



Función Pública

Concepto 099721 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000099721

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000099721

Fecha: 23/03/2021 11:52:42 a.m.

Bogotá D.C.

Referencia: RETIRO DEL SERVICIO. Incapacidad superior a 180 días en la Cancillería de Colombia. Radicado: 20212060142612 del 17 de marzo de 2021

En atención a la comunicación de la referencia, solicita usted, en ejercicio del derecho de petición se le emita un concepto donde se resuelvan las siguientes preguntas:

"1. ¿Qué acciones debe desplegar la entidad ante la renuencia de la empleada a utilizar la póliza médica internacional para que sea atendida conforme lo dispone el Decreto [1323](#) de 2009, que modificó el artículo [72](#) del Decreto [806](#) de 1998, en concordancia con lo establecido en el Contrato 011 de 2019 que tiene contratada la Póliza Medica por este Ministerio con ALIANZ SEGUROS DE VIDA S.A.?"

2. ¿Cuál es el lapso durante el cual el Ministerio de Relaciones Exteriores debe cubrir el pago del auxilio por incapacidad de la funcionaria incapacitada?"

3. ¿El Ministerio de Relaciones Exteriores debe seguir pagándole a la funcionaria, los auxilios por incapacidad que se surtan a partir del día 541?"

4. ¿Ante la renuencia de la empleada del servicio exterior a utilizar la póliza de salud internacional, que por ley le corresponde para atender las contingencias de salud que la aquejan, ¿qué causales de exoneración puede invocar la entidad para no derivar responsabilidad ni falta de protección a la funcionaria?"

5. ¿Cómo la funcionaria está nombrada en un cargo de libre nombramiento y remoción y ha sido renuente, se puede retirar del servicio en uso de la facultad discrecional en la situación actual y bajo las condiciones expuestas, sin que genere responsabilidad para la entidad que necesita el cargo y quiere garantizar la protección de la empleada dentro de las previsiones legales?"

6. ¿Puede de oficio la entidad iniciar las gestiones tendientes a que el Fondo de Pensiones califique el estado de invalidez de la funcionaria, con

el fin de determinar si la trabajadora por su estado de salud puede ser beneficiaria del reconocimiento de pensión de invalidez y así suspender el pago de auxilio por incapacidad a la misma por parte de la Cancillería?

7. *¿Conforme a la pregunta anterior, en caso de no reunir las condiciones para una pensión por invalidez, porque la servidora ha sido renuente ante los comunicados allegados desde el año 2017 por este Ministerio siendo persistente en reiterarle el procedimiento que debe realizar para la calificación de invalidez, la entidad puede retirarla del servicio?”* (copiado del original)

FUNDAMENTOS DEL CONCEPTO

La respuesta a los interrogantes planteados tendrá en cuenta los siguientes referentes normativos, conceptuales y jurisprudenciales:

El Decreto 806 de 1998, «Por el cual se reglamenta la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud y como servicio de interés general, en todo el territorio nacional», en su artículo 72 modificado por el Decreto 1323 de 2009, en referencia al régimen aplicable a los funcionarios que prestan el servicio en el exterior, establece:

“Para los funcionarios del sector público que deban cumplir sus funciones en el exterior se deberá contratar la prestación de servicios de salud a través de entidades aseguradoras, mediante contratos que suscriba el Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores, de manera tal que todos los funcionarios reciban el mismo plan dentro de las mejores condiciones del mercado extranjero. El Régimen General de Seguridad Social en salud les será aplicable una vez el funcionario retorne al país...” (Destacado nuestro)

Por lo tanto, la entidad aseguradora contratada para quienes presten sus servicios públicos en el exterior se asimila al modelo de Empresa Promotora de Salud, en adelante E.P.S. El cual, se continuará reconociendo una vez el empleado regrese a territorio colombiano. Por lo tanto, la normativa colombiana será aplicable cuando el servidor retorne al país caso contrario, se continuará rigiendo por lo dispuesto con lo contratado por la aseguradora.

La ley 100 de 1992, «Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones», en lo relativo a reconocimiento de incapacidades, determina:

ARTÍCULO 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. Para el cubrimiento de estos riesgos las Empresas Promotoras de Salud podrán subcontratar con compañías aseguradoras. Las incapacidades originadas en enfermedad profesional y accidente de trabajo serán reconocidas por las Entidades Promotoras de Salud y se financiarán con cargo a los recursos destinados para el pago de dichas contingencias en el respectivo régimen, de acuerdo con la reglamentación que se expida para el efecto.

Conforme a la normativa en cita, las incapacidades originadas por enfermedad general serán reconocidas por las E.P.S. A partir del 3 día, dado que los 2 primeros días se reconocen y pagan por el empleador, en cumplimiento de lo dispuesto por el parágrafo 1, artículo 3.2.1.10 del Decreto 780 de 2016^m. En caso contrario, que la incapacidad hubiera sido otorgada por un médico ajeno a la red prestadora de servicios de salud E.P.S a la que este afiliado el empleado, en este caso a la entidad aseguradora contratada. A falta de reglamentación sobre el tema, corresponde al empleado solicitar la transcripción de la misma, en los términos y condiciones descritos por la respectiva aseguradora, quien evaluará la pertinencia de la incapacidad, para efectos de reconocer y pagar la prestación económica derivada de la enfermedad de origen común.

Lo anterior, también se fundamenta en el soporte entregado por el servidor público a su empleador; quien debe tramitar las incapacidades reconocidas por las E.P.S. y conceder la licencia por enfermedad durante el tiempo determinado por el médico tratante. (artículo 121 del Decreto Ley 019 de 2012) Caso contrario, conduciría a un posible abandono del cargo, definido por el artículo 2.2.11.1.9 del Decreto 1083 de 2015, configurado cuando el empleado deja de concurrir al trabajo por 3 días consecutivos.

RESPUESTA A LAS PREGUNTAS OBJETO DE LA SOLICITUD DE CONCEPTO

Con fundamento en los criterios y disposiciones damos respuesta a sus interrogantes en el mismo orden en que se formularon:

1. *¿Qué acciones debe desplegar la entidad ante la renuencia de la empleada a utilizar la póliza médica internacional para que sea atendida conforme lo dispone el Decreto 1323 de 2009, que modificó el artículo 72 del Decreto 806 de 1998, en concordancia con lo establecido en el Contrato 011 de 2019 que tiene contratada la Póliza Medica por este Ministerio con ALIANZ SEGUROS DE VIDA S.A.?*

Le corresponde a la Cancillería iniciar las investigaciones pertinentes a efectos de determinar las razones de porque la empleada se rehúsa a utilizar los servicios médicos contratados con ALIANZ SEGUROS DE VIDA S.A.

2. *¿Cuál es el lapso durante el cual el Ministerio de Relaciones Exteriores debe cubrir el pago del auxilio por incapacidad de la funcionaria incapacitada?*

Conforme al Decreto 780 de 2016, corresponde al empleador pagar los 2 primeros días de incapacidad de licencia por enfermedad. A partir del tercer día la prestación económica se reconocerá por parte de la respectiva E.P.S conforme al artículo 18 del Decreto 3135 de 1968[2]; es decir, las 2/3 partes del sueldo o salario durante los primeros 90 días, y la mitad del mismo por los 90 días siguientes. Cuando la incapacidad exceda de 180 días, el empleado debe ser retirado del servicio.

3. *¿El Ministerio de Relaciones Exteriores debe seguir pagándole a la funcionaria, los auxilios por incapacidad que se surtan a partir del día 541?*

De acuerdo a la normativa citada en el punto anterior, el empleador reconoce los dos primeros días de incapacidad. A partir del día 3 hasta el día 180 es reconocido y pagado por la E.P.S. Posterior a esta fecha, es decir las incapacidades del día 181 en adelante, la Corte Constitucional en Sentencia T-920 de 2009, Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, expresó lo siguiente:

“... las incapacidades superiores a 180 días deben ser canceladas por la Administradora de Fondos de Pensiones a la cual se encuentra afiliado el trabajador. La anterior regla se deriva de la lectura del artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, que dispone que el Fondo de Pensiones tiene la posibilidad de postergar el trámite de calificación de la invalidez hasta por 360 días, adicionales a los primeros 180 días de incapacidad reconocidos por la EPS, y en ese lapso, el trabajador deberá recibir un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando, y esta circunstancia ha llevado a la Corte a concluir que es el Fondo de Pensiones el que debe asumir el pago de las incapacidades a partir del día 181, hasta la fecha en que se produzca el dictamen de invalidez”[3].

4. *¿Ante la renuencia de la empleada del servicio exterior a utilizar la póliza de salud internacional, que por ley le corresponde para atender las contingencias de salud que la aquejan, ¿qué causales de exoneración puede invocar la entidad para no derivar responsabilidad ni falta de protección a la funcionaria?*

Frente a este punto, el hecho de hacer uso o negarse al uso de la póliza médica es un derecho de los empleados. No obstante, la totalidad de las incapacidades reconocidas por la Cancillería deben estar transcritas por parte de la aseguradora ALIANZ SEGUROS DE VIDA S.A como exigencia principal de la norma para conceder la licencia por enfermedad. De lo contrario, constituiría un abandono del cargo al tercer día de no haberse presentado a laborar.

5. *¿Cómo la funcionaria está nombrada en un cargo de libre nombramiento y remoción y ha sido renuente, se puede retirar del servicio en uso de la facultad discrecional en la situación actual y bajo las condiciones expuestas, sin que genere responsabilidad para la entidad que necesita el cargo y quiere garantizar la protección de la empleada dentro de las previsiones legales?*

Respecto a la estabilidad laboral de la empleada de libre nombramiento y remoción a consecuencia de su enfermedad, le remito copia del Concepto número [20176000084491](#) del 5 de abril de 2017 emitido por esta Dirección Jurídica para su conocimiento y fines pertinentes, en el que se concluyó lo siguiente:

De acuerdo con la normativa y jurisprudencia expuestas, esta Dirección Jurídica considera que la declaratoria de insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción obedece a la facultad discrecional del nominador, fundada en la necesidad de mejoramiento del servicio y en el derecho de escoger a sus colaboradores, por tratarse de cargos de dirección, confianza y manejo.

No obstante, y como quiera que la discrecionalidad no es un principio absoluto en nuestro sistema normativo, corresponderá al nominador del respectivo organismo evaluar la procedencia de declarar la insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción, en armonía con las disposiciones previstas en el artículo [44](#) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo⁴⁵.

Finalmente, le corresponderá a la Administración evaluar cada caso en particular realizando un ejercicio de ponderación, a efectos de evitar vulnerar los derechos del empleado que ocupa un empleo de libre nombramiento y remoción.

6. ¿Puede de oficio la entidad iniciar las gestiones tendientes a que el Fondo de Pensiones califique el estado de invalidez de la funcionaria, con el fin de determinar si la trabajadora por su estado de salud puede ser beneficiaria del reconocimiento de pensión de invalidez y así suspender el pago de auxilio por incapacidad a la misma por parte de la Cancillería?

Para dar respuesta a este interrogante, la Cancillería debe acogerse a las reglas enumeradas por la Corte Constitucional en sentencia [T- 199](#) de 2017, Magistrado Ponente: Aquiles Arrieta Gómez, en materia de reconocimiento de incapacidades y pensión de invalidez por enfermedad de origen común:

- 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](#) de 2012, artículo [121](#)).

- 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 AFP antes del día 150 de incapacidad (Decreto Ley [19](#) de 2012, artículo [142](#)).

- 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](#) de 2001, artículo [23](#)).

- 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.

- 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 esta 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^[54].

De lo anterior, corresponde en este caso a la aseguradora contratante al día 120 de incapacidad emitir un concepto relativo al estado de la paciente. Según el concepto del médico tratante corresponde a la Administradora de Fondo de Pensiones, en adelante AFP, postergar hasta por 360 días adicionales o iniciar los trámites de pensión de invalidez ante la junta de calificación de invalidez. En caso de no presentar el concepto médico oportunamente la E.P.S debe asumir las incapacidades superiores al día 181, de lo contrario este pago se efectuará por parte de la

respectiva A.F.P. Sin embargo, para el caso, se debe acudir a las cláusulas del contrato suscrito con ALIANZ SEGUROS DE VIDA S.A.

7. ¿Conforme a la pregunta anterior, en caso de no reunir las condiciones para una pensión por invalidez, porque la servidora ha sido renuente ante los comunicados allegados desde el año 2017 por este Ministerio siendo persistente en reiterarle el procedimiento que debe realizar para la calificación de invalidez, la entidad puede retirarla del servicio?

Las incapacidades deben estar validadas por la respectiva aseguradora para efectos del reconocimiento de las prestaciones económicas a que haya lugar. De lo contrario, la servidora podría haber configurado un presunto abandono del cargo derivado de la no asistencia a su lugar de trabajo, debido a la no presentación de las incapacidades aceptadas por la aseguradora contratante con la Cancillería.

NATURALEZA DEL CONCEPTO

Este concepto lo emitimos en los términos y con los alcances dados por el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo – Ley 1437 de 2011.

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.

Adicionalmente, en el link <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html> encuentra la normativa que ha emitido el Gobierno Nacional con relación a la emergencia sanitaria causada por el Covid-19.

Cordialmente,

ARMANDO LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Adjunto copia del Concepto número 20176000084491 del 5 de abril de 2017

Proyectó: Angélica Guzmán Cañón

Revisó: José Fernando Ceballos Arroyave

Aprobó: Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. «Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social».
2. «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».
3. Esta posición fue reiterada en la sentencia T- 812 de 2010 (MP María Victoria Calle Correa), T-729 de 2012 (MP Alexei Julio Estrada) T-097 de 2015 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), T-140 de 2016 (MP Jorge Iván Palacio Palacio).
4. “ARTÍCULO 44. Decisiones discrecionales. En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa”.

Fecha y hora de creación: 2026-01-30 00:24:23