

Jurídica

1

CGR-OJ- 194 -2019
80112 –
Bogotá, D.C.

Contraloría General de la República:: SGD 26-12-2019 11:55
Al Contestar Cite Este No.: 2019EE0162086 Fol:5 Anex:0 FA:0
ORIGEN 80112-OFCINA JURIDICA / JULIAN MAURICIO RUZ RODRIGUEZ
DESTINO JACKELINE JACOME MANOSALVA / ALCALDIA DE VILLAVICENCIO SECRETARIA DE
DESARROLLO INSTITUCIONAL
ASUNTO CONCEPTO
OBS

2019EE0162086



Doctora
JACKELIN JACOME MANOSALVA
Directora de Personal
Secretaria de Desarrollo Institucional
Alcaldía de Villavicencio – Meta
Calle 40 No. 33 – 64 Centro Edificio Alcaldía Piso 8
Villavicencio, Meta
Teléfono: 6715815



26 DIC 2019

DIRECCIÓN DE IMPRENTA, ARCHIVO Y
CORRESPONDENCIA

Referencia: Respuesta al radicado No. 2019ER0124923
Tema. INCAPACIDADES. CLAUSULA CONVENCION COLECTIVA
DE TRABAJO.

La Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República –CGR- recibió la comunicación citada en la referencia¹, la cual procedemos a responder a continuación:

1. Antecedente

Mediante la comunicación de la referencia, la Coordinadora del Grupo Interno de Trabajo de Atención a Consultas en Materia Laboral de la Oficina Jurídica, del Ministerio del Trabajo, la Doctora Adriana Calvachi Arciniegas, remite por competencia su escrito de fecha 06 de septiembre de 2019, a fin de que se le conteste lo siguiente:

¿La Administración Municipal puede estar incurriendo en un posible detrimento patrimonial al cancelarles el 100% de las incapacidades a los Trabajadores Oficiales por dos años consecutivos? Evidenciándose que existe ausentismo laboral?

2. Alcance del concepto y competencia de la Oficina Jurídica

Los conceptos emitidos por la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República, son orientaciones de carácter general que no comprenden la solución directa de problemas específicos, ni el análisis de actuaciones particulares.

¹ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Art. 14, numeral 2º, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015: "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 (30) días siguientes a su recepción."

En cuanto a su alcance, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución², ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes, en materia de control fiscal.

Por lo anterior, la competencia de la Oficina Jurídica para absolver consultas se limita a aquellas que formulen las dependencias internas de la CGR, los empleados de las mismas y las entidades vigiladas “sobre interpretación y aplicación de las disposiciones legales relativas al campo de actuación de la Contraloría General”³, así como las formuladas por las contralorías territoriales “respecto de la vigilancia de la gestión fiscal y las demás materias en que deban actuar en armonía con la Contraloría General”⁴ y las presentadas por la ciudadanía respecto de “la consultas de orden jurídico que le sean formuladas a la Contraloría General de la República”⁵.

En este orden, mediante su expedición se busca “orientar a las dependencias de la Contraloría General de la República en la correcta aplicación de las normas que rigen para la vigilancia de la gestión fiscal”⁶ y “asesorar jurídicamente a las entidades que ejercen el control fiscal en el nivel territorial y a los sujetos pasivos de vigilancia cuando éstos lo soliciten”⁷.

Finalmente se aclara que no todos los conceptos de esta Oficina Jurídica implican la adopción de una doctrina e interpretación jurídica que comprometa la posición institucional de la Contraloría General de la República, porque de conformidad con el Artículo 43, numeral 16⁸ del Decreto Ley 267 de 2000, esta calidad solo la tienen las posiciones jurídicas que hayan sido previamente coordinadas y con la(s) dependencia(s) implicada(s).

3. Precedente doctrinal de la Oficina Jurídica

La Oficina Jurídica de la CGR no se ha pronunciado sobre el tema consultado.

4. Consideraciones jurídicas

4.1. Problema jurídico.

Como problema jurídico se toma la misma pregunta planteada por la consultante.

² Artículo 28 de la Ley 1437 de 2011.

³ art. 43, numeral 4 del Decreto ley 267 de 2000.

⁴ art. 43, numeral 5 del Decreto ley 267 de 2000.

⁵ art. 43, numeral 12 del Decreto ley 267 de 2000.

⁶ art. 43, numeral 11 del Decreto ley 267 de 2000.

⁷ art. 43, numeral 14 del Decreto ley 267 de 2000.

⁸ art. 43. oficina jurídica. son funciones de la oficina jurídica: (...) 16. coordinar con las dependencias la adopción de una doctrina e interpretación jurídica que comprometa la posición institucional de la contraloría general de la república en todas aquellas materias que por su importancia ameriten dicho pronunciamiento o por implicar una nueva postura de naturaleza jurídica de cualquier orden.

¿La Administración Municipal puede estar incurriendo en un posible detrimento patrimonial al cancelarles el 100% de las incapacidades a los Trabajadores Oficiales por dos años consecutivos evidenciándose que existe ausentismo laboral?

En primer lugar es importante precisar que la competencia de la Oficina Jurídica para absolver consultas referentes al control fiscal que desarrolla la CGR se limita a situaciones abstractas, siendo reflexiones de carácter general que no comprenden la solución directa de problemas específicos, ni el análisis de actuaciones particulares. En cuanto a su alcance, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución.

En este sentido, en virtud de la asignación de competencias corresponde a cada funcionario ejercer sus funciones y responsabilidades, entre ellas analizar y motivar de manera autónoma la toma de las decisiones sobre los asuntos particulares y concretos sometidos a su conocimiento, acorde a ello, el señor Contralor General de la República impartió instrucciones mediante Circular 018 del 22 de noviembre de 2016 sobre la función consultiva de la Oficina Jurídica, determinando que los asuntos particulares y concretos deben ser decididos por los funcionarios competentes en cada área.

Como consecuencia de lo anterior, se tiene que la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República no tiene injerencia alguna, ni le es dable pronunciarse respecto del caso concreto, razón por la cual, el asunto se atenderá de manera general a fin de esclarecer lo que se debe entender por detrimento patrimonial.

4.2. Incapacidades laborales

Sobre la incapacidad laboral ha indicado la Corte Constitucional en la Sentencia T-200 de 2017.

“El Sistema General de Seguridad social contempla la protección a la que tienen derecho los trabajadores, en aquellos casos en que se enfrentan a la contingencia de un accidente o enfermedad que genere una incapacidad para desarrollar sus actividades laborales, y en consecuencia, la imposibilidad de proveerse sustento a través de un ingreso económico. Dicha protección se materializa a través del pago de las incapacidades laborales, seguros, auxilio y pensión de invalidez contemplada en la Ley 100 de 1993, el Decreto 1406 de 1999, el Decreto 1748 de 1995 y el Decreto 692 de 1994, entre otras disposiciones.

Estas medidas son, en parte, el reconocimiento de la importancia que tiene el salario de las personas en la garantía, al menos, del mínimo vital. De no ser así, el sistema no contemplaría el pago de las incapacidades, pues tal

contraprestación no tendría ninguna conexión con la garantía del mencionado derecho fundamental y otros conexos.

Bajo esta idea, en sentencia T-876 de 2013, la Corte Constitucional advirtió que los procedimientos que se deben seguir para el pago de incapacidades se han creado “(...) *en aras de garantizar que la persona afectada no interrumpa sus tratamientos médicos o que pueda percibir un sustento económico a título de incapacidad o de pensión de invalidez, cuando sea el caso. Tal hecho permite concluir que el Sistema de Seguridad Social está concebido como un engranaje en el cual se establece que ante una eventual contingencia exista una respuesta apropiada.*”

Con la misma orientación, esta Corporación fijó unas reglas que permiten comprender de mejor manera la naturaleza y fin del pago de las incapacidades.^[11] Por ejemplo, en sentencia T-490 de 2015,^[12] la Corte manifestó lo siguiente:

“i) el pago de las incapacidades sustituye el salario del trabajador, durante el tiempo que por razones médicas está impedido para desempeñar sus labores, cuando las incapacidades laborales son presumiblemente la única fuente de ingreso con que cuenta el trabajador para garantizarse su mínimo vital y el de su núcleo familiar;

ii) el pago de las incapacidades médicas constituye también una garantía del derecho a la salud del trabajador, pues coadyuva a que se recupere satisfactoriamente, sin tener que preocuparse por la reincorporación anticipada a sus actividades laborales, con el fin de obtener recursos para su sostenimiento y el de su familia; y

iii) Además, los principios de dignidad humana e igualdad exigen que se brinde un tratamiento especial al trabajador, quien debido a su enfermedad se encuentra en estado de debilidad manifiesta.”

En consecuencia, el pago de incapacidades tiene una estrecha relación con la garantía del derecho al mínimo vital, a la salud y a la vida digna, en los periodos en los cuales la persona no se encuentra en condiciones adecuadas para realizar labores que le permitan obtener un salario. Con estas reglas, la Corte reconoce implícitamente que sin dicha prestación, es difícilmente presumible que se estén garantizando los derechos mencionados.”

Sobre el pago de las incapacidades, afirmo ese Tribunal en la misma sentencia:

5.1.2 Incapacidades por enfermedad de origen común

De acuerdo con las disposiciones legales que regulan la materia, dependiendo del tiempo de duración de la incapacidad, la remuneración recibida durante ese lapso podrá ser denominada **auxilio económico** si se trata de los primeros 180 días contados a partir del hecho generador de la misma, o **subsidio de**

incapacidad si se trata del día 181 en adelante. La obligación del pago de incapacidades está distribuida de la siguiente manera:

- i. Entre el día 1 y 2 está a cargo del empleador según lo establecido en el artículo 1 del Decreto 2943 de 2013.^[19]
- ii. Entre el día 3 y 180 a cargo de la EPS según el mismo decreto.
- iii. Desde el día 181 y hasta un plazo de 540 días, el pago de incapacidades está a cargo del Fondo de Pensiones, de acuerdo con la facultad que le concede el artículo 52 de la Ley 962 de 2005 para postergar la calificación de invalidez, cuando haya concepto favorable de rehabilitación por parte de la EPS.

Ahora bien, hasta antes del año 2015, la Corte Constitucional venía reconociendo y advirtiendo la existencia de un déficit de protección de las personas que tuvieran concepto favorable de rehabilitación, calificación de pérdida de capacidad laboral inferior al 50%, y siguieran siendo incapacitadas por la misma causa más allá de los 540 días. En su momento, la sentencia T-468 de 2010 de esta Corporación señaló:

“(...) aunque en principio se diría que las garantías proteccionistas del sistema integral de seguridad social son generosas, esta Sala repara en el hecho de que no existe legislación que proteja al trabajador cuando se le han prolongado sucesivamente incapacidades de origen común y que superan los 540 días. Son muchos los casos en que las dolencias o las secuelas que dejan las enfermedades o accidentes de origen común que obligan a las EPS o demás entidades que administran la salud a certificar incapacidades por mucho más tiempo del estipulado en el Sistema Integral de Seguridad Social y que a pesar de las limitaciones físicas la pérdida de la capacidad laboral no alcanza a superar el 50% y por tanto, tampoco nace el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, lo que deja al trabajador en un estado de desamparo y sin los medios económicos para subsistir.”

Sobre la entidad responsable del pago de las incapacidades, en la Sentencia T-246 de 2018, la Corte Constitucional, señaló:

Sobre la base de lo expuesto, el régimen de pago de incapacidades o subsidios por incapacidad por enfermedades de origen común, está previsto de la siguiente manera:

Periodo	Entidad obligada	Fuente normativa
Día 1 y 2	Empleador	Artículo 1º del Decreto 2943 de 2013
Día 3 a 180	E.P.S.	Artículo 1º del Decreto 2943 de 2013 en concordancia con el artículo 142 del Decreto 019 de 2012
Día 181 hasta el 540	Fondo de Pensiones	Artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012
Día 541 en adelante	E.P.S.	Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015

Teniendo en cuenta lo anterior y como lo señaló esa Corporación “Las Administradoras de Riesgos Laborales son las encargadas de asumir el pago de las incapacidades laborales con ocasión de un accidente de trabajo o enfermedades laborales, desde el día siguiente a la ocurrencia del hecho o diagnóstico. Tratándose de enfermedades o accidentes de origen común, la responsabilidad del pago de la incapacidad o del subsidio por incapacidad radica en diferentes actores del sistema dependiendo de la prolongación de la misma, de la siguiente manera: Conforme al artículo 1º del Decreto 2943 de 2013, que modificó el parágrafo 1º del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, el pago de los dos (2) primeros días de incapacidad por enfermedad de origen común, corresponden al empleador. A su vez, el pago de las incapacidades expedidas del día tres (3) al día ciento ochenta (180) están a cargo de las Entidades Promotoras de Salud, y el trámite tendiente a su reconocimiento está a cargo del empleador. En cuanto a las incapacidades de origen común que persisten y superan el día 181, esta Corporación ha sido enfática en afirmar que el pago de este subsidio corre por cuenta de la Administradora de Fondos de Pensiones a la que se encuentre afiliado el trabajador, ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación.”

De acuerdo con lo expuesto, dependiendo del número de días que dure la incapacidad corresponde su pago a diferentes entidades tal como lo expuso la Corte Constitucional en la tabla antes vista.

4.3. Daño patrimonial al Estado

La Ley 610 de agosto 12 de 2000, "Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de las contralorías", establece:

“Artículo 5º - Elementos de la responsabilidad fiscal La responsabilidad fiscal estará integrada por los siguientes elementos:

Una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal

Un daño patrimonial al Estado.

Un nexa causal entre los elementos anteriores.” (Negrilla fuera de texto)

De los tres elementos, el daño es el elemento más relevante. No hay responsabilidad fiscal sin daño y éste debe ser atribuido a título de dolo o culpa grave, debiendo existir una relación de causalidad entre la conducta y el hecho generador del daño.

Es decir, se requiere certeza sobre la existencia de éste para poder iniciar el proceso de responsabilidad fiscal. En caso contrario, es decir, "sí no existe certeza sobre la causación del daño⁹ se abrirá una indagación preliminar¹⁰ donde se determine la existencia del mismo¹¹.

⁹ Artículo 40 de la Ley 610 de 2000.

Ahora bien, el objeto de la Responsabilidad Fiscal es el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de quienes realizan gestión fiscal, es decir, en este se establece claramente que un determinado servidor público o particular debe asumir las consecuencias que se derivan por sus actuaciones irregulares en la gestión fiscal que ha realizado y está obligado a reparar el daño causado al erario público.

El artículo 6 de la Ley 610 de 2000 indica:

“ARTICULO 6o. DAÑO PATRIMONIAL AL ESTADO. <Apartes tachados INEXEQUIBLES> Para efectos de esta ley se entiende por daño patrimonial al Estado la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, ~~uso indebido~~ o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado¹², producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, ~~inequitativa~~ e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las contralorías.

Dicho daño podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o culposa produzcan directamente o contribuyan¹³ al detrimento al patrimonio público.”

¹⁰ Ley 610 de 2000. Artículo 39. Indagación preliminar. Si no existe certeza sobre la ocurrencia del hecho, la causación del daño patrimonial con ocasión de su acaecimiento, la entidad afectada y la determinación de los presuntos responsables, podrá ordenarse indagación preliminar por un término máximo de seis (6) meses, al cabo de los cuales solamente procederá el archivo de las diligencias o la apertura del proceso de responsabilidad fiscal. La indagación preliminar tendrá por objeto verificar la competencia del órgano fiscalizador, la ocurrencia de la conducta y su afectación al patrimonio estatal, determinar la entidad afectada e identificar a los servidores públicos y a los particulares que hayan causado el detrimento o intervenido o contribuido a él.

¹¹ Ley 610 de 2000 Art. 39.

¹² Apartes tachados INEXEQUIBLES y subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-340-07 de 9 de mayo de 2007, Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil.

Adicional al fallo la Corte establece:

‘Con base en las anteriores consideraciones, la Corte habrá de declarar la inexequibilidad de la expresión “uso indebido” contenida en el artículo 6° de la Ley 610 de 2000, sin que, por otra parte, ello implique que no se pueda derivar responsabilidad fiscal por el uso indebido de los bienes o recursos del Estado, porque, en la medida en que de tal uso se derive un daño al patrimonio del Estado, entendido como la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida o deterioro de los bienes o recursos públicos o de los intereses patrimoniales del Estado, producida en los términos de la Ley 610 de 2000, el agente será fiscalmente responsable.’

¹³ Aparte subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-840-01 de 9 de agosto de 2001, Magistrado Ponente Dr. Jaime Araujo Rentería.

El daño patrimonial al Estado, como su nombre lo indica, es un fenómeno de carácter estrictamente pecuniario o económico; consiste en la pérdida de recursos por parte del Estado. De esta forma, dentro de la tipología de los perjuicios podemos establecer que el daño patrimonial al Estado es un perjuicio material quedando excluida la posibilidad de que exista un perjuicio inmaterial.

Dicho daño puede ser ocasionado por los servidores públicos o los particulares que causen un detrimento a los bienes y recursos públicos en forma directa, o contribuyendo a su realización.

El Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Gustavo Aponte Santos, en Sentencia del 15 de diciembre de 2009, indicó como concepto de daño patrimonial, lo siguiente:

“Este daño consiste fundamentalmente en una lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida o deterioro de los bienes o recursos públicos o de los intereses patrimoniales del Estado, por una mala gestión fiscal, fenómeno que sucede en el caso del pago de multas, sanciones e intereses de mora, de una entidad pública a otra.”

Lo anteriormente expuesto no fija la posición institucional sobre el tema, siendo responsabilidad exclusiva del funcionario competente tomar las decisiones que correspondan en cada caso concreto en respeto de la Constitución y la ley.

Finalmente, se concluye que para endilgar responsabilidad fiscal se requiere demostrar el daño al patrimonio del Estado y prueba que comprometa la responsabilidad de los implicados. De modo que, el detrimento patrimonial debe ser probado dentro del respectivo proceso de responsabilidad fiscal por el operador jurídico correspondiente, y no se podrá probar por vía de concepto como se solicita.

En este orden y como se señaló en el acápite anterior, las incapacidades las debe pagar la entidad que corresponda, dependiendo del número de días que cobije la misma.

Ahora bien, en cuanto a si el pago de las incapacidades constituye daño al Estado, la respuesta en principio es negativa, pues debe estar debidamente soportado el pago y como se indicó cada entidad es responsable de cancelar la incapacidad de acuerdo con la misma, caso contrario podría proceder, dependiendo de las circunstancias en que se produce en pago.

Ahora bien, no tiene competencia este de control fiscal para establecer si existe daño al patrimonio público si la administración paga el 100% de las incapacidades a los Trabajadores Oficiales por dos años consecutivos evidenciándose que existe

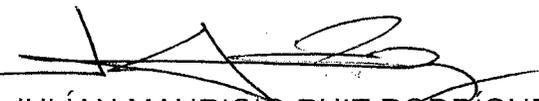
ausentismo laboral, pues habrá de analizarse el caso por el organismo de control fiscal competente y las circunstancias en que tal actuación ocurrió.

5. Conclusiones

5.1 El daño patrimonial al Estado es un fenómeno de carácter estrictamente pecuniario o económico que consiste fundamentalmente en una lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida o deterioro de los bienes o recursos públicos o de los intereses patrimoniales del Estado, por una mala gestión fiscal.

5.2 El detrimento patrimonial debe ser probado dentro del respectivo proceso de responsabilidad fiscal según por el operador jurídico correspondiente. En razón a lo anterior, no le es dable a la Oficina Jurídica pronunciarse sobre el caso particular y concreto relacionado con el pago del 100% de las incapacidades a los Trabajadores Oficiales de la Alcaldía de Villavicencio.

Cordialmente,



JULIÁN MAURICIO RUIZ RODRÍGUEZ
Director Oficina Jurídica

Proyectó. Aura María Hurtado Perea
Profesional Universitario
Revisó: Lucenith Muñoz A.
N.R. RD 2019ER0124923
TRD 80112-033 Conceptos Jurídicos.