



Función Pública

Concepto 327371 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000327371

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000327371

Fecha: 07/09/2021 07:56:23 a.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA.: REMUNERACION. Salarios. Reconocimiento y pago de elementos salariales y prestacionales en caso de incapacidad superior a 180 días. RAD.: 2021-206-055101-2 de fecha 30 de julio de 2021.

En atención al escrito de la referencia, mediante el cual solicita alcance al concepto de radicado número [20196000372871](#) del 28 de noviembre de 2019, en el que esta Dirección Jurídica emitió un concepto en relación con el reconocimiento y pago de elementos salariales (prima de servicios, bonificación por servicios, horas extras) y prestacionales (vacaciones, prima de navidad, cesantías) a favor de los empleados públicos en caso de incapacidades médicas que superan 180 días, le indico lo siguiente:

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, indica:

«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 del mismo 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.

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.

Se considera pertinente tener en cuenta que, aunque los elementos salariales (como es el caso de la asignación básica mensual) 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.

No obstante, una vez superados los 180 días de incapacidad, el empleado aun cuando sigue vinculado a la entidad, se encuentra en efecto suspensivo frente a su relación laboral, por lo cual no hay lugar al pago de elementos salariales, 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.

En este orden de ideas, este Departamento Administrativo ha sido consistente al manifestar que, en los elementos salariales del servidor público incapacitado deben cancelarse hasta cuando cumple 180 días de incapacidad, una vez superado dicho término, se reitera que el empleado se encuentra en efecto suspensivo frente a su relación laboral, y en consecuencia, no tendrá derecho al reconocimiento y pago de elementos salariales, por cuanto no se ha prestado el servicio que da derecho a su reconocimiento.

Frente al particular, se considera importante señalar lo expresado por el Ministerio de la Protección Social en concepto No. 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.

En este orden de ideas, el subsidio al cual hace alusión el Artículo 23 del Decreto 2463 de 2001 se reconoce por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad. En este caso, se entiende que la Ley ha establecido un límite al reconocimiento de este subsidio, situación que nos lleva a concluir que es válido que vencido el término anteriormente indicado, la persona incapacitada no reciba subsidio alguno.

En consecuencia y si pasados los 360 días adicionales a los 180 días aún persiste la enfermedad, deberá iniciarse el trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral.

En este sentido, el Artículo 23 del Decreto 2463 de 2001 establece que esta calificación sólo podrá tramitarse cuando las entidades del Sistema de Seguridad Social Integral o el empleador, según sea el caso, hayan adelantado el tratamiento y rehabilitación integral o se compruebe la imposibilidad para su realización. Las Administradoras de Fondos de Pensiones deberán remitir los casos a las Juntas de Calificación de Invalidez antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150) de incapacidad temporal, previo concepto del servicio de rehabilitación integral emitido por la Entidad Promotora de Salud.

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 (150) 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.

En el evento de tener la pérdida de la calificación laboral y cumpla 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. El pago en comento, deberá realizarse teniendo en cuenta que en el Sistema Integral de Seguridad Social no podrá pagarse simultáneamente incapacidad por enfermedad general y pensión de invalidez.

-
En los eventos de pérdida de capacidad laboral inferior al 50%, cuando es de origen común, no existe ninguna disposición normativa que consagre el reconocimiento de prestaciones económicas, a cargo del Sistema.

Respecto del vínculo laboral y las obligaciones salariales y prestaciones del trabajador incapacitado durante más de 180 días, el numeral 15 del Artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el Artículo 7° del Decreto 2351 de 1965, establece como justa causa de terminación del contrato de trabajo en el sector particular, la siguiente:

"La enfermedad contagiosa o crónica del trabajador, que no tenga carácter de profesional, así como cualquier otra enfermedad o lesión que lo incapacite para el trabajo, cuya curación no haya sido posible durante ciento ochenta (180) días. El despido por esta causa no podrá efectuarse sino al vencimiento de dicho lapso y no exime al patrono de las prestaciones e indemnizaciones legales y convencionales derivadas de la enfermedad."

Así mismo, el Artículo 4° del Decreto 1373 de 1966, reglamentario del Decreto Extraordinario No. 2351 de 1965, dispone que "De acuerdo con el numeral 15 del Artículo 7° del Decreto 2351 de 1965, la enfermedad contagiosa o crónica del trabajador, que no tenga carácter profesional, así como cualquier otra enfermedad o lesión que lo incapacite para el trabajo, cuya curación no haya sido posible durante ciento ochenta (180) días, es justa causa para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo por parte del patrono. El despido por esta causa no podrá efectuarse sino al vencimiento de dicho lapso, sin perjuicio de la obligación prevista en el artículo 16 del mismo decreto, cuando a ello haya lugar, y no exime al patrono de las prestaciones e indemnizaciones legales y convencionales derivadas de la enfermedad".

De conformidad con la normativa precitada, es justa causa para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo, la incapacidad superior a 180 días, originada en enfermedad o accidente de origen común, debiendo aclararse que para dichos efectos, debe tratarse de una incapacidad que haga imposible la prestación del servicio, es decir, que inhabilite al operario para el trabajo, tal como lo ha expresado la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en Sentencia de noviembre 30/78.

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.

Finalmente, es preciso señalar que en ningún caso, la Administradora de Pensiones adquiere la calidad de empleador, ni las responsabilidades salariales y prestacionales que le corresponderían a aquél, pues la carga de la AFP se limita al reconocimiento del subsidio equivalente al monto de la incapacidad, con posterioridad al día 180, cuando existe concepto favorable de rehabilitación.

(...)"

Ahora bien, de acuerdo con las consideraciones de este Departamento Administrativo y del Ministerio de la Protección Social, podemos concluir lo siguiente:

1.- Una vez el empleado supera el término de ciento ochenta 180 días de incapacidad se debe realizar la calificación de su capacidad laboral con el fin de determinar si procede el reintegro del trabajador a sus labores, o si por el contrario en virtud de la pérdida de la capacidad laboral, procede el reconocimiento de la pensión por invalidez por parte del fondo de pensiones correspondiente, por ende, a partir del día 180 de incapacidad cesa para la entidad promotora de salud -EPS- la obligación de continuar con el reconocimiento y pago del auxilio por enfermedad.

2.- Ahora bien, en el caso que llegado el día 180 de incapacidad no se haya realizado la valoración correspondiente; es decir, no se haya determinado si el empleado debe reintegrarse a sus labores, ni se ha realizado el reconocimiento de la pensión por invalidez y el empleado continúe incapacitado, resulta obligatorio para la entidad pública continuar con el reconocimiento de aportes a la seguridad social y con el reconocimiento y pago de las 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 (180) días.

3.- En este orden de ideas, como quiera de la prima de servicios y la bonificación por servicios prestados son catalogados como elementos salariales, se deduce que el empleado que se encuentra en incapacidad superior a 180 días, no tendrá derecho al reconocimiento y pago de la prima de servicios, por cuanto no se ha prestado el servicio que da derecho a su reconocimiento, por su parte, se considera procedente el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, con excepción de las vacaciones.

Por lo anterior, se reitera las apreciaciones efectuadas por esta Dirección Jurídica mediante el concepto de radicado número 20196000372871 del 28 de noviembre de 2019.

En atención a la segunda parte de su escrito, en relación con el alcance de los conceptos, resulta oportuno precisar que los conceptos emitidos por este Departamento Administrativo en desarrollo de sus competencias se surten en los términos del artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, en ese sentido, no tienen carácter vinculante ni comprometen la responsabilidad de la entidad, tienen un carácter meramente orientador, sus pronunciamientos se emiten en forma general y abstracta, y tampoco resultan de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Frente al particular, la Corte Constitucional C-542 de 2.000 expresó:

"...Los conceptos emitidos por las entidades públicas en respuesta a un derecho de petición de consultas de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, insistimos, son orientaciones, puntos de vista, consejos y cumplen tanto una función didáctica como una función de comunicación fluida y transparente.

De acuerdo con lo anterior, cuando el concepto se produce a instancia de un interesado, éste queda en libertad de acogerlo o no y su emisión no compromete la responsabilidad de las entidades públicas que los expiden, ni obliga a su cumplimiento o ejecución.

De igual manera, es importante dejar claro al consultante, que el derecho de petición de rango constitucional supone para el Estado la obligación de responder las peticiones que se formulen, pero no obliga a hacerlo en el sentido que quiera el interesado, por lo que el derecho de petición no supone que la Administración deba acceder a pedido, tal y como lo ha mencionado reiteradamente la Corte Constitucional en extensa jurisprudencia la respuesta a las consultas están al margen de que la respuesta sea favorable o no al consultante, pues no necesariamente se debe acceder a lo pedido. (Sentencia T-139/17).

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 <http://www.funcionpublica.gov.co/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: Harold Herreño

Aprobó: Armando López Cortes

GCJ-601 - 11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-11 18:49:56