



Función Pública

Concepto 374181 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000374181

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000374181

Fecha: 12/10/2021 06:40:39 p.m.

Bogotá D.C.

REF: INCAPACIDADES. Incapacidad. REMUNERACION. Descuento de salarios por días no trabajados. RAD. 20212060628122 del 16 de septiembre de 2021.

En atención al oficio de la referencia, el cual fue remitido a esta entidad por parte del Ministerio del Trabajo, mediante el cual informa la situación particular relacionada con su estado de salud, y las diferentes incapacidades que le han otorgado y que la EPS simplemente no ha querido transcribir esas incapacidades médicas, y se ha negado rotundamente, dando lugar a que la Fiscalía General de la Nación le esté manifestando que por concepto de esas incapacidades no reconocidas por la EPS, van a tomar ese tiempo no laborado como ausentismo laboral, es decir le aplicaran ese tipo de incapacidades médicas como períodos causados de vacaciones, lo que usted advierte de manera injusta y no legal, por lo anterior, se pregunta.

- Pueden las Empresas o Entidades del Estado tomar como ausentismos laborales, las Incapacidades Medicas de sus Empleados, cuando las EPS, simplemente se niegan a reconocer estas incapacidades, cuando no las otorgan ellos mismos.

- Pueden las Empresas o Entidades del Estado aplicar las Incapacidades Medicas de sus empleados como ausentismos laborales, cuando estas no son reconocidas por EPS como es su deber y obligación.

- Pueden las EPS, negarse a reconocer las Incapacidades Medicas de sus afiliados, cuando en la mayoría de los casos nosotros los funcionarios de la fiscalía, nos mantenemos viajando por fuera de la ciudad, y muchas veces dentro de esas comisiones de servicio padecemos alguna dolencia física y nos toca consultar donde nos encontremos en el momento, entre otras, porque cuando acudimos a los hospitales Municipales no nos pueden incapacitar si lo necesitáramos, que porque no tienen convenio con la EPS a la que hago referencia, cuando el derecho a la salud es un derecho fundamental, y global.

- Puede la Entidad con la que yo laboro, La Fiscalía General de la Nación, negarme mi derecho a mi período causado de vacaciones con el argumento, de que les debo varios meses de presuntos ausentismos, los cuales son por concepto de Incapacidades Médicas, no reconocidas por la EPS Salud Total, a la que yo pertenezco.

- Pueden las EPS, y en este caso puntual la EPS SALUD TOTAL, a la que yo pertenezco, negarse a reconocer estas Incapacidades Medicas de las que ya hice referencia.

- Puede ser posible mediante un buen concepto normativo, legal justificado, yo recuperar los dineros que la Entidad con la que yo trabajo, me ha venido descontando reiterativamente de mi nomina, (SALARIO) por concepto de Incapacidades Medicas no reconocidas por la EPS, por ser otorgadas por centros médicos privados, según ellos.

Frente a las preguntas formuladas, me permito manifestarle:

De acuerdo con lo establecido en 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.

En ese sentido, la resolución de los casos particulares corresponderá a la autoridad empleadora y nominadora, en cuanto es la instancia que conoce de manera cierta y documentada la situación particular de su personal.

Por tanto, este Departamento Administrativo, en ejercicio de sus funciones, realiza la interpretación general de las disposiciones legales y, en

consecuencia, no le corresponde la valoración de los casos particulares.

No obstante, a modo de información general respecto de la situación planteada, le informo: 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.»

A su vez, el Decreto 1083 de 2015, Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública, establece:

«ARTÍCULO 2.2.5.5.11 Otorgamiento de la licencia por enfermedad. La licencia por enfermedad se autorizará mediante acto administrativo motivado, de oficio o a solicitud de parte, previa la certificación expedida por autoridad competente.

Una vez conferida la incapacidad, el empleado está en la obligación de informar a la entidad allegando copia de la respectiva certificación expedida por la autoridad competente.

(...)

ARTÍCULO 2.2.5.5.12 Duración de licencias por enfermedad y riesgos laborales y de la licencia de maternidad o paternidad. La duración de la licencia por enfermedad y riesgos laborales y de la licencia de maternidad o paternidad, será por el término que se determine en el certificado médico de incapacidad, o por el fijado directamente por la ley que las regula, sin que dicho plazo pueda ser aumentado o disminuido por el servidor o por el empleador.

ARTÍCULO 2.2.5.5.13 Prestaciones económicas derivadas de las licencias por enfermedad y riesgos laborales y de la licencia de maternidad o paternidad. Durante la licencia por enfermedad general o profesional, maternidad o paternidad el empleado tiene derecho a las prestaciones económicas señaladas en la normativa que las regula, las cuales estarán a cargo de la entidad de seguridad social competente.

Cuando la licencia por enfermedad general sea igual o inferior a dos (2) días se remunerará con el 100% del salario que perciba el servidor. A partir del tercer día la licencia por enfermedad genera vacancia temporal en el empleo y se remunerará de conformidad con las normas de Seguridad Social en Salud.» (Negrilla propia)

Conforme a la normativa en cita, puede inferirse que el reconocimiento y pago de incapacidades por enfermedad general estarán a cargo del empleador hasta el segundo (2) día; a partir del tercer (3) día será de competencia de las entidades promotoras de salud, EPS, en los porcentajes allí establecidos, es decir, 2/3 partes.

El Ministerio de la Protección Social, mediante concepto No. 182 del 2004, se pronunció sobre el tema en consulta, en los siguientes términos

«Así las cosas y expuesta la normatividad anterior, se tiene que por disposición legal las incapacidades son reconocidas por el Sistema General de Seguridad Social en Salud a través de las Entidades Promotoras de Salud, razón por la cual, es claro que siendo las EPS las que deben reconocer en principio las incapacidades, estas deben ser expedidas por los médicos de dicha entidad o de su red prestadora.

No obstante lo anterior, si una incapacidad ha sido expedida por un médico no autorizado para ello por la EPS, se ha consagrado la figura de la

transcripción de la incapacidad, según la cual, la incapacidad expedida se traslada al formulario oficial de la EPS donde está afiliada la persona y con fundamento en esto, se procede al reconocimiento de la misma.

Por lo anteriormente expuesto, se concluye que toda incapacidad expedida por el médico u odontólogo no autorizado para ello por la EPS, debe ser transcrita en los términos y condiciones que señale para el efecto cada EPS y si ello no ocurrió, la incapacidad no será válida y el empleador no debe aceptarla.»

Conforme a lo anterior, toda incapacidad expedida por un médico no autorizado para ello por la EPS, debe ser transcrita en los términos y condiciones que señale para el efecto cada EPS y si ello no ocurrió, la incapacidad no será válida y el empleador no debe aceptarla, por consiguiente, al no tener la incapacidad en debida forma, deberá cumplir con las funciones propias del empleo que tiene en la respectiva entidad pública.

El Artículo 121 del Decreto 019 de 2012, Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública, preceptúa:

«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.» (Subraya propia)

La anterior disposición señala que, para efectos laborales será obligación de los afiliados informar al empleador sobre la expedición de una incapacidad o licencia, por lo tanto, es necesario que, el empleado informe de tal circunstancia, en forma oportuna a la administración, con el fin de que esta adopte las determinaciones a las que hubiere lugar. Así las cosas y dado que en su escrito expone que ha presentado las incapacidades, no habrá lugar a adelantar ningún proceso por abandono del cargo, siempre y cuando sean expedidas conforme a lo analizado inicialmente.

Debemos tener en consideración lo expuesto a lo largo del presente concepto, por lo cual, si la incapacidad es prescrita por un médico particular y la EPS no realiza la transcripción de la misma, la entidad para donde presta sus servicios no podrá tomarla como válida, como consecuencia la administración no está obligada a reconocer el pago del auxilio por enfermedad, partiendo del hecho que es una obligación de la respectiva EPS.

Ahora bien, en cuanto a descuentos de prestaciones sociales (vacaciones), por los días no trabajados, el Decreto 1083 de ibídem, dispone:

«ARTÍCULO 2.2.5.5.56. Pago de la remuneración de los servidores públicos. El pago de la remuneración a los servidores públicos del Estado corresponderá a servicios efectivamente prestados, los cuales se entenderán certificados con la firma de la nómina por parte de la autoridad competente al interior de cada uno de los organismos o entidades.

El jefe inmediato deberá reportar al jefe de la Unidad de Personal o a quien haga sus veces, la inasistencia a laborar del personal a su cargo. La ausencia de este reporte será sancionada de conformidad con lo señalado en la Ley 734 de 2002, y demás normas que la modifiquen, adicionen o sustituyan.

La Unidad de Personal o quien haga sus veces requerirá al servidor público que no concurra a laborar sin previa autorización de la autoridad competente para que informe, dentro de los dos (2) días hábiles siguientes al hecho que genera la ausencia, los motivos que la ocasionaron. El jefe del organismo o en quien este delegue evaluará si hubo justa causa para no asistir.

Cuando los motivos dados por el servidor no constituyan justa causa de conformidad con las normas legales o no justifiquen la inasistencia, el jefe del organismo o en quien este delegue, informara al servidor para que presente los recursos a que haya lugar.

Si el jefe del organismo o en quien este delegue decide que la ausencia no está justificada deberá proceder a descontar el día o los días no laborados.

El descuento se hará sin perjuicio de las actuaciones que se deriven del incumplimiento de los deberes inherentes a la condición de servidores públicos, previsto en la normativa vigente.»

De acuerdo a la normativa anterior, cada empleo tiene asignada una remuneración mensual la cual, corresponde a la jornada laboral establecida. Así mismo, se precisa que el pago del salario se reconoce por los servicios efectivamente prestados los cuales, se certifican con la firma del jefe de nómina.

Así mismo indica la citada norma que, cuando un empleado no asiste a prestar su servicio sin justa causa, el jefe del organismo o en quien este delegue, decidirá si la ausencia no está justificada y deberá proceder a descontar del salario el día o los días no laborados.

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado mediante concepto con radicación No. 281 del 21 junio de 1989¹, estableció:

«Condicionala, así, a la existencia de una norma la actividad de la administración, toda acción que puede ejercitarse es la propia de la norma y

la consecuencia que puede surgir de su ejercicio deriva siempre de un status legal, de una situación de servicio, la del funcionario que lo presta y la del que certifica la prestación, relación de servicio vinculada, por demás, a una contraprestación, la del sueldo, cuya titularidad para el docente no está dentro del ámbito de las titularidades protegidas ni constituye prerrogativa derivada de norma expresa propia de su régimen.

No se trata, con la aplicación del Decreto 1647 de 1967 de establecer una responsabilidad del empleado o funcionario mediante un procedimiento disciplinario, sino de acordar de plano el descuento del día no trabajado, cuando aquel no justifica su ausencia, como resultado obvio del principio de que el empleado pierde su derecho al sueldo cuando no presta el servicio, no puede reclamarlo cuando no ha trabajado. Y tal pérdida se produce ipso jure, con efectividad inmediata, de modo que el descuento del sueldo corresponde al descargo de la obligación de pagarlo, cuando la prestación del servicio injustificadamente se omite. Es la técnica de ejecutoriedad inmediata operante en el sentido de que sólo se paga el servicio rendido, porque quien no lo presta no tiene derecho a remuneración. Y ante el incumplimiento de una obligación, la administración queda relevada de satisfacer la suya, o sea reconocer el derecho correlativo al sueldo sólo a quien cumpla su jornada de trabajo. No corresponde, pues, al carácter de pena o sanción la operación de descuento de sueldo, cuando este no retribuya servicios; corresponde si acaso de una forma de coacción subsidiaria para que el empleado no incumpla su jornada laboral o para que siempre justifique su ausencia y pueda exigir la retribución plena, como si hubiera prestado el servicio.

Diferente es el caso cuando el docente sin justa causa no reasume sus funciones dentro de los tres días siguientes al vencimiento de una licencia, una comisión o de las vacaciones reglamentarias, cuando deja de concurrir al trabajo por tres (3) días consecutivos; cuando hace dejación del cargo antes de que se haya aceptado la renuncia o antes de transcurridos quince (15) días después de presentada y cuando no asume el cargo dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha en que se le comunique un traslado.

(...)

Pero tampoco dichas prohibiciones resultan incompatibles con las disposiciones del Decreto 1647 de 1967, en cuanto la materia regulada por este, ya examinada no retiene contenido disciplinario ni sanciona faltas de ese carácter, sino regula y controla el pago de sueldos sobre la base de que se reconozcan siempre y cuando se hayan prestado los servicios que los justifican y conmina al cumplimiento de los deberes propios de los servidores del Estado, asegurando, de paso, la exactitud de los gastos de funcionamiento y su correspondencia con la prestación del servicio, propia de su destinación.»

De acuerdo a lo manifestado por el Consejo de estado es procedente que se descuente del salario el día no trabajado, cuando un empleado no justifica su ausencia.

Así mismo, la Circular externa No. 029 del 20 de noviembre de 2014, proferida por la Contraloría General de la República, sobre remuneración a servidores públicos exclusivamente por servicios efectivamente prestados, indicó que:

«ARTÍCULO 3. – Los funcionarios que certifiquen como servicios que no lo fueron; además de las sanciones penales por falsedad en que puedan incurrir, estarán obligados al reintegro de los sueldos o remuneraciones indebidamente pagados.»

Cabe anotar entonces que en relación con estos aspectos la Corte Constitucional, ha señalado de modo reiterado que:

... La remuneración a que tiene derecho el servidor público como retribución por sus servicios personales, en razón a un vínculo legal y reglamentario existente entre este y el Estado, presupone el correctivo deber de prestar efectivamente el servicio, de acuerdo a las normas legales y reglamentarias que rigen la administración del personal al servicio del Estado. Por lo tanto, no existe en cabeza del servidor público el derecho a la remuneración por los días no laborados sin justificación legal y por ende, tampoco surge para el estado la obligación de pagarlos»².

Por otra parte, coinciden la Corte Constitucional³ y el Consejo de Estado⁴, en que la aplicación de la anterior regla no requiere proceso disciplinario previo en el entendido de que la pérdida del derecho a percibir el salario opera de pleno derecho, de modo que el no pago de las sumas correspondientes al tiempo laborado, constituye simplemente la inexistencia de la obligación de pagar salarios no debidos, dada la omisión injustificada del servidor público de prestar los servicios a qué está comprometido, quedando relevada la administración de sufragar conceptos laborales en este escenario.

(...)

Sin embargo, siempre resultará obligatorio que el correspondiente ordenador del gasto compruebe materialmente y tenga plenamente acreditado que en cada caso se configuró inasistencia injustificada del trabajador a cumplir con las funciones propias de su cargo.

(...)

En los anteriores términos, resulta improcedente reconocer y pagar los salarios por servicios no prestados efectivamente en la entidad, pues ello implicaría permitir un enriquecimiento sin causa a favor del servidor, en detrimento del patrimonio público de la administración pública.» (Destacado nuestro)

En virtud de lo anterior, la Contraloría General de la República para la expedición de la mencionada circular basa su fundamento en lo manifestado por la Corte Constitucional, la cual indicó que la remuneración a que tiene derecho el servidor público como retribución por sus servicios personales presupone el deber de prestar efectivamente el servicio y en ese sentido, es procedente el descuento del día no trabajado, cuando aquel no justifica su ausencia, como resultado obvio del principio de que el empleado pierde su derecho al sueldo cuando no presta el

servicio.

En consecuencia, teniendo en cuenta lo indicado hasta ahora, como quiera que la norma establece que en caso de no justificarse la ausencia del empleado que no asiste a laborar, se debe descontar los días de su salario, entendido este como la asignación básica mensual, en criterio de esta Dirección Jurídica no será procedente que se descuente de sus demás elementos prestacionales (vacaciones) los días que no se prestó el servicio.

Finalmente, en cuanto a su inquietud si pueden las EPS, y en este caso puntual la EPS Salud Total, a la que usted pertenece, negarse a reconocer estas incapacidades médicas de las que hace referencia, de acuerdo a lo señalado en el Decreto 430 ibídem, este Departamento Administrativo no tiene competencia para pronunciarse sobre el particular.

Con respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido emitidos por esta Dirección Jurídica.

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

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Luz Rojas

Revisó: Harold Israel Herreño

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

1. *Consejero Ponente doctor Hernán Cardozo Duran. Tema: Pagos a los Servidores del Estado.*
2. *Sentencia T-1059 de 2001, tesis reiterada en las sentencias T-927 de 20003 y T-331 de 2 de mayo de 2006.*
3. *ídem*
4. *Ver concepto de la sala de Consulta y Servicio Civil, 21 de junio de 1989, Radicado 281: Sentencia de Segunda AC-266 del 12 de diciembre de 2002, del 16 de junio de 2009, Rad-11001-03-25-000-2007-00059-00 (1236-01 y del 11 de marzo de 2010, Rad 11001-03-25-000-*2008-00021-00 (0549-08); y Sección Cuarta Ac-1389 del 12 de febrero de 2004.*

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 21:57:13