



Función Pública

Concepto 139321 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000139321

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000139321

Fecha: 22/04/2021 09:26:21 a.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA: PRESTACIONES SOCIALES. Incapacidades- incapacidad superior a 180 días- Pensión de Invalidez. RAD. 20212060152762 del 23 de marzo de 2021.

Me refiero a su comunicación, radicada en este despacho el día 23 de marzo de 2021, mediante la cual plantea la siguiente consulta:

En el Municipio de Guasca hay una funcionaria que viene incapacitada desde el 1 de noviembre de 2019 con incapacidades continuas de 30 días hasta la fecha, se está realizando el trámite ante el fondo de pensión para reconocimiento de pensión y para su retiro. La EPS no autorizo más incapacidades para esta funcionaria, ella padece la enfermedad ELA.

¿que debe hacer el municipio si la EPS no reconoce más incapacidades? ¿como se le debe pagar la asignación mensual mientras sale la resolución de pensión?

Para comenzar, es importante mencionar que este Departamento en ejercicio de las funciones contenidas en el Decreto 430 de 2016¹, realiza la interpretación general de las disposiciones legales relacionadas con el empleo público y la administración de personal; sin embargo, no le corresponde la valoración de los casos particulares, y carece de competencia para ordenar el reconocimiento de derechos; tampoco funge como ente de control ni es el competente para decidir sobre la legalidad de las actuaciones de las entidades del estado o de los servidores públicos, competencia atribuida a los jueces de la república.

Una vez aclarado lo anterior, me permito dar respuesta a su consulta de la siguiente manera:

En cuanto a las incapacidades, la Ley 100 de 1993², dispone lo siguiente:

“ARTICULO 206-. Incapacidades. Para los afiliados de que trata el literal a. del artículo 157, el régimen contributivo reconocerá las incapacidades generadas en enfermedad general, de conformidad con las disposiciones legales vigentes... (...)”. (Subrayado fuera de texto)

Por su parte, el parágrafo 1 del artículo 3.2.1.10 del Decreto 780 de 2016³, contempla:

“ARTÍCULO 3.2.1.10 Ingreso Base de Cotización durante las incapacidades o la licencia de maternidad.

(...)

Parágrafo 1º. en el Sistema General de Seguridad Social en Salud serán a cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los dos (2) primeros días de incapacidad originada por enfermedad general y de las Entidades Promotoras de Salud a partir del tercer (3) día y de conformidad con la normatividad vigente.

En el Sistema General de Riesgos Laborales las Administradoras de Riesgos Laborales reconocerán las incapacidades temporales desde el día siguiente de ocurrido el accidente de trabajo o la enfermedad diagnosticada como laboral.

Lo anterior tanto en el sector público como en el privado.” (Subraya fuera de texto)

De las anteriores disposiciones puede inferirse que si la incapacidad del servidor es originada por enfermedad general, los primeros dos (2) días deben ser reconocidos por la entidad empleadora y los días que excedan serán reconocidos por el Sistema de Seguridad Social en Salud, es decir, por la respectiva EPS en la que se encuentre afiliado el empleado.

Frente al particular, 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.”

-

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.”

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.

Es importante tener en cuenta que dependiendo del origen de la incapacidad para laborar, éstas serán cubiertas por el Sistema General de Seguridad Social en Salud (enfermedad o accidente general o común), o por el Sistema General de Riesgos Laborales las Administradoras de Riesgos Laborales (enfermedad profesional o por accidente de trabajo), correspondiendo para cada uno de ellos un reconocimiento, forma de pago y responsabilidades diferentes.

De acuerdo con el artículo 40 del Decreto 1406 de 1999: “serán de cargo de la respectiva administradora de riesgos profesionales, ARP, el valor de los aportes para los Sistemas de Seguridad Social en Salud y Pensiones que se causen durante los períodos de incapacidad originados por una enfermedad o accidente de carácter profesional”.

Sobre el reconocimiento y pago de incapacidades de origen común, la Corte Constitucional en sentencia T-199 de 2017 recordó las reglas jurisprudenciales aplicables:

“(i) El pago de las incapacidades laborales de origen común iguales o menores a dos días corre por cuenta del empleador (Decreto 1049 de 1999, artículo 40, parágrafo 1°).

(ii) Las incapacidades por enfermedad general que se causen desde entonces y hasta el día 180 deben ser pagadas por la EPS (Ley 100 de 1993, artículo 206). En todos los casos, corresponde al empleador adelantar el trámite para el reconocimiento de esas incapacidades (Decreto Ley 19 del 2012, artículo 121).

(iii) La EPS deberá examinar al afiliado y emitir, antes de que se cumpla el día 120 de incapacidad temporal, el respectivo concepto de rehabilitación. El mencionado concepto deberá ser enviado a la administradora de fondos de pensiones (AFP) antes del día 150 de incapacidad (Decreto Ley 19 del 2012, artículo 142).

(iv) Una vez reciba el concepto de rehabilitación favorable, la AFP deberá postergar el trámite de calificación de la invalidez hasta por 360 días adicionales, reconociendo el pago de las incapacidades causadas desde el día 181 en adelante, hasta que el afiliado restablezca su salud o hasta que se dictamine la pérdida de su capacidad laboral (Decreto 2463 del 2001, artículo 23).

(v) Si el concepto de rehabilitación no es expedido oportunamente, será la EPS la encargada de cancelar las incapacidades que se causen a partir del día 181. Dicha obligación subsistirá hasta la fecha en que el concepto médico sea emitido” (...) (Subraya propia).

Por tanto, el reconocimiento y pago de incapacidades por contingencias de origen común, para los afiliados cotizantes es hasta por el término de 180 días a cargo de la EPS, y cuando exista concepto favorable de rehabilitación por parte de dicha entidad, la Administradora de Fondos de Pensiones - AFP postergará el trámite 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 reconocida por la EPS. Caso en el cual, se otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía percibiendo.

En este orden de ideas, si bien es cierto la EPS no estaría obligada a reconocer una incapacidad superior a ciento (180) días, dicha entidad estará sujeta al deber de reconocer un subsidio equivalente a la incapacidad que venía asumiendo, en el evento de no haber expedido el concepto de rehabilitación con destino a la AFP, tal y como lo prevé para el efecto el inciso 6 del artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, a título de sanción y hasta cuando se emita el respectivo concepto.

Sobre el particular, la citada norma dispone:

“(…) Las Entidades Promotoras de Salud deberán emitir dicho concepto antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150), a cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones donde se encuentre afiliado el trabajador a quien se le expida el concepto respectivo, según corresponda. Cuando la Entidad Promotora de Salud no expida el

concepto favorable de rehabilitación, si a ello hubiere lugar, deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto. (...) (Resaltado fuera de texto original)

En cuanto a quién es el responsable de tramitar la pensión de invalidez, inicialmente y de acuerdo con lo establecido por la Corte Constitucional en sentencia T-199 de 2017:

(vi) Si el concepto de rehabilitación no es favorable, la AFP deberá remitir el caso a la junta de calificación de invalidez, para que esta verifique si se agotó el proceso de rehabilitación respectivo y, en ese caso, califique la pérdida de la capacidad laboral del afiliado. Si es superior al 50 % y el trabajador cumple los demás requisitos del caso, la AFP deberá reconocer la pensión de invalidez respectiva. Si es menor del 50 %, el trabajador deberá ser reintegrado a su cargo, o reubicado en uno acorde con su situación de incapacidad."

Por su parte, el parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003 consagra que:

"PARÁGRAFO 3°. Se considera justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, que el trabajador del sector privado o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión. El empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones.

Transcurridos treinta (30) días después de que el trabajador o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión, si este no la solicita, el empleador podrá solicitar el reconocimiento de la misma en nombre de aquel" (Subraya propia).

De lo anterior, se entiende que la AFP remite el caso correspondiente a la junta de calificación de invalidez y tiene la competencia para reconocer la pensión de invalidez en caso de que el trabajador cumpla con los requisitos establecidos para esta. Sin perjuicio de lo anterior, y de acuerdo con el parágrafo citado, se encuentra en cabeza del trabajador el inicio del trámite para la pensión de invalidez, pero se faculta al empleador adelantar el trámite, sólo cuando una vez se cumplan los requisitos para obtener el derecho a pensión, hayan transcurridos 30 días y el trabajador no lo haya hecho.

Además, el empleador debe contar con la autorización del trabajador para adelantar este trámite de acuerdo con lo establecido en la sentencia C-1443 del 2000 de la Corte Constitucional, so pena de vulnerar los derechos fundamentales a la intimidad, autonomía y a la libre determinación.

Por otra parte, mediante concepto [20156000198921](#) del 27 de noviembre de 2015, esta Dirección concluyó lo siguiente:

"(...) 1. 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.

2. Respecto del reconocimiento de elementos salariales, no habrá lugar a los mismos, ni se ha de tener en cuenta este tiempo como tiempo de servicio, puesto que el empleado no realiza la prestación del servicio (...)"

Además, 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 procederá, entonces, 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.

Teniendo en cuenta lo anterior, le corresponde al Municipio continuar con el reconocimiento de aportes a la seguridad social y de prestaciones sociales, excepto para las vacaciones. Dicho reconocimiento, no puede ser considerado como salario, toda vez que la funcionaria se encuentra en efecto suspensivo frente a su relación laboral con la entidad hasta que no se resuelva su retiro o el reconocimiento de su pensión de invalidez.

En cuanto a los incumplimientos por parte de la EPS, el municipio puede adelantar las denuncias correspondientes ante la Superintendencia Nacional de Salud, bajo el entendido de que presuntamente incumplió con su obligación de expedir el concepto de rehabilitación antes de los 120 días de incapacidad laboral y de enviarlo a la AFP antes del día 150. Lo anterior, a efectos de que inicie el pago del subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto, tal como lo dispone el artículo 142 del Decreto 019 de 2012.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público, las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos; así como la normatividad que ha emitido el Gobierno Nacional a propósito de la emergencia ocasionada por el Covid - 19, me permito indicar que en el link [/eva/es/gestor-normativo](#) y <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html> podrá encontrar

conceptos y normativa relacionados con el tema.

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: Oscar Mauricio Ceballos M.

Revisó: José Ceballos

Aprobó: Armando López

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PAGINA

1. Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública
2. *“Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”*
3. *“Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social.”*

Fecha y hora de creación: 2025-03-03 01:18:16