



Concepto 373271 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000373271

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000373271

Fecha: 12/10/2021 12:06:06 p.m.

Bogotá D.C

REFERENCIA: PRESTACIONES SOCIALES- Incapacidad. Reliquidación como consecuencia del incremento salarial. Radicación No. 20212060622322 de fecha 13 de septiembre de 2021.

En atención al escrito de la referencia, mediante el cual solicita de esta Dirección Jurídica un pronunciamiento en relación con el recobro de incapacidades médicas a propósito del incremento salarial anual, le indico lo siguiente:

Para abordar los planteamientos jurídicos enunciados, es indispensable realizar un análisis de los siguientes temas:

La Ley 100 de 1993, expresa frente al tema de incapacidades lo siguiente:

“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.”(Subrayado fuera de texto)

Es pertinente tener en cuenta, que el auxilio por incapacidad corresponde al reconocimiento de la prestación de tipo económico y pago de la misma que debe realizar la autoridad correspondiente, de conformidad con lo señalado en las normas legales vigentes, al afiliado cotizante que previo el dictamen médico certificado por la Entidad Promotora de Salud o la Administradora de Riesgos Profesionales, según corresponda, se encuentre en imposibilidad temporal para continuar desempeñando las funciones de su empleo.

La norma general en Seguridad Social - Ley 100 de 1993 - contempla dos clases de incapacidades, a) la generada por enfermedad general y b) la originada en enfermedad profesional y accidente de trabajo.

Frente al reconocimiento en una y otra incapacidad, el parágrafo 1 del Artículo 3.2.1.10 del Decreto 780 de 2016 ¹, contempla:

“PARÁGRAFO 1. 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.

De las anteriores disposiciones puede inferirse que si la incapacidad del servidor es originada por enfermedad general, los primeros dos (2) días deben ser reconocidos por la entidad empleadora y los días que excedan serán reconocidos por el Sistema de Seguridad Social en Salud, es decir, por la respectiva EPS en la que se encuentre afiliado el empleado; no obstante, si se trata de una enfermedad de origen laboral, su reconocimiento se encuentra a cargo de la ARL.

Por su parte, el Decreto-Ley 3135 de 1968, señala:

“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 le 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 2 terceras partes (2/3) del sueldo o salario durante los primeros noventa (90) días y la mitad del mismo por los noventa (90) días siguientes.

PARAGRAFO. 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.” (Subrayado fuera de texto)

A su vez, el Decreto 1848 de 1969, por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968, establece:

“ARTICULO 9. 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 partes (2/3) 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.” (Subrayado fuera de texto)

De conformidad con el Artículo 18 del Decreto 3135 de 1968 y el Artículo 9 del Decreto 1848 de 1969, el empleado público incapacitado tendrá derecho al pago de un subsidio en dinero correspondiente a un salario completo durante ciento ochenta días (180), cuando la enfermedad fuere profesional y a las dos terceras (2/3) partes del salario durante los primeros noventa (90) días y la mitad del mismo por los noventa (90) días siguientes, cuando la enfermedad no fuere profesional.

El Ministerio de Salud mediante concepto No. 201311200151971 del 11 de febrero de 2013, manifestó:

Igualmente, el parágrafo del Artículo 10 del Decreto 1848 de 1969, indica que si la incapacidad para trabajar, no excede de tres (3) días, conforme al dictamen médico correspondiente, el empleado solicitara permiso remunerado a que se refiere el Artículo 21 del Decreto 2400 de 1968.

(...)

Así las cosas y teniendo en cuenta que la normatividad vigente para los servidores públicos no ha limitado el monto de la incapacidad que por los primeros tres (3) días recibiría el trabajador y por el contrario, ha permitido el tramite de la misma como un permiso remunerado, este Despacho considera que la prestación económica derivada de una incapacidad igual o menor a tres (3) días y que de conformidad con

las normas señaladas ha de ser asumida por el empleador, debe ser igual al monto de los salarios que le correspondería si hubiere laborado en dichos días, es decir, que la incapacidad a cargo del empleador debe cancelarse sobre el 100% del salario y no sobre las 2/3 partes del mismo, tal y como se señaló en el concepto No. 3731 de 2005 emanado del entonces Ministerio de la Protección Social.

En este orden de ideas, en criterio de esta Dirección Jurídica se considera que, en caso de enfermedad de origen común los primeros dos (2) días de incapacidad están a cargo del empleador y, los días que excedan serán reconocidos por el Sistema de Seguridad Social en Salud, es decir, por la respectiva EPS en la que se encuentre afiliado el empleado.

2.- Respecto del pago retroactivo de licencias por enfermedad en caso de la expedición del Decreto que ordena el incremento salarial anual de manera retroactiva al 1 de enero del año, le indico que el mencionado Decreto 780 de 2016, dispone lo siguiente:

«ARTÍCULO 3.2.1.4. Plazo para el pago de aportes al Sistema de Seguridad Social Integral de los empleados públicos del orden nacional, cuando se disponga un incremento retroactivo. Los incrementos salariales de los empleados públicos del orden nacional, a que se refiere el Artículo 1º de la Ley 4ª de 1992, que se dispongan de manera retroactiva, deberán tenerse en cuenta para liquidar los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral. Para tal efecto, las entidades empleadoras deberán realizar las respectivas reliquidaciones mensuales y girar la suma adeudada a los correspondientes administradores del Sistema de Seguridad Social Integral: salud, pensiones y riesgos laborales, a más tardar dentro de los dos (2) meses siguientes, a la fecha del pago de la nómina en la que se dispone el reajuste salarial retroactivo.

De conformidad con la Ley 100 de 1993, la falta de pago de las sumas adicionales a que haya lugar por concepto de los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral, en el término establecido en el presente título, causará intereses de mora»

De acuerdo con la norma, respecto del pago de aportes al sistema de seguridad social y parafiscales se considera que los incrementos salariales de los empleados públicos a que se refiere el Artículo 1 de la Ley 4a de 1992, que se dispongan de manera retroactiva, deberán tenerse en cuenta para liquidar los aportes parafiscales y del Sistema de Seguridad Social Integral.

Para tal efecto, las entidades empleadoras deberán realizar las respectivas reliquidaciones mensuales y girar la suma adeudada a los correspondientes administradores del Sistema de Seguridad Social Integral: salud, pensiones y riesgos laborales, a más tardar dentro de los dos (2) meses siguientes, a la fecha del pago de la nómina en la que se dispone el reajuste salarial retroactivo.

De otra parte, y en atención a su solicitud, relacionada con realizar un pronunciamiento en relación con lo previsto en el parágrafo del Artículo 23 del Decreto 1818 de 1996, le indico que dicha norma reglamentó el Decreto 326 de 1996, el cual fue derogado por el Decreto 1406 de 1996, en consecuencia, se considera pertinente tener en cuenta que el decaimiento de un acto administrativo se produce cuando las disposiciones legales o reglamentarias que le sirven de sustento, desaparecen del escenario jurídico.

En relación con el tema la Ley 1437 de 2011 determina lo siguiente:

“ARTÍCULO 91. Pérdida de ejecutoriedad del acto administrativo. Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos en firme serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Perderán obligatoriedad y, por lo tanto, no podrán ser ejecutados en los siguientes casos:

1. Cuando sean suspendidos provisionalmente sus efectos por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. 2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho...” (Subraya fuera de texto)

De acuerdo con lo previsto en la norma transcrita, los actos administrativos en firme serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; de igual forma, perderán obligatoriedad y, por lo tanto, no podrán ser ejecutados, entre otros, cuando desaparezcan sus fundamentos de derecho.

En este orden de ideas, y como quiera que el Decreto 326 de 1996 fue derogado por otra norma, se colige que el Decreto 1818 de 1996 sufrió decaimiento en atención a que desapareció su fundamento de derecho; en ese sentido, los actos administrativos pueden perder su

eficacia jurídica por hechos o circunstancias posteriores a su expedición e independientemente de la voluntad de la administración, esto es lo que se denomina decaimiento del acto o forma de extinción de los actos administrativos que puede producirse por haber desaparecido del mundo jurídico las normas que sirvieron de fundamento para la expedición del mismo; por consiguiente, no es procedente efectuar un pronunciamiento frente a la norma que eventualmente se encuentra derogada.

Conclusión primera parte:

En este orden de ideas, al decretarse el incremento salarial para los empleados públicos con efectos fiscales a partir del 1º de enero de la anualidad, debe interpretarse según criterio de esta Dirección Jurídica, que si hubo incapacidades reconocidas por el sistema de seguridad social antes de la expedición del decreto o acto administrativo que reguló el respectivo

incremento salarial, una vez señalado el incremento salarial esta situación obliga a reliquidar los aportes al sistema de seguridad social y parafiscales y efectuados los pagos correspondientes dan derecho al pago del incremento decretado por el Gobierno Nacional.

Por consiguiente, una vez recibido la reliquidación de aportes, las respectivas EPS deberán igualmente reliquidar las incapacidades reconocidas durante este período.

3.- Cobro de incapacidades laborales a las EPS por parte de una entidad estatal.

Como se precisó líneas arriba, el reconocimiento de las incapacidades médicas se encuentra a cargo del sistema de seguridad social, que puede ser la EPS si se trata de una incapacidad de origen común o la ARL si se trata de una incapacidad de origen laboral, y para ese reconocimiento se requiere adelantar un trámite que no le corresponde al trabajador sino al empleador.

Así lo señala expresamente el Decreto Ley 019 de 2012, denominado también decreto anti tramites:

“ARTÍCULO 121. Trámite de reconocimiento de incapacidades y licencias de maternidad y paternidad. El trámite para el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, deberá ser adelantado, de manera directa, por el empleador ante las entidades promotoras de salud, EPS. En consecuencia, en ningún caso puede ser trasladado al afiliado el trámite para la obtención de dicho reconocimiento.

Para efectos laborales, será obligación de los afiliados informar al empleador sobre la expedición de una incapacidad o licencia.”

De acuerdo con lo previsto en la norma, el trámite para el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, deberá ser adelantado, de manera directa, por el empleador ante las entidades promotoras de salud, EPS, sin que, en ningún caso puede ser trasladado al afiliado el trámite para la obtención de dicho reconocimiento.

En ese sentido, el trabajador debe seguir obteniendo los ingresos necesarios para su subsistencia, lo que obliga a que las incapacidades del trabajador sean pagadas directamente por el empleador cuando liquide la nómina, independientemente de que la EPS haya o no reconocido la incapacidad laboral.

En lo que se refiere al pago propiamente dicho, es claro que el empleador debe pagar las incapacidades al trabajador, y que luego el empleador debe gestionar ante la EPS el pago de esas incapacidades y licencias, debiendo la EPS hacer el pago una vez las reconozca y legalice.

La forma en que la EPS deben efectuar el pago está regulada por el Artículo 2.2.3.1.1 del Decreto 780 de 2016 en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 2.2.3.1.1. Pago de prestaciones económicas. A partir de la fecha de entrada en vigencia de las cuentas maestras de recaudo los aportantes y trabajadores independientes no podrán deducir de las cotizaciones en salud los valores correspondientes a incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad y/o paternidad.

El pago de estas prestaciones económicas al aportante será realizado directamente por la EPS y EOC, a través de reconocimiento directo o transferencia electrónica en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles contados a partir de la autorización de la prestación económica por parte de la EPS o EOC. La revisión y liquidación de las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas se efectuará dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la solicitud del aportante.

En todo caso, para la autorización y pago de las prestaciones económicas, las EPS y las EOC deberán verificar la cotización al Régimen Contributivo del SGSSS, efectuada por el aportante beneficiario de las mismas.

PARÁGRAFO 1. La EPS o la EOC que no cumpla con el plazo definido para el trámite y pago de las prestaciones económicas deberá realizar el reconocimiento y pago de intereses moratorios al aportante, de acuerdo con lo definido en el Artículo 4 del Decreto Ley 1281 de 2002.

PARÁGRAFO 2. De presentarse incumplimiento del pago de las prestaciones económicas por parte de la EPS o EOC, el aportante deberá informar a la Superintendencia Nacional de Salud, para que, de acuerdo con sus competencias, esta entidad adelante las acciones a que hubiere lugar.”

De lo anterior, se colige que, las EPS deben efectuar directamente el pago al empleador (entidad pública) o al trabajador independiente las incapacidades médicas y licencias reconocidas.

De otro lado, es preciso tener en cuenta, que las entidades públicas pagan las incapacidades laborales y licencia a sus trabajadores, y luego la EPS le reembolsa el valor pagado, o lo que reconozca por esos conceptos, ese reembolso se debe hacer un término perentorio porque de lo contrario prescribe.

Conclusión segunda parte:

De lo expuesto, se deduce que, en el evento de que la EPS, niegue el pago de una incapacidad laboral, la entidad deberá adelantar el procedimiento administrativo tendiente a lograr el pago de la incapacidad y la EPS señalará las razones del no pago a través de un acto administrativo, con lo cual ante tal situación la entidad constituirá el título ejecutivo, para de esta manera iniciar un cobro a través de la jurisdicción coactiva y/o a través de la Dirección Jurídica, en el evento de no contar con el Grupo de Cobro Coactivo, presentar la correspondiente demanda ejecutiva, previo análisis de la constitución del documento que preste mérito ejecutivo y del estudio y/o análisis de costo beneficio para presentar una demanda; en este sentido, dado que los valores, según el caso, en algunos eventos resultaría más oneroso poner en movimiento el aparato judicial que las sumas a recaudar mediante la interposición de un proceso ejecutivo.

De todos modos, previo al inicio de un proceso ejecutivo, la Oficina de Talento Humano, en el evento en que la EPS se niegue a realizar el reconocimiento de la incapacidad médica o licencia de maternidad o paternidad, debe realizar varios requerimientos efectuando el cobro persuasivo de la acreencia, indicando los fundamentos de hecho y derecho que den lugar al reconocimiento y pago de la incapacidad o licencia de maternidad o paternidad.

Con el mismo propósito, es de señalar que, para el cobro de las incapacidades, la entidad deberá hacer un análisis exhausto, a fin de evitar un cobro de lo no debido; es decir, que las sumas pagadas al trabajador correspondan al valor real de acuerdo a las diferentes variables que determinen el pago de una incapacidad laboral, IBC, de manera tal que puedan ser objetadas por las EPS, y como tal llegue a configurar una obligación clara, expresa y exigible.

Finalmente, es importante señalar, que de conformidad con el Artículo 28 de la Ley 1438 de 2011, se establece que:

«El derecho de los empleadores de solicitar a las Entidades Promotoras de Salud el reembolso del valor de las prestaciones económicas

prescribe en el término de tres (3) años contados a partir de la fecha en que el empleador hizo el pago correspondiente al trabajador.»

De lo previsto en la norma se deduce que, la entidad cuenta con tres (3) años para gestionar el reconocimiento y pago de lo que haya pagado a sus trabajadores por concepto de incapacidades laborales y licencias de maternidad y paternidad.

Finalmente, me permito indicarle que 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.

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

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Christian Ayala

Revisó: Harold Herreño.

Aprobó. Armando Lopez Cortes.

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

Fecha y hora de creación: 2021-12-23 14:24:42