo por terminado.

Por lo anterior, y en consideración a la motivación de los actos administrativos que dan por terminado el nombramiento de un empleado provisional, en el acto debe encontrarse de forma expresa las razones de su decisión, mientras la jurisdicción competente define si esas razones son justificadas a la luz de la constitución y la ley.

Finalmente, para más 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 CORTÉS

Director Jurídico

Proyectó: Valeria B.

Revisó: Harold Herreño.

Aprobó: Armando López Cortes.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. *"por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública"*

2. Corte Constitucional, Sala Plena, 16 de noviembre de 2010, SU-917 de 2010, [MP Jorge Iván Palacio Palacio]

3. *"Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones."*

4. Corte Constitucional, Sala Plena, 10 de mayo de 2010, Referencia: expediente D-2600, Consejero Ponente: Alvaro Tafur Galvis.

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:19:05