



Función Pública

Concepto 006551 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000006551

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000006551

Fecha: 08/01/2021 09:58:45 a.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA: PRESTACIONES SOCIALES – Incapacidad Superior a 180 Días – RETIRO DEL SERVICIO - Pensión de invalidez. Radicados No. 20219000000072, 20219000000082 de fecha 02 de enero de 2021; 20212060002552 del 04 de enero de 2021 y el 20212060005932 del 06 de enero de 2021.

Reciban un cordial saludo por parte de Función Pública. En atención a las comunicaciones de la referencia, incluyendo la allegada a esta Dirección Jurídica por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante la cual plantea una situación particular relacionada con una funcionaria que viene en una incapacidad ininterrumpida desde el día 17 de julio de 2020, también menciona que la entidad solicitó a la EPS concepto de rehabilitación y esta a su vez solicitó a la funcionaria que debía sacar una cita para valoración, ante lo cual la funcionaria, al parecer no ha querido sacar la referida cita pese a los requerimientos que la entidad le ha realizado. Atendiendo estas consideraciones consulta: “- ¿Que debe hacer la entidad con la funcionaria para que saque la cita de rehabilitación? - ¿cuándo cumpla los 180 días de incapacidad se le debe continuar pagando el salario a la funcionaria? - ¿Puede la entidad suspender el pago de su salario y cuál es el soporte normativo? - ¿qué ocurre con los derechos de carrera administrativa de la funcionaria y como la entidad puede proveer el cargo?”; me permito manifestarle lo siguiente:

En primer lugar, es importante señalar que a este Departamento Administrativo de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016, le compete formular las políticas generales de Administración Pública, en especial en materias relacionadas con empleo público, la gestión del talento humano, la gerencia pública, el desempeño de las funciones públicas por los particulares, la organización administrativa del Estado, la planeación y la gestión, el control interno, la participación ciudadana, la transparencia en la gestión pública y el servicio al ciudadano, razón por la cual no es de nuestra competencia definir o intervenir en situaciones particulares de las entidades y sus empleados, sin embargo, de manera general nos pronunciaremos sobre el tema planteado.

Al respecto, 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 9. 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 de este 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 la relación laboral, 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.

Es importante resaltar que no habrá lugar a el reconocimiento y pago de las primas de servicios y bonificación por servicios, al empleado que se encuentra en incapacidad superior a 180 días, por cuanto no se ha prestado el servicio.

Respecto de la desvinculación de la entidad de los empleados que han perdido su capacidad laboral, es pertinente señalar lo establecido el

artículo 38 de la Ley 100 de 1993 sobre el estado de invalidez, a saber:

“ESTADO DE INVALIDEZ. Para los efectos del presente capítulo se considera inválida la persona que, por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral.

(...) La pensión de invalidez se reconocerá a solicitud de parte interesada y comenzará a pagarse, en forma retroactiva, desde la fecha en que se produzca tal estado.”

En este sentido, el artículo 29 del Decreto 1352 de 2013¹ establece que:

ARTÍCULO 29. Casos en los cuales se puede recurrir directamente ante las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez. El trabajador o su empleador, el pensionado por invalidez o aspirante a beneficiario podrán presentar la solicitud de calificación o recurrir directamente a la Junta de Calificación de Invalidez en los siguientes casos:

a) Si transcurridos treinta (30) días calendario después de terminado el proceso de rehabilitación integral aún no ha sido calificado en primera oportunidad, en todos los casos, la calificación no podría pasar de los quinientos cuarenta (540) días de ocurrido el accidente o diagnosticada la enfermedad, caso en el cual tendrá derecho a recurrir directamente a la Junta.

Lo anterior sin perjuicio que dicho proceso de rehabilitación pueda continuar después de la calificación, bajo pertinencia y criterio médico dado por las instituciones de seguridad social.

b) Cuando dentro de los cinco (5) días siguientes a la manifestación de la inconformidad, conforme al artículo 142 del Decreto número 19 de 2012, las entidades de seguridad social no remitan el caso ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez.

La solicitud ante la Junta en los casos de recurrirse directamente deberá estar acompañada de la copia de la consignación de los honorarios, carta u oficio dándole aviso a su Entidad Promotora de Salud, Administradora de Riesgos Laborales y Entidad Administradora del Sistema General de Pensión, y los documentos que estén en poder del solicitante de conformidad con el artículo 30 del presente decreto, que debe contener la calificación en primera oportunidad, razón por la cual, solo en este caso, las juntas no exigirán el cumplimiento de todos los requisitos establecidos en dicho artículo, sino que pedirán a las entidades correspondientes los documentos faltantes.

PARÁGRAFO 1°. Cuando el trabajador solicitante recurra directamente a la Junta de Calificación de Invalidez conforme con lo establecido en el presente artículo, deberá manifestar por escrito la causal respectiva. En tal caso, el Director Administrativo de la Junta de Calificación de Invalidez determinará la entidad de seguridad social a la cual le corresponde el pago de los honorarios y procederá a realizar el respectivo cobro a la Administradora de Riesgos Laborales o Entidad Administradora del Sistema General de Pensiones según corresponda, a través de las acciones de cobro judicial ante los jueces laborales, en la que solicitará el pago de intereses y costas del proceso y deberá presentar la correspondiente queja ante las diferentes autoridades administrativas, sin que se suspenda el trámite ante la junta por la falta de pago de honorarios.

PARÁGRAFO 2°. En estos casos el Director Administrativo y Financiero dará aviso a la Dirección Territorial del Ministerio del Trabajo o autoridad correspondiente para que se inicie la investigación e imponga las sanciones correspondientes por incumplimiento de términos en la primera oportunidad.

En consecuencia, el trámite para el reconocimiento de la pensión de invalidez lo iniciará la Administradora del Fondo de Pensiones correspondiente, quien deberá remitir el caso a la Junta de Calificación de Invalidez antes de cumplirse el día ciento cincuenta de incapacidad temporal.

Para el reconocimiento de la pensión de invalidez, el trabajador deberá acreditar una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50% y las semanas de cotización al Sistema consagradas en la Ley; y en caso de cumplir con ambos requisitos, la pensión se reconocerá a solicitud de la parte interesada y comenzará a pagarse, en forma retroactiva, desde la fecha en que se produzca dicho estado, según el artículo 40 de la Ley 100 de 1993.

Por su parte, la Ley 909 de 2004 respecto de las causales de retiro del servicio de los empleados públicos establece:

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: (...)

f) Por invalidez absoluta; (...)

PARÁGRAFO 2. 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". (Subraya propia).

Ahora bien, el artículo 2.2.5.2.1 del Decreto 1083 de 2015 dispone:

"Vacancia definitiva. El empleo queda vacante definitivamente, en los siguientes casos:

(...) 7. Por invalidez absoluta".

No obstante, lo anotado, es pertinente señalar que de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional los empleados públicos a quienes se les haya reconocido la pensión no podrán ser retirados del servicio hasta tanto no estén incluidos en nómina de pensionados; una vez incluidos en nómina de pensionados el nominador podrá retirarlos del servicio. De esta forma lo expresó la Corte Constitucional en Sentencia C-1037 de 2003, con Magistrado Ponente Dr. Jaime Araujo Rentería:

"En consecuencia, compete al Legislador, en ejercicio de la potestad de configuración política, determinar las demás causales de terminación de las relaciones laborales públicas y privadas, respetando los límites, principios y valores constitucionales. Por tanto, la regulación prevista en el parágrafo 3° del artículo 9° de Ley 797 de 2003, al establecer una causal de terminación de la relación laboral, tiene amparo constitucional, si se entiende como más adelante se indicará.

8.- En ese orden ideas, cuando un trabajador particular o un servidor público han laborado durante el tiempo necesario para acceder a la pensión, es objetivo y razonable que se prevea la terminación de su relación laboral. Por un lado, esa persona no quedará desamparada, pues tendrá derecho a disfrutar de la pensión, como contraprestación de los ahorros efectuados durante su vida laboral y como medio para gozar del descanso, en condiciones dignas, cuando la disminución de su producción laboral es evidente. Por otro lado, crea la posibilidad de que el cargo que ocupaba sea copado por otra persona, haciendo efectiva el acceso en igualdad de condiciones de otras personas a esos cargos, pues no puede perderse de vista que los cargos públicos no son patrimonio de las personas que lo ocupan.

9.- Además de lo anterior, en anteriores oportunidades cuando esta Corporación estudió las disposiciones legales sobre edad de retiro forzoso, manifestó que era legítimo ese retiro por cuanto permitía la realización de varios derechos. Al servidor público se le hacía efectivo su derecho al descanso, con el disfrute de la pensión. Se permitía, asimismo, el acceso de las nuevas generaciones a los cargos públicos. Y a la función pública enrumbarse por caminos de eficacia y eficiencia, al contar con nuevo personal. Sobre este particular dijo la Corte: "(...)"

Esta circunstancia permite a la Corte concluir que no puede existir solución de continuidad entre la terminación de la relación laboral y la iniciación del pago efectivo de la mesada pensional, precisamente para asegurar al trabajador y a su familia los ingresos mínimos vitales, así

como la efectividad y primacía de sus derechos (C.P., arts. 2° y 5°). Por tanto, la única posibilidad de que el precepto acusado devenga constitucional es mediante una sentencia aditiva para que el trabajador particular o servidor público sea retirado sólo cuando se le garantice el pago de su mesada pensional, con la inclusión en la correspondiente nómina, una vez se haya reconocido su pensión.

La Corte constata que con este condicionamiento no se incurre en la prohibición constitucional conforme a la cual no se pueden recibir dos asignaciones que provengan del tesoro público (C.P., art.128), en relación con los pensionados del sector público, pues una vez se incluye en la nómina correspondiente el pago de la mesada pensional respectiva debe cesar la vinculación laboral."

Por lo tanto, si la pérdida de capacidad laboral corresponde a más del 50% dictaminada por la Junta de Calificación de Invalidez y se cumplen con los requisitos para acceder a la pensión de invalidez por enfermedad general, la Entidad Administradora de Pensiones deberá efectuar el pago de la prestación de invalidez en forma retroactiva al beneficiario de ésta, desde la fecha en que se produzca tal estado, esto es, desde la fecha de estructuración de la pérdida de la capacidad laboral en forma permanente y definitiva, la cual podrá ser anterior o corresponder a la fecha de calificación. Una vez en firme la decisión de la Junta de Calificación de Invalidez podrá la entidad de la que hace parte el funcionario retirar del servicio al funcionario por invalidez absoluta, la cual está consagrada en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, teniendo en cuenta que esta debe hacerse mediante acto motivado.

De acuerdo con todo lo expuesto daremos respuestas a sus interrogantes de la siguiente manera:

¿Qué debe hacer la entidad con la funcionaria para que saque la cita de rehabilitación?

Teniendo en cuenta que es una situación particular entre la entidad y el funcionario, esta Dirección Jurídica no puede intervenir en dicha situación, no obstante es importante mencionar que todos los servidores públicos tenemos deberes consagrados en la Ley 734 de 2002, dentro de los que se encuentra: "Cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución, los tratados de Derecho Internacional Humanitario, los demás ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas, los contratos de trabajo y las órdenes superiores emitidas por funcionario competente." Así las cosas, se debe exhortar el cumplimiento de un deber como servidor público, en la medida de sus posibilidades, so pena de las posibles consecuencias de tipo disciplinario en que se pueda ver inmerso el servidor.

¿cuándo cumpla los 180 días de incapacidad se le debe continuar pagando el salario a la funcionaria?

De acuerdo con lo expuesto en el presente concepto, 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.

Se recuerda que una vez el empleado supera el término de ciento ochenta días de incapacidad, resulta obligatorio para la entidad 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.

Es importante resaltar que no habrá lugar al reconocimiento y pago de las primas de servicios y bonificación por servicios, al empleado que se encuentra en incapacidad superior a 180 días, por cuanto no se ha prestado el servicio.

¿Puede la entidad suspender el pago de su salario y cuál es el soporte normativo?

Como se anotó en la respuesta anterior, la entidad después de superado el término de ciento ochenta (180) días de incapacidad, deberá realizar el pago o reconocimiento de aportes a la seguridad social y de prestaciones sociales del empleado, con las excepciones ya descritas.

Es necesario aclarar, que de conformidad con el Decreto 780 de 2016², el reconocimiento y pago de incapacidades por enfermedad general estarán a cargo del empleador hasta el segundo (2) día; a partir del tercer (3) día será de competencia de las entidades promotoras de salud.

¿qué ocurre con los derechos de carrera administrativa de la funcionaria y como la entidad puede proveer el cargo?

De acuerdo con lo expuesto, la funcionaria conservara sus derechos de carrera administrativa hasta que haya un retiro del servicio conforme las causales establecidas por la Ley, para el caso concreto, primero se debe reconocer la pensión de invalidez, aun así, no podrá ser retirada del servicio hasta tanto no esté incluida en nómina de pensionados.

Si se realiza todo el trámite y la funcionaria es retirada del servicio por invalidez absoluta, se configura una vacancia definitiva del cargo, por lo cual deberá proveerlo conforme se expone a continuación:

Sobre la provisión de vacantes definitivas, el Decreto 1083 de 2015 establece:

ARTÍCULO 2.2.5.3.1 Provisión de las vacancias definitivas. (...)

Las vacantes definitivas en empleos de carrera se proveerán en periodo de prueba o en ascenso, con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito, de conformidad con lo establecido en la Ley 909 de 2004 o en las disposiciones que regulen los sistemas específicos de carrera, según corresponda.

Mientras se surte el proceso de selección, el empleo de carrera vacante de manera definitiva podrá proveerse transitoriamente a través de las figuras del encargo o del nombramiento provisional, en los términos señalados en la Ley 909 de 2004 y en el Decreto Ley 760 de 2005 o en las disposiciones que regulen los sistemas específicos de carrera. (Negrilla propia.)

Por su parte, el artículo 24 de la Ley 909 de 2004³, modificado por el artículo 1° de la Ley 1960 de 2019, establece:

ARTÍCULO 24. Encargo. Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados en estos si acreditan los requisitos para su ejercicio, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, no han sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño es sobresaliente.

En el evento en que no haya empleados de carrera con evaluación sobresaliente, el encargo deberá recaer en quienes tengan las más altas calificaciones descendiendo del nivel sobresaliente al satisfactorio, de conformidad con el sistema de evaluación que estén aplicando las entidades. Adicionalmente el empleado a cumplir el encargo deberá reunir las condiciones y requisitos previstos en la ley.

El encargo deberá recaer en un empleado que se encuentre desempeñando el cargo inmediatamente inferior de la planta de personal de la entidad.

(...)

En caso de vacancia definitiva el encargo será hasta por el término de tres (3) meses, prorrogable por tres (3) meses más, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva.

(...)

De las normas transcritas, se colige que mientras se surte el proceso de selección, el empleo de carrera vacante de manera definitiva podrá proveerse transitoriamente a través de las figuras del encargo o del nombramiento provisional; los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados en estos empleos, si acreditan los requisitos para su ejercicio contenidos en el manual específico de funciones y de competencias laborales que tenga adoptado la entidad, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, su última evaluación del desempeño sea sobresaliente, no hayan sido sancionados disciplinariamente en el año anterior y se encuentren desempeñando el empleo inmediatamente inferior al que se va a proveer, igualmente evento en que no haya empleados de carrera con evaluación sobresaliente, el encargo deberá recaer en quienes tengan las más altas calificaciones descendiendo del nivel sobresaliente al satisfactorio.

En el evento que no existan dentro de la planta de personal empleados de carrera que puedan ser encargados por no reunir los requisitos, el nominador de la entidad deberá certificar dicha circunstancia y, en consecuencia, será procedente efectuar un nombramiento provisional, de manera excepcional⁴.

Finalmente, me permito indicarle que 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 imparte en los términos del artículo 28 de la Ley 1437 de 2011⁵.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: César Pulido.

Aprobó: Armando López Cortes.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Por el cual se reglamenta la organización y funcionamiento de las Juntas de Calificación de Invalidez, y se dictan otras disposiciones.
2. Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social.
3. Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

4. Artículo 25 de la Ley 909 de 2004

5. Artículo sustituido por el artículo 1° de la Ley 1755 de 2015

Fecha y hora de creación: 2025-03-03 01:42:11