



Función Pública

Concepto 102191 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000102191

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000102191

Fecha: 12/03/2020 03:32:20 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: PRESTACIONES SOCIALES. Incapacidad superior a 180 días. Radicado: 2020-206-006940-2 del 18 de febrero de 2020

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta lo siguiente:

1. Conceptuar respecto de los derechos prestacionales a que tendría derecho el servidor público, una vez superados los 180 días de incapacidad, es decir si la entidad está obligada al pago y reconocimiento de:

- 1.1. Pago bonificación por servicios prestados
- 1.2. Pago prima anual de servicios
- 1.3. Vacaciones, prima de vacaciones y bonificación por recreación
- 1.4. Prima de navidad
- 1.5. Cesantías (Régimen retroactivo)

2. Conceptuar sí, la entidad pública podría proceder a la suspensión de salarios al servidor público en razón a superar los 180 días de incapacidad por enfermedad general.

3. Conceptuar, si es viable, que el servidor público al informar que a la fecha una vez superado los 180 días de incapacidad ni su Entidad

Promotora de Salud – E.P.S ni el Fondo de Pensiones le han reconocido el pago de salario, y que por ende se le está afectando su mínimo vital.

Si la entidad pública en su condición de empleador debe efectuar el reconocimiento salarial al servidor público y en caso de ser viable cual sería el trámite para el recobro ante el ente obligado a asumir la pensión del servidor público.

2. Teniendo en cuenta la situación administrativa, es viable que la entidad pueda proceder a realizar un nombramiento provisional o un encargo en el cargo de profesional universitario grado 04 del cual es titular el funcionario que se encuentra en incapacidad superior a 180 días.

Al respecto, me permito dar respuesta a sus interrogantes con base en el fundamento legal que se enuncia a continuación:

Inicialmente, es preciso indicarle que, aunque la remuneración básica mensual y las prestaciones sociales se encuentran íntimamente ligadas a la prestación del servicio, en el caso de las licencias por enfermedad y por maternidad la ley ha dispuesto, excepcionalmente, que el tiempo reglado de la licencia no interrumpe el servicio.

Cabe anotar que, una vez superados los 180 días de incapacidad, el empleado no obstante continuar vinculado a la entidad, se encuentra en efecto suspensivo frente a su relación laboral, por lo cual no hay lugar al pago de salarios y en su lugar procede, el auxilio económico si se ha prorrogado la incapacidad o postergado el trámite de la calificación de invalidez, en los términos de las normas que regulan la materia.

En este orden de ideas, esta Dirección Jurídica ha venido considerando, de conformidad con el artículo 18 del Decreto Ley 3135 de 1968¹, que los elementos salariales del servidor incapacitado deben cancelarse hasta el momento en que completa los 180 días de incapacidad. Una vez superado ese término, se reitera que el empleado se encuentra en efecto suspensivo frente a su relación laboral.

De otra parte, se considera importante 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.

(...)

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 y resaltado fuera de texto)

Esta disposición fue revisada por la Corte Constitucional, en la sentencia C - 531 de 2000, que declaró la exequibilidad condicionada del inciso segundo del Artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en la que, en su parte considerativa, entre otros, señaló:

"(...) 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. (Resaltado y subrayado fuera de texto).

Cabe destacar que la indemnización contenida en este inciso es adicional a todas las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar según la normatividad sustantiva laboral (Ley 50 de 1990), como bien se indica en el texto del inciso 2o. del artículo 26 en estudio. (...)"

Del tenor literal de la norma transcrita y de lo manifestado por la Jurisprudencia Constitucional, se desprende claramente que para terminar el contrato de trabajo de un trabajador con una incapacidad de origen común superior a 180 días, el empleador deberá solicitar previamente a la Dirección Territorial del Ministerio de la Protección Social correspondiente, el permiso para que autorice 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 pago de la indemnización de perjuicios equivalente a 180 días de salario, además de la indemnización por despido sin justa causa, consagrada en la legislación laboral.

Ahora bien, como la incapacidad no suspende el contrato de trabajo, dicho periodo no es descontable para ningún efecto.

De manera que, el término de incapacidad no es descontable para efectos del reconocimiento y pago de las prestaciones sociales derivadas del contrato de trabajo, y en consecuencia, encontrándose el contrato laboral vigente y hasta el momento de su terminación, el empleador está en la obligación de liquidar y pagar al trabajador todas las prestaciones sociales y vacaciones, las cuales se liquidarán sobre el último salario percibido por el trabajador antes del inicio de su incapacidad.

Lo anteriormente indicado es igualmente aplicable en el caso de la incapacidad que supera los 180 días, pues si bien es cierto, no existe obligación de la EPS ni del empleador para pagar las incapacidades que superan los 180 días - salvo lo previsto el Artículo 23 del Decreto 2463 de 2001 cuando exista concepto favorable de rehabilitación -, no es menos cierto que el contrato de trabajo continúa vigente hasta tanto el trabajador no haya sido pensionado por invalidez o exista autorización del Inspector del Trabajo para despedir al trabajador, alegando la causal de incapacidad superior a los 180 días.

En consecuencia, hasta que no sea autorizado el despido por parte del Inspector del Trabajo, el contrato de trabajo continúa vigente, y por ende, las obligaciones del empleador respecto del pago de las prestaciones sociales y aportes al Sistema Integral de Seguridad Social, pero no respecto del salario, por cuanto éste no se genera durante el periodo de incapacidad.

(...)». (Destacado nuestro)

De acuerdo con las consideraciones de este Departamento Administrativo y del Ministerio de la Protección Social se precisa que hasta tanto no se tramite el retiro del empleado ante la Dirección Territorial del Ministerio de Trabajo o se conceda la pensión de invalidez, no hay lugar a suspender la relación laboral o a efectuar descuento alguno por este concepto.

Por lo tanto, corresponde a la entidad continuar reconociendo lo correspondiente a prestaciones sociales las cuales, se liquidarán con base en el último salario percibido por el empleado antes del inicio de su incapacidad.

Con fundamento en lo expuesto, damos respuesta a sus interrogantes en el mismo orden en que se formularon, concluyendo:

1. Tal como se dejó indicado, una vez el empleado supera el término de 180 días de incapacidad, resulta obligatorio continuar con el reconocimiento de prestaciones sociales, tales como la prima de navidad y las cesantías. Sin embargo, el pago correspondiente a vacaciones, prima de vacaciones y bonificación por recreación, aunque están clasificadas como prestación social, el artículo 22 del Decreto 1045 de 1978 excluye expresamente a la incapacidad que exceda los 180 días.

Con relación a los elementos salariales tales como: bonificación por servicios prestados y prima de servicios, no hay lugar a su reconocimiento, ni se ha de tener en cuenta este tiempo como tiempo de servicio, puesto que el empleado no realiza la prestación del servicio.

2. Frente a la continuidad en el pago de la asignación básica, el citado Decreto Ley 3135 de 1968 en su artículo 18 establece que cuando la enfermedad sea no profesional se reconocen 2 días al 100% por parte de la entidad y a partir del día 3 y hasta el día 90 las 2/3 partes y desde el día 90 y hasta el día 180 días lo correspondiente a la mitad del salario. Es importante, hacer referencia que desde el día 3 y hasta el día 180 dicho reconocimiento está a cargo de la Empresa Promotora de Salud - E.P.S en la cual, se encuentre afiliado el empleado.

Por tanto, se reitera que la incapacidad superior a 180 días solo da lugar al pago de prestaciones sociales y de aportes a la seguridad social, salvo cuando exista un concepto favorable de rehabilitación de acuerdo a los términos previstos por el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001

3. Con respecto al recobro a la E.P.S en caso que la entidad asuma el reconocimiento y pago de las incapacidades generadas, desde el día 3 y hasta el día 180, a fin de evitar afectar el mínimo vital de su empleado incapacitado, se precisa que, si bien la entidad no está obligada a efectuar dichos pagos, toda vez que dicho reconocimiento está a cargo de la respectiva E.P.S. No obstante, la administración en aras de garantizar los derechos fundamentales del empleado en incapacidad puede reconocer los valores por este concepto y posteriormente realizar el recobro por lo previamente pagado.

Sobre el trámite del eventual recobro se le sugiere respetuosamente dirigirse ante el Ministerio de Salud a efectos de obtener un pronunciamiento sobre el particular.

4. Finalmente, respecto a la provisión del empleo vacante temporalmente por la incapacidad de su titular, el párrafo del artículo 2.2.5.5.3 del Decreto 1083 de 2015 dispone que durante las licencias el empleado conserva su calidad de servidor público. Es decir, dicha situación administrativa permite que el empleado se separe de sus funciones sin romper el vínculo con la entidad.

Así las cosas, los empleos vacantes temporalmente pueden ser provistos mediante encargo con los empleados de carrera administrativa que acrediten el perfil y los requisitos, de no ser posible se acudirá al nombramiento provisional; lo anterior, en los términos fijados por el artículo 1° de la Ley 1960 de 2019 y el artículo 25 de la Ley 909 de 2004.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web www.funcionpublica.gov.co/eva en el link «Gestor Normativo» donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos 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 LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Angélica Guzmán Cañón

Revisó: José Fernando Ceballos Arroyave

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. «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»

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:16:29