

**Función Pública**

Concepto 227681 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000227681

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000227681

Fecha: 13/06/2023 11:05:07 a.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA. RETIRO DEL SERVICIO. Incapacidad superior a 180 días. PRESTACIONES SOCIALES. Incapacidad superior a 180 días. RAD. 20239000591872 del 02 de junio de 2023.

En atención a la comunicación de la referencia mediante la cual plantea varios interrogantes relacionados con el pago de salarios y prestaciones sociales de servidor que superó incapacidad de 180 días me permito dar respuesta en los siguientes términos:

Sea lo primero señalar, que de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016¹, este Departamento Administrativo tiene como objeto el fortalecimiento de las capacidades de los servidores públicos y de las entidades y organismos del Estado, su organización y funcionamiento, el desarrollo de la democratización de la gestión pública y el servicio al ciudadano, mediante la formulación, implementación, seguimiento y evaluación de políticas públicas, la adopción de instrumentos técnicos y jurídicos, la asesoría y la capacitación.

En ese sentido, la resolución de los casos particulares corresponderá a la autoridad empleadora y nominadora, en cuanto es la instancia que conoce de manera cierta y documentada la situación particular de su personal.

Por tanto, este Departamento Administrativo, en ejercicio de sus funciones, realiza la interpretación general de las disposiciones legales y en consecuencia, no le corresponde la valoración de los casos particulares.

No obstante a manera de información se manifiesta lo siguiente frente a cada uno de sus interrogantes:

“(…) ¿Qué si el pago de las prestaciones sociales por pagar, solo son por los primeros 180 días? o si es obligación el reconocimiento, hasta su desvinculación; excepto para las vacaciones?”

El Decreto 1848 de 1969², por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968³, 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:

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 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 público 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.

Sobre el tema objeto de consulta se pronunció la Superintendencia Nacional de Salud, mediante concepto 174926 de 2006, concluyendo:

“Sobre incapacidades la Corte Constitucional en sentencia C-065/05 Expediente D-5341, M.P. MARCO GERARDO MONROY CABRA expresó lo siguiente:

"Así como se puede llegar a ordenar el pago de salarios y mesadas pensionales, también se puede exigir el pago de incapacidades laborales, puesto que éstas son el monto sustituto del salario para la persona que, por motivos de salud, no ha podido acudir al trabajo. Al respecto ha señalado la Corporación que:

"El pago de incapacidades laborales sustituye al salario durante el tiempo en que el trabajador permanece retirado de sus labores por enfermedad debidamente certificada, según las disposiciones legales. No solamente se constituye en una forma de remuneración del trabajo sino en garantía para la salud del trabajador, quien podrá recuperarse satisfactoriamente, como lo exige su dignidad humana, sin tener que preocuparse por reincorporarse de manera anticipada a sus actividades habituales con el objeto de ganar, por días laborados, su sustento y el de su familia".

Así las cosas, de estar demostrada la afectación del mínimo vital por el no pago de las incapacidades laborales, procederá la tutela para ordenar su cancelación."

Así entonces, el salario es la base para establecer el monto de los aportes y por ende factor esencial para el reconocimiento de las prestaciones económicas en salud. En el caso sub examine aparece que la incapacidad se asimila a un permiso remunerado, lo cual implica que debe reconocerse como si la persona hubiese laborado tomando en cuenta el sueldo devengado.

De la lectura de la normatividad referida nos permite concluir que:

los primeros tres días de incapacidad están a cargo del empleador y, si esta se extiende, de ahí en adelante la prestación económica respectiva la debe cubrir la correspondiente Entidad Promotora de Salud a la cual se encuentra afiliado el servidor público. En el caso de éstos, esos tres primeros días de incapacidad (se consideran conforme al parágrafo del Artículo 10 del Decreto 1848 de 1968) como un permiso remunerado." El Ministerio de Salud al ser consultado sobre el mismo caso en concepto, 201311200151971 del 11 de febrero de 2013, manifestó:

Igualmente, el parágrafo del Artículo 10 del Decreto 1848 de 1969, indica que si la incapacidad para trabajar, no excede de tres (3) días, conforme al dictamen médico correspondiente, el empleado solicitara permiso remunerado a que se refiere el Artículo 21 del Decreto 2400 de 1968.

(...)

Así las cosas y teniendo en cuenta que la normatividad vigente para los servidores públicos no ha limitado el monto de la incapacidad que por los primeros tres (3) días recibiría el trabajador y por el contrario, ha permitido el trámite de la misma como un permiso remunerado, este Despacho considera que la prestación económica derivada de una incapacidad igual o menor a tres (3) días y que de conformidad con las normas señaladas ha de ser asumida por el empleador, debe ser igual al monto de los salarios que le correspondería si hubiere laborado en dichos días, es decir, que la incapacidad a cargo del empleador debe cancelarse sobre el 100% del salario y no sobre las 2/3 partes del mismo, tal y como se señaló en el concepto No. 3731 de 2005 emanado del entonces Ministerio de la Protección Social.

En este orden de ideas, en criterio de esta Dirección Jurídica se considera que, en caso de enfermedad de origen común los primeros dos (2) días de incapacidad están a cargo del empleador 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.

En consecuencia, la entidad pagará lo correspondiente a la incapacidad y posterior a eso realizará el correspondiente recobro a la respectiva entidad.

Es decir, sobre la incapacidad superior a 181 días, 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 ARP si se trata de una enfermedad profesional o accidente de trabajo.

Por lo anterior, se tiene entonces que la Corte Constitucional, en sentencia T-401 de 2017, indicó claramente quiénes deben asumir el pago de las incapacidades, a través de una tabla de contenido en el que claramente indica:

PERÍODO	ENTIDAD OBLIGADA	FUENTE NORMATIVA
Día 1 a 2	EMPLEADOR	Artículo 1 del Decreto 2943 de 2013.
Día 3 a 180	EPS	Artículo 41 de la Ley 100 de 1993.
Día 181 hasta 540	FONDO DE PENSIONES	Artículo 41 de la Ley 100 de 1993.
Día 541 en adelante	EPS	Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015.

De lo anterior, es necesario precisar que el Artículo 1 del Decreto 2943 de 2013⁴, el Artículo 41 de la Ley 100 de 1993⁵ establecen de forma precisa qué entidades deben asumir el pago de las incapacidades, teniendo en cuenta la duración de la misma.

En este orden de ideas, en caso de incapacidad médica, le corresponde a la entidad u organismo público, a la EPS, ARL o Fondo de Pensiones correspondiente asumir el reconocimiento y pago de las licencias por enfermedad, teniendo en cuenta el pronunciamiento efectuado por la Corte Constitucional en la sentencia arriba referida.

Conforme a lo anterior y para dar respuesta a su interrogante, se precisa 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 1978⁶, hasta el retiro efectivo del servicio a causa del reconocimiento de pensión de invalidez.

“En caso de que sí, ¿con que ingreso base se realiza?”

El salario es la base para establecer el monto de los aportes y por ende factor esencial para el reconocimiento de las prestaciones económicas en salud. De acuerdo al concepto de la Superintendencia Nacional de Salud, la incapacidad se asimila a un permiso remunerado, lo cual implica que debe reconocerse como si la persona hubiese laborado tomando en cuenta el sueldo devengado.

Por lo tanto, el ingreso base de cotización que se debe tener en cuenta es el salario que estaba devengando la persona al momento de tener la incapacidad médica.

“Según el Régimen del servidor público, no basta con la resolución de pensión por invalidez para su desvinculación, se debe esperar que se pague la primera mesada de Colpensiones, ¿esto es así?”

La Corte Constitucional en Sentencia C-1037 de 2003, respecto al retiro de los servidores públicos con derecho a pensión de las entidades del Estado, afirmó lo siguiente:

“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.” (Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con el pronunciamiento, para que proceda el retiro del servicio por la obtención de la pensión, opera solamente cuando la entidad de previsión respectiva, notifique la inclusión de la persona en la nómina de pensionado. Adicionalmente, una vez se encuentra en ella, se debe retirar del servicio al servidor público pues, de no ser así, se incurriría en la prohibición de recibir dos asignaciones provenientes del tesoro público.

“Que en caso de no haberse realizado el documento en que ponían en estado suspensivo por parte de la ESE HOMO el nombramiento del servidor público, después de los 180 días de incapacidad, ¿Qué consecuencia acarrea sobre las prestaciones sociales como cesantías primas y otros hacia el futuro?”

Sobre el retiro del servicio con pensión de invalidez, la Ley 909 de 2004⁷, sobre las causales de retiro del servicio, el Artículo 41, 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;

(...)”

Por su parte, el parágrafo 3° del Artículo 9 de la Ley 797 de 2003, que modificó el Artículo 33 de la Ley 100 de 1993, establece:

“Se considera justa causa para dar por terminada la relación legal o reglamentaria del empleado público que cumpla con los requisitos establecidos en este Artículo para tener derecho a la pensión. El empleador podrá dar por terminado la relación legal o reglamentaria, cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones, siempre y cuando además de la notificación del reconocimiento de la pensión, se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente.

(...)”

De acuerdo con los textos legales citados, una de las causales de retiro de un empleado público es el haber obtenido el reconocimiento a la pensión por invalidez, caso en el cual, el empleador dará por terminada la relación legal o reglamentaria, siempre y cuando además de la notificación del reconocimiento de la pensión, se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente.

En consecuencia, mientras los presupuestos antes descritos no se reúnan, no será procedente el retiro, se precisa que, dada la situación narrada en su escrito la entidad podrá dar inicio al procedimiento que corresponda para el reconocimiento de pensión.

Es importante precisar 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.

Por lo tanto, para dar respuesta a este interrogante esta Dirección Jurídica reitera que mientras al servidor no se le haya notificado el reconocimiento de la pensión y su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente, la entidad que corresponda deberá 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.

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 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Sonia Estefanía Caballero Sua

Revisó: Armando López Cortés

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública.

2 Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968.

3 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.

4 Por el cual se modifica el parágrafo 1° del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999.

5 Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones

6 Por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional.

7 por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

Fecha y hora de creación: 2025-03-03 01:35:42