



**Función Pública**

## Concepto 343251 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20216000343251\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000343251

Fecha: 17/09/2021 10:55:08 a.m.

Bogotá D.C

REFERENCIA: REMUNERACION-Incapacidades. Radicación No. 20219000600692 de fecha 30 de Agosto de 2021.

En atención al escrito de la referencia, mediante el cual consulta *“si de configurarse el Abuso del derecho (Decreto 1333 de 2018 - Artículo 2.2.3. 4.1- causal 3) no será valido el pago del auxilio por incapacidad. Por lo cual de generarse incapacidad diferente a la presunta alterada: Es viable el pago de auxilio de incapacidad? ¿El abuso del derecho se extiende a incapacidad diferente a la cual se incurrio en fraude?”*. Me permito manifestarle lo siguiente:

De conformidad con el Decreto [430](#) de 2016, este Departamento Administrativo tiene como objeto el fortalecimiento de las capacidades de los servidores públicos y de las entidades y organismos del Estado, su organización y funcionamiento, el desarrollo de la democratización de la gestión pública y el servicio al ciudadano, mediante la formulación, implementación, seguimiento y evaluación de políticas públicas, la adopción de instrumentos técnicos y jurídicos, la asesoría y la capacitación.

Por esta razón, no es de nuestra competencia intervenir en situaciones internas de las entidades, actuar como ente de control, investigación, o seguimiento, ni señalar los procedimientos o las implicaciones legales derivadas de sus actuaciones.

Ahora bien, a manera de orientación en relación con las incapacidades, el Artículo 206 de la Ley [100](#) de 1993, expresa:

«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.»

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.

El Decreto 780 de 2016 Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social, señala:

«ARTÍCULO 3.2.1.10. *Ingreso Base de Cotización durante las incapacidades o la licencia de maternidad. [...]*

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.

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.

PARÁGRAFO 2°. Durante los períodos de incapacidad o de licencia de maternidad, los afiliados que se encuentren en tales circunstancias deberán presentar estas novedades por medio de la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes a través de su empleador, o directamente si se trata de trabajadores independientes, por todo el tiempo que duren dichas licencia o incapacidad.

*(Art. 40 del Decreto 1406 de 1999, parágrafo 1° modificado por el Artículo 1° del Decreto 2943 de 2013)*”.

De la lectura de la normatividad referida nos permite concluir que los primeros dos días de incapacidad están a cargo del empleador y, si esta se extiende, de ahí en adelante la prestación económica respectiva la debe cubrir la correspondiente entidad promotora de salud a la cual se encuentra afiliado el servidor público.

Ahora bien, el Decreto 1333 del 27 de julio de 2018 “Por el cual se sustituye el Título 3 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 780 de 2016, se reglamenta las incapacidades superiores a 540 días y se dictan otras disposiciones”, señala:

“ARTÍCULO 1. *Objeto.* El presente decreto tiene por objeto reglamentar el procedimiento de revisiones periódicas de las incapacidades por enfermedad general de origen común por parte de las EPS, el momento de calificación definitiva y las situaciones de abuso del derecho que generen la suspensión del pago de esas incapacidades.

(...)

ARTÍCULO 2.2.3.4.1. *Situaciones de abuso del derecho.* Constitúyanse como abuso del derecho las siguientes conductas:

1. Cuando se establezca por parte de la EPS o EOC que el cotizante no ha seguido el tratamiento y terapias ordenadas por el médico tratante, no asista a las valoraciones, exámenes y controles o no cumpla con los procedimientos y recomendaciones necesarios para su rehabilitación en al menos el 30% de las situaciones descritas.

2. Cuando el cotizante no asista a los exámenes y valoraciones para determinar la pérdida de capacidad laboral.

3. Cuando se detecte presunta alteración o posible fraude en alguna de las etapas del curso de la incapacidad, para lo cual el caso se pondrá en conocimiento de las autoridades competentes, quedando obligado a ello quien detecte tal situación.

4. La comisión por parte del usuario de actos o conductas presuntamente contrarias a la ley relacionadas con su estado de salud. ·

5. Cuando se detecte fraude al otorgar la certificación de incapacidad.

6. Cuando se detecte que el cotizante · busca el reconocimiento y pago de la incapacidad tanto en la EPS-EOC como en la ARL por la misma causa, generando un doble cobro al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

7. Cuando se efectúen cobros al Sistema General de Seguridad Social en Salud con datos falsos.

8. Cuando se detecte durante el tiempo de incapacidad que el cotizante se encuentra emprendiendo una actividad alterna que le impide su recuperación y de la cual deriva ingresos.

PARÁGRAFO 1. Las conductas descritas en los numerales 1, 2 y 6 deberán ser resueltas por la EPS o EOC, y las correspondientes a los numerales 3, 4, 5 y 7 serán puestas en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación, aportando las pruebas con que cuenta, a fin de determinar la posible existencia de hechos punibles y su eventual traslado a la Jurisdicción Penal.

PARÁGRAFO 2. La conducta prevista en el numeral 8 deberá ser puesta en conocimiento de la EPS por parte del empleador, a quien le corresponderá aportar las pruebas que pretenda hacer valer.”

De acuerdo con la normativa transcrita, se considera que el Decreto tiene por objeto reglamentar el procedimiento de revisiones periódicas de las incapacidades por enfermedad general de origen común por parte de las EPS.

Por otra parte, se constituye abuso del derecho cuando se detecte presunta alteración o posible fraude en alguna de las etapas del curso de la incapacidad, para lo cual el caso se pondrá en conocimiento de las autoridades competentes, quedando obligado a ello quien detecte tal situación y en caso de ocurrir será puesta en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación, aportando las pruebas con que cuenta, a fin de determinar la posible existencia de hechos punibles y su eventual traslado a la Jurisdicción Penal.

Por lo tanto, en criterio de esta Dirección Jurídica será la autoridad correspondiente la que defina si existió abuso en el derecho en el caso en particular si hubo fraude o alteración de la incapacidad, dicha decisión será para la situación en particular puesta en conocimiento de la autoridad competente.

Por consiguiente, la administración deberá efectuar el análisis de caso en particular para determinar si eventualmente se presenta abuso del derecho de que trata el Decreto 1333 de 2018.

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](http://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: Jose Fernando Ceballos

Aprobó. Armando Lopez Cortes.

11602.8.4

---

*Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:11:28*