



Función Pública

Concepto 067261 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000067261

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000067261

Fecha: 08/02/2022 03:46:54 p.m.

Bogotá D.C.

REF: SITUACIONES ADMINISTRATIVAS. Licencia por enfermedad. Pago de incapacidad superior a 540 días. RETIRO DEL SERVICIO. Declaratoria de insubsistencia de funcionarios de libre nombramiento y remoción en incapacidad. RAD. 20222060011672 del 07 de enero de 2022.

En atención al oficio de la referencia, mediante el cual informa que un servidor público de libre nombramiento y remoción ha sido incapacitado por más de 540 días y las mismas han sido reconocidas y pagadas por la EPS, ARL y nuevamente la EPS., se pregunta.

Puede el empleador solicitar a la EPS, quién actualmente está cancelando las incapacidades, que expida un nuevo concepto favorable o desfavorable.

El empleador está obligado a esperar que el servidor público termine su proceso de rehabilitación o puede nombrar un tercero para el cargo desempeñado por el servidor público de libre nombramiento y remoción.

Frente a las preguntas formuladas, me permito manifestarle lo siguiente.

Inicialmente es importante destacar que la resolución de los casos particulares corresponderá 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.

Por tanto, este Departamento en ejercicio de sus funciones contenidas en el Decreto [430](#) de 2016, realiza la interpretación general de las disposiciones legales. Sin embargo, no le corresponde la valoración de los casos particulares, y carece de competencia para ordenar reconocimiento de derechos; tampoco funge como ente de control, investigación, ni señalar los procedimientos a seguir en caso de que se presenten anomalías, ni es el competente para decidir sobre la legalidad de las actuaciones de las entidades del estado, competencia atribuida a los Jueces de la República.

No obstante, a modo de información general respecto de la situación planteada, le informo:

En relación con el pago de la incapacidad superior a 180 días de un empleado, es necesario señalar que, el Decreto-Ley 3135 de 1968, por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado, y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales, señala:

«ARTÍCULO 18. AUXILIO POR ENFERMEDAD. En caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad, los empleados o trabajadores tendrán derecho a que la respectiva entidad de previsión social le pague, durante el tiempo de la enfermedad, las siguientes remuneraciones:

a) Cuando la enfermedad fuere profesional, el sueldo o salario completo durante ciento ochenta (180) días, y

-

b) Cuando la enfermedad no fuere profesional, las 2 terceras partes (2/3) del sueldo o salario durante los primeros noventa (90) días y la mitad del mismo por los noventa (90) días siguientes.

PARAGRAFO. La licencia por enfermedad no interrumpe el tiempo de servicio.

-

Cuando la incapacidad exceda de ciento ochenta (180) días el empleado o trabajador será retirado del servicio y tendrá derecho a las prestaciones económicas y asistenciales que este decreto determina.» (Subrayado fuera de texto)

A su vez, el Decreto 1848 de 1969, Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968, establece:

«ARTICULO 9o. PRESTACIONES. En caso de incapacidad comprobada para trabajar, motivada por enfermedad no profesional, los empleados públicos y los trabajadores oficiales tienen derecho a las siguientes prestaciones:

a. Económica, que consiste en el pago de un subsidio en dinero, hasta por el término máximo de ciento ochenta (180) días, que se liquidará y pagará con base en el salario devengado por el incapacitado, a razón de las dos terceras partes (2/3) de dicho salario, durante los primeros noventa (90) días de incapacidad y la mitad del mencionado salario durante los noventa (90) días siguientes, si la incapacidad se prolongare; y

-

b. Asistencial, que consiste en la prestación de servicios médicos, farmacéuticos, quirúrgicos, de laboratorio y hospitalarios, a que hubiere lugar, sin limitación alguna y por todo el tiempo que fuere necesario.» (Subrayado fuera de texto)

De conformidad con el Artículo 18 del Decreto 3135 de 1968 y el Artículo 9 del Decreto 1848 de 1969, el empleado incapacitado tendrá derecho al pago de un subsidio en dinero correspondiente a un salario completo durante ciento ochenta días (180), cuando la enfermedad fuere profesional y a las dos terceras (2/3) partes del salario durante los primeros noventa (90) días y la mitad del mismo por los noventa (90) días siguientes, cuando la enfermedad no fuere profesional.

Por consiguiente, puede colegirse que el reconocimiento y pago de incapacidades por enfermedad, es hasta por el término de ciento ochenta (180) días. Este pago es asumido por la respectiva EPS si se trata de enfermedad general o por la ARL si se trata de una enfermedad profesional o accidente de trabajo.

En el caso de que la incapacidad generada por enfermedad no profesional supere los ciento ochenta (180) días, no existe obligación legal para la EPS, de continuar con dicho reconocimiento. Se reitera que la incapacidad por enfermedad no suspenderá el contrato de trabajo, el empleador deberá continuar efectuando los respectivos aportes en salud y pensiones de conformidad con lo establecido en el inciso 1 del Artículo 40 de Decreto 1406 de 1999.

Una vez el empleado supera el término de ciento ochenta días de incapacidad, resulta obligatorio continuar con el reconocimiento de aportes a la seguridad social y de prestaciones sociales del empleado; excepto para las vacaciones, las cuales expresamente en el Artículo 22 del Decreto 1045 de 1978, excluyen a la incapacidad que exceda de ciento ochenta días.

Respecto al reconocimiento y pago de las primas de servicios y bonificación por servicios, se reitera que el empleado que se encuentra en incapacidad superior a 180 días, no tendrá derecho al reconocimiento y pago de estos elementos salariales por cuanto, no se ha prestado el servicio.

En consecuencia, atendiendo su primer interrogante esta Dirección Jurídica considera procedente que la entidad solicite un nuevo dictamen médico certificado por la Entidad Promotora de Salud EPS., o la Administradora de Riesgos Laborales ARL., según corresponda, donde se indique si el servidor público se encuentra en imposibilidad temporal para continuar desempeñando las funciones de su cargo.

Ahora bien, frente a su segundo interrogante, relacionado con el retiro de un empleado de libre nombramiento y remoción es pertinente precisar lo siguiente:

El Artículo 125 de la Constitución Política de Colombia 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.

(...)

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.» (Subrayado fuera de texto)

Frente al retiro de los empleados de libre nombramiento y remoción la Ley 909 de 2004 Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones, señala:

«ARTÍCULO 41. CAUSALES DE RETIRO DEL SERVICIO. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:

a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción;

(...)

PARÁGRAFO 2o. Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado.

La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado.» (subrayado fuera del texto).

Sobre este tema el Consejo de Estado, Sección Segunda, en sentencia Radicado No. 2002-00188-01 del 19 de enero de 2006. M.P. Tarcisio Cáceres Toro, expresó:

«La insubsistencia del nombramiento es una figura a la que se recurre cuando la autoridad nominadora lo considera conveniente, en aras del mejoramiento del buen servicio. Sabido es que una medida de tal naturaleza se supone inspirada en razones del buen servicio, fin primordial de la función pública, y que el acto administrativo contentivo de una manifestación de voluntad, y que el acto administrativo contentivo de una manifestación de voluntad, como la que se controvierte, goza de la presunción de legalidad, vale decir, que se expidió con sujeción al ordenamiento jurídico vigente, aunque puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario.»

Así mismo, el Consejo de Estado, Sección Segunda, en sentencia Radicado No. 4425-2004 del 4 de noviembre de 2008. M.P. Luis Rafael Vergara Quintero señaló:

«En cuanto a los nombramientos en cargos de libre nombramiento y remoción, la Sala reitera su criterio jurisprudencial, según el cual, dada la forma en que se realiza el ingreso, asimismo puede la administración en cualquier tiempo declarar la insubsistencia, a través de acto administrativo que no requiere motivación alguna. No obstante, la justificación del retiro debe propender por la búsqueda de mejorar el servicio de la entidad pública y los intereses generales que deben predominar en la función pública.

Dicho objetivo es una presunción que la ley le otorga a estos actos, siendo deber del particular desvirtuarla, en el sentido de comprobar que, con su retiro, el nominador tuvo en cuenta intereses particulares y caprichosos y, que por tal razón, se desmejoró el servicio.» (Subrayado fuera de texto)

La misma Corporación en Sentencia del ocho (8) de mayo de dos mil ocho (2008), C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Radicación N°: 70001 23 31 000 2001 01370 01 (2447-07), en relación con la insubsistencia de los servidores públicos de Libre Nombramiento y Remoción expresó:

«Respecto de esta clase de empleos públicos, ha sido claro el criterio establecido por la Sala en lo relacionado con el tratamiento que debe darse a los funcionarios que los ocupan, en el entendido de que corresponde a la Administración, en ejercicio de su facultad discrecional y con el fin del mejoramiento del servicio, efectuar los movimientos de personal que a bien tenga dada la naturaleza especial que revisten, por lo que no es necesaria la motivación expresa del acto de retiro de los mismos, para proferir dicha decisión. Es en síntesis, una amplia facultad o margen de libertad para que la Administración elija a los funcionarios que en su sentir desempeñarán una mejor tarea en pro del buen servicio público que prestan y del cumplimiento de los fines que se le han encomendado, por ello resulta razonable en aras del interés de la institución, al cual debe ceder el interés particular, que el nominador en ejercicio de su potestad discrecional pueda retirar del servicio a los funcionarios de libre nombramiento y remoción para recomodar su equipo.» (Negrilla fuera de texto)

Concretamente frente al caso de su consulta, se considera que la situación de la incapacidad no le otorga al funcionario algún fuero o condición especial que impida su retiro. Al respecto, el Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. - Sección Segunda. - Bogotá, D. E., veintisiete de enero de mil novecientos ochenta y nueve. Consejero ponente: Doctor Reynaldo Arciniegas Baedeker, señaló:

«Por otra parte, es claro también que la situación de incapacidad por enfermedad no confiere fuero de estabilidad en el empleo frente a las disposiciones legales que consagran la discrecionalidad de la administración para retirar del servicio a un empleado a través de la declaración de insubsistencia.

La incapacidad, cierto es, da derecho al tratamiento asistencias correspondiente y, dado el caso, a las reparaciones pecuniarias que sean secuela de la incapacidad o invalidez, pero en modo alguno tiene incidencia en el vínculo jurídico propiamente dicho, el cual se rige por normas claras y perentorias que una circunstancia accidental, como la incapacidad, no puede quebrantar.

Sólo el escalafonamiento en una determinada carrera o el desempeño de un cargo de período fijo estructuran una relativa estabilidad en el servicio, frente a la facultad discrecional de que goza la administración en los casos de destinos que sean de libre remoción. La incapacidad es una situación circunstancial y transitoria que ciertamente no es causal de ruptura de la relación laboral si no es en el supuesto del Artículo 18, parágrafo, del Decreto ley 3135 de 1968 "el empleado o trabajador será retirado del servicio" ni tampoco confiere per se alguno de estabilidad que pueda enervar la facultad discrecional de la administración cuando esta exista.»

De acuerdo con la normativa transcrita, la competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado, por tratarse de una causal autónoma de retiro del servicio, el cual goza de la presunción de legalidad, vale decir, que se expidió con sujeción al ordenamiento jurídico vigente; no obstante, la justificación del retiro debe propender por la búsqueda de mejorar el servicio de la entidad pública y los intereses generales que deben predominar en la función pública.

Así mismo, se aclara que la situación de incapacidad por enfermedad no confiere fuero de estabilidad en el empleo frente a las disposiciones legales que consagran la discrecionalidad de la administración para retirar del servicio a un empleado a través de la declaración de insubsistencia, y aunque da derecho al tratamiento asistencial correspondiente y, dado el caso, a las reparaciones pecuniarias que sean secuela de la incapacidad o invalidez, en modo alguno tiene incidencia en el vínculo jurídico propiamente dicho, el cual se rige por normas claras y perentorias que una circunstancia accidental, como la incapacidad, no puede quebrantar.

Conforme a la normativa y criterio de la jurisprudencia del Consejo de Estado, esta Dirección Jurídica, considera que es procedente el retiro del empleado titular de un empleo de libre nombramiento y remoción mediante acto no motivado, con el fin de mejorar el servicio que presta la entidad pública y por el predominio de los intereses generales en la función pública; sin que la situación de incapacidad por enfermedad constituya fuero de estabilidad por cuanto esta situación no tiene incidencia en el vínculo laboral, que se rige por normas claras y perentorias, según las cuales la incapacidad no le otorga fuero de estabilidad al empleado.

Con 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 CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Luz Rojas

Revisó: Harold Israel Herreño

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 11:31:48