

202311602423641

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **202311602423641**

Fecha: **16-11-2023**

Bogotá D.C.,

ASUNTO: Radicados 202342302609552 y 202342302609612
Pago de incapacidades superiores a 181 días de un pensionado dependiente.

Respetado señor:

Hemos recibido su comunicación del asunto, mediante la cual plantea una petición relacionada con el pago de incapacidades superiores a ciento ochenta y un (181) días a un pensionado activo dependiente. Al respecto, me permito señalar lo siguiente.

ANTECEDENTES

La consulta del peticionario se plantea en los siguientes términos:

“(…) La siguiente es para realizar una consulta respecto a incapacidades de dependientes pensionados, la cual es la siguiente:

Quien debe pagar incapacidades superiores a 181 días de un dependiente pensionado, que realiza aportes al sistema de seguridad social en salud, toda vez que no está obligado a cotizar pensión por su condición de pensionado.

(…)”

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico se ciñe a determinar quien debe asumir el pago de una incapacidad superior a 181 días de un pensionado, que realiza aportes adicionales en salud por encontrarse vinculado laboralmente.

FUNDAMENTOS NORMATIVOS, JURISPRUDENCIALES Y CONCEPTUALES

En primera medida se precisa que, se paga el auxilio de incapacidad con el fin de suplir económicamente los días en que el trabajador está incapacitado y no recibiría el pago de

202311602423641

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 202311602423641

Fecha: 16-11-2023

su sueldo por la ausencia en dichos días, tal y como lo ha expresado la Corte Constitucional en Sentencia T-333 – 13¹, al indicar:

“(…) 4.1. El subsidio por incapacidad laboral hace parte del esquema de prestaciones económicas que el legislador diseñó con el objeto de cubrir a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social Integral frente a las contingencias que menoscaban su salud y su capacidad económica. En concreto, el subsidio cumple el propósito de sustituir el salario cuando el trabajador debe ausentarse del lugar en el que cumple sus actividades laborales, tras sufrir una enfermedad o un accidente que le impide desempeñar temporalmente su profesión u oficio. (…)” (Negrilla fuera de texto).

Ahora, según lo dispuesto en el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo, el valor del auxilio que le corresponde a una persona incapacitada por una enfermedad no profesional, es:

“ARTICULO 227. VALOR DE AUXILIO. En caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad no profesional, el trabajador tiene derecho a que el empleador le pague un auxilio monetario hasta por ciento ochenta (180) días, así: las dos terceras (2/3) partes del salario durante los primeros noventa (90) días y la mitad del salario por el tiempo restante.” (Subrayado fuera de texto).

Es necesario tener en cuenta que el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012² que modifica el artículo 41 de la Ley 100 de 1993³ que a su vez fue modificado por el artículo 52 de la Ley 962 de 2005⁴, establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 142. CALIFICACIÓN DEL ESTADO DE INVALIDEZ. El artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, quedará así:
(…)

Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite 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 reconocida por la Entidad Promotora de Salud, evento en el cual, con cargo al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador.

¹ Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-333-13.htm>

² Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública.

³ Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones

⁴ Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos.

202311602423641

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **202311602423641**

Fecha: **16-11-2023**

Las Entidades Promotoras de Salud deberán emitir dicho concepto antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150), a cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones donde se encuentre afiliado el trabajador a quien se le expida el concepto respectivo, según corresponda. Cuando la Entidad Promotora de Salud no expida el concepto favorable de rehabilitación, si a ello hubiere lugar, deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto”.

En el Sistema General de Seguridad Social en Salud, la incapacidad será reconocida por la Empresa Promotora de Salud - EPS, en la medida en que se haya cotizado en los términos previstos en el Decreto 1427 de 2022⁵ incorporado en el Decreto 780 de 2016⁶, el cual establece en su artículo 2.2.3.3.1:

“

ARTÍCULO 2.2.3.3.1 Condiciones para el reconocimiento y pago de incapacidades de origen común. Para el reconocimiento y pago de incapacidades de origen común, deben acreditarse las siguientes condiciones al momento del inicio de la incapacidad:

1. *Estar afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en calidad de cotizante, incluidos los pensionados con ingresos adicionales.*
2. *Haber cotizado efectivamente al Sistema General de Seguridad Social en Salud, como mínimo cuatro (4) semanas, inmediatamente anteriores al inicio de la incapacidad. El tiempo mínimo de cotización se verificará a la fecha límite de pago del periodo de cotización en el que inicia la incapacidad.*
3. *Contar con el certificado de incapacidad de origen común expedido por el médico de la red de la entidad promotora de salud o entidad adaptada o validado por esta. (...).*”

(...)

Para el reconocimiento y pago de la incapacidad de origen común y sus prórrogas, se tomará como ingreso base de cotización el reportado en el mes anterior al inicio de la incapacidad, entendiendo por inicio, el reportado en el día uno (1) de la incapacidad inicial, no el de las prórrogas.

PARÁGRAFO. *Para efecto de determinar el monto de la prestación económica derivada de la incapacidad de origen común a favor del pensionado con ingresos adicionales a su mesada pensional, se tomará como Ingreso Base de Cotización, el valor sobre el cual efectúa cotizaciones adicionales al Sistema General de Seguridad Social en Salud y no sobre el*

⁵ Por el cual se sustituye el Título 3 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 780 de 2016, se reglamentan las prestaciones económicas del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

⁶ Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social

202311602423641

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **202311602423641**

Fecha: **16-11-2023**

valor de su mesada pensional ni la sumatoria de ambos ingresos.” (Negrita y subrayado fuera de texto)

Ahora, el parágrafo 1 del artículo 3.2.1.10 del Decreto 780 de 2016, dispone: *“En el Sistema General de Seguridad Social en Salud serán a cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los dos (2) primeros días de incapacidad originada por enfermedad general y de las Entidades Promotoras de Salud a partir del tercer (3) día y de conformidad con la normatividad vigente”.*

Por su parte, el artículo 2.2.3.6.1 ibidem, contempla lo siguiente:

“ARTÍCULO 2.2.3.6.1. RECONOCIMIENTO Y PAGO DE INCAPACIDADES SUPERIORES A 540 DÍAS. Las entidades promotoras de salud o las entidades adaptadas reconocerán y pagarán a los cotizantes las incapacidades de origen común superiores a 540 días en los siguientes casos:

- 1. Cuando exista concepto favorable de rehabilitación expedido por el médico tratante, en virtud del cual se requiera continuar en tratamiento médico.*
- 2. Cuando el paciente no haya tenido recuperación durante el curso de la enfermedad o lesión que originó la incapacidad de origen común, habiéndose seguido con los protocolos y guías de atención y las recomendaciones del médico tratante.*
- 3. Cuando por enfermedades concomitantes se hayan presentado nuevas situaciones, que prolonguen el tiempo de recuperación del paciente.*

De presentar el afiliado cualquiera de las situaciones antes previstas, la entidad promotora de salud o entidad adaptada deberá reiniciar el pago de la prestación económica a partir del día quinientos cuarenta y uno (541).”

Al tratarse de enfermedades o accidentes de origen común, entendidas como aquellas que no provienen de accidente de trabajo o enfermedad laboral, los responsables de realizar el reconocimiento y pago de incapacidades son el empleador, la EPS o la Administradora del Fondo de Pensiones (AFP) que han recibido las respectivas cotizaciones dependiendo del tiempo que se prolongue, así:

RESPONSABLE	TIEMPO DE LA INCAPACIDAD	SUSTENTO NORMATIVO
Empleador	Dos (2) primero días	Decreto 780 de 2016, artículo 3.2.1.10 parágrafo 1 (Decreto 2943 de 2013, artículo 1)
EPS	Desde tercer (3) día al ciento ochenta (180) día	Artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por Decreto 019 de 2012, artículo 142.

202311602423641

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **202311602423641**

Fecha: **16-11-2023**

Administradora de Fondo de Pensiones -AFP	Desde el día ciento ochenta y uno (181) hasta el día quinientos cuarenta (540)	Artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por Decreto 019 de 2012, artículo 142
EPS	Desde el día quinientos cuarenta y uno (541)	Ley 1753 de 2015, artículo 67- Decreto 780 de 2016 artículo 2.2.3.6.1.

Sobre el tema objeto de consulta, vale la pena traer en cita el pronunciamiento de la Subdirección de Costos y Tarifas del Aseguramiento en Salud de este Ministerio, que mediante oficio 201734200305113 del 12 de diciembre del 2017, entre otras cosas, indicó:

“(…)

No existe norma que prohíba a los pensionados generar ingresos adicionales; por el contrario, está reglamentado el deber de cotizar sobre estos al SGSSS, cuando a ello estén obligados (según el monto). Es del caso decir que incluso existe regulación aplicable a las cotizaciones que deben efectuar al régimen contributivo del SGSSS, los pensionados de un régimen de excepción cuando perciban ingresos adicionales sobre los que estén obligados (según el monto), eventos en los que los cotizaciones deben consignarse al FOSYGA – hoy a la Administradora de los Recursos del sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, las prestaciones asistenciales son garantizadas por su prestador natural (del régimen de excepción) y las prestaciones económicas son reconocidas y pagadas por el SGSSS (Decreto 1703 de 2002, artículo 14; Decreto Nacional 057 de 2015 y Decreto 780 de 2016, artículo 2.1.13.5).

*En conclusión, de acuerdo con lo expuesto, según la ley un pensionado puede percibir ingresos adicionales sobre los cuales, estando obligado, debe hacer aportes al SGSSS. **Y nada se opone a que goce de su derecho a percibir las prestaciones económicas que el régimen contributivo reconoce y paga a sus afiliados cotizantes, pues justamente es así como el Estado le garantiza la contingencia económica que surge ante su incapacidad para percibir ese ingreso adicional, que se ve menoscabado ante tal condición y que, de hecho, complementa su sustento. (...)*** (Negrilla fuera de texto)

Así mismo, la Subdirección de Riesgos Laborales de esta entidad ministerial, con oficio 201831400001303 del 4 de enero de 2018, señaló:

“(…)

*La incapacidad por enfermedad general se define como el reconocimiento de la prestación de tipo económico y pago de la misma que hacen las EPS a sus **afiliados cotizantes no pensionados**, por todo el tiempo en que estén inhabilitados física o mentalmente para desempeñar en forma temporal su profesión u oficio habitual.*

Visto lo anterior, se tiene que el auxilio económico por incapacidad temporal consagrado en el artículo 206 de la Ley 100 de 1993 se establece como una prestación en el Sistema cuya finalidad

202311602423641

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **202311602423641**

Fecha: **16-11-2023**

no es otra que suplir el salario o ingreso que no puede percibir el afiliado cotizante, en razón de su inhabilidad física o mental para desempeñar en forma temporal su profesión u oficio habitual

(...).

*No obstante lo anterior, en la medida que se trate de **pensionados** que se reincorporen a la actividad laboral como trabajadores dependientes o independientes, y en virtud de ello y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 52⁷ y el parágrafo del artículo 65⁸ del Decreto 806⁹ de 1998 compilados en los artículos 2.2.1.1.2.1 y 2..2.1.1.2.6 del Decreto 780 de 2016 coticen al Sistema de Salud sobre los **ingresos provenientes de dichas actividades**, en tales casos, en concepto de esta Subdirección, en su condición de cotizantes activos habrá lugar al reconocimiento de la prestación económica por incapacidad temporal sobre los ingresos adicionales sobre los que cotizan, distintos de la mesada pensional. (...)" (Negrita fuera de texto)*

Ahora bien, específicamente respecto al tema objeto de su consulta, la Subdirección de Pensiones y otras Prestaciones de esta entidad ministerial, con oficio 202231400520571 del 23 de marzo de 2022, señaló:

“

La Ley 100 de 1993 en su artículo 206, establece que el Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), reconocerá las incapacidades generadas en enfermedad general, de conformidad con las disposiciones legales vigentes.

El auxilio por incapacidad, se define como el reconocimiento de la prestación de tipo económico y pago de la misma que hacen las EPS a sus afiliados cotizantes no pensionados, por todo el tiempo en que estén inhabilitados física o mentalmente para desempeñar en forma temporal su profesión u oficio habitual. En ningún caso se le pagará a un afiliado al sistema simultáneamente incapacidad por enfermedad general, incapacidad por enfermedad profesional y pensión de invalidez.

El valor a pagar es dos terceras partes (2/3) del salario que devengue el trabajador durante los primeros noventa (90) días de incapacidad y la mitad (1/2) durante los siguientes noventa (90)

⁷ “Artículo 52. Concurrencia de empleadores o de administradoras de pensiones. Cuando una persona sea dependiente de más de un empleador o reciba pensión de más de una administradora de pensiones, cotizará sobre la totalidad de los ingresos con un tope máximo de veinte salarios mínimos mensuales legales vigentes, en una misma Entidad Promotora de Salud, informando tal situación a los empleadores o administradoras de pensiones correspondientes. En caso de incumplimiento de lo dispuesto en el inciso anterior, la persona responderá por el pago de las sumas que en exceso deba cancelar el Fondo de Solidaridad y Garantía a diferentes EPS por concepto de UPC. Cuando las EPS hayan reportado oportunamente la información de sus afiliados en los términos establecidos en el presente decreto, no estarán obligadas a efectuar reembolso alguno”.

⁸ “Parágrafo. Cuando el afiliado perciba salario o pensión de dos o más empleadores u ostente simultáneamente la calidad de asalariado e independiente, las cotizaciones correspondientes serán efectuadas en forma proporcional al salario, ingreso o pensión devengado de cada uno de ellos”.

⁹ “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”.

202311602423641

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **202311602423641**

Fecha: **16-11-2023**

días. (Artículo 18 Decreto 3135 de 1968 - Artículo 9 Decreto 1848 de 1969 y Artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo). En el caso de salario variable, aplicable a trabajadores que no devenguen salario fijo, se tendrá como base el promedio de los doce (12) meses anteriores a la fecha de inicio de la incapacidad, o todo el tiempo si éste fuere menor. (Artículo 288 del Código Sustantivo del Trabajo).”.

De otra parte, el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, modificadorio del artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, establece:

“(…)

Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite 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 reconocida por la Entidad Promotora de Salud, evento en el cual, con cargo al seguro previsional (sic) de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador.

Las Entidades Promotoras de Salud deberán emitir dicho concepto antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150), a cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones donde se encuentre afiliado el trabajador a quien se le expida el concepto respectivo, según corresponda. Cuando la Entidad Promotora de Salud no expida el concepto favorable de rehabilitación, si a ello hubiere lugar, deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto.

(…)”

De acuerdo con la norma precitada, en el Sistema General de Pensiones, el otorgamiento del subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador después de los 180 días por parte de las Administradoras de Fondos de Pensiones, presupone el cumplimiento de las siguientes condiciones: i) Que el trabajador se encuentre afiliado y cotizando al Sistema General de Pensiones; ii) Que exista concepto favorable de rehabilitación por parte de la EPS; y, iii) Que se postergue el trámite 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 reconocida por la Entidad Promotora de Salud.

Ahora bien, el artículo 4 de la Ley 797 de 2003, que modifica el artículo 17 de la Ley 100 de 1993, establece que la obligación de cotizar al Sistema General de Pensiones, cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de pensión de vejez, o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente.

202311602423641

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **202311602423641**

Fecha: **16-11-2023**

*Con fundamento en la norma precitada, y frente a su consulta, en el caso de un pensionado por vejez o invalidez que se vinculen nuevamente a la vida laboral, y con posterioridad le sobrevenga **una incapacidad superior a 181 días de origen común**, en concepto de esta Subdirección, legalmente, no resultaría procedente el pago del auxilio por incapacidad de que trata el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, modificadorio del artículo 41 de la Ley 100 de 1993 a cargo del Sistema General de Pensiones, en razón a: (i) Que el trabajador dada su condición de pensionado, no se encuentra como cotizante activo en pensiones; y, (ii) porque dicho auxilio, que es con cargo al seguro previsional (sic) de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, resultaría incompatible con la pensión de vejez o invalidez de origen común reconocida, teniendo en cuenta que en el Sistema General de Pensiones de conformidad con lo establecido en el literal j del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, “Ningún afiliado podrá recibir simultáneamente pensiones de invalidez y de vejez”*

RESPUESTA AL PROBLEMA JURIDICO PLANTEADO

En primera instancia, es preciso indicar que los pensionados que reciben únicamente su mesada pensional, no tienen derecho al pago de incapacidades, lo anterior, dado que aun estando incapacitados su mesada pensional no tiene variaciones, a diferencia de los trabajadores dependientes o independientes a los cuales se paga el auxilio de incapacidad con el fin de suplir económicamente los días en que dicho trabajador está incapacitado y no recibiría el pago de su sueldo o ingreso por la ausencia en dichos días, tal y como lo ha expresado la Corte Constitucional, en Sentencia T-333 – 13.

Se aclara que únicamente en el caso en que los pensionados se encuentren trabajando como dependientes o independientes y realizan aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud – SGSSS con base en su ingreso adicional, existe el reconocimiento y pago de incapacidades, el pago de las mismas se realizará sobre el aporte de los ingresos adicionales al momento de iniciar la incapacidad y la EPS deberá pagar los valores correspondientes al auxilio de incapacidad en ese caso desde el día 3 hasta el día 180.

Ahora, en el marco de lo establecido en el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012 que modifica el artículo 41 de la Ley 100 de 1993 que a su vez fue modificado por el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, el pago de la incapacidad a partir del día 181 es responsabilidad de la Administradora de Fondo de Pensiones a la cual se encuentre afiliado el trabajador y a la que realice aportes. Nótese que la anterior regla sería aplicable para el trabajador dependiente o independiente que cotiza al Sistema General de Pensiones, mas no es aplicable para el trabajador dependiente o independiente que ya cuenta con una pensión reconocida, toda vez que esta persona ya no se encuentra afiliada y por ende no cotiza a una Administradora de Fondos de Pensiones, tal y como lo aclara la Subdirección de

202311602423641

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **202311602423641**

Fecha: **16-11-2023**

Pensiones y Otras Prestaciones de esta entidad ministerial, con oficio 202231400520571 del 23 de marzo de 2022.

Dicho lo anterior y en atención a la situación planteada en el problema jurídico, la cual corresponde a lo consultado en su comunicación, debe indicarse que no hay ninguna disposición normativa o fallo jurisprudencial que disponga quién debe asumir el pago de la incapacidad entre los días 181 a 540 del trabajador dependiente o independiente que ya se encuentra pensionado. En cuando a la incapacidad superior a 541 días, esta será asumida por la EPS, en los términos previstos en el artículo 2.2.3.6.1 del Decreto 780 de 2016.

En los anteriores términos, damos respuesta a la consulta formulada, no sin antes advertir que este concepto tiene los alcances determinados en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, sustituido en su título II, por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015¹⁰ en cuanto a que *“Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución”*, constituyéndose simplemente en un criterio orientador.

Cordialmente,

¹⁰ *“Por medio de la cual se regula el derecho fundamental de petición y se sustituye el Título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.”*