

Bogotá D.C. 15 de Febrero de 2017

Doctora
HEYBY POVEDA
Jefe Oficina Asesora Jurídica
SECRETARIA DE EDUCACIÓN
Ciudad



Apreciada Doctora:

Procedemos a rendir el concepto jurídico solicitado por ustedes, en los términos que a continuación se expresan:

I. OBJETO DE LA CONSULTA.

Consulta la Secretaria de Educación, puntualmente lo siguiente:

- En casos de incapacidad superior a 180 días, se debe pagar la prima de vacaciones y las vacaciones

II. RESPUESTA A LA CONSULTA

Con el fin de dar una respuesta a la consulta planteada por la Secretaria de Educación, a continuación realizaremos las siguientes consideraciones:

1. INCAPACIDADES

1210 FEB 2017
8-30

En primer lugar, debemos señalar que la incapacidad laboral se entiende como un estado de inhabilidad, física o mental de un individuo que impide que este pueda desempeñar temporalmente su profesión¹.

Al respecto la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

“Por tanto, dentro de ese grupo de prestaciones se encuentran aquellas que surgen de la incapacidad que pueda presentar un trabajador dependiente o independiente para el desempeño de sus funciones. Dicha “incapacidad” ha sido definida como “el estado de inhabilidad física o mental de una persona que le impide desempeñar en forma temporal o permanente su profesión u oficio”²

Se debe señalar que la incapacidad puede ser de tres tipos: la temporal, cuando se presenta una imposibilidad transitoria para trabajar, 2. La permanente parcial, cuando se presenta una disminución parcial de la capacidad laboral, en un porcentaje igual o superior al 5% pero inferior al 50% y 3. Permanente, cuando el afiliado padece una disminución definitiva de su capacidad laboral superior al 50%.

Así mismo, se debe mencionar que la incapacidad puede ser generada por una enfermedad profesional, un accidente de trabajo o una enfermedad común o no profesional.

2. RÉGIMEN ESPECIAL

Teniendo claro el concepto de incapacidad, a continuación nos referiremos al régimen especial de los docentes así:

¹ Corte Constitucional. Sentencia T-876 de 2013

² Corte Constitucional. Sentencia T-920 de 2009

En primer lugar, debemos señalar que mediante la Ley 91 de 1989 se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante el cual se financian las prestaciones sociales que deben ser reconocidas *a los docentes y directivos docentes afiliados a dicho fondo.*

Al respecto la Corte Constitucional ha señalado:

“En el caso concreto del régimen especial de los docentes, el cual abarca tanto aspectos de seguridad social, como lo es el suministro de servicios médico-asistenciales y de pensiones, como prestacionales, tales como el régimen de cesantías y vacaciones, la Corte estima que las líneas jurisprudenciales señaladas resultan ser plenamente aplicables en el sentido de que la existencia de un régimen propio o especial para unos determinados trabajadores no resulta per se violatorio del principio de igualdad, lo cual no obsta para que se puedan plantear cargos de igualdad cuando quiera que un ciudadano considere que algún aspecto del régimen especial de los docentes, sea en temas prestaciones o de seguridad social propiamente dicha, resulte violatorio del derecho a la igualdad.”³

El artículo 15 de la Ley 91 de 1989, establece que los docentes vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 1989 mantendrán el régimen prestacional que venían gozando en cada entidad territorial, mientras que a los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1990, se les aplicara lo contenido en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 y aquellas disposiciones que al respecto de expidan en el futuro.

El Gobierno Nacional profirió el Decreto 1075 de 2015 “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Educación” con el fin de compilar las

³ Corte Constitucional. Sentencia C-928 de 2006

normas que rigen este sector; y posteriormente expidió el Decreto 1655 de 2015, el cual adiciono el capítulo 3 del título 4, parte 4, del libro 2 del Decreto 1075.

Esta última disposición reglamento el reconocimiento económico por incapacidad temporal de origen laboral y accidente de trabajo así:

“Artículo 2.4.4.3.7.3. Incapacidad Laboral Temporal. La incapacidad laboral temporal de los educadores activos, deberá determinarse con base en sus funciones y no podrá superar el término máximo de ciento ochenta (180) días.

Dado el nivel de afectación en el desempeño de las funciones asignadas, la incapacidad laboral temporal no podrá ser reemplazada por una disminución de funciones y deberá estar siempre acompañada de un plan de tratamiento y rehabilitación diario que facilite la incorporación del educador al ejercicio de la labor docente y mida el impacto del plan.

El término de duración de la incapacidad laboral temporal deberá considerar las funciones que desempeñan el educador activo y su relación con la contingencia que presenta.

En ningún caso podrá efectuarse cambio de funciones docentes a un educador activo por funciones de índole administrativo.

Parágrafo. El Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio con apoyo del equipo multidisciplinario de profesionales que organizará, administrará y controlará la implementación de la Seguridad y Salud en el Trabajo del Magisterio, establecerá los mecanismos e instrumentos que

garanticen la adecuada ejecución y seguimiento a los planes de rehabilitación de los educadores activos que implementen los prestadores de servicios de salud.

Artículo 2.4.4.3.7.4. Reconocimiento económico por incapacidad temporal de origen laboral y accidente de trabajo. Cuando un educador activo sufra un accidente de trabajo o presente una enfermedad de origen laboral, tendrá derecho a un reconocimiento económico por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio hasta por ciento ochenta (180) días.

El reconocimiento económico durante toda la incapacidad será del 100% del salario que esté devengando el educador en el momento de generarse la incapacidad.

De lo anterior, se puede establecer que las incapacidades laborales temporales inferiores a 181 días son reconocidas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por el cien por ciento del salario que el educador estuviera devengando al generarse la incapacidad.

En cuando a las incapacidades de origen común, nos debemos referir a los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, los cuales señalan:

“Decreto 3135 de 1968. Artículo 18. Auxilio por enfermedad. En caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad, los empleados o trabajadores tendrán derecho a que la respectiva entidad de previsión social les pague, durante el tiempo de la enfermedad, las siguientes remuneraciones:

CARLOS EDUARDO MEDELLÍN BECERRA
ABOGADO

a) Cuando la enfermedad fuere profesional, el sueldo o salario completo durante ciento ochenta (180) días, y

b) Cuando la enfermedad no fuere profesional, las dos terceras partes del sueldo o salario durante los primeros noventa (90) días, y la mitad del mismo por los noventa (90) días siguientes. Ver Decreto Nacional 819 de 1989

Parágrafo- La licencia por enfermedad no interrumpe el tiempo de servicio.

Cuando la incapacidad exceda de ciento ochenta (180) días, el empleado o trabajador será retirado del servicio, y tendrá derecho a las prestaciones económicas y asistenciales que este Decreto determina."

"Decreto 1848 de 1969. Artículo 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:

a) 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 (2/3) partes 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

b) 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"

Así las cosas, se puede concluir que el pago por incapacidades de origen común, corresponde a un auxilio el cual será equivalente a las 2/3 partes de su salario durante los primeros 90 días y a la mitad de su salario durante los 90 días siguientes.

2.1. INCAPACIDAD LABORAL SUPERIOR A 180 DÍAS

Teniendo claro, el régimen aplicable a las incapacidades de origen común y laborales menores a 181 días, a continuación nos referiremos al reconocimiento de estas cuando superan los 180 días.

En primer lugar, debemos señalar que esta clase de incapacidad se encuentra reglamentada en las siguientes disposiciones:

Decreto 3135 de 1968.

“Artículo 18. Auxilio por enfermedad. En caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad, los empleados o trabajadores tendrán derecho a que la respectiva entidad de previsión social les pague, durante el tiempo de la enfermedad, las siguientes remuneraciones:

- a) Cuando la enfermedad fuere profesional, el sueldo o salario completo durante ciento ochenta (180) días, y*
- b) Cuando la enfermedad no fuere profesional, las dos terceras partes del sueldo o salario durante los primeros noventa (90) días, y la mitad del mismo por los noventa (90) días siguientes.*

Parágrafo- La licencia por enfermedad no interrumpe el tiempo de servicio.

Cuando la incapacidad exceda de ciento ochenta (180) días, el empleado o trabajador será retirado del servicio, y tendrá derecho a las prestaciones económicas y asistenciales que este Decreto determina”

Decreto 819 de 1989

“Artículo 1º.- Cuando la incapacidad ocasionada por enfermedad profesional o accidente de trabajo exceda de ciento ochenta (180) días, el auxilio económico que venía percibiendo el incapacitado seguirá siendo reconocido en la misma cuantía por la entidad de previsión social, hasta cuando sea incluido en la nómina de pensionados o se le cancele la correspondiente indemnización, si a ella hubiere lugar.

En caso de enfermedad no profesional, el empleado tendrá el mismo derecho señalado en el inciso anterior, hasta cuando sea incluido en la nómina de pensionados o haya quedado en firme la calificación del grado de incapacidad, si ella no es suficiente para tener derecho a la pensión correspondiente.”

Decreto 1655 de 2015

Artículo 2.4.4.3.8.1. Procedimiento. Con el propósito de tramitar de manera ágil y expedita el reconocimiento de la pensión por invalidez por pérdida de la capacidad laboral del educador activo, los actores involucrados deberán tener en cuenta los siguientes presupuestos:

1. Expedido el dictamen médico laboral a través del cual se declare la pérdida de la capacidad laboral de un educador activo, el responsable de la emisión de la calificación en primera o en segunda instancia, en caso de haberse interpuesto

recurso, deberá remitirla al día siguiente hábil, con sus respectivos soportes, a la correspondiente entidad territorial nominadora para iniciar el trámite de reconocimiento de la pensión de invalidez, cuando a ello haya lugar.

2. Una vez la entidad territorial nominadora reciba el dictamen, deberá iniciar, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al recibo de dicho dictamen, el trámite para el reconocimiento de la pensión de invalidez, coordinando con la fiduciaria administradora y vocera del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio las acciones necesarias que permitan el oportuno reconocimiento de la pensión de invalidez, cuando a ello haya lugar.

3. El Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio con apoyo del equipo multidisciplinario de profesionales que organizará, administrará y controlará la implementación de la Seguridad y Salud en el Trabajo del Magisterio, establecerá el procedimiento para la realización de cada etapa y las acciones detalladas para el cumplimiento de la presente Sección, sin que la totalidad de dichos términos supere el lapso de dos (2) meses calendario para resolver, contados a partir de la radicación formal de los documentos necesarios para el reconocimiento de la pensión de invalidez.

4. El pago de la primera mesada pensional de invalidez por pérdida de la capacidad laboral, no deberá superar los treinta (30) días calendario a partir de la respuesta de reconocimiento de la pensión que emita el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

*5. En caso de que el educador activo no manifieste inconformidad respecto del dictamen que determinó la pérdida de capacidad laboral que da lugar al reconocimiento de la pensión de invalidez, **la entidad territorial mantendrá***

al educador en nómina hasta que ingrese a la nómina pensional del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Su salario será liquidado por el mismo porcentaje que resulte de dicho dictamen, sin que en ningún caso se afecte el mínimo vital, y se continuará con el procedimiento establecido en este Capítulo para el reconocimiento de la pensión de invalidez.

6. En caso de que el educador activo recurra a la segunda instancia, la entidad territorial nominadora mantendrá al educador en la nómina hasta que ingrese a la nómina pensional del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y su salario será liquidado por el mismo porcentaje que resulte del dictamen proferido en primera instancia, sin que en ningún caso se afecte el mínimo vital. La fiduciaria administradora y vocera del Fondo establecerá el procedimiento para el reembolso de los valores pagados por la entidad territorial nominadora. Una vez se le comunique el dictamen de la segunda instancia, la entidad territorial liquidará el salario del educador, en proporción a lo señalado en este último dictamen, sin afectar su mínimo vital.

7. Tratándose de educadores activos que hayan cumplido con los requisitos para acceder a la pensión de jubilación, o que estén disfrutando de la condición de pensionados, y que simultáneamente estén en condiciones de percibir pensión de invalidez por pérdida de la capacidad laboral por enfermedad o accidente laboral, deberán manifestar por escrito dirigido a la entidad territorial nominadora, la pensión que en su concepto le resulta más beneficiosa, frente a lo cual la entidad emprenderá las acciones necesarias para resolver la situación del solicitante.

Parágrafo 1. En tanto no se emita acto administrativo pensional a los educadores activos por parte de la entidad nominadora, los prestadores de

servicios de salud continuarán emitiendo incapacidad médica al educador activo dictaminado.

Parágrafo 2. A los educadores que se les ha reconocido pensión de invalidez se les realizará valoración médica cada (3) tres años con el propósito de aumentar su cuantía, disminuirla, mantenerla o declarar extinguida la pensión.

Parágrafo 3. Las valoraciones médicas que por ley le correspondan a los docentes y directivos docentes pensionados por invalidez, se registrarán por la normatividad aplicable para tal efecto.

Por lo anterior, se puede señalar que tanto en el caso de que la incapacidad sea de origen laboral o común la entidad territorial deberá mantener al docente en la nómina hasta que este sea ingresado a la nómina pensional del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, donde su prestación económica responderá al dictamen realizado.

Al respecto la Corte Constitucional ha establecido:

“Lo anterior pretende demostrar que las decisiones tomadas por la junta de calificación de invalidez en cuanto a establecer origen, fecha, y porcentaje de la calificación, entre otros ítems, se debe sustentar en las diferentes pruebas, esto obedece a criterios legalmente y jurisprudencialmente señalados, lo que les garantiza a los peticionarios la aplicación de un debido proceso.

5.5. Como se ha visto, el debido proceso rige de manera general las actuaciones surgidas en torno a la forma en que las juntas de calificación de invalidez ejecutan el procedimiento señalado para establecer fecha, origen y porcentaje de calificación, entre otros ítems. Todo ello con la fundamentación suficiente que

debe basarse principalmente en los elementos probatorios clínicos y valoraciones científicas a que haya lugar en cada caso particular.”⁴

Por otro lado, en razón de que el artículo 60 del Decreto 1381 de 1997 “*Por medio del cual se establece la prima de vacaciones a los docentes de los servicios de (sic) Educativos Estatales*”, establece en su artículo 6 que los aspectos generales referidos a esta prestación, no contemplados en dicho decreto y que no le sean contrarios, se regirán por lo establecido en el Decreto-Ley 1045 de 1978, así:

“Artículo 22º.- De los eventos que no interrumpen el tiempo de servicio. Para los efectos de las vacaciones, no se considera interrumpido el tiempo de servicio cuando la suspensión de labores sea motivada:

- a) Por incapacidad no superior a ciento ochenta días, ocasionada por enfermedad o accidente de trabajo;*
- b) Por el goce de licencia de maternidad;*
- c) Por el disfrute de vacaciones remuneradas;*
- d) Por permisos obtenidos con justa causa;*
- e) Por el incumplimiento de funciones públicas de forzosa aceptación;*
- f) Por el cumplimiento de comisiones”*

De esta manera, se puede señalar que el tiempo de incapacidad de los docentes deberá ser tenido en cuenta para la liquidación de sus prestaciones sociales, excepto para las vacaciones.

⁴ T-093 de 2016

CARLOS EDUARDO MEDELLÍN BECERRA
ABOGADO

Por lo anterior, se puede mencionar que cuando la incapacidad excede los 180 días, se entiende que el tiempo de servicio fue interrumpido para los efectos de las vacaciones, razón por la cual no hay lugar ni al pago de estas ni a su prima.

Para finalizar, es menester mencionar que en concordancia con lo establecido en el Decreto 1655 de 2015 la entidad territorial deberá mantener al docente en nómina hasta que este ingrese a la nómina pensional y su salario será liquidado en el porcentaje que resulte del dictamen, sin que se afecte el mínimo vital del educador.

En los términos anteriores dejamos expuesta nuestra opinión sobre la materia consultada, quedando atentos a cualquier aclaración o complementación que se considere necesaria.

Cordialmente,



CARLOS EDUARDO MEDELLÍN BECERRA
Asesor Externo