



**Función Pública**

## Concepto 2441 de 2016 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20166000002441\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20166000002441

Fecha: 06/01/2016 03:44:47 p.m.

Bogotá D. C.,

REF. RETIRO DEL SERVICIO. Retiro del servicio de empleado del INPEC que se encuentra incapacitado y ocupa cargo mediante nombramiento provisional. Radicado: 2015-206-022509-2 del 4 de diciembre de 2015.

En atención a la comunicación de la referencia, me permito dar respuesta a la misma en los siguientes términos:

### PLANTEAMIENTO JURIDICO

¿Es procedente declarar insubsistente encontrándose en incapacidad a un servidor que ocupa un empleo en la modalidad de provisionalidad en el INPEC por haberse vinculado a quien superó el concurso de méritos?

¿Cuál es el término legal que tiene el nominador para pagar la liquidación a que tiene derecho el empleado?

¿Para realizar el examen médico de desvinculación de la entidad existe reglamentación que indique el momento en que deba practicar a quien se encuentra en incapacidad?

### FUENTES FORMALES

· Ley [909](#) de 2004<sup>1</sup>

· Decreto [407](#) de 1994<sup>2</sup>

- Decreto [1083](#) de 2015<sup>3</sup>
- Ley [1071](#) de 2006<sup>4</sup>
- Jurisprudencia Corte Constitucional y Consejo de Estado.

## ANÁLISIS

Con el objeto de dar respuesta a los interrogantes planteados se analizarán las siguientes disposiciones legales y jurisprudencia relacionada:

### 1. Declaratoria de insubsistencia de empleados nombrados en la modalidad de provisionales.

La Ley 909 de 2004 establece la procedencia de este tipo de nombramientos en el artículo 25, así:

*“ARTÍCULO 25. Provisión de los empleos por vacancia temporal. Los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos serán provistos en forma provisional solo por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera.”*

De igual forma el artículo 12 del Decreto 407 de 1994 respecto a la provisión de empleos para el personal del INPEC en la modalidad de provisionales señaló:

*“ARTÍCULO 12. PROVISION DE EMPLEOS. (...)En caso contrario, podrán hacerse nombramientos provisionales que no podrán tener una duración superior a seis (6) meses. Al vencimiento del período de provisionalidad, si el empleado no ha sido seleccionado se producirá vacancia definitiva y éste quedará retirado del servicio. (...)”*

Con respecto a la terminación del nombramiento provisional, el Decreto 1227 de 2005, por el cual se reglamenta parcialmente la Ley [909](#) de 2004, compilado mediante el Decreto [1083](#) de 2015 en el Libro 2, Parte 2 Título 5, Capítulo 3 artículo 2.2.5.3.4 y el Decreto-ley [1567](#) de 1998, señala:

*“ARTÍCULO 2.2.5.3.4. Terminación del 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.”*

Este Departamento Administrativo ha venido conceptuando que el retiro de los empleados provisionales procede siempre y cuando se motive. La normativa citada está ajustada a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en la cual se ha sostenido que el empleado provisional debe conocer las razones por las cuales se le desvincula, para efectos de que ejerzan su derecho de contradicción.

En cuanto a la estabilidad, le informo que las normas no consagran un derecho a estabilidad de los empleados provisionales y únicamente establece que su retiro, como se manifestó, debe producirse mediante acto motivado.

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional en Sentencia [T-007/08](#), se pronunció sobre el retiro de los provisionales, en el siguiente sentido:

"4. La necesidad de motivación del acto de desvinculación del funcionario nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera administrativa, a la luz de la jurisprudencia constitucional.

4.1. De acuerdo con la reiterada jurisprudencia constitucional en la materia, el retiro de funcionarios que ocupan cargos de carrera -nombrados en provisionalidad- exige de la Administración la motivación del acto administrativo de desvinculación correspondiente so pena de violar el debido proceso del funcionario, y en especial, su derecho de defensa. No expresar esas razones hace imposible para un funcionario en tales condiciones, controvertir el fundamento de su desvinculación por vía judicial. De esta manera, el tratamiento que se les debe dar a estas personas al momento de su desvinculación no es el de funcionarios de libre nombramiento y remoción, - por la naturaleza del cargo-, sino el de funcionarios con protección respecto de las razones de su desvinculación. Sobre el particular, la Corte Constitucional ha hecho las siguientes consideraciones:

"(...)"

(c) La Corte reconoce que no existe para los funcionarios que ocupan cargos de carrera administrativa en provisionalidad, un fuero de estabilidad como el que le corresponde a quienes están debidamente inscritos en carrera administrativa y han sido elegidos mediante concurso. Sin embargo esta Corporación estima que para los primeros 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 (Art. 125 C.P). Así, los actos que deciden la desvinculación de los servidores en provisionalidad, deben contener las razones del servicio por las cuáles se separa a un funcionario del cargo (...)." (Negrilla y subrayado fuera de texto).

Sobre las motivaciones admisibles que tiene la Administración para declarar insubsistente un empleo provisional, la Corte Constitucional emitió la sentencia de unificación [SU-917](#) de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, en la cual señaló:

"...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 es, 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<sup>[66]</sup> 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". (Negrilla y subrayado fuera de texto).

De conformidad con lo anterior, la administración deberá motivar el acto de desvinculación del provisional por sanciones disciplinarias, evaluación del desempeño insatisfactoria, por razones referentes al servicio que este prestando o por designación de quien ganó la plaza mediante concurso de méritos.

Ahora bien, con respecto a declarar insubsistente a un empleado que se encuentra en incapacidad, se considera que la situación de la incapacidad no le otorga al funcionario algún fuero o condición especial que impida su retiro<sup>5</sup>. Al respecto, el Consejo de Estado 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.” (Subrayado fuera de texto)*

Conforme lo indica el Alto Tribunal, la incapacidad es una situación circunstancial y transitoria y no es considerada causa de ruptura de la relación laboral, sin que dicha situación administrativa le confiera al empleado fuero de estabilidad en el empleo frente a las disposiciones que consagran la discrecionalidad de la administración para retirar del servicio a un trabajador a través de la declaratoria de insubsistencia.

No obstante, se sugiere consultar con la Entidad de Salud a la cual se encuentre afiliado el funcionario con el fin de que no le sea suspendida su protección en salud a partir de la fecha en que sea retirado del servicio.

## 2. Plazo para pagar las prestaciones sociales de un servidor público.

En cuanto al pago de cesantías definitivas, el artículo 4° de la Ley 1071 de 2006 establece que dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.

Dispone la misma norma en su artículo 5° que la entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.

En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en el artículo 5° de la Ley 1071 de 2006. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este.

Para las demás prestaciones sociales, no existe una norma que disponga un término para su liquidación y pago.

Con relación a la importancia del pago oportuno y completo de todas las obligaciones salariales dejadas de cancelar al trabajador, la Corte Constitucional, en sentencia de unificación de jurisprudencia, precisó, expreso:

"a. El derecho de todos los trabajadores al pago oportuno de su remuneración salarial, es una garantía que no se agota en la simple enunciación de un deber surgido de la relación laboral, sino que se trata de un verdadero derecho fundamental.

"b. La figura de la retribución salarial está directamente relacionada con la satisfacción del derecho fundamental de las personas a la subsistencia, reconocido por la Corte Constitucional como emanación de las garantías a la vida (Art. 11 C.P.), a la salud (Art. 49 C.P.), al trabajo (Art. 25 C.P.), y a la seguridad social (Art. 48 C.P.); pero no se agota en la satisfacción de las necesidades de mera subsistencia biológica del individuo, pues debe permitir el ejercicio y realización de los valores y propósitos de vida individual, y su falta compromete el logro de las aspiraciones legítimas del grupo familiar que depende económicamente del trabajador.

" (...).

"h. Es necesario precisar que la falta de presupuesto de la administración, o la insolvencia del empleador particular, como motivo para no pagar oportunamente los salarios, no constituye razón suficiente para justificar el desconocimiento de derechos fundamentales como la vida en condiciones dignas y el bienestar del trabajador y sus familiares." <sup>6</sup>.

En otra oportunidad, frente a los pagos al momento del retiro señaló:

*"En el presente caso, la situación de las demandantes resulta bastante apremiante, máxime cuando, la entidad demandada, no sólo reconoce abiertamente adeudarles los salarios de siete meses, sino que además, confirma que los recursos por concepto de liquidación de las trabajadoras, tampoco les han sido pagados, lo cual resulta más grave aún, pues ha de entenderse que los dineros que todo empleador debe cancelar a los trabajadores al momento de finalizar una relación laboral, tienen como finalidad primordial, la de cubrir las necesidades básicas y elementales que son inaplazables para todo ser humano y que servirán como sustento económico hasta tanto se vincule nuevamente a otro trabajo. Por ello, la imposibilidad por parte de las accionantes, de cumplir a cabalidad sus obligaciones más elementales como vivienda, alimentación y vestuario hace presumir la afectación al mínimo vital, y a las condiciones mínimas de vida digna."* (Se subraya)

La misma Corporación ha señalado la indexación, como un medio para resarcir el daño ocasionado por la pérdida adquisitiva de las obligaciones laborales no canceladas a tiempo, frente a la cual ha expresado que "tal actuación, desarrolla claros principios constitucionales, en especial al que surge del artículo 53 de la C.P., a cuyo tenor la remuneración laboral debe ser móvil, a fin de proteger el poder adquisitivo de los trabajadores, lo que se logra normalmente mediante la indización de las sumas adeudadas, para que éstas no se deterioren en términos reales con el paso del tiempo, sin detrimento de los cargos que pueda hacerse a la entidad incumplida en cuanto a la indemnización de otros perjuicios que su ineficiencia y demora puedan generar al afectado."<sup>8</sup>

### 3. Exámenes médicos al retiro del servicio.

Con relación a realizar el examen médico de retiro encontrándose el empleado en incapacidad, es pertinente reiterar que la incapacidad no es considerada causa de ruptura de la relación laboral, por lo que el examen médico por retiro, sería procedente una vez se produzca el retiro del empleado del servicio.

Mediante Circular Unificada No. 2004 del 22 de Abril de 2004, publicada en el Diario Oficial 45.534, emanada de la Dirección General de Riesgos Profesionales del Ministerio de la Protección Social, con el fin de unificar las instrucciones para la vigilancia, control y administración del Sistema General de Riesgos Profesionales y dirigida entre otros a empleadores del sector público y privado, se dispuso frente al tema:

#### "3. Examen médico para efectos de salud ocupacional

*En materia de salud ocupacional y para efecto de establecer el estado de salud de los trabajadores al iniciar una labor, desempeñar un cargo o función determinada, se hace necesario en el desarrollo de la gestión para identificación y control del riesgo, practicar los exámenes médicos ocupacionales de ingreso, periódicos y de retiro, los cuales son a cargo y por cuenta del empleador, conforme al artículo 348 del Código*

*Sustantivo de Trabajo; el literal b) del artículo 30 del Decreto 614 de 1984 y el numeral 1 del artículo 10 de la Resolución 1016 de 1989.*

*Adicionalmente, las entidades administradoras de riesgos profesionales podrán realizar exámenes relacionados con los sistemas de vigilancia epidemiológica, los cuales no pueden reemplazar la obligación del empleador de realizar exámenes periódicos para la población trabajadora a su cargo."*

De acuerdo con lo anterior, para esta Dirección Jurídica es claro que es un deber para la administración el practicar exámenes en los siguientes períodos:

- Al momento del ingreso del servidor público.

- En forma periódica, anualmente.

- Al retiro.

Así las cosas, atendiendo circular número 2004 del 22 de Abril de 2004, emitida por el Ministerio de Salud y de la Protección Social, las entidades públicas deben al momento del retiro del empleado asumir la práctica de los exámenes médicos.

## CONCLUSIONES

Con fundamento en las anteriores consideraciones, se concluye:

1. La terminación del empleo provisional es procedente siempre y cuando se motive el acto administrativo que así lo ordena, a fin de que el empleado provisional conozca las razones por las cuales se le desvincula, para efectos de que ejerzan su derecho de contradicción.

De conformidad con lo anterior, se debe indicar la causa de la desvinculación del provisional, que bien puede ser por una sanción disciplinaria, evaluación del desempeño insatisfactoria, por razones referentes al servicio que está prestando o por designación de quien ganó la plaza mediante concurso de méritos.

El hecho de que el trabajador se encuentre en incapacidad, esta situación administrativa no le otorga al funcionario algún fuero o condición especial que impida su retiro, toda vez que continúa ostentando la calidad de empleado público y durante dicha situación subsiste su vinculación laboral y no riñe con las disposiciones legales la decisión del empleador de retirar definitivamente de una entidad al servidor que ocupa un empleo en la modalidad de provisionalidad que fue destituido por cualquiera de las causales antes aludidas.

2. Con respecto al plazo para el pago de las prestaciones sociales, se debe tener en cuenta el término referido para la cancelación de las cesantías definitivas contenido en los artículos 4° y 5° de la Ley 1071 de 2006 por parte de la entidad obligada a reconocerla, sin que exista norma que disponga un término para la liquidación y pago de las demás prestaciones sociales. No obstante, el empleador debe ser lo más diligente posible con la liquidación y pago de valores que correspondan al finalizar la relación laboral con los servidores, dándose un plazo moderado para tal fin, de tal forma que no se ocasione un perjuicio o ponga en riesgo el mínimo vital de los mismos y sus familia, teniendo en cuenta su nueva situación.

3. Finalmente, respecto a la normativa que regula la práctica de exámenes médicos a quien es retirado el servicio, se debe tener en cuenta lo señalado en la circular unificada número 2004 del 22 de Abril de 2004, emanada de la Dirección General de Riesgos Profesionales del Ministerio de la Protección Social, en donde se señala como un deber para la administración el practicar exámenes al momento del ingreso del servidor

público, en forma periódica, anualmente y al retiro.

No obstante sobre este particular, en el evento que requiera mayor información, se sugiere respetuosamente que se dirija directamente al Ministerio de Salud y de la Protección Social.

El anterior concepto se imparte en los términos del Artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

MONICA LILIANA HERRERA MEDINA

Asesor con funciones de la Dirección Jurídica

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

*1 por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.*

*2 Por el cual se establece el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario*

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

*4 por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación.*

5 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 Baedecker.

<sup>6</sup>Sentencia SU-995 del 9 de diciembre de 1999. M.P.: Dr. Carlos Gaviria Díaz

7 Sentencia T-936/00

8 C- 448 de 1996

Jaime Jiménez/JFCA

600.4.8