



Radicado No: 20211100024021

Fecha: 28-07-2021

Bogotá,
110

Doctor
JOSÉ DEL CARMEN RAMÍREZ ROMERO
Profesional Universitario
Jurisdicción Coactiva
Contraloría de Cundinamarca
Calle 49 No. 13-33
Ciudad
jcramirez@contraloriadecundinamarca.gov.co

Referencia: Concepto 110.052.2021
 SIA-ATC. 012021000454
 1. *Del proceso de cobro coactivo*
 2. *De las incapacidades en el Sistema General de Seguridad Social en Salud*
 3. *De la Superintendencia Nacional de Salud*

Doctor Ramírez Romero:

La Auditoría General de la República recibió su requerimiento contenido en correo electrónico del 4 de junio de 2021, el cual fue radicado con el No. 20212330009192 del 08 de junio de 2021 y bajo el SIA-ATC. 012021000454, en el que consulta:

1.- Con fundamento en lo dispuesto en el Decreto Ley 403 de 2020, las dependencias de JURISDICCIÓN COACTIVA, encargadas del cobro de los títulos (sic) ejecutivos fiscales de que trata el artículo (sic) 110, SOLO ESTARIAN FACULTADAS PARA COBRAR ESTA CLASE DE TÍTULOS?, o pueden también (sic) cobrar otros títulos (sic) ejecutivos NO FISCALES, que contengan una obligación en favor de la Contraloría (sic) territorial, como por ejemplo, cuando en un Acto Administrativo proferido por el Contralor, se determina que un funcionario le debe a la Contraloría (sic) Territorial, una suma de dinero, por una incapacidad no transcrita ni pagada por la EPS?.; O por cuotas de auditaje?., O por que un funcionario no asistió o no terminó o aprobó un curso, diplomado o especialización pagado por la Contraloría (sic)?. (sic)

2.- En caso de que si le corresponda a la dependencia encargada del Cobro Coactivo de la Contraloría, se debe regir por el procedimiento de la Ley 1006 de 2006 y el E.T., o por cual norma procedimental?.

3.- Para el tema del recobro de las incapacidades médicas, otorgadas por las IPS-S, Médicos de Plan Complementario en Salud o Medicina Prepagada, allegadas por los funcionarios, la Contraloría (sic) debe adelantar el procedimiento de recobro ante la EPS, y ante la negativa de esta de reconocerla y pagarla, debe LA cONTRALORÍA (sic) acudir ante la Superintendencia Nacional de Salud o ante la Jurisdicción

Ordinaria?

(Negrillas y subrayado propio del texto)

Antes de proceder a dar respuesta a lo planteado, debemos indicar que, teniendo en cuenta las funciones constitucionales y legales asignadas a la Auditoría General de la República, no puede este ente de control tener injerencia en la toma de decisiones que sean de competencia de las entidades vigiladas dado que no le es posible coadministrar o ser juez y parte. Cualquier indicación sobre cómo debe desarrollar sus procesos misionales sería coadministración y viciaría la vigilancia y el control fiscal que le corresponden ejercer de manera posterior; por tanto, nos abstenemos de emitir conceptos sobre asuntos o situaciones individuales o concretas que puedan llegar a ser sometidos a vigilancia, por lo cual, se abordará el tema de manera general y abstracta.

Respecto a la función de la AGR, el sentido, alcance, delimitación y competencia del ejercicio del control fiscal en Colombia, la Corte Constitucional se pronunció entre otras en la Sentencia C-1176 de 2004, señalando: *“Por disposición constitucional, la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República le corresponde a la Auditoría, sin que por tal circunstancia, ésta pueda convertirse en ente superior de aquella en cuanto al direccionamiento de la vigilancia y control fiscal, pues la atribución constitucional conferida a la Auditoría solo se restringe a la vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General, según así lo precisa la propia Constitución ...”* (Negrilla fuera de texto).

Este Despacho para brindar elementos de juicio que contribuyan al debate académico y permitan al consultante dilucidar la problemática planteada traerá a colación las normas, jurisprudencia y doctrina referentes que se encuentra al alcance de todos, exponiendo algunas consideraciones jurídicas, para así emitir concepto de manera general y abstracta.

Así mismo, le indicamos que de conformidad con el numeral 3 del artículo 18 del Decreto-Ley 272 de 2000 *“Por el cual se determina la organización y funcionamiento de la Auditoría General de la República”*, es función de la Oficina Jurídica *“Emitir los conceptos jurídicos sobre temas de control fiscal y administrativos que le sean solicitados por el Auditor General o los requeridos por las demás dependencias del organismo”*, los cuales abordan los temas de manera general y abstracta, sin que tengan el carácter de fuente normativa, buscando solamente orientar y facilitar la aplicación normativa jurídica, más no la solución directa al problema jurídico planteado, por lo tanto, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución.

1. Del proceso de cobro coactivo

El cobro coactivo se ha entendido como un privilegio exorbitante de la administración para lograr el cumplimiento de los fines estatales, teniendo en cuenta que en él cumple la doble función: de juez y parte para el cobro forzoso de los créditos a su favor.

El numeral 5 del artículo 268 de la Constitución Política de 1991 modificado por el artículo 2º del Acto Legislativo 04 de 2019 *“Por medio del cual se reforma el régimen de control fiscal”*, otorga al Contralor General de la República entre otras, la siguiente atribución:

Artículo 268. El Contralor General de la República tendrá las siguientes atribuciones:

(...)

5. Establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y **ejercer la jurisdicción coactiva**, para lo cual tendrá prelación.

(...)

(Negrilla fuera de la norma)

El artículo 272 de la carta, modificado por el artículo 4º del Acto Legislativo 04 de 2019 referente a la vigilancia de la gestión fiscal en el nivel territorial, en su inciso sexto, determina las funciones de los contralores territoriales respecto de las dadas al Contralor General de la República, en los siguientes términos:

Artículo 272. La vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a estas en forma concurrente con la Contraloría General de la República.

(....)

Los contralores departamentales, distritales y municipales ejercerán, en el ámbito de su jurisdicción, las funciones atribuidas al Contralor General de la República en el artículo 268 en lo que sea pertinente, según los principios de coordinación, concurrencia, y subsidiariedad. El control ejercido por la Contraloría General de la República será preferente en los términos que defina la ley.

(...)

Las normas constitucionales y legales anotadas, nos indican que la Contraloría General de la República, las contralorías territoriales y la Auditoría General de la República, son los órganos que ejercen la función pública de la vigilancia y el control fiscal sobre los fondos y bienes públicos, así como también que son ellos mismos, quienes ejercen el cobro por jurisdicción coactiva de los títulos ejecutivos o créditos relativos a la gestión fiscal tales como los fallos de responsabilidad fiscal, multas fiscales, pólizas de seguros y demás garantías.

La Corte Constitucional en Sentencia C-919 de 2002, respecto de la constitucionalidad de algunos apartes del Decreto-Ley 267 de 2000 referentes al ejercicio de la jurisdicción coactiva en la Contraloría General de la República, dijo:

“3.1 Una de las diferencias existentes entre lo que disponía la Constitución derogada y la de 1991 en cuanto a las atribuciones del Contralor General de la República, es, precisamente, que aquella (artículo 60) no incluía la función de “ejercer la jurisdicción coactiva” respecto de quienes se hubiere establecido responsabilidad en su gestión fiscal y deducido un “alcance” a consecuencia de su gestión oficial.

Siendo ello así, surge entonces con claridad que adelantar los procesos respectivos de carácter ejecutivo para reintegrar al patrimonio público dineros de propiedad del Estado o de entidades suyas, así como, en algunos casos, las sumas en que se haya fijado el resarcimiento de perjuicios a favor del Estado, no es una actividad ajena a la Contraloría General de la República sino que, por el contrario, constituye una de las materias fundamentales de su función. No culmina la actividad de la Contraloría con el simple examen de las cuentas, ni se detiene tan sólo en la “vigilancia de la función fiscal”, ni se limita a la exigencia de informes a los empleados encargados de ella, como antes acontecía. Ahora se extiende al cobro ejecutivo de las sumas de dinero que adeude el servidor o ex servidor público, e inclusive, el particular, respecto de quien se estableció la existencia de una responsabilidad fiscal a su cargo, cuando

voluntariamente no se produce el pago de la acreencia a favor del fisco.

Se trata, así, de una atribución nueva que no tenía la Constitución anterior y que, en ese punto, hacía nugatoria la labor desarrollada por la Contraloría General de la República.

La nueva normatividad constitucional distingue dos procesos claramente determinados, de naturaleza y objeto diferentes.

El primero, de carácter declarativo, en el cual habrá de discutirse con la plenitud de las garantías y con respeto absoluto al derecho de contradicción, si existe o no una responsabilidad de carácter fiscal, esto es, de contenido patrimonial, a cargo de alguien “por la gestión fiscal” que desempeñaba en forma permanente o transitoria. Es este, como se advierte, un proceso de conocimiento en el cual inicialmente existe incertidumbre sobre la existencia de la obligación o su inexistencia, que, por lo mismo, constituye el objeto del debate. A tal incertidumbre se le pone fin con el fallo que para el efecto habrá de proferirse por la Contraloría General de la República.

El segundo proceso, a contrario del anterior, no es de carácter declarativo. En él no hay incertidumbre de la obligación fiscal a cargo de alguien y a favor del Estado. Al contrario, ya se sabe quién debe y cuánto como consecuencia de haber sido declarada su responsabilidad fiscal en un fallo anterior, dotado de firmeza. En este caso, si el obligado no paga ya sea de una sola vez o en la forma que se convenga para el efecto, se parte de la existencia cierta de la acreencia a favor del Estado para procurar su recaudo. No es ya un proceso de conocimiento, sino de ejecución. Es decir, se trata de obtener de manera compulsiva el pago de la obligación o, dicho de otra manera, el objeto de este nuevo proceso es la “realización coactiva del derecho” que ya tiene definida su certeza y que por ello no está sometido a discusión.”

El Decreto-Ley 403 de 2020 “Por el cual se dictan normas para la correcta implementación del Acto Legislativo 04 de 2019 y el fortalecimiento del control fiscal”, en su Título XII (artículos 106 a 123) reglamenta la jurisdicción coactiva en los órganos de control fiscal, entre otras, con las siguientes disposiciones:

*Artículo 107. Reglas de procedimiento para el cobro coactivo de los órganos de control fiscal. Los procesos de cobro coactivo de competencia de los órganos de control fiscal para hacer efectivos **los títulos ejecutivos a los que se refiere el presente Título** se rigen por las normas previstas en el presente Decreto Ley; los artículos 12, 56 Y 58 de la Ley 610 de 2000 y 103 de la Ley 1474 de 2011.*

A falta de regulación expresa en las anteriores disposiciones se aplicarán, en su orden, las siguientes normas:

- 1. El Título IV de la Parte Primera del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.*
- 2. El Estatuto Tributario.*
- 3. La Parte Primera del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.*
- 4. El Código General del Proceso.*

Artículo 110. Títulos ejecutivos fiscales. Prestan mérito ejecutivo:

- 1. Los fallos con responsabilidad fiscal contenidos en providencias debidamente ejecutoriadas.*
- 2. Las resoluciones ejecutoriadas que impongan multas fiscales una vez transcurrido el término*

concedido en ellas para su pago.

3. Las pólizas de seguros y demás garantías a favor de las entidades públicas que se integren a fallos con responsabilidad fiscal.

De la normatividad transcrita, concluimos que las disposiciones establecidas en el Título XII del Decreto-Ley 403 de 2020, se aplican solo a los títulos ejecutivos fiscales determinados en dicha norma.

Los organismos de control fiscal tienen otros créditos a su favor tales como las multas provenientes de las sanciones disciplinarias, las multas provenientes de incumplimientos en la ejecución de su propia contratación, las pólizas de seguros y demás garantías respecto de sus bienes propios, los fallos jurisdiccionales a su favor, etc., los cuales son susceptibles de cobro por jurisdicción coactiva.

Con la expedición de la Ley 1066 de 2006 “Por la cual se dictan normas para la normalización de la cartera pública y se dictan otras disposiciones” se le otorga la facultad de cobro coactivo a las entidades públicas que en razón a sus funciones deban recaudar rentas o caudales públicos, para cuyos efectos deberán seguir el procedimiento descrito en el Estatuto Tributario.

El legislador en el Título IV de la Ley 1437 de 2011 “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo” (CPACA), estableció el procedimiento administrativo de cobro coactivo de las obligaciones a favor de las entidades públicas, en los siguientes términos:

Artículo 98. Deber de recaudo y prerrogativa del cobro coactivo. Las entidades públicas definidas en el parágrafo del artículo 104 deberán recaudar las obligaciones creadas en su favor, que consten en documentos que presten mérito ejecutivo de conformidad con este Código. Para tal efecto, están revestidas de la prerrogativa de cobro coactivo o podrán acudir ante los jueces competentes.

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.

Artículo 100. Reglas de procedimiento. Para los procedimientos de cobro coactivo se aplicarán las siguientes reglas:

1. Los que tengan reglas especiales se regirán por ellas.
2. Los que no tengan reglas especiales se regirán por lo dispuesto en este título y en el Estatuto Tributario.
3. A aquellos relativos al cobro de obligaciones de carácter tributario se aplicarán las disposiciones del Estatuto Tributario.

En todo caso, para los aspectos no previstos en el Estatuto Tributario o en las respectivas normas especiales, en cuanto fueren compatibles con esos regímenes, se aplicarán las reglas de procedimiento establecidas en la Parte Primera de este Código y, en su defecto, el Código de Procedimiento Civil en lo relativo al proceso ejecutivo singular.

Es pertinente traer a colación lo dicho por este Despacho en referencia al cobro coactivo por parte de los organismos de control fiscal en el concepto 110.12.2020:

Con la expedición del CPACA podemos concluir que dependiendo de la naturaleza jurídica del título ejecutivo y su régimen legal, se habla de dos procesos de cobro coactivo al interior de las contralorías: i) un cobro coactivo fiscal y ii) un cobro coactivo administrativo.

- i) **Cobro coactivo fiscal:** se refiere al cobro de los créditos derivados del control fiscal y de los fallos con responsabilidad fiscal, de las pólizas y garantías integradas al fallo con responsabilidad fiscal y de las multas impuestas en procesos sancionatorios de tipo fiscal (artículos 92, 101 y 104 de la Ley 42 de 1993).

Las reglas para este cobro coactivo serán en su orden: las establecidas en los artículos 90 a 98 de la Ley 42 de 1993, en el proceso de jurisdicción coactiva del Código de Procedimiento Civil (hoy Código General del Proceso – Ley 1564 de 2012), en la Ley 610 de 2000 y en la Parte Primera del CPACA.

Con la expedición del Decreto-Ley 403 de 2020 “Por el cual se dictan normas para la correcta implementación del Acto Legislativo 04 de 2019 y el fortalecimiento del control fiscal”, las reglas para el cobro coactivo de estos títulos ejecutivos serán, de conformidad a lo establecido en el artículo 107, las establecidas en el Título XII de este Decreto-Ley, en los artículos 12, 56 y 58 de la Ley 610 de 2000 y en el artículo 103 de la Ley 1474 de 2011 y de manera supletoria, las establecidas en el Título IV de la Parte Primera del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el Estatuto Tributario, en la Parte Primera del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y en el Código General del Proceso. Aclarando que dichas reglas serán aplicables a los créditos constituidos con posterioridad a la entrada en vigencia de dicha normatividad, esto es a partir del 16 de marzo de 2020.

- ii) **Cobro coactivo administrativo:** se refiere al cobro de los créditos provenientes de multas resultantes de los procesos disciplinarios, de las acreencias relacionadas en el artículo 99 de la Ley 1437 de 2011 y demás acreencias diferentes a las del numeral anterior.

Las reglas para este cobro coactivo serán en su orden: las establecidas en los artículos 98 a 101 del

CPACA, en los artículos 823 a 843 del Decreto 624 de 1989, "Por el cual se expide el Estatuto Tributario de los Impuestos Administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales" - ET, en la Parte Primera del CPACA, y en el Código de Procedimiento Civil en lo relativo al proceso ejecutivo singular.

En el mismo sentido, en el concepto 110.012.2021 (Radicado No: 20211100006481 del 09 de marzo de 2021), concluyó:

Los órganos de control fiscal tiene la competencia para cobrar sus créditos a través de la jurisdicción coactiva bajo las normas respectivas dependiendo del tipo de título ejecutivo a cobrar: 1) para los títulos ejecutivos fiscales (cobro coactivo fiscal), las normas contenidas en la Ley 42 de 1993, la Ley 610 de 2000, la Ley 1474 de 2011 y en el Decreto-Ley 403 de 2020, con sus correspondientes remisiones normativas (Título IV CPACA, Estatuto Tributario, Primera Parte CPACA y CGP); normas que se aplicarán de acuerdo a la fecha en que se haya notificado el mandamiento de pago en el respectivo proceso; 2) para los demás títulos ejecutivos (cobro coactivo administrativo), se aplicará lo dispuesto en el Título IV de la Primera Parte de la Ley 1437 de 2011 - CPACA y sus correspondientes remisiones normativas (Estatuto Tributario, Primera Parte del CPACA y CGP).

Igualmente, respecto de los títulos ejecutivos diferentes de los fiscales, cobrados por jurisdicción coactiva en los organismos de control fiscal, en el concepto 110.002.2021 (Radicado No: 20211100000961 del 21 de enero de 2021), concluyó:

Con lo anterior se tiene que el cobro por jurisdicción coactiva de otros créditos diferentes a los establecidos en el Decreto-Ley 403 de 2020, deberán tramitarse de conformidad con lo establecido en el artículo 100 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA), es decir, por las normas especiales establecidas en cada órgano de control o en su defecto por lo normado en Título IV de la Parte Primera del CPACA y en el Estatuto Tributario y en los aspectos no previstos en ellas, en las reglas de procedimiento de la Primera Parte del CPACA y en su defecto el Código General del Proceso respecto del proceso ejecutivo.

Otros pronunciamientos sobre el cobro coactivo por parte de los organismos de control y su procedimiento, han sido dados por este Despacho en los conceptos 110.004.2021, 110.002.2021, 110.70.2020, 110.12.2020, 110.002.2017, 110.029.2015, 110.021.2015, 110.040.2014 y 110.032.2014, entre otros.

En cuanto a los cambios efectuados por el Decreto-Ley 403 de 2020 en el proceso de jurisdicción coactiva referente a los títulos ejecutivos fiscales, este Despacho en el concepto 110.046.2021 (Radicado No: 20211100022571 del 15 de julio de 2021), anotó:

En materia de jurisdicción coactiva, la novedad radica en establecerse la prelación de los créditos derivados de los fallos con responsabilidad fiscal y de las sanciones fiscales, catalogándolos como créditos fiscales de primera clase, lo que los ubica por encima de créditos como los hipotecarios que en la mayoría de los procesos de cobro coactivo aparecen y por ende se debía esperar el remate para obtener un remanente que en la mayoría de los casos o no existía o era insuficiente para indemnizar el daño patrimonial cobrado.

Otra novedad en el cobro coactivo está en la determinación explícita del término de prescripción de los

procesos (artículo 112), el cual se amplía a 10 años contados a partir de la notificación del mandamiento de pago, interrumpiéndose únicamente por la celebración de acuerdo de pago. Este término de prescripción si bien en principio puede ser favorable para el objetivo del proceso que es el pago del crédito, puede también resultar negativo puesto que puede llevar a cierta negligencia del funcionario ejecutor para incumplir con el principio de celeridad procesal que en un momento dado afecta el derecho fundamental al debido proceso por mantener subyugado al ejecutado por un tiempo tan extenso.

Curiosamente el artículo 113 establece que habrá un proceso de cobro coactivo de única instancia cuando el título ejecutivo sea un fallo con responsabilidad fiscal dictado en un proceso de única instancia, y decimos que curiosamente toda vez que no vemos la razón para que el hecho de que el título provenga de un proceso de única instancia, necesariamente conlleve a que la ejecución del mismo tenga que darse igualmente en única instancia, pues téngase en cuenta que el mandato constitución es la doble instancia, permitiendo que en casos excepcionales dados y sustentados por el legislador bajo ciertas consideraciones establecidas por la Corte Constitucional se establezca la única instancia.

Se establece en el artículo 122 la procedencia de la cesación de la acción de cobro en los siguientes eventos: i) procesos con una antigüedad de más de diez (10) años contados a partir de la notificación del mandamiento de pago y no se hayan encontrado bienes para el pago de la deuda, obsérvese que en esta causal no solamente se tiene en cuenta la antigüedad del proceso, sino que además debe cumplir el requisito de no encontrarse bienes para su pago; ii) obligaciones que por su cuantía no se justifique el adelantamiento del cobro coactivo según criterios de eficiencia, para esta causal es necesario acudir a la reglamentación dada para el caso por el Contralor General de la República; y iii) procesos de cobro coactivo que se adelanten contra personas fallecidas o personas jurídicas liquidadas que no cuenten con bienes para el pago de la obligación, al igual que la causal del numeral i) aquí se necesita además natural haya fallecido o la persona jurídica esté liquidada, que no se cuente con bienes para su pago, pero si existe una masa sucesoral se deberá continuar.

2. De las incapacidades en el Sistema General de Seguridad Social en Salud

La Ley 100 de 1993 “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”, establece:

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.

El Decreto-Ley 1298 de 1994 “Por el cual se expide el Estatuto Orgánico del Sistema General de Seguridad Social en Salud”, establece:

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 Capitación UPC.

La Corte Constitucional se ha pronunciado en varias sentencias respecto a las incapacidades laborales por afectaciones en la salud, de las que traemos la sentencia C-065 del 1º de febrero de 2005, en la que recoge los pronunciamientos dados en las sentencias T-972/03, T-311/96 y T-413/04, así:

La Corte ha analizado la relación del derecho al mínimo vital y el pago de las incapacidades laborales. En materia de tutela, por ejemplo, ha considerado que procede el pago de licencias por incapacidad laboral, a pesar de la existencia de otros medios judiciales ordinarios para su cobro, toda vez que el pago de la incapacidad se equipara al salario para la persona que no ha podido acudir al trabajo y, por tanto, tiene estrecha relación con el derecho fundamental a obtener las condiciones materiales básicas para el desarrollo de una vida en condiciones dignas. Ha dicho esta Corporación:

“Así como se puede llegar a ordenar el pago de salarios y mesadas pensionales, también se puede exigir el pago de incapacidades laborales, puesto que éstas son el monto sustituto del salario para la persona que, por motivos de salud, no ha podido acudir al trabajo[5]. Al respecto ha señalado la Corporación que:

“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. 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”.[6]

Así las cosas, de estar demostrada la afectación del mínimo vital por el no pago de las incapacidades laborales, procederá la tutela para ordenar su cancelación.”[7]

La Ley 1562 de 2012 “Por la cual se modifica el Sistema de Riesgos Laborales y se dictan otras disposiciones en materia de Salud Ocupacional”, establece:

Artículo 5°. Ingreso base de liquidación.

(...)

Parágrafo 2°. Para el caso del pago del subsidio por incapacidad temporal, la prestación será reconocida con base en el último (IBC) pagado a la Entidad Administradora de Riesgos Laborales anterior al inicio de la incapacidad médica las Administradoras de Riesgos Laborales deberán asumir el pago de la cotización a pensiones y salud, correspondiente a los empleadores o de los trabajadores independientes, durante los períodos de incapacidad temporal y hasta por un Ingreso Base de Cotización equivalente al valor de la incapacidad. La proporción será la misma establecida para estos sistemas en la Ley 100 de 1993.

Parágrafo 3°. El pago de la incapacidad temporal será asumido por las Entidades Promotoras de Salud, en caso de que la calificación de origen en la primera oportunidad sea común; o por la Administradora de Riesgos Laborales en caso de que la calificación del origen en primera oportunidad sea laboral y si existiese controversia continuarán cubriendo dicha incapacidad temporal de esta manera hasta que exista un dictamen en firme por parte de la Junta Regional o Nacional si se apela a esta, cuando el pago corresponda a la Administradora de Riesgos Laborales y esté en controversia, esta pagará el mismo porcentaje estipulado por la normatividad vigente para el régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, una vez el dictamen esté en firme podrán entre ellas realizarse los respectivos reembolsos y la ARP reconocerá al trabajador la diferencia en caso de que el dictamen en firme indique que correspondía a origen laboral.

(...)

El Decreto Legislativo 538 de 2020 “Por el cual se adoptan medidas en el sector salud, para contener y mitigar la pandemia de COVID-19 y garantizar la prestación de los servicios de salud, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”, establece:

Artículo 13. Requisitos para inclusión del Coronavirus COVID-19 como enfermedad laboral directa. Elimínense los requisitos de que trata el parágrafo 2 del artículo 4 de la Ley 1562 de 2012 para incluir dentro de la tabla de enfermedades laborales, el Coronavirus COVID- 19 como enfermedad laboral directa, respecto de los trabajadores del sector salud, incluyendo al personal administrativo, de aseo, vigilancia y de apoyo que preste servicios en las diferentes actividades de prevención, diagnóstico y atención de esta enfermedad.

Las entidades Administradoras de Riesgos Laborales -ARL-, desde el momento en que se confirme el diagnóstico del Coronavirus COVID-19, deben reconocer todas las prestaciones asistenciales y económicas derivadas de la incapacidad de origen laboral por esa enfermedad, sin que se requiera la determinación de origen laboral en primera oportunidad o el dictamen de las juntas de calificación de invalidez.

La Corte Constitucional en el examen de constitucionalidad de esta norma, en la sentencia C-252 del 16 de julio de 2020, determinó:

66. Para la Sala, los artículos 12 y 13 del Decreto 538 superan todos los juicios sustanciales señalados en el numeral 1 de la presente Sección C. Justamente, el reconocimiento del COVID-19 como enfermedad general de origen común y como enfermedad laboral directa respecto de los trabajadores del sector salud permite el pago de las incapacidades no laborales y laborales correspondientes y, en ese orden, atiende al fin de mitigar los efectos del COVID-19 porque propenden los decretos 417 y 538 de 2020 a través de medidas necesarias y directamente dirigidas a atender las necesidades económicas de la población directamente afectada por tal enfermedad[102]. Además, las disposiciones en comento no suspenden ningún derecho, libertad fundamental, ley y tampoco interrumpen el normal funcionamiento de las ramas del poder público y/o de los órganos estatales, sino que más bien se dirigen a beneficiar a cualquier persona que resulte afectada en su salud por el COVID-19, sin consideración alguna a su raza, lengua, religión, etc.

El Decreto Único 780 de 2016 “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social”, establece respecto de las incapacidades, de las que se destacan entre otras, las siguientes disposiciones:

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.

(Artículo 81 del Decreto 2353 de 2015)

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 verificarla 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. (Negrilla fuera de la norma)

(Artículo 24 del Decreto 4023 de 2011).

Artículo 2.2.3.4.3. Causales de suspensión o no reconocimiento de pago de la incapacidad por enfermedad general.

1. Cuando la EPS o EOC, o la autoridad competente, según el caso, determine que se configuró alguna de las causales de abuso del derecho establecidas en el artículo 2.2.3.4.1 del Capítulo IV del presente decreto.

2. Cuando el cotizante no cumpla con los requisitos señalados en el artículo 2.1.13.4 del presente decreto.
3. Cuando el cotizante incurra en mora conforme con lo establecido en los artículos 2.1.9.1 y 2.1.9.3 del presente decreto.
4. Cuando la incapacidad por enfermedad general tenga origen en tratamientos con fines estéticos y sus complicaciones, o se derive de tratamientos que acrediten los criterios de exclusión de que trata el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015.

El Decreto 3135 de 1968 “Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado, y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales”, establece:

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.

3. De la Superintendencia Nacional de Salud

La Ley 1122 de 2007 “Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”, en su Capítulo VII establece la reglamentación respecto de la inspección, vigilancia y control por parte de la Superintendencia de Salud, de la cual relacionamos:

Artículo 35. Definiciones. Para efectos del presente capítulo de la ley, se adoptan las siguientes definiciones:

A. Inspección: La inspección, es el conjunto de actividades y acciones encaminadas al seguimiento, monitoreo y evaluación del Sistema General de Seguridad Social en Salud y que sirven para solicitar, confirmar y analizar de manera puntual la información que se requiera sobre la situación de los servicios de salud y sus recursos, sobre la situación jurídica, financiera, técnica-científica, administrativa y económica de las entidades sometidas a vigilancia de la Superintendencia Nacional de Salud dentro del ámbito de su competencia.

Son funciones de inspección entre otras las visitas, la revisión de documentos, el seguimiento de

peticiones de interés general o particular y la práctica de investigaciones administrativas.

B. Vigilancia: La vigilancia, consiste en la atribución de la Superintendencia Nacional de Salud para advertir, prevenir, orientar, asistir y propender porque las entidades encargadas del financiamiento, aseguramiento, prestación del servicio de salud, atención al usuario, participación social y demás sujetos de vigilancia de la Superintendencia Nacional de Salud, cumplan con las normas que regulan el Sistema General de Seguridad Social en Salud para el desarrollo de este.

C. Control: El control consiste en la atribución de la Superintendencia Nacional de Salud para ordenar los correctivos tendientes a la superación de la situación crítica o irregular (jurídica, financiera, económica, técnica, científicoadministrativa) de cualquiera de sus vigilados y sancionar las actuaciones que se aparten del ordenamiento legal bien sea por acción o por omisión.

Artículo 37. Ejes del Sistema de Inspección, Vigilancia y Control de la Superintendencia Nacional de Salud. Para cumplir con las funciones de inspección, vigilancia y control la Superintendencia Nacional de Salud ejercerá sus funciones teniendo como base los siguientes ejes:

(...)

2. Aseguramiento. Su objetivo es vigilar el cumplimiento de los derechos derivados de la afiliación o vinculación de la población a un plan de beneficios de salud.

(...)

4. Atención al usuario y participación social. Su objetivo es garantizar el cumplimiento de los derechos de los usuarios en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, así como los deberes por parte de los diferentes actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud; de igual forma promocionar y desarrollar los mecanismos de participación ciudadana y de protección al usuario del servicio de salud.

Artículo 38. Conciliación ante la Superintendencia Nacional de Salud. La Superintendencia Nacional de Salud podrá actuar como conciliadora, de oficio o a petición de parte, en los conflictos que surjan entre sus vigilados y/o entre estos y los usuarios generados en problemas que no les permitan atender sus obligaciones dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud, afectando el acceso efectivo de los usuarios al servicio de salud. Los acuerdos conciliatorios tendrán efecto de cosa juzgada y el acta que la contenga, donde debe especificarse con toda claridad las obligaciones a cargo de cada una de ellas, prestará mérito ejecutivo.

Parágrafo. En el trámite de los asuntos sometidos a conciliación, la Superintendencia Nacional de Salud aplicará las normas generales de la conciliación previstas en la Ley 640 de 2001.

Este Despacho en el concepto 110.009.2015 (Radicado No: 201523200041430001 del 18 de febrero de 2015) respecto de las controversias en el reconocimiento de las incapacidades, dijo:

Debe recordarse, que la vigilancia del Sistema General de Seguridad Social en Salud implica advertir, prevenir y orientar a los sujetos del SGSSS tal como lo establece el artículo 35 de la Ley 1122 de 2007. Este sistema de vigilancia está en cabeza de la Superintendencia Nacional de Salud por disposición del legislador, a la cual se le han otorgado incluso funciones jurisdiccionales para algunos temas, pudiendo conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez.

En este sentido, si existen inconsistencias en el reconocimiento de incapacidades, la Superintendencia Nacional de Salud, en el marco de la competencia jurisdiccional aludida, posee facultades puede decidir

sobre las mismas.

Ahora bien, si la EPS niega el reconocimiento de una licencia o incapacidad argumentando que a ésta no le corresponde transcribirla o que la incapacidad debe estar acompañada de la historia clínica, dicha situación debe ser puesta en conocimiento de la precitada entidad, conforme a lo previsto en el Decreto 1018 de 2007, a efectos de iniciar las investigaciones y aplicar las sanciones a que hubiere lugar.

(...)

Lo anterior, se reitera, de acuerdo a lo establecido en el artículo 24 del Decreto 4023 de 2011, que establece que el pago de prestaciones económicas producto de incapacidades o licencias médicas debe ser realizado directamente por la Entidades Promotoras de Salud (EPS) y las Entidades Obligadas a Compensar (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.

Cabe señalar, que 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.

4. Conclusiones

De conformidad con la normatividad, jurisprudencia y conceptualización anotada anteriormente respecto a los temas consultados, podemos concluir:

- i) Los organismos de control fiscal tienen la competencia para adelantar el recaudo de las obligaciones a su favor a través del cobro coactivo, para lo cual cuenta con dos procedimientos dependiendo del título ejecutivo a cobrar: 1) tratándose de títulos ejecutivos fiscales (fallos con responsabilidad fiscal, pólizas de seguros y garantías vinculadas al fallo con responsabilidad fiscal, y multas fiscal) el procedimiento será el establecido en el Decreto-Ley 403 de 2020, la Ley 610 de 2000 y la Ley 1474 de 2011; y en lo no regulado en aquél, en el CPACA, el Estatuto Tributario y el Código General del Proceso, es en su orden; 2) para los demás títulos ejecutivos (multas por sanción disciplinaria, multas derivadas de su contratación, pólizas y garantías de los procesos contractuales y/o que amparen sus bienes, sentencia y decisiones jurisdiccionales, entre otros) el procedimiento aplicable será el establecido en su propio reglamento, si lo tiene, de no ser así, en las disposiciones del título IV de la Primera parte del CPACA, en el Estatuto Tributario, y en el Código General del Proceso.

En uno y otro caso se debe tener en cuenta que el título ejecutivo debe contenerse en documento y con las características para que preste mérito ejecutivo: contener una obligación clara, expresa y exigible.

- ii) La incapacidad médica es un evento en la salud que le impide a la persona asistir a su trabajo y que puede provenir de una enfermedad común o general; o de una enfermedad profesional (laboral) o accidente laboral, por la cual necesariamente se le debe pagar en razón que dicho

pago reemplaza el salario devengado.

- iii) La incapacidad derivada de enfermedad común o general debe ser pagada por el empleador o por la Entidad Promotora de Salud – EPS dependiendo del tiempo de duración: si ella es de hasta dos (2) días, será asumida por el empleador; a partir del tercer día en adelante, será pagada por la respectiva EPS. La norma establece que durante los primeros 90 días se debe pagar las 2/3 partes del salario (66.7%). Para las incapacidades a partir del día 91 y hasta el día 180, se pagan a razón del 50% del salario.
- iv) La incapacidad derivada de enfermedad profesional (laboral) o accidente laboral, es asumida por la Administradora de Riesgos Laborales – ARL. Estas incapacidades se pagan al 100%.
- v) La Superintendencia Nacional de Salud en el marco de sus funciones de inspección, vigilancia y control, es la entidad encargada de resolver las inconsistencias y diferencias en el reconocimiento de las incapacidades médicas.

En los anteriores términos consideramos atendidas sus inquietudes, esperando haber dado claridad sobre las mismas, anotando que el presente concepto se emite en los términos del artículo 28 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015 “Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”, con carácter orientador tal como lo determina la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de Consejo de Estado en Auto del 19 de mayo de 2016 dentro del expediente radicado 20392 - 25000-23-37-000-2012-00320-01:

*“...el artículo 253 del Decreto 01 de 1984 (hoy regulado en términos similares por el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011) prevé la consulta como una forma de ejercer el derecho de petición. La respuesta que da la administración se llama concepto y, en general, nace de la obligación de atender solicitudes de información sobre las materias que tiene a cargo. **Los conceptos sirven para orientar a los asociados sobre alguna cuestión que puede afectarlos. Pero eso no indica que siempre se trate de una manifestación unilateral de voluntad y, por ende, capaz de producir algún efecto jurídico general y abstracto. De hecho, los conceptos que emite la administración en relación con las materias que tienen a cargo no comprometen su responsabilidad ‘ni serán de obligatorio cumplimiento o ejecución’**”*
(Negrilla fuera de texto)

Igualmente le informamos que el Presidente de la República en uso de facultades constitucionales, mediante el Decreto-Legislativo 491 de 2020 “Por el cual se adoptan medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas y los particulares que cumplan funciones públicas y se toman medidas para la protección laboral y de los contratistas de prestación de servicios de las entidades públicas, en el marco del Estado de Emergencia Económica”, amplió el término para la resolución de las consultas presentadas por los ciudadanos, así:

Artículo 5. Ampliación de términos para atender las peticiones. Para las peticiones que se encuentren en curso o que se radiquen durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria, se ampliarán los términos señalados en el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011, así:

(...)

(ii) Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta y cinco (35) días siguientes a su recepción.

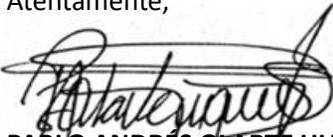
(...)

Finalmente, le manifestamos que la señora Auditora General de la República en cumplimiento de las disposiciones del Decreto-Legislativo 491 de 2020, expidió la Resolución Reglamentaria No. 005 del 31 de marzo de 2020 “Por la cual se modifica la Resolución Reglamentaria No. 004 de 2020 y se toman otras medidas por motivos de salubridad pública.”, autorizando en su artículo 4º, el uso de la firma escaneada por parte de los directivos de la entidad en los documentos dirigidos a los usuarios, y en el artículo 5º su comunicación y notificación a través de medios electrónicos (dirección electrónica).

Los conceptos emitidos por la Oficina Jurídica de la Auditoría General de la República relacionados en el presente concepto, pueden ser consultarlos en el siguiente enlace: <http://www.auditoria.gov.co/web/guest/auditoria/normatividad/conceptos-juridicos>

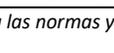
Para este Despacho es importante conocer la percepción sobre la atención brindada, para lo cual, adjunto a la presente encontrará un formato de encuesta para que lo diligencie y nos lo remita a la dirección de correspondencia Calle 26 Nro. 69-76 Piso 17, Edificio Elemento, Torre 4 de Bogotá o a los correos electrónicos juridica@auditoria.gov.co y fljimenez@auditoria.gov.co. Si para usted resulta más cómodo, también puede diligenciarla de manera virtual a través de nuestra página web www.auditoria.gov.co ingresando por el botón SIA, seleccionando la opción SIA ATC ATENCIÓN AL CIUDADANO, estando allí, seleccione el botón Encuesta de Satisfacción e ingrese los dígitos del código SIA-ATC que aparecen en la referencia de la presente comunicación y la contraseña 0de9fc85, también puede consultar su solicitud seleccionando el botón Consultar Solicitud ingresando igualmente el mismo código SIA-ATC y contraseña.

Atentamente,



PABLO ANDRÉS OLARTE HUGUET
Director Oficina Jurídica

Anexo: Formato encuesta de satisfacción

	Nombre y Apellido	Firma	Fecha
Proyectado por:	Fabio Luis Jiménez Castro		28/07/2021
Revisado por:	Pablo Andrés Olarte Huguet		28/07/2021
Aprobado por:	Pablo Andrés Olarte Huguet		28/07/2021

Los arriba firmantes declaramos que hemos revisado el documento y lo encontramos ajustado a las normas y disposiciones legales vigentes y por lo tanto, bajo nuestra responsabilidad lo presentamos para la firma.