

Ministerio de la Protección Social
Concepto 332882

27-10-2011

Asunto: Radicado 301719. Incapacidad.

Señor **López:**

Damos respuesta a su solicitud de concepto radicada con el número del asunto, mediante la cual consulta si la empresa está obligada a pagar el sueldo al trabajador a partir del día 180 de incapacidad, a pagar los aportes al Sistema de Seguridad Social y parafiscales, y a reconocer algún otro concepto laboral, en los siguientes términos:

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, 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.

Teniendo claro lo anterior, nos permitimos señalar que en tratándose de un 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 número 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, por el empleador, 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.

En este caso, para la terminación del contrato, el empleador deberá dar aviso al trabajador con una anticipación no menor de quince (15) días calendario y dar cumplimiento a lo dispuesto 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. (Subrayado fuera de texto)

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".

Esta disposición fue revisada por la Corte 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 20. del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, bajo el entendido de que e/ 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 20 del artículo 26 en estudio. (...)"

De conformidad con lo anterior, resulta claro que la incapacidad de origen común superior a 180 días constituye legalmente una justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo, sin embargo, conforme a la estabilidad reforzada de que gozan las personas con discapacidad, de acuerdo con lo previsto en el Artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y de lo señalado por la Jurisprudencia Constitucional antes mencionada, se entenderá que para efectos de la terminación del contrato laboral, 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. En caso de no acreditar el requisito señalado, el despido no produce efectos jurídicos y será eficaz sólo en el evento en que se obtenga la respectiva autorización.

En materia prestacional, la manifestamos que los eventos de suspensión del contrato de trabajo están expresamente consagrados en el Artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el Artículo 4° de la Ley 50 de 1990, dentro de los cuales no se encuentra la incapacidad para laborar por enfermedad o accidente.

Sobre el tema en estudio se pronunció la Corte Suprema de Justicia en Sentencia de septiembre 18 de 1980, señalando que:

"Resulta claro para la Sala que la incapacidad por enfermedad del trabajador no suspende el contrato de trabajo puesto que tal evento no se encuentra -ni debía encontrarse- entre las causales que establece e/ artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo taxativamente. Por tal razón, el término de incapacidad no es descontable para efectos de liquidar el auxilio de cesantía".

En este orden de ideas, es preciso señalar que al no suspenderse el contrato de trabajo debido a la incapacidad del trabajador, dicho periodo no es descontable para ningún efecto.

De manera que, al no suspender el contrato de trabajo la incapacidad por enfermedad o accidente de origen común o profesional, 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 justa causa de despido por superar los 180 días de incapacidad.

Para tales efectos, le indicamos las fórmulas aplicables para la liquidación de las prestaciones sociales y vacaciones, a saber:

Cesantías: $\frac{\text{Salario}^* \text{ mensual de base } \times \text{ tiempo de servicio}}{360}$

Intereses a las cesantías: $\frac{V/r \text{ cesantía } \times \text{ tiempo de servicio en el año } X}{360} \times 0.12$

Prima de servicios: $\frac{\text{salario}^* \text{ mensual } \times \text{ tiempo de servicio en el respectivo semestre}}{360}$

Vacaciones: $\frac{\text{Salario Base } \times \text{ tiempo de servicios}}{720}$

* salario entendido en los términos del Artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, con todos los factores salariales y el subsidio de transporte cuando hay lugar a éste.

Ahora bien, respecto de la cotización al Sistema de Seguridad Social Integral, tratándose de los trabajadores vinculados mediante contrato laboral o como servidores públicos, la afiliación y pago de aportes al Sistema es una obligación inherente a la existencia del vínculo laboral, conforme lo establecen, en materia de pensiones, los Artículos 2° y 3° de la Ley 797 de 2003; para salud, el numeral 1 del literal A) del Artículo 157 de la Ley 100 de 1993, y en Riesgos Profesionales, el literal d) del Artículo 4) y numeral 1 del literal a) del Artículo 13 del Decreto Ley 1295 de 1994.

El Artículo 40 de Decreto 1406 de 1999, en relación con el pago de aportes al Sistema de Seguridad Social durante los periodos de incapacidad, establece:

"ARTÍCULO 40. INGRESO BASE DE COTIZACIÓN DURANTE LAS INCAPACIDADES O LA LICENCIA DE MATERNIDAD.

Durante los períodos de incapacidad por riesgo común o de licencia de maternidad, habrá 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". (subrayado fuera de texto)

Las cotizaciones durante vacaciones y permisos remunerados se causarán en su totalidad y el pago de los aportes se efectuará sobre el último salario base de cotización reportado con anterioridad a la fecha en la cual el trabajador hubiere iniciado el disfrute de la respectivas vacaciones o permisos.

La Entidad Promotora descontará del valor de la incapacidad, el monto correspondiente a la cotización del trabajador asalariado o independiente según sea el caso. (subrayado fuera de texto).

En ningún caso podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, salvo las excepciones legales".

En consecuencia, de acuerdo con el citado Artículo, es claro que durante el período de incapacidad de origen común, aún cuando ésta sea superior a 180 días, y en el entendido que la incapacidad no suspende el contrato de trabajo, el empleador y el trabajador estarán obligados a realizar los pagos de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social Integral sobre el valor de la incapacidad, en las mismas proporciones establecidas para el empleador (8.5% para salud, el 75% para pensión) y el trabajador (4% para salud y 25% para pensión), siendo la EPS la encargada de descontar del valor de la incapacidad, el monto correspondiente a la cotización del trabajador al sistema de salud.

No obstante, durante los períodos de incapacidad, no se genera el pago de aportes al Sistema General de Riesgos Profesionales, conforme a lo previsto en el Artículo 19 del Decreto 1772 de 1994, para efectos de lo cual, el empleador deberá reportar la novedad a la ARP, en el respectivo formulario de novedades establecido para el efecto por la Superintendencia Financiera.

La presente consulta, se absuelve en los términos del artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, en virtud del cual las respuestas dadas no comprometerán la responsabilidad de las entidades que las atienden, ni serán de obligatorio cumplimiento o ejecución, constituyéndose simplemente en un criterio orientador.

Cordialmente,

JAVIER

ANTONIO

VILLARREAL

VILLAQUIRÁN

Jefe Oficina Jurídica y de Apoyo Legislativo