



La equidad
es de todos

Prosperidad
Social



Al contestar por favor cite estos datos:
Radicado M-2019-1400-015777
Fecha: 25/06/2019

MEMORANDO

Bogotá D.C., 25 de junio de 2019

Para:

Edward Kenneth Fuentes Pérez
Subdirector Técnico
Subdirección de Talento Humano

De: Oficina Asesora Jurídica

Asunto: Concepto jurídico sobre reclamación de incapacidades negadas o no reconocidas por las EPS.

Atendiendo el radicado No. M-2019 2400-013503 del 31 de mayo de 2019, a través del cual se solicita concepto jurídico frente a la alternativa que le permita a Prosperidad Social reclamar las incapacidades negadas por las EPS; así como las incapacidades autorizadas pero no reconocidas económicamente a la fecha, luego de efectuar varios requerimientos, esta Oficina presenta las siguientes consideraciones:

I. PROBLEMA JURIDICO

¿Existe alguna alternativa jurídica que le permita a Prosperidad Social reclamar las incapacidades negadas por las EPS; así como de las incapacidades autorizadas pero no reconocidas económicamente a la fecha, a pesar de los múltiples requerimientos realizados?

II. ANTECEDENTES

Mediante memorando No. M-2019-2400-013503 del 31 de mayo de 2019, el Subdirector Técnico (E) de la Subdirección de Talento Humano manifiesta que con el fin de solicitar el reconocimiento de incapacidades, licencias de maternidad y licencias de paternidad ante las Empresas Promotoras de Salud y la Administradora de Riesgos Laborales, se han adelantado los respectivos trámites ante dichas entidades, no obstante, algunas incapacidades autorizadas no son reconocidas económicamente (pagadas) a tiempo, mientras otras son negadas aduciendo que el servidor no contaba con cuatro (04) semanas de cotización al momento de la incapacidad, el procedimiento no fue autorizado por la EPS por ser No POS/No PBS o porque fue atendido fuera de su red.

Debido a los inconvenientes presentados, se solicita a la Oficina Asesora Jurídica concepto respecto de la opción que tiene Prosperidad Social para reclamar los valores generados y pagados con ocasión de las incapacidades no reconocidas por las EPS y ARL entendidas como aquellas incapacidades negadas y/o autorizadas pero no reconocidas económicamente.



De conformidad con lo anterior, se procede a resolver la consulta elevada.

III. CONSIDERACIONES DE LA OFICINA ASESORA JURÍDICA.

Para dar respuesta a la consulta y al problema jurídico planteado, el análisis se adelantará en los aspectos que se señalan a continuación.

1. De la incapacidad para desempeñar labores.

El artículo 18 del Decreto 3135 de 1968 define el auxilio de incapacidad como aquel pago a recibir de la entidad promotora de salud a que tiene derecho los empleados o trabajadores en caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad y durante el tiempo en que dure la misma, así:

"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 (2/3) 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. (Resaltado y negrilla fuera de texto)

El pago de dicha incapacidad no solo cubija la enfermedad profesional, sino también la enfermedad general reconociendo unas prestaciones económicas y otras asistenciales, tal como lo señala el Decreto 1848 de 1969, así:

"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." (Resaltado fuera de texto)



Las prestaciones económicas se refieren al pago de un subsidio en dinero y las asistenciales consistentes en la prestación de servicios médicos, farmacéuticos, quirúrgicos, de laboratorio y hospitalarios a que haya lugar.

A su turno el Decreto 1298 de 1994 (incorpora y sustituye el artículo 206 de la Ley 100 de 1993) en su artículo 56 establece que a los afiliados cotizantes dentro del régimen contributivo se les reconocerá las incapacidades generadas en enfermedad general, para lo cual las EPS podrán subcontratar con compañías aseguradoras. así:

"Artículo 56. INCAPACIDADES Y LICENCIAS DE MATERNIDAD. A los afiliados cotizantes dentro del régimen contributivo del presente Estatuto, se les reconocerá las incapacidades generadas en enfermedad general, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. Para el cubrimiento de estos riesgos las Entidades 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.

A los afiliados según las normas el régimen contributivo se les reconocerá la licencia por maternidad de conformidad con las disposiciones legales vigentes. El cumplimiento de esta obligación será pagada por las Entidades Promotoras de Salud y financiada por el Fondo de Solidaridad y garantía, de su subcuenta de compensación, como una transferencia diferente a las Unidades de Pago por Capitalización UPC."

De acuerdo con lo anterior, en principio son las entidades promotoras de salud (EPS) quienes deben reconocer las incapacidades de los afiliados dentro del régimen contributivo conforme a la normatividad que para su pago se expida, según veremos en el presente concepto.

2. Del pago de las incapacidades.

El parágrafo 1 del artículo 3.2.1.10 del Decreto 780 de 2016 "por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social", determina que las prestaciones económicas correspondientes a los dos (02) primeros días de incapacidad originada por enfermedad general estarán a cargo del empleador y, a partir del tercer (03) día, a cargo de la entidad promotora de salud; veamos:

"Parágrafo 1º. 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.

En el Sistema General de Riesgos Laborales las Administradoras de Riesgos Laborales reconocerán las incapacidades temporales desde el día siguiente de ocurrido el accidente de trabajo o la enfermedad diagnosticada como laboral.

Lo anterior tanto en el sector público como en el privado." (Negrilla y Subrayado fuera de texto)



De igual manera, establece que corresponde a las administradoras de riesgos laborales reconocer las incapacidades temporales desde el día siguiente de ocurrido el accidente de trabajo o diagnosticada la enfermedad laboral.

Señala así mismo que estas disposiciones aplican tanto en el sector público como en el privado.

Ahora bien, el **Decreto 780 de 2016 en su artículo 2.1.13.4** "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social" establece que para el reconocimiento y pago de la prestación económica de la incapacidad por enfermedad general es necesario un aporte mínimo de cuatro (04) semanas, así:

"Artículo 2.1.13.4 Incapacidad por enfermedad general. Para el reconocimiento y pago de la prestación económica de la incapacidad por enfermedad general, conforme a las disposiciones laborales vigentes, se requerirá que los afiliados cotizantes hubieren efectuado aportes por un mínimo de cuatro (4) semanas.

No habrá lugar al reconocimiento de la prestación económica de la incapacidad por enfermedad general con cargo a los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando estas se originen en tratamientos con fines estéticos o se encuentran excluidos del plan de beneficios y sus complicaciones."

Por otra parte, el contenido de dicha norma determina que no habrá lugar a reconocimiento de las prestaciones económicas con ocasión de incapacidad por enfermedad general cuando su origen está referido a tratamientos con fines estéticos o excluidos del plan de beneficios y sus complicaciones.

Respecto al reconocimiento y pago de la incapacidad por enfermedad general la H. Corte Constitucional en Sentencia T-401 del 23 de junio de 2017, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado, Sala Quinta de Revisión, menciona:

"(...) ...el lapso que hay entre el primer y el segundo día de la incapacidad, competen económicamente al empleador, de conformidad con la modificación que introdujo el artículo 1º del Decreto 2943 de 2013, al parágrafo 1º del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999. En virtud de dicha disposición "[e]n 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 (...)"

"(...) Las incapacidades expedidas del día 3 al 180 están a cargo de las entidades promotoras de salud y el trámite tendiente a su reconocimiento debe adelantarlos el empleador, conforme lo dispone el artículo 121 del Decreto Ley 019 de 2012. Tal obligación está sujeta a la afiliación del trabajador por parte del empleador o del propio independiente."

Así entonces señala la H. Corte que el primer y segundo día de incapacidad por enfermedad general le competen económicamente al empleador, a partir del tercer (3) día a las entidades promotoras de salud, de suerte que el trámite tendiente al reconocimiento de las incapacidades desde el tercer día debe adelantarlos el empleador, tal como lo indica el artículo 121 del Decreto 019 de 2012, a saber:



La equidad
es de todos

Prosperidad
Social



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado M-2019-1400-015777

Fecha: 25/06/2019

"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 lo anterior se colige que la obligación del trabajador es reportar el acaecimiento de la incapacidad, ya sea por enfermedad general, licencia de maternidad o paternidad, así es el empleador quien adelanta de manera directa el trámite de reconocimiento, ello en concordancia con lo establecido por el artículo 28 de la Ley 1438 de 2011 que frente al término para presentar la solicitud de reembolso de prestaciones económicas previó:

"Artículo 28. Prescripción del derecho a solicitar reembolso de prestaciones económicas. 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".

Debe entonces tenerse en cuenta el término de prescripción para efectos de solicitar el reembolso de las prestaciones económicas asumidas inicialmente por el empleador y que son objeto de pago por parte de la entidad promotora de salud.

En lo relativo al reconocimiento de incapacidad por enfermedad profesional, el artículo 1 la Ley 776 de 2002 determina que como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional un afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales se incapacite, se invalide o muera, tendrá derecho a que el Sistema General le preste los servicios asistenciales y le reconozca las prestaciones económicas, así:

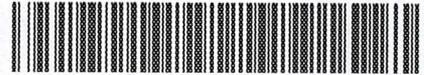
"Artículo 1º. Derecho a las prestaciones. Todo afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales que, en los términos de la presente ley o del Decreto-ley 1295 de 1994, sufra un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, o como consecuencia de ellos se incapacite, se invalide o muera, tendrá derecho a que este Sistema General le preste los servicios asistenciales y le reconozca las prestaciones económicas a los que se refieren el Decreto-ley 1295 de 1994 y la presente ley.

Parágrafo 1º. La existencia de patologías anteriores no es causa para aumentar el grado de incapacidad, ni las prestaciones que correspondan al trabajador.

Parágrafo 2º. Las prestaciones asistenciales y económicas derivadas de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, serán reconocidas y pagadas por la administradora en la cual se encuentre afiliado el trabajador en el momento de ocurrir el accidente o, en el caso de la enfermedad profesional, al momento de requerir la prestación.

(...)."

Así entonces las prestaciones asistenciales y económicas como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, serán reconocidas y pagadas por la administradora en la cual se encuentre afiliado el trabajador.



3. Del recaudo de cartera.

De acuerdo con las facultades otorgadas por la Ley 1066 de 2006, artículo 2 "por la cual se dictan normas para la normalización de la cartera pública y se dictan otras disposiciones", las entidades públicas tienen la obligación de recaudar la cartera que tengan a su favor, para lo cual deben contar con el correspondiente Reglamento Interno de Recaudo de Cartera.

En cumplimiento a ello, el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social mediante la Resolución 1795 de 2016 adoptó el Reglamento Interno de Recaudo de Cartera, cuyo objeto es establecer el procedimiento administrativo de cobro coactivo para el recaudo de obligaciones a favor del Tesoro Público de la entidad, aplicable a los procesos de recuperación de cartera a través de cobro persuasivo y coactivo, que le corresponda adelantar.

El artículo 4 de la mencionada resolución indica cuáles documentos constituyen título ejecutivo y por ende son objeto de la acción de cobro persuasivo y coactivo por parte de Prosperidad Social:

"Artículo 4. Título Ejecutivo. Para efectos de la presente Resolución, constituyen Título Ejecutivo, los siguientes documentos, actos administrativos y providencias que presten mérito ejecutivo, siempre que contengan a favor del Tesoro Público, una obligación clara, expresa y actualmente exigible:

1. Todo acto administrativo en firme y ejecutoriado que imponga a favor de la Nación-Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, la obligación de pagar una suma líquida de dinero.
2. Las resoluciones en firme y ejecutoriadas expedidas por el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, que impongan multas, una vez vencido el término concedido para su pago, sin que el mismo no se hubiese efectuado.
3. Los actos administrativos en firme y ejecutoriados, que impongan multas por faltas disciplinarias a funcionarios o ex funcionarios de Prosperidad Social.
4. Las sentencias y otras decisiones jurisdiccionales ejecutoriadas en las que se ordene pagar una suma de dinero a favor de la Nación - Departamento Administrativo para la Prosperidad Social.
5. Los actos administrativos en firme y ejecutoriados del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, que determinen el incumplimiento del pago de la cláusula penal y las multas impuestas a contratistas de la entidad, cuando no haya sido posible su recaudo a través de mecanismos de compensación de sumas adeudadas al contratista, o a través de la ejecución de las garantías del contrato o cuando no se haya podido lograr.
6. En general, los demás documentos señalados en el artículo 99 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011."

Es así como entonces, una vez constituido el título ejecutivo conforme a los requisitos señalados en la Resolución 1795 de 2016 podrá impetrarse el cobro persuasivo y/o coactivo por parte de Prosperidad Social.



4. De las características de los títulos que prestan mérito ejecutivo.

Los títulos ejecutivos son considerados como aquellos documentos que contienen una obligación de dar, hacer o no hacer de forma expresa, clara y exigible, que pueden ser cobrados judicial o administrativamente.

El Código General del Proceso en el artículo 422, respecto del título ejecutivo señala que *"pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor o de su causante, y constituyan plena prueba contra él, o las que emanen de una sentencia de condena proferida por juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial, o de las providencias que en procesos de policía aprueben liquidación de costas o señalen honorarios de auxiliares de la justicia, y los demás documentos que señale la ley.*

Así las cosas, solo pueden ser demandables ejecutivamente las obligaciones que cumplan con las características de ser expresas, clara y exigibles, al igual que provengan del deudor y esta constituya plena prueba.

A su turno, la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia T-3.970.756 de 24 de octubre de 2013, Mp. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, dando alcance a los requisitos de los títulos valores menciona:

"(..) Desde esta perspectiva, el título ejecutivo puede ser singular, esto es, estar contenido o constituido en un solo documento, o complejo, cuando la obligación está contenida en varios documentos. Las segundas, exigen que el título ejecutivo contenga una prestación en beneficio de una persona. Es decir, que establezca que el obligado debe observar a favor de su acreedor una conducta de hacer, de dar, o de no hacer, que debe ser clara, expresa y exigible. Es clara la obligación que no da lugar a equívocos, en otras palabras, en la que están identificados el deudor, el acreedor, la naturaleza de la obligación y los factores que la determinan. Es expresa cuando de la redacción misma del documento, aparece nítida y manifiesta la obligación. Es exigible si su cumplimiento no está sujeto a un plazo o a una condición, dicho de otro modo, si se trata de una obligación pura y simple ya declarada." (Resaltado y negrilla fuera de texto)

De acuerdo con lo señalado por la Corte Suprema de Justicia, tenemos que es clara la obligación que no da lugar a equívocos respecto de la identificación del deudor, el acreedor, la obligación, y los factores que la determinan; expresa cuando es manifiesta la obligación y exigible por cuanto es una obligación pura y simple, no sujeta a plazo o condición.

Por su parte, el Consejo de Estado en sentencia 20001-23-33-000-2014-00022-01(22160), de 28 de febrero de 2019, C.P Jorge Octavio Ramírez Ramírez, estipula:

"El procedimiento de cobro coactivo implica necesariamente la preexistencia de un título que preste mérito ejecutivo, esto es, que contenga una obligación clara, expresa y actualmente exigible.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 829 ibídem, los actos administrativos que sirven de fundamento al cobro coactivo se entienden ejecutoriados en los siguientes eventos:



1. Cuando contra ellos no proceda recurso alguno.
5. Cuando vencido el término para interponer los recursos, no se hayan interpuesto o no se presenten en debida forma.
6. Cuando se renuncie expresamente a los recursos o se desista de ellos.

Cuando los recursos interpuestos en vía gubernativa o las acciones de restablecimiento del derecho o de revisión de impuestos se hayan decidido en forma definitiva, según el caso."

Denótese con lo anterior, que los títulos ejecutivos son documentos que deben contener una obligación expresa, clara y exigible, requisitos necesarios para hacerla judicial o administrativamente cobrable, además de haberse garantizado el debido proceso en ejercicio del derecho a la contradicción, esto es, haberse resuelto los recursos que procedan.

A su vez, el artículo 99 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), indica cuales documentos prestan mérito ejecutivo a favor del Estado:

"Artículo 99. Documentos que prestan mérito ejecutivo a favor del Estado. Prestarán mérito ejecutivo para su cobro coactivo, siempre que en ellos conste una obligación clara, expresa y exigible, los siguientes documentos:

1. Todo acto administrativo ejecutoriado que imponga a favor de las entidades públicas a las que alude el parágrafo del artículo 104, la obligación de pagar una suma líquida de dinero, en los casos previstos en la ley.
2. Las sentencias y demás decisiones jurisdiccionales ejecutoriadas que impongan a favor del tesoro nacional, o de las entidades públicas a las que alude el parágrafo del artículo 104, la obligación de pagar una suma líquida de dinero.
3. Los contratos o los documentos en que constan sus garantías, junto con el acto administrativo que declara el incumplimiento o la caducidad. Igualmente lo serán el acta de liquidación del contrato o cualquier acto administrativo proferido con ocasión de la actividad contractual.
4. Las demás garantías que a favor de las entidades públicas, antes indicadas, se presten por cualquier concepto, las cuales se integrarán con el acto administrativo ejecutoriado que declare la obligación.
5. Las demás que consten en documentos que provengan del deudor."

Se reitera por parte del CPACA la condición que debe tener un documento para que preste mérito ejecutivo, la cual no es otra que ser una obligación clara, expresa y exigible.

5. Del Sistema de Inspección, Vigilancia y control del Sistema General de Seguridad Social en Salud

La Ley 1122 de 2007 crea el Sistema de Inspección, Vigilancia y Control del Sistema General de Seguridad Social en Salud, quedando en cabeza de la Superintendencia Nacional de Salud y teniendo como base los ejes de financiamiento, aseguramiento, prestación de servicios de atención en salud pública, atención al usuario y participación social, acciones y medidas especiales, información y focalización de los subsidios en salud; de igual manera le otorgaron las facultades de **la función jurisdiccional y de conciliación**, para poder ser eficaz en la atención de las necesidades de los usuarios



del sistema y ejerce vigilancia sobre nuevos actores como lo son los regímenes especiales y exceptuados.

Esta Ley 1122 de 2007, a través del artículo 41 (adicionado por el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011) estableció una función jurisdiccional, la cual se da a petición de parte y tiene por objeto el garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud, así como el ejercicio del artículo 116 de la Constitución Política que faculta a la ley atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas, asignándole entre otros asuntos el conocer y decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador".

En este orden, las controversias originadas por el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de la EPS o del empleador podrían ser resueltas en la Superintendencia de Salud a través de su delegada para la función jurisdiccional y de conciliación.

Ahora bien con la expedición de la Ley 1949 de 2019 "*por la cual se adicionan y modifican algunos artículos de las leyes 1122 de 2007 y 1438 de 2011, y se dictan otras disposiciones*" de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 6, dicha competencia le fue entregada a la jurisdicción ordinaria, de modo que a partir de su entrada en vigencia, será la jurisdicción laboral quien se ocupe de conocer y decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de la EPS o del empleador, mientras que los procesos pendientes de decisión al momento de la reforma serán decididos por la Superintendencia Nacional de Salud según las reglas allí previstas.

6. Del caso concreto.

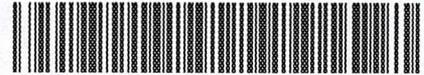
Teniendo en cuenta los aspectos antes considerados, se entrará a dar respuesta al interrogante de si existe alguna alternativa que le permita al Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, la reclamación de las incapacidades no reconocidas por las EPS y ARL, entendiéndolas como aquellas incapacidades negadas y/o autorizadas pero no reconocidas económicamente, así:

Como hasta ahora hemos visto, el legislador concibe la incapacidad como el derecho que tienen los empleados o trabajadores a recibir pago del empleador y la entidad promotora de salud en caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad y durante el tiempo en que dure la misma.

Ahora bien, este pago inicialmente lo debe asumir el empleador quien de acuerdo con el artículo 1 del Decreto 2943 de 2013 es responsable de los dos (2) primeros días de incapacidad, a partir del tercero (03) lo es la entidad promotora de salud -EPS-, por ello generada la incapacidad el empleado o trabajador debe dar aviso de la misma.

Se predica entonces que a partir del día tercero es la entidad promotora de salud la que debe cancelar lo relativo a la incapacidad ocasionada por enfermedad general, licencia de maternidad o paternidad.

En caso de presentarse controversias con los reembolsos de estos dineros de las EPS al empleador, la norma prevé un término de prescripción para presentar la reclamación de tres (03) años, término en el cual la entidad promotora de salud deberá pronunciarse.



En el tema que nos ocupa se identifican dos situaciones diferentes, la primera referida al recaudo de incapacidades reconocidas y no pagadas por la Entidad Promotora de Salud y la otra respecto de las incapacidades negadas.

Frente a la primera, con el fin de llevar a cabo el recaudo de los dineros por incapacidades reconocidas y no pagadas es necesario solicitar el reembolso de las prestaciones económicas ante la EPS dentro de los tres (3) años siguientes, contados a partir de la fecha en que el empleador hizo el pago correspondiente al trabajador, según lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 1438 de 2011.

Si agotado el trámite anterior y, pese al reconocimiento de la deuda por parte de la EPS, no se ha logrado el reembolso, puede considerarse el cobro persuasivo y coactivo. Para ello se debe verificar que la obligación sea clara, expresa y actualmente exigible, en tanto cumpla con los requisitos establecidos en el Título II de la Resolución 1795 de 2016 que adoptó el Reglamento Interno de Recaudo de Cartera para Prosperidad Social, que contiene el procedimiento.

En el segundo escenario, cuando no fue reconocida la incapacidad por parte de la EPS, debe agotarse el procedimiento ante la misma de acuerdo con lo establecido en el artículo 121 del Decreto 019 de 2012, o ante la ARL según lo establece la Ley 776 de 2002 a efectos de que se reembolse su pago. En este evento, considerar la posibilidad de recurrir al cobro persuasivo y coactivo depende de que la obligación cumpla con los requisitos señalados en el artículo 4 de la Resolución 1795 de 2016 para constituirse en título ejecutivo como una obligación a favor del tesoro público clara, expresa y exigible, hasta tanto no se cuente con él no es posible recurrir a la jurisdicción coactiva.

Si la negativa persiste, se debe recurrir a la jurisdicción ordinaria laboral quien, desde la entrada en vigor de la Ley 1949 de 2019, se ocupa de conocer y decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de la EPS o del empleador.

De otro lado, como quiera el artículo 121 del Decreto 019 de 2012 dispone que el empleador será quien adelante de manera directa ante la EPS los trámites para el reconocimiento de las incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad, siendo la única obligación del trabajador reportar el acaecimiento de cualquiera de aquellas, no podría la entidad hacer el recobro al funcionario, ya que de acuerdo con lo señalado por la H. Corte Constitucional, en Sentencia T - 140 de 2016, reitera lo expresado en Sentencia T - 311 de 1996, de la siguiente manera:

"(...)

No obstante, tratándose de incapacidades laborales la Corte ha entendido que estos pagos se constituyen en el medio de subsistencia de la persona que como consecuencia de una afectación en su estado de salud ha visto reducida la capacidad de procurarse por sus propios medios los recursos para su subsistencia y la de su familia⁹. Sobre este particular, esta Corporación manifestó:

"El pago de incapacidades laborales sustituye al salario durante el tiempo en que el trabajador permanece retirado de sus labores por enfermedad debidamente certificada, según las disposiciones legales. Entonces, no solamente se constituye en una forma de remuneración del trabajo sino en garantía para la salud del trabajador, quien podrá recuperarse satisfactoriamente, como lo exige su dignidad humana, sin tener que



preocuparse por reincorporarse de manera anticipada a sus actividades habituales con el objeto de ganar, por días laborados, su sustento y el de su familia" (Negrilla fuera de texto). (...)"

Así las cosas la incapacidad es concebida como un medio de subsistencia de la persona, por tanto suple el salario del trabajador, de ahí que sea el empleador quien realice el pago de la incapacidad para luego ser reconocida por la respectiva EPS.

IV. CONCLUSIONES.

De conformidad con lo desarrollado a lo largo de este concepto, la respuesta a las inquietudes planteadas en la solicitud de concepto en cuanto a si existe alguna alternativa que le permita al Departamento Administrativo para la Prosperidad Social el recaudo de las incapacidades no reconocidas por las EPS y ARL, entendiendo éstas como aquellas incapacidades negadas y/o autorizadas pero no reconocidas económicamente, es preciso señalar:

Para llevar a cabo el recaudo de los dineros por incapacidades reconocidas y no pagadas es necesario que la entidad solicite el reembolso de las prestaciones económicas ante la EPS dentro de los tres (3) años siguientes, contados a partir de la fecha en que el empleador hizo el pago correspondiente al trabajador, según lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 1438 de 2011.

De igual manera, si una vez surtido el recobro a la EPS no se ha logrado el reembolso podría adelantarse el cobro persuasivo y coactivo, siempre y cuando se cuente con una obligación clara, expresa y actualmente exigible y cumpla con los requisitos establecidos en el Título II de la Resolución 1795 de 2016 que adoptó el Reglamento Interno de Recaudo de Cartera para Prosperidad Social, que contiene el procedimiento.

En este caso, la Subdirección de Talento Humano debe remitir a la Oficina Asesora Jurídica los documentos requeridos para iniciar el cobro coactivo, en los términos señalados en la Resolución 1795 de 2016.

Frente a las incapacidades que no han sido reconocidas, surtido el procedimiento de reconocimiento y cobro ante la EPS de acuerdo con lo establecido en artículo 121 del Decreto 019 de 2012, o ante la ARL según lo establece la Ley 776 de 2002, se debe recurrir a la jurisdicción ordinaria laboral la cual, desde la entrada en vigencia de la Ley 1949 de 2019, se ocupa de conocer y decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de la EPS o del empleador.

En este caso, la Subdirección de Talento Humano debe remitir el expediente administrativo del caso particular a la Oficina Asesora Jurídica, solicitando de manera justificada, la presentación de la respectiva demanda ante la jurisdicción ordinaria laboral.

Adicional a lo anterior es necesario señalar que la responsabilidad de las acciones de recobro en todo caso le corresponde al empleador.

La presente respuesta tiene la naturaleza de un concepto jurídico; constituye un criterio auxiliar de interpretación, de conformidad con lo establecido por el artículo 26 del Código Civil y el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo sustituido por la Ley 1755 de 2015.



Se recuerda que este y los demás conceptos de la Oficina Asesora Jurídica se encuentran a disposición de todos los colaboradores de la Entidad, para su consulta, en el enlace Conceptos Jurídica en la intranet.

Atentamente,

LUCY EDREY ACEVEDO MENESES
Jefe de Oficina
Oficina Asesora Jurídica

✶ Elaboró: Sandra Johana Gonzalez Matallana
Revisó: Omar Alberto Baron Avendaño
Folios: 6
Anexo: 0