



Concepto 139651 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000139651

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000139651

Fecha: 10/04/2023 03:46:40 p.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA: RETIRO DEL SERVICIO / DECLARACIÓN DE INSUBSISTENCIA. RADICADO: 20232060128062 del 27 de febrero de 2023.

Acuso recibo de su comunicación, remitida a este Departamento Administrativo con el radicado: 02EE2023410600000014188 a través del cual se consulta lo siguiente:

De acuerdo con el marco legal vigente y jurisprudencial ¿Cuál es el procedimiento para desvincular un funcionario y/o servidor público nombrado en provisionalidad que reiteradamente presenta incapacidades médicas que le impiden cumplir sus funciones y el servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto? De acuerdo con el marco legal vigente y jurisprudencial ¿Cuál es el procedimiento de despido legal de un funcionario y/o servidor público nombrado en provisionalidad que reiteradamente presenta incapacidades médicas que le impiden cumplir sus funciones y el servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto? De acuerdo con el marco legal vigente y jurisprudencial ¿Cuáles son las causas y el procedimiento de autorización para el despido de un funcionario y/o servidor público nombrado en provisionalidad ante el Ministerio o la dirección territorial del Ministerio de Trabajo y Protección Social? Además de las valoraciones e incapacidades médicas que otorgan las Entidades Prestadoras de Salud ¿ante que otra entidad o autoridad el empleador puede refutar o controvertir las valoraciones médicas dadas a sus empleados, esto con el fin de verificar el diagnóstico médico real del trabajador? Una entidad pública que es empleador, con el fin de prevenir el daño antijurídico y el patrimonio público ¿Qué mecanismos jurídicos pueden utilizar las instituciones públicas para evitar que empleados inescrupulosos y de mala fe fabriquen demandas laborales en contra de estas por temas de presuntas afectaciones de salud y presunto acoso laboral?

A lo referido anteriormente en la consulta de remisión, me permito manifestarle inicialmente que, que de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016¹, 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 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, por lo tanto no somos competentes para pronunciarnos sobre el actuar de las entidades como consecuencia de cada caso particular.

De otra parte, 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 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, este Departamento en ejercicio de sus funciones, realiza la interpretación general de las disposiciones legales, por tal motivo nos permitimos responder de manera general, así:

El Art. 125 constitucional establece:

“ARTICULO 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales

previstas en la Constitución o la ley.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.” (Subrayado fuera de texto)

De conformidad con lo anterior, los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, con excepción a los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Así mismo se indica que, la provisión definitiva de los empleos públicos de carrera debe hacerse mediante el sistema de mérito. Este se considera un óptimo instrumento para la provisión de cargos públicos basado en criterios meritocráticos y constituye uno de los ejes definitorios de la Constitución Política de 1991, es especial por su relación estrecha con el principio de acceso a desempeño de cargos públicos, la igualdad, la estabilidad y demás garantías contempladas en el artículo 53 de la Constitución.

Ahora bien, la Ley 909 de 2004² dispone:

“ARTÍCULO 23. CLASES DE NOMBRAMIENTOS.

Los nombramientos serán ordinarios, en período de prueba o en ascenso, sin perjuicio de lo que dispongan las normas sobre las carreras especiales.

(...)

Los empleos de carrera administrativa se proveerán en período de prueba o en ascenso con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito, según lo establecido en el Título V de esta ley.” (Subrayas y negrilla fuera del texto)

De acuerdo al artículo anterior, los empleos de carrera administrativa se proveerán en periodo de prueba o en ascenso con las personas que hayan sido seleccionadas mediante concurso de méritos.

Ahora bien, el Decreto 1083 de 2015³ respecto al retiro de los provisionales, establece:

“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”. (Destacado nuestro)

De acuerdo con la normativa transcrita, se tiene que el retiro de un empleado nombrado en provisionalidad deberá efectuarse mediante acto administrativo motivado.

Del mismo modo, la Corte Constitucional mediante sentencia de Sala Plena, 16 de noviembre de 2010, SU-917 de 2010, [MP Jorge Iván Palacio Palacio], 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 lo anterior 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, de manera que pueda si es su deseo ejercer su derecho de contradicción con base en causales que consisten en la posibilidad de no ser removidos del empleo que ocupan, sino por causas legalmente aceptadas, como lo son las 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).

Para su caso en concreto y dar respuesta a su consulta, mediante sentencia proferida por la Corte Constitucional T-007 de 2008, consideró que

para los funcionarios nombrados en provisionalidad existe “un cierto grado de protección”, 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.

Siempre y cuando no operé causal alguna para llevar a cabo la desvinculación de un funcionario nombrado en provisionalidad, éste se mantendrá en el cargo, al respecto en sentencia proferida por la misma corporación considero lo siguiente frente al acto administrativo que declara insubsistente un provisional:

“Según lo ha reconocido esta Corporación, cuando se trata de desvincular de un cargo de carrera administrativa a un funcionario nombrado en provisionalidad, no se está ante el ejercicio de la facultad de nombramiento y remoción que no requiere de motivación alguna, sino ante un acto administrativo que dada la calidad y las características del cargo obliga a la Administración a motivar la desvinculación de quien lo ocupe. En la sentencia T-800 de 1998, la Corte indicó que “la estabilidad laboral de un funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa no se reduce por el hecho de que se encuentre en provisionalidad”, por lo que su desvinculación no puede hacerse mediante un acto administrativo que no tenga una motivación, pues de ser así, al cargo de carrera en cuestión se le estaría dando la connotación de uno de libre nombramiento y remisión.

Más recientemente, esta Corporación reiteró que, “cuando la autoridad nominadora procede a desvincular del servicio a un empleado que ocupa en provisionalidad un cargo de carrera, sin que exista para ello una causa justificativa, incurre en desviación de poder, susceptible de control judicial. Sin embargo, no es la tutela, en principio, la vía adecuada para dirimir esa controversia, y la persona afectada debe acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para desvirtuar la presunción de legalidad del acto y mostrar que con el mismo se incurrió en una desviación de poder.” (Subraya fuera de texto)

Es decir que, en criterio de esta Dirección Jurídica, un empleado nombrado en un empleo de carrera administrativa en provisionalidad, el acto administrativo que motive su desvinculación debe contener razones de decisión, en el entendido que en el caso que no exista una causa justificativa, el nominador o empleador incurrirá en desviación del poder, susceptible de control judicial.

En este sentido el Decreto 1427 de 2022⁴ incorporado en el Decreto 780 de 2016⁵, estableció las condiciones para el reconocimiento y pago de incapacidades de origen común en el artículo 2.2.3.3.1, que indica lo siguiente:

“ARTÍCULO 2.2.3.3.1 Condiciones para el reconocimiento y pago de incapacidades de origen común. Para el reconocimiento y pago de incapacidades de origen común, deben acreditarse las siguientes condiciones al momento del inicio de la incapacidad:

Estar afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en calidad de cotizante, incluidos los pensionados con ingresos adicionales. Haber cotizado efectivamente al Sistema General de Seguridad Social en Salud, como mínimo cuatro (4) semanas, inmediatamente anteriores al inicio de la incapacidad. El tiempo mínimo de cotización se verificará a la fecha límite de pago del periodo de cotización en el que inicia la incapacidad. Contar con el certificado de incapacidad de origen común expedido por el médico de la red de la entidad promotora de salud o entidad adaptada o validado por esta. (...).” (Negrita y subrayado fuera de texto)

El Decreto 780 de 2016, estableció los parámetros sobre las generalidades de las prestaciones económicas y determinó en el artículo 2.2.3.1.4 la competencia y responsabilidad en la expedición de certificados de incapacidad, de la siguiente forma:

“ARTÍCULO 2.2.3.1.4 Competencia y responsabilidad en la expedición de certificados. Son competentes, para expedir el certificado de incapacidad o licencia de maternidad los médicos u odontólogos tratantes inscritos en el ReTHUS y los profesionales que estén prestando su servicio social obligatorio provisional.

La incapacidad de origen común y la licencia de maternidad, en cuanto se derivan del acto médico u odontológico, según aplique, están sujetas a las normas de la ética médica u odontológica y a las responsabilidades que se originan en el deber de consignar los hechos reales en la historia clínica, en los términos de las Leyes 23 de 1981, 35 de 1989 y el artículo 17 de la Ley 1751 de 2015.”

Teniendo en cuenta lo anterior, cualquier médico u odontólogo es competente para expedir el certificado de incapacidad siempre y cuando se encuentre inscrito en el ReTHUS o estén prestando servicio social obligatorio. La incapacidad será reconocida por la Entidad Promotora de Salud -EPS una vez ésta es expedida por el profesional adscrito o perteneciente a la misma o cuando sea validada por la EPS.

Ahora bien, respecto del trámite de la incapacidad el Decreto Ley 019 de 2012 en su artículo 121 indica:

“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.” (Subrayado fuera de texto)

En este sentido, la norma establece que el trámite para el reconocimiento de incapacidades debe ser adelantado de forma directa por el empleador ante las Entidades Promotoras de Salud -EPS y en todo caso, la responsabilidad que le asiste al empleado es informar a su empleador respecto de la existencia de la incapacidad o licencia.

En ese sentido, me permito transcribir nuevamente una a una sus interrogantes para un mejor desarrollo y entendido de las mismas:

De acuerdo con el marco legal vigente y jurisprudencial ¿Cuál es el procedimiento para desvincular un funcionario y/o servidor público nombrado en provisionalidad que reiteradamente presenta incapacidades médicas que le impiden cumplir sus funciones y el servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto?

De acuerdo con lo expuesto, la terminación de un empleado nombrado en empleo de carrera en provisionalidad deberá ser por acto motivado, ya que de no motivar el acto incurriría en la desviación del poder. Dada la característica y la calidad no se está bajo en un empleo con naturaleza de libre nombramiento y remoción.

Donde se deberán tener en cuenta los causales establecidas por las disposiciones legales transcritas anteriormente.

De acuerdo con el marco legal vigente y jurisprudencial ¿Cuál es el procedimiento de despido legal de un funcionario y/o servidor público nombrado en provisionalidad que reiteradamente presenta incapacidades médicas que le impiden cumplir sus funciones y el servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto?

Se reitera la respuesta anterior.

De acuerdo con el marco legal vigente y jurisprudencial ¿Cuáles son las causas y el procedimiento de autorización para el despido de un funcionario y/o servidor público nombrado en provisionalidad ante el Ministerio o la dirección territorial del Ministerio de Trabajo y Protección Social?

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.

Además de las valoraciones e incapacidades médicas que otorgan las Entidades Prestadoras de Salud ¿ante que otra entidad o autoridad el empleador puede refutar o controvertir las valoraciones médicas dadas a sus empleados, esto con el fin de verificar el diagnostico medico real del trabajador?

La incapacidad de origen común y la licencia de maternidad, en cuanto se derivan del acto médico u odontológico, según aplique, están sujetas a las normas de la ética médica u odontológica y a las responsabilidades que se originan en el deber de consignar los hechos reales en la historia clínica, en los términos de las Leyes 23 de 1981, 35 de 1989 y el artículo 17 de la Ley 1751 de 2015.

Cualquier médico u odontólogo es competente para expedir el certificado de incapacidad siempre y cuando se encuentre inscrito en el ReTHUS o estén prestando servicio social obligatorio. La incapacidad será reconocida por la Entidad Promotora de Salud -EPS una vez ésta es expedida por el profesional adscrito o perteneciente a la misma o cuando sea validada por la EPS.

Finalmente, frente a la expedición de incapacidades por parte de médicos que no son adscritos a la EPS del paciente, el artículo 2.2.3.3.3 del Decreto 780 de 2016, indica:

“ARTÍCULO 2.2.3.3.3 Expedición de certificado de Incapacidad de origen común. (...)

Cuando, a juicio de la entidad promotora de salud o entidad adaptada, haya duda respecto de la incapacidad expedida por el médico u odontólogo no adscrito a su red, podrá someter a evaluación médica al afiliado por un profesional par, quien podrá desvirtuarla o aceptarla, sin perjuicio de la atención en salud que este requiera.

(...)

De acuerdo con lo anterior, la EPS tiene la facultad de validar las incapacidades expedidas por médicos no adscritos a la misma, sometiendo en caso de duda a evaluación médica al afiliado antes de ocho (8) días hábiles desde la presentación de la incapacidad, si esto no ocurriere, la EPS se encuentra en la obligación de reconocer y pagar dicha incapacidad.

Ahora bien, frente a los documentos que deben presentarse junto con el certificado de incapacidad expedido por médicos no adscritos a la EPS, la norma indica que será la epicrisis: si se trata de internación, o el resumen de la atención: cuando corresponde a servicios de consulta externa o atención ambulatoria.

Una entidad pública que es empleador, con el fin de prevenir el daño antijurídico y el patrimonio público ¿Qué mecanismos jurídicos pueden utilizar las instituciones públicas para evitar que empleados inescrupulosos y de mala fe fabriquen demandas laborales en contra de estas por temas de presuntas afectaciones de salud y presunto acoso laboral?

Frente a los mecanismos para evitar daño antijurídico, este Departamento Administrativo de conformidad con el Decreto 430 de 2016 no es competente para pronunciarse sobre el caso en concreto.

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 <https://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.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Jorge González

Revisó: Maia Borja

Aprobó: Armando López.

11602.8.4.

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública.

2 “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”.

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

4 “Por el cual se sustituye el Título 3 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 780 de 2016, se reglamentan las prestaciones económicas del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”.

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

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