



ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ D. DESTINO: SUBD. DE TALENTO HUMANO/DIAZ TELLEZ MARTHA CLEMI
SECRETARÍA DE HACIENDA ASUNTO: CONCEPTO EJECUCION SANCION DISCIPLINARIA EN CASO
OBS: PROYECTO/SUB JURIDICA

Bogotá, D. C.

Doctora
MARTHA CLEMENCIA DÍAZ TÉLLEZ
Subdirectora del Talento Humano
SECRETARÍA DISTRITAL DE HACIENDA
KRA 30 25 90 P 4
Ciudad.

[Handwritten Signature]
21 OCT 2015
4:35 PM

CONCEPTO

Referencia	CORDIS No. 2015IE23862
Tema	Ejecución de una sanción disciplinaria en caso de incapacidad médica.
Descriptor	Incapacidad médica, ejecución de sanción disciplinaria, destitución, principio de continuidad del servicio de salud
Problema jurídico	¿La incapacidad médica de un funcionario superior a 180 días, constituye impedimento para la ejecución de una sanción disciplinaria de destitución?
Fuentes formales	Artículos 16 y 172 de la Ley 734 de 2002, artículo 23 del Decreto 2463 de 2001.

CONSULTA:

La Subdirectora del Talento Humano solicita concepto sobre si la incapacidad médica y el estado de salud que actualmente presenta un funcionario, constituye impedimento para la ejecución inmediata de la sanción disciplinaria que le impuso la Oficina de Control Interno Disciplinario, consistente en destitución del cargo e inhabilidad general por el término de diez (10) años.

ANTECEDENTES:

La Subdirectora del Talento Humano indica en su solicitud que con memorando 2015IE23008 del 6 de octubre de 2015, la Oficina de Control Interno Disciplinario le remitió las Resoluciones Nos. OCD-00006 del 10 de junio de 2015 y SDH-000208 del 10 de septiembre de 2015, mediante las cuales se profirieron los fallos de primera y segunda instancia, respectivamente, dentro de un proceso disciplinario, adelantado contra el señor _____, con el fin de que ejecutaran la sanción de destitución e inhabilidad general por el término de diez (10) años que se le impuso.

Sostiene la Subdirectora, que el señor _____ se encuentra en incapacidad médica expedida por su EPS, desde el mes de marzo de 2009 hasta la fecha y que





ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
SECRETARÍA DE HACIENDA

está pendiente la definición de la pensión de invalidez por parte del Fondo de Pensiones.

Así mismo afirma, que actualmente esta Entidad paga únicamente los aportes a la seguridad social en salud y pensiones por el funcionario incapacitado.

Finalmente requiere el concepto, sobre si la incapacidad médica y el estado de salud del funcionario son impedimento para la ejecución de la referida sanción.

SUSTENTO LEGAL:

El artículo 16 de la Ley 734 de 2002¹ señala:

"Función de la sanción disciplinaria. La sanción disciplinaria tiene función preventiva y correctiva, para garantizar la efectividad de los principios y fines previstos en la Constitución, la ley y los tratados internacionales, que se deben observar en el ejercicio de la función pública."

A su turno, el artículo 172 ibídem prescribe:

"Funcionarios competentes para la ejecución de las sanciones. La sanción impuesta se hará efectiva por:

(...)

3. El nominador, respecto de los servidores públicos de libre nombramiento y remoción o de carrera.

(...)

Parágrafo. Una vez ejecutoriado el fallo sancionatorio, el funcionario competente lo comunicará al funcionario que deba ejecutarlo, quien tendrá para ello un plazo de diez días, contados a partir de la fecha de recibo de la respectiva comunicación."

Igualmente, es de señalar que la Ley 909 de 2004² en su artículo 41 literal h dentro de las causales de retiro del servicio de la función pública indica entre otras, la siguiente:

"h) Por destitución, como consecuencia de proceso disciplinario;"

Por su parte, el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001³, prevé:

¹ "Por la cual se expide el Código Disciplinario Único"

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

³ "Por el cual se reglamenta la integración, financiación y funcionamiento de las juntas de calificación de invalidez".





ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
SECRETARÍA DE HACIENDA

"Rehabilitación previa para solicitar el trámite ante la junta de calificación de invalidez.
(...)

Cuando se requiera la calificación de pérdida de la capacidad laboral para acceder a los beneficios otorgados por las cajas de compensación familiar, entidades promotoras de salud, administradoras del régimen subsidiado o para acceder al subsidio del Fondo de Solidaridad Pensional y a los beneficios a que se refiere la Ley 361 de 1997, no será necesaria la terminación previa de los procesos de tratamiento y rehabilitación para la formulación de la solicitud ante las juntas de calificación de invalidez.
(...)

Cuando el trabajador no se encuentre afiliado a una entidad promotora de salud o se encuentre desvinculado laboralmente, el concepto de rehabilitación lo otorgará la administradora de fondos de pensiones o administradora de riesgos profesionales que tenga a cargo el trámite de calificación correspondiente.
(...)

Cuando la junta de calificación de invalidez encuentre incompleto el proceso de tratamiento y rehabilitación, existiendo una administradora de riesgos profesionales o empresa promotora de salud obligada a continuar dicho tratamiento, se abstendrá de calificar y devolverá el caso a la entidad respectiva." (Subrayas fuera de texto)

CONSIDERACIONES

Para una mayor comprensión del caso a examinar, es pertinente en primer lugar, revisar la ejecución y naturaleza de la sanción disciplinaria, para luego analizar si la incapacidad médica constituye o no impedimento para la ejecución de dicha sanción.

1. Ejecución y naturaleza de la sanción disciplinaria

El artículo 172 de la Ley 734 de 2002 dispone que el competente para hacer efectiva la sanción disciplinaria es: "El nominador, respecto de los servidores públicos de libre nombramiento y remoción o de carrera."

En cuanto a la importancia de ejecutar la sanción disciplinaria la Corte Constitucional al pronunciarse acerca de la constitucionalidad del artículo 94 de la Ley 200 de 1995 en la Sentencia C-057 de 1998, al referirse al tema señaló:

"...la ejecución de la sanción es una actuación de carácter eminentemente administrativo, que procede una vez queda ejecutoriado el fallo que la impone y cuya finalidad es evidente: lograr que el correctivo impuesto se cumpla. La efectividad de la sanción se relaciona, entonces, con su eficacia, pues ¿qué sentido tendría imponer una sanción si ésta no tiene la vocación de hacerse efectiva?" (Subrayas fuera del texto)

Sobre el mismo asunto, se pronunció la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado mediante Radicación No. 1454 de 2002, así:



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
SECRETARÍA DE HACIENDA

"De esta manera se tiene que en el derecho administrativo sancionatorio rige el principio de legalidad de las sanciones, conforme al cual toda infracción debe ser castigada de conformidad con normas preexistentes al hecho que se atribuye al sancionado..."

También, el Procurador General de la Nación en Fallo del 1 de febrero de 2001, sostuvo:

"Sobre el punto varias cuestiones deben precisarse: la primera, no admite discusión alguna que corresponde al Estado la ejecución de las sanciones que impone como consecuencia del ejercicio del derecho a castigar, pero la ejecución de las sanciones disciplinarias está condicionada a la posibilidad real y efectiva de hacerlas cumplir..."

De igual manera, mediante Sentencia C-280/96, M.P. Alejandro Martínez Caballero, al reiterar la naturaleza y finalidad del derecho disciplinario afirmó:

"La administración en dicho Estado ha sido instituida para servir a los altos intereses de la comunidad, lo cual se traduce en el deber de desarrollar actividades concretas de beneficio colectivo para satisfacer las necesidades insatisfechas de ésta, mediante el ejercicio de los diferentes poderes de intervención de que dispone. Ello impone la necesidad de que la actividad de los funcionarios estatales se adecue a los imperativos de la eficacia, la eficiencia y la moralidad administrativa. Así se asegura, el adecuado funcionamiento de los servicios estatales, el correcto manejo y la preservación del patrimonio público, y la buena imagen de la administración, la cual gana legitimidad y credibilidad frente a la comunidad". (Subrayas fuera del texto)

Bajo estos presupuestos, resulta ineludible que el correctivo disciplinario impuesto a un servidor público debe ser materializado, mediante acto administrativo expedido por el nominador, con el fin de hacer efectiva dicha sanción y así garantizar los principios y fines previstos en la Constitución y la ley, que debe observar todo servidor en el ejercicio de la función pública.

2. La incapacidad médica constituye o no impedimento para la ejecución de la sanción disciplinaria.

Con el fin de dilucidar el asunto relacionado con la incapacidad médica que presenta el servidor público sancionado aludido en la solicitud, es menester señalar apartes de pronunciamientos jurisprudenciales al respecto:

La Corte Constitucional, mediante Sentencia T-137/12, se refirió al pago de la incapacidad laboral superior a 180 días, señalando que está a cargo de la Administradora de los Fondos de Pensiones a la cual se encuentra afiliado el trabajador hasta tanto exista calificación de invalidez en firme, por parte de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez y el médico tratante así lo determine.

Así lo consagró:

MS 30

MS
Sede Administrativa: Carrera 30 N° 25-30 - Código Postal 111311
Dirección de Impuestos de Bogotá:
Avenida Calle 17 N° 65B-95 - Código Postal 111611
Teléfono (571) 338 5000 - Línea 195
contactenos@shd.gov.co
• Nit. 899 999 061-9
Bogotá - Distrito Capital - Colombia



BOGOTÁ
HUMANA



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
SECRETARÍA DE HACIENDA

“En caso de ser iniciado el proceso de calificación de la pérdida de capacidad laboral del afiliado, se produce el dictamen sobre su invalidez, el cual, de acuerdo con su resultado puede: (i) arrojar una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, caso en el cual, de cumplir con los demás requisitos previstos en la ley, el fondo de pensiones deberá reconocerle al trabajador una pensión de invalidez o, en su defecto, (ii) cuando la calificación de la pérdida de capacidad laboral sea inferior al 50%, el empleador deberá reincorporar al trabajador a su empleo, o a uno con funciones acordes con su situación de incapacidad.

Ahora bien, en el caso en el que el trabajador no recupere su capacidad laboral, y por esa causa, el médico tratante le siga extendiendo incapacidades, no obstante haber sido evaluado por la Junta de Calificación de Invalidez y se dictamine una incapacidad permanente parcial, por pérdida de capacidad laboral, inferior al 50%, la Corte ha interpretado, conforme con la Constitución el precitado artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, que le corresponde al fondo de pensiones el pago de las incapacidades superiores a los primeros 180 días y hasta que se expida el dictamen de pérdida de capacidad laboral, que le permita consolidar el derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez.

De acuerdo con lo planteado, si el afiliado no alcanza el porcentaje mínimo requerido para consolidar el derecho pensional, y por su estado de salud le siguen ordenando incapacidades laborales, le corresponderá al fondo de pensiones continuar con el pago de aquéllas, siempre que exista un concepto médico favorable de rehabilitación o hasta que se emita, o, hasta que se pueda efectuar una nueva calificación de su invalidez.

Lo anterior, toda vez que para esta Corporación el reconocimiento de la incapacidad por enfermedad general constituye un mecanismo idóneo para la salvaguarda de los derechos fundamentales de los trabajadores dependientes e independientes, en especial del derecho al mínimo vital y a la salud.

En este supuesto, lo que el ordenamiento persigue es radicar en cabeza del fondo de pensiones la obligación de pagar al afiliado una prestación equivalente a la que venía recibiendo por parte de la EPS, con el fin de garantizar su mínimo vital y el de sus dependientes, cuando la incapacidad excede de 180 días. (...).” (Subrayas fuera del texto)

Es preciso resaltar, que en varios de sus pronunciamientos, la Corte Constitucional obliga al Estado a garantizarle a los usuarios de los servicios de salud, la continuidad del tratamiento médico que estén soportando, sin importar si el paciente se haya desafiliado de la EPS correspondiente.

Así se contempla en la Sentencia T-214/13:

“4.3. La Corte ha sostenido que el principio de continuidad en la prestación de servicios de salud responde, no solo a la necesidad de los usuarios de recibir tales servicios, sino también a los postulados del principio de buena fe y de confianza legítima contemplados en el artículo 83 de la Constitución Política de 1991 que dispone: “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
SECRETARÍA DE HACIENDA

éstas". Esos fundamentos garantizan a los usuarios de los servicios de salud que su tratamiento no va ser suspendido luego de haberse iniciado bajo la vigencia de una afiliación que posteriormente se extingue, sin que deba importar la causa de su terminación. En ese orden, el tratamiento médico debe ser terminado hasta la recuperación o estabilización del paciente, esto es, sin interrupciones que pongan en peligro sus derechos fundamentales a la salud, a la integridad personal o a la dignidad.

4.4. Conforme a lo antedicho, la Corte ha identificado una serie eventos en los que las EPS no pueden justificarse para abstenerse de continuar con la prestación de los tratamientos médicos iniciados, estos son:

i) Porque la persona encargada de hacer los aportes dejó de pagarlos; (ii) porque el paciente va no está inscrito en la EPS correspondiente, en razón a que fue desvinculado de su lugar de trabajo; (iii) porque la persona perdió la calidad que lo hacía beneficiario; (...) vi) porque se trata de un servicio específico que no se había prestado antes al paciente, pero que hace parte integral de un tratamiento que se le viene prestando. (...)

4.6. Teniendo en cuenta lo anterior, el Estado y los particulares comprometidos con la prestación de servicios de salud deben facilitar su acceso conforme a principios como el de continuidad e integralidad. A la luz de los postulados jurisprudenciales de la Corte, la prestación del servicio de salud implica que se debe dar de manera eficaz, regular, continua y de calidad. Por tanto, las EPS no pueden omitir la prestación de los servicios de salud que supongan la interrupción de los tratamientos por conflictos contractuales o administrativos, e impidan el acceso de sus afiliados a la finalización óptima de los tratamientos. Lo anterior obedece al principio de la buena fe y a la obligación de garantía del Estado consistente en evitar situaciones que pongan en peligro los derechos fundamentales de la vida, la salud, integridad personal o la dignidad de los usuarios de los servicios médicos."

De otra parte, es claro el derecho que tienen las personas a que se les garantice la estabilidad laboral reforzada si padecen de una enfermedad grave, sin embargo esta protección es relativa, atendiendo que dicho derecho permanece hasta el momento que, para el caso de los empleados públicos, se configure una causa legal para desvincularlo del cargo.

Sobre el tema, la Corte Constitucional en Sentencia T-663 de 2011 afirmó:

"5.5. En este orden de ideas, la Corte Constitucional también ha sido enfática en señalar que toda persona que se encuentre en una situación de debilidad manifiesta como resultado del padecimiento de una enfermedad y sin importar el tipo de relación laboral existente, "tiene derecho a que se le garantice la estabilidad laboral reforzada por estar en una condición de debilidad manifiesta. Por tanto, el empleador podrá únicamente mediante autorización del inspector de trabajo y por una justa causa objetiva, desvincular al trabajador que presente una disminución física o psíquica en su organismo (Sentencia T-490 de 2010)". Es claro entonces que la protección con que cuenta este grupo de personas es relativa y no absoluta, ya que, como se acaba de mencionar, cuando el trabajador incurra en una justa causa de terminación unilateral del

Sede Administrativa: Carrera 30 N° 25-90 - Código Postal 111311
Dirección de Impuestos de Bogotá:
Avenida Calle 17 N° 65B-95 - Código Postal 111611
Teléfono (571) 338 5000 - Línea 195
contactenos@shd.gov.co
- Nit: 899.999.061-9
Bogotá - Distrito Capital - Colombia



BOGOTÁ
HUMANANA

35-F.01
V.5



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
SECRETARÍA DE HACIENDA

contrato, el empleador puede tramitar la autorización de despido ante el respectivo inspector⁵.

Es de concluir, entonces, que los trabajadores que se encuentren en condiciones de debilidad manifiesta e indefensión por la afectación en su estado de salud tienen derecho al reconocimiento de una estabilidad laboral reforzada, con independencia de (i) el vínculo contractual adoptado por las partes y; (ii) que su condición haya sido certificada como discapacidad por el organismo correspondiente. En virtud de ello detentan el derecho a permanecer en su cargo hasta tanto se configure una causal objetiva que extinga la relación laboral, circunstancia que de todas formas debe ser verificada y autorizada por el inspector del trabajo. Igualmente, tendrá derecho al pago de la indemnización contemplada en el inciso segundo del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en el evento en que la desvinculación laboral se produzca sin la autorización de la autoridad competente.” (Subrayas fuera del texto)

CONCEPTO:

De conformidad con las normas y jurisprudencia analizadas respecto del caso bajo examen, la incapacidad médica en que se encuentra el señor José Luis Rojas Murillo no es impedimento para ejecutar la sanción disciplinaria impuesta por la Oficina de Control Interno Disciplinario de la SDH, consistente en la destitución del cargo e inhabilidad general por el término de diez (10) años, atendiendo los siguientes argumentos legales y jurisprudenciales:

- El derecho disciplinario es una modalidad de derecho sancionatorio, cuyo fin es asegurar la eficacia, la eficiencia, la moralidad administrativa y el correcto desempeño de las funciones públicas.

Por lo tanto, toda infracción al régimen disciplinario debe ser castigada, circunstancia que se hace efectiva en el momento en que el nominador ejecute la respectiva sanción impuesta por la Oficina de Control Interno Disciplinario, mediante fallo que se encuentre ejecutoriado y en firme.

- En el caso objeto de estudio, en el entendido que la incapacidad es una situación administrativa en la que se encuentra un empleado público no impide que se le aplique un sanción disciplinaria porque sigue siendo destinatario de la ley en mención.
- De conformidad con el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, en concordancia con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el pago de la incapacidad laboral superior a 180 días, está a cargo del Fondo de Pensiones al cual se encuentra afiliado el trabajador, hasta tanto exista calificación de invalidez, que le permita consolidar el reconocimiento de dicha pensión .

⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-936 de 2009.

30





ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
SECRETARÍA DE HACIENDA

- El Estado garantiza a los usuarios que los servicios de salud no se suspendan, luego de haberse iniciado tratamiento médico bajo la vigencia de una afiliación que posteriormente sea extinguida. En ese orden, el tratamiento médico debe ser terminado hasta la recuperación o estabilización del paciente, esto es, sin interrupciones que pongan en peligro sus derechos fundamentales a la salud, a la integridad personal o a la dignidad.

En este orden de ideas, la EPS no puede justificarse para abstenerse de continuar con la prestación de los tratamientos médicos iniciados, con base en que la persona encargada de hacer los aportes dejó de pagarlos, porque el paciente ya no está inscrito en la EPS correspondiente, en razón a que fue desvinculado de su cargo.

La Corte Constitucional ha señalado que toda persona que se encuentre en una situación de debilidad manifiesta como resultado del padecimiento de una enfermedad "tiene derecho a que se le garantice la estabilidad laboral reforzada". No obstante, en el presente caso el empleado no queda desprotegido como ya se mencionó, continúa recibiendo un auxilio monetario y una atención en salud, siendo desvinculado del servicio público por una causa determinada en la ley en que procede su retiro, como lo es la imposición de una sanción disciplinaria frente a la cual el acto que resta expedir es un mero acto de ejecución.

El presente concepto se emite en los términos y con el alcance de lo establecido en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2015, sustituido de conformidad con el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015.

Cordialmente,

María Mercedes Medina Orozco
MARÍA MERCEDES MEDINA OROZCO
Directora Jurídica (E)

Revisó: Gerardo Jaime Silva / Clara Lucía Morales Posso / Biviana Agullón Mayorga
Proyectó: Fanny Fernández Mendoza

