



Concepto 158381 de 2013 Departamento Administrativo de la Función Pública

20136000158381

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20136000158381

Fecha: 17/10/2013 11:47:52 a.m.

Bogotá, D.C.

REF: EMPLEOS. Provisión. ¿Cuál es el procedimiento que se debe atender cuando una servidora se encuentra incapacidad laboral superior a 180 días generada por enfermedad general y no se tiene conocimiento de su estado de salud y por consiguiente si hay lugar a algún tipo de pensión por invalidez? Radicación 20132060155732 del 9 de octubre de 2013.

En atención a la comunicación de la referencia, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

1. El Decreto 1406 de 1999¹ establece:

“Durante los períodos de incapacidad por riesgo común o de licencia de maternidad, hay lugar al pago de los aportes a los Sistemas de Salud y de Pensiones.

Para efectos de liquidar los aportes correspondientes al período por el cual se reconozca al afiliado una incapacidad por riesgo común o una licencia de maternidad, se tomará como Ingreso Base de Cotización el valor de la incapacidad o licencia de maternidad según sea el caso.

En el evento de incapacidad derivada de riesgo común o de licencia de maternidad, los aportes al Sistema de Pensiones serán de cargo de los empleadores y empleados, en la proporción que establece la Ley. Cuando los empleadores opten por pagar el valor de las incapacidades que en este evento se causen, podrán repetir dicho valor contra la respectiva EPS, al igual que descontar de aquéllas el valor de los aportes al Sistema de Pensiones a cargo de sus empleados.

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, en la parte que de ordinario correspondería al aportante con trabajadores dependientes. En este evento, la ARP descontará del valor de la incapacidad el monto correspondiente a la cotización del trabajador dependiente.”

Conforme a lo anterior, al continuar el servidor vinculado a la entidad en virtud del Decreto 1406 de julio 28 de 1999 durante el período de incapacidad por riesgo común hay lugar al pago de los aportes a los Sistemas de Salud y de Pensiones.

2. Aunque la remuneración básica mensual y las prestaciones sociales 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.

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 salario como tampoco de prestaciones sociales; 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, esta Dirección Jurídica ha venido considerando que los elementos salariales y prestacionales del servidor incapacitado deben cancelarse hasta el momento en que completa los 180 días de incapacidad. Una vez superado ese término, se reitera que el empleado se encuentra en efecto suspensivo frente a su relación laboral.

Por otra parte, y con el fin de hacer un análisis armónico entre lo considerado por este Departamento Administrativo y 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, así como el procedimiento a seguir para la calificación de la pérdida de capacidad laboral y el estado de invalidez, es importante resaltar de dicho pronunciamiento:

“ (...)

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. 20, 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, tenemos:

1. Una vez el empleado supera el término de ciento ochenta días de incapacidad, la entidad se encuentra facultada para tramitar ante el Inspector del Trabajo, el retiro del empleado.
2. En caso de que la Administración opte por no realizar el trámite respectivo, se deberán seguir reconociendo los aportes a los sistemas de seguridad social en salud y pensiones.
3. El tiempo que sobrepase los ciento ochenta días deberá ser tenido en cuenta para el reconocimiento 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 días.
4. Respecto del reconocimiento de elementos salariales, no habrá lugar a los mismos, ni se ha tener en cuenta este tiempo como tiempo de servicios, puesto que el empleado no realiza la prestación de los servicios.
5. En todo caso, es pertinente indicar que la decisión respecto de la situación laboral del servidor público objeto de la consulta corresponderá única y exclusivamente a la entidad empleadora, al cual deberá adoptarse en derecho y con observancia plenas de las disposiciones que rigen en materia laboral administrativa para los servidores públicos

De requerir mayor información frente al tema, será necesario que se remita al Ministerio de Salud y Protección Social, por ser el competente para pronunciarse frente a temas de seguridad social.

El anterior concepto se imparte en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

Cordialmente,

CLAUDIA PATRICIA HERNÁNDEZ LEON

Directora Jurídica

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

¹. “Por el cual se adoptan unas disposiciones reglamentarias de la Ley 100 de 1993, se reglamenta parcialmente el artículo 91 de la Ley 488 de diciembre 24 de 1998, se dictan disposiciones para la puesta en operación del Registro Único de Aportantes al Sistema de Seguridad Social Integral, se establece el régimen de recaudación de aportes que financian dicho Sistema y se dictan otras disposiciones”.

600.4.8.

Fecha y hora de creación: 2026-05-22 00:06:04