



Función Pública

Concepto 353591 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000353591

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000353591

Fecha: 27/09/2021 10:37:23 a.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA: PRESTACIONES SOCIALES. Incapacidad. Radicado No. 20219000600482 de fecha 27 de agosto de 2021.

Reciba un cordial saludo por parte de Función Pública. En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta acerca de un directivo docente que se encuentra en incapacidad medica por más de 60 días, tras la incapacidad medica el cargo actualmente está en encargo. ¿El directivo en licencia debe recibir asignaciones adicionales? ¿Se deberá remunerar simultáneamente a la persona encargada y a la persona en licencia o solo a la persona encargada? Me permito manifestar de manera general lo siguiente:

En primer lugar, es preciso indicarle que, 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 9o. 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.

Por su parte, el Decreto 1333 de 2018, que sustituye el Título 3 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 780 de 2016, consagra en su Artículo 2.2.3.3.1, el reconocimiento y pago de incapacidades superiores a quinientos cuarenta (540) días, en los siguientes casos:

“1. Cuando exista concepto favorable de rehabilitación expedido por el médico tratante, en virtud del cual se requiera continuar en tratamiento médico.

2. Cuando el paciente no haya tenido recuperación durante el curso de la enfermedad o lesión que originó la incapacidad por enfermedad general de origen común, habiéndose seguido con los protocolos y guías de atención y las recomendaciones del médico tratante.

3. Cuando por enfermedades concomitantes se hayan presentado nuevas situaciones que prolonguen el tiempo de recuperación del paciente.

De presentar el afiliado cualquiera de las situaciones antes previstas, la EPS deberá reiniciar el pago de la prestación económica a partir del día quinientos cuarenta y uno (541).”

Ahora bien, de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 2.2.3.2.3 del Decreto 1333 de 2018, existe prórroga de la incapacidad derivada de enfermedad general de origen común, cuando se expide una incapacidad con posterioridad a la inicial, por la misma enfermedad o lesión o por otra que tenga relación directa con esta, así se trate de diferente código CIE (Clasificación Internacional de Enfermedades), siempre y cuando entre una y otra, no haya interrupción mayor a 30 días calendario.

En este orden de ideas, el Artículo 2.2.3.3.2 ibídem, señala que, en cualquier momento, cuando la EPS emita concepto desfavorable de rehabilitación, se dará inicio al trámite de calificación de invalidez de que trata el Artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el Artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012.

De acuerdo con lo expuesto, mientras el empleado permanezca incapacitado sin que se le defina la situación de incapacidad permanente parcial o el estado de invalidez, incluyendo las incapacidades originadas en enfermedad general por más de quinientos cuarenta (540) días, la EPS deberá reiniciar el pago de la prestación económica a partir del día quinientos cuarenta y uno (541), y tendrá derecho además, al reconocimiento y pago de las demás prestaciones sociales legalmente establecidas, pero no será procedente el pago de vacaciones, después de ciento ochenta (180) días de incapacidad, por enfermedad o accidente de trabajo, por cuanto se considera interrumpido el tiempo de servicios, y no procede remuneración alguna por concepto de vacaciones.

Por otro lado, el trámite para el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, se adelantará de manera directa por el empleador ante las entidades promotoras de salud, EPS, de conformidad con lo señalado en el Artículo 121 del Decreto Ley 019 de 2012. En consecuencia, en ningún caso puede ser trasladado al afiliado el trámite para la obtención de dicho reconocimiento.

Frente al pago de las incapacidades que superen los 540 días, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, mediante Sentencia T- 246 de 2018, Expedientes T-6.562.639 y T-6.577.261 (Acumulados). M.P Antonio José Lizarazo Ocampo , dispuso lo siguiente:

“(…)

Conforme al Artículo 1º del Decreto 2943 de 2013, que modificó el párrafo 1º del Artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, el pago de los dos (2) primeros días de incapacidad por enfermedad de origen común, corresponden al empleador.

A su vez, en concordancia con el Artículo 142 del Decreto 019 de 2012, el pago de las incapacidades expedidas del día tres (3) al día ciento ochenta (180) están a cargo de las Entidades Promotoras de Salud, y el trámite tendiente a su reconocimiento está a cargo del empleador.

En cuanto a las incapacidades de origen común que persisten y superan el día 181. Al respecto, si bien en principio eran objeto de debate, en tanto se asumía que el pago estaba condicionado a la existencia de un concepto favorable de recuperación, esta Corporación ha sido enfática en afirmar que el pago de este subsidio corre por cuenta de la Administradora de Fondos de Pensiones a la que se encuentre afiliado el trabajador, ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación¹.

Ahora, en el evento que la EPS no cumpla con la emisión del concepto de rehabilitación sea favorable o desfavorable- antes del día 120 de incapacidad temporal y la remisión del mismo a la AFP correspondiente, antes del día 150, de que trata el Artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, le compete a la EPS pagar con sus propios recursos el subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal, esto, en caso de que la incapacidad se prolongue más allá de los 180 días. En tal sentido, asumirá desde el día 181 y hasta el día en que emita el concepto en mención.

Así mismo, de acuerdo con la norma citada, una vez el fondo de pensiones disponga del concepto favorable rehabilitación, podrá postergar el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral hasta por 360 días calendario adicionales a los primeros 180 de incapacidad temporal que otorgó [y pagó] la EPS. Sin embargo, en caso de que la AFP decida utilizar dicha prerrogativa, la ley prevé como condición el pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal que venía disfrutando el trabajador. Contrario sensu, si el concepto de rehabilitación que recibe el fondo de pensiones por parte de la EPS, es desfavorable, la primera deberá proceder de manera inmediata a calificar la pérdida de capacidad del afiliado, toda vez que la recuperación del estado de salud del trabajador es médicamente improbable. En todo caso, los subsidios por incapacidades del día 181 al día 540, están a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, siempre que cuenten con el concepto de rehabilitación por parte de la EPS, sea este favorable o no para el afiliado. (Negrilla nuestra)

En este punto, como resultado del proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral, es posible i) que se determine una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%¹ evento en el cual, el trabajador puede optar por la pensión de invalidez a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones a la cual se encuentre afiliado, o ii) que se fije una disminución ocupacional parcial, esto es, inferior al 50%, situación en

la que el empleador debe proceder a reincorporar al trabajador en el cargo que venía desempeñando o en otra actividad acorde con su situación de discapacidad, siempre y cuando los conceptos médicos determinen que se encuentra apto para ello. En otras palabras, en este último evento, el trabajador se hace acreedor del derecho a la estabilidad laboral reforzada, desarrollado por esta Corte a partir del Artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

No obstante lo anterior, es factible que a pesar de haberse dictaminado una incapacidad permanente parcial, por pérdida de capacidad laboral, inferior al 50%, el trabajador no recupere su capacidad laboral, y por esa causa, el médico tratante le siga extendiendo incapacidades, superando los 540 días, pese a haber sido evaluado por la junta de calificación de invalidez. Es decir, no resulta posible su reintegro al cargo, debido a la misma incapacidad del trabajador para reincorporarse a sus funciones.

Al respecto, es preciso recordar que el Sistema General de Seguridad Social no previó esta situación dentro de su marco normativo y por tanto, los asegurados incurso en estas circunstancias, antes de la promulgación de la Ley 1753 de 2015 Ley del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018, se encontraban sumidos en desprotección legal como consecuencia de la ausencia de claridad respecto de la entidad que debía asumir el pago del auxilio por incapacidad cuando los mismos superaban los 540 días. Sin embargo, el vacío legal que adolecía el Sistema General de Seguridad Social fue efectivamente superado con la ley en comento, al determinar que el pago de las incapacidades superiores a los 540 días debían asumirse por las entidades promotoras de salud (EPS) y que como mecanismo para reevaluar la real capacidad de trabajo del afectado y propender oportunamente la reincorporación del asegurado a sus funciones laborales, el Gobierno Nacional tenía la obligación de reglamentar el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad.

En efecto, el Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, indicó:

ARTÍCULO 67. Recursos que administrará la entidad administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud. La Entidad administrará los siguientes recursos:

(...)

Estos recursos se destinarán a:

a) El reconocimiento y pago a las Entidades Promotoras de Salud por el aseguramiento y demás prestaciones que se reconocen a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, incluido el pago de incapacidades por enfermedad de origen común que superen los quinientos cuarenta (540) días continuos. El Gobierno Nacional reglamentará, entre otras cosas, el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad por parte de las EPS, el momento de calificación definitiva, y las situaciones de abuso del derecho que generen la suspensión del pago de esas incapacidades. (Resaltado de la Sala)

De la norma transcrita se advierte i) que el Legislador asignó la responsabilidad de sufragar las incapacidades superiores a 540 días a las EPS, y ii) que las EPS pueden perseguir el reconocimiento y pago de las sumas canceladas por dicho concepto en los términos del Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 ante la entidad administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, que asumió funciones a partir del 1º de agosto de 2017, según lo prescrito en el Artículo 1º del Decreto 546 de 2017 En otras palabras, las EPS sólo están asumiendo una carga administrativa en el reconocimiento y pago de dichas incapacidades, ya que la ley es clara al señalar que quien en últimas terminará asumiendo la obligación es el Estado, en cabeza de la entidad creada a través del Artículo 66 de la Ley 1753 de 2015, que le pagará a las EPS los dineros cancelados por dicho concepto.

Adicionalmente, es oportuno aclarar que de ninguna manera puede entenderse que el pago de los subsidios por incapacidad al asegurado se encuentra sujeto a condición alguna, toda vez que conforme al texto normativo transcrito, lo que quedó en suspenso, fue la reglamentación del procedimiento de revisión periódica de incapacidad por parte de las EPS, entre otros asuntos, y no el cumplimiento del deber de pagar los subsidios por incapacidades. Por tanto, desde la entrada en vigencia de la Ley 1753 de 2015, el pago del subsidio por incapacidades que superan el día 540, quedó a cargo de las EPS y desde entonces, tienen el deber de sufragar los valores por dicho concepto a favor del asegurado.

Igualmente, conviene elucidar y reiterar, que el deber legal de asumir las incapacidades originadas en enfermedad común que superen los 540 días (que, se reitera, está a cargo de las EPS) tampoco se encuentra condicionado a que se haya surtido la calificación de pérdida de capacidad laboral del afiliado, toda vez que la falta de diligencia de las entidades no puede derivar en una carga más gravosa para quien afronta una incapacidad prolongada.

(...)"

En consecuencia, el Docente o Directivo Docente que se encuentre en licencia por incapacidad tendrá derecho a que el empleador asuma el pago del auxilio correspondiente por los dos primeros días, desde el tercer día hasta el día ciento ochenta de incapacidad, la obligación de sufragar la incapacidad estará a cargo de la EPS y a partir del día ciento ochenta y hasta el día quinientos cuarenta de incapacidad la prestación económica corresponde por regla general a la AFP, sin importar si el concepto de rehabilitación emitido por la entidad promotora de salud es favorable o no, teniendo en cuenta lo relacionado en la normativa expuesta. Finalmente, 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.

En todo caso, el pago de la incapacidad superior a 540 días deberá efectuarse hasta tanto exista una calificación de pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%, evento en el cual, el trabajador puede optar por la pensión de invalidez a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones a la cual se encuentre afiliado, o que la calificación sea inferior al 50%, situación en la que el empleador debe proceder a reincorporar al trabajador en el cargo que venía desempeñando o en otra actividad acorde con su situación de discapacidad, siempre y cuando los conceptos médicos determinen que se encuentra apto para ello.

Por último, en criterio de esta Dirección Jurídica, no procede el reconocimiento y pago de asignaciones adicionales contempladas en el Decreto 965 de 2021 en virtud de la situación administrativa licencia por enfermedad, por otro lado, el Docente o Directivo/docente en incapacidad de 60 días, recibe un reconocimiento económico por parte de la EPS a la que esté afiliado en los términos expuestos a lo largo del presente. En consecuencia, dado que el titular no estará devengando su remuneración sino una prestación social, pagada por una entidad diferente a aquella en la cual se encuentra vinculado laboralmente, permite que el empleado encargado tenga derecho a percibir el sueldo correspondiente a este empleo, a partir de la fecha de posesión en el encargo, en los términos y condiciones de la ley siempre y cuando su titular no lo esté devengando.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido 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: Lucianny G

Revisó: Harold Israel Herreño Suarez

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:22:27