



GOBIERNO  
DE COLOMBIA



MINSALUD



**Al contestar por favor cite estos datos:**

Radicado No.: **201811601078611**

Fecha: **05-09-2018**

Página 1 de 6

Bogotá D.C.,

URGENTE

**Asunto: Solicitud de aclaración artículo 2.2.3.4.1. Decreto 780 de 2016  
Radicado 201842301293652**

Respetado señor:

Hemos recibido su comunicación, mediante la cual en el marco de lo dispuesto en el artículo 2.2.3.4.1 del Decreto 1333 de 2018<sup>1</sup>, incorporado en el Decreto 780 de 2016<sup>2</sup>, Único Reglamentario del Sector Salud, plantea una serie de interrogantes dirigidos a aclarar la aplicación de dicho artículo. Al respecto, nos permitimos señalar:

En primer lugar y con el fin de dar respuesta a sus preguntas, vale pena traer en cita lo dispuesto en los artículos 2.2.3.4.1 y 2.2.3.4.2 del Decreto 780 de 2016, frente a las situaciones de abuso del derecho, así:

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

1. Cuando se establezca por parte de la EPS o EOC que el cotizante no ha seguido el tratamiento y terapias ordenadas por el médico tratante, no asista a las valoraciones, exámenes y controles o no cumpla con los procedimientos y recomendaciones necesarios para su rehabilitación en al menos el 30% de las situaciones descritas.
2. Cuando el cotizante no asista a los exámenes y valoraciones para determinar la pérdida de capacidad laboral.
3. Cuando se detecte presunta alteración o posible fraude en alguna de las etapas del curso de la incapacidad, para lo cual el caso se pondrá en conocimiento de las autoridades competentes, quedando obligado a ello quien detecte tal situación.
4. La comisión por parte del usuario de actos o conductas presuntamente contrarias a la ley relacionadas con su estado de salud.
5. Cuando se detecte fraude al otorgar la certificación de incapacidad
6. Cuando se detecte que el cotizan te busca el reconocimiento y pago de la incapacidad tanto en la EPS-EOC como en la ARL por la misma causa, generando un doble cobro al Sistema General de Seguridad Social en Salud.
7. Cuando se efectúen cobros al Sistema General de Seguridad Social en Salud con datos falsos.

<sup>1</sup> Por el cual se sustituye el Título 3 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 780 de 2016, se reglamenta las incapacidades superiores a 540 días y se dictan otras disposiciones

<sup>2</sup> Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social

**Carrera 13 No.32-76 - Código Postal 110311, Bogotá D.C**

Teléfono:(57-1)3305000 - Línea gratuita: 018000952525 Fax: (57-1)3305050 - [www.minsalud.gov.co](http://www.minsalud.gov.co)



**Al contestar por favor cite estos datos:**

Radicado No.: **201811601078611**

Fecha: **05-09-2018**

Página 2 de 6

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

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

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

**“Artículo 2.2.3.4.2. Procedimiento administrativo frente al abuso del derecho en incapacidades por enfermedad general de origen común.** Una vez la EPS o EOC detecte que el cotizante no ha seguido el tratamiento, no ha asistido a las terapias, valoraciones, exámenes y controles ordenados o no ha cumplido con los procedimientos y recomendaciones necesarios para su rehabilitación, en un porcentaje como mínimo del 30%, enviará comunicación al usuario indicándole la situación evidenciada e invitándolo a que, dentro de los cinco (5) días siguientes al recibo de esta, dé las explicaciones correspondientes.

*Igual procedimiento se adelantará respecto de las conductas descritas en los numerales 2 y 6 del artículo anterior, debiendo en este último caso remitir comunicación a la ARL del afiliado, señalando la situación detectada y las acciones adelantadas.*

*Tratándose de la conducta descrita en el numeral 8, una vez sea informada la EPS por parte del empleador, aportando las pruebas en que fundamenta tal afirmación, enviará comunicación al usuario indicándole la situación evidenciada e invitándolo a que, dentro de los cinco (5) días siguientes al recibo de esta, dé las explicaciones correspondientes.*

(...)”

Teniendo en cuenta lo anterior y frente a sus interrogantes, se tiene lo siguiente:

1. **“¿Puede el empleador denunciar situaciones de abuso del derecho en caso de establecerse alguna de las conductas descritas en los numerales 1 a 7 del artículo en mención?**
2. **De ser así ¿Cuáles son los requisitos provistos para que el empleador de manera autónoma, pueda realizar la denuncia en las situaciones de abuso del derecho contempladas en el artículo citado?**
3. **Ante qué organismo y/o entidad deberá acudir para interponer la respectiva denuncia a que hubiere lugar?**



**Al contestar por favor cite estos datos:**

Radicado No.: **201811601078611**

Fecha: **05-09-2018**

Página 3 de 6

En cuanto a sus preguntas 1, 2 y 3, vale la pena indicar, que el Decreto 780 de 2016, Único Reglamentario del Sector Salud, establece que las Entidades Promotoras de Salud – EPS o Entidades Obligadas a Compensar – EOC, una vez detecten que el cotizante está incurriendo en alguna de las causales de abuso del derecho, iniciaran el procedimiento administrativo descrito en el artículo 2.2.3.4.2, del Decreto 780, sin que allí se haga alusión a la forma como las entidades mencionadas, pueden conocer el acaecimiento de las situaciones constitutivas de abuso del derecho.

Por lo anterior, consideramos que si el empleador tiene conocimiento de que el cotizante (trabajador), ha incurrido en alguna de las causales descritas en los numerales 1, 2 y 6, podrá poner a consideración de las EPS o EOC dichos eventos, con el fin de que se inicie el procedimiento administrativo que describe el artículo 2.2.3.4.2, del Decreto 780 de 2016.

Ahora bien, en el caso de que el empleador conozca que el cotizante está inmerso en alguna de las causales de los numerales 3, 4, 5 y 7, del artículo 2.2.3.4.1 del Decreto 780 de 2016, de acuerdo a lo establecido en el parágrafo 1 ibídem, dicho evento deberá ser puesto en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación, junto con las pruebas que posea, con el fin de que dicho organismo determine la posible existencia de hechos punibles.

Ahora bien, en cuanto a los requisitos para que el empleador pueda poner en conocimiento de las entidades y/o autoridades competentes las situaciones de abuso del derecho contenidas en los numerales 1 a 7, los cuales son objeto de consulta, debe precisarse que la norma no trae consigo algún procedimiento y/o requisito específico, por lo que esta dirección mal haría en establecer alguno vía concepto.

***4“¿Cómo será realizado el procedimiento de investigación respecto de las conductas descritas en los numerales?”***

Sobre el particular, debe resaltarse que tratándose de las causales establecidas en los numerales 1, 2 y 6, a que refiere el artículo 2.2.3.4.1 del Decreto 780 de 2016, se adelantará el procedimiento administrativo descrito en el artículo 2.2.3.4.2 ibídem, por parte de las EPS o EOC, con el cual se garantizará el debido proceso.

Aunado a lo anterior, cuando se trate de las causales establecidas en los numerales 3, 4, 5 y 7, del artículo objeto de consulta, será la Fiscalía General de la Nación, la encargada de realizar el proceso investigativo pertinente, en el cual analizará la existencia o no de la posible comisión de un hecho punible.



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 201811601078611

Fecha: 05-09-2018

Página 4 de 6

**5. En los eventos fácticos en que hubiere incapacidades superiores a 540 días sin concepto favorable de la misma, ¿A quién corresponde o quien deberá asumir el pago de las incapacidades?**

En relación a su interrogante referente al pago de las incapacidades que superan los 540 días continuos, debe traerse a colación el pronunciamiento que sobre el tema hiciera la H. Corte Constitucional, en Sentencia T - 401 del 23 de junio de 2017, M. P. Gloria Stella Ortíz Delgado, mediante la cual, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, al resolver un fallo de tutela, indicó:

*“(…) Ahora bien, debido al déficit de protección legal que afrontaron los asegurados con incapacidades prolongadas por más de 540 días, ya sea porque no ha sido calificado su porcentaje de pérdida de capacidad laboral o porque su disminución ocupacional es inferior al 50%, es necesario resaltar que tal vacío legal fue advertido recientemente por el Congreso de la República, quien a través de la **Ley 1753 de 2015** –Ley del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018–, atribuyó el pago de las incapacidades superiores a los 540 días a las entidades promotoras de salud (EPS) y radicó en cabeza del Gobierno Nacional, la obligación de reglamentar el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad, para solucionar los dos puntos de vista analizados en los fundamentos jurídicos 28 y 29 de esta sentencia.*

*En efecto, el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, indicó:*

*“ARTÍCULO 67. Recursos que administrará la entidad administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud. La Entidad administrará los siguientes recursos:*

*(…)*

*Estos recursos se destinarán a:*

*a) El reconocimiento y pago a las **Entidades Promotoras de Salud** por el aseguramiento y demás prestaciones que se reconocen a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, **incluido el pago de incapacidades por enfermedad de origen común que superen los quinientos cuarenta (540) días continuos**. El Gobierno Nacional reglamentará, entre otras cosas, el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad por parte de las EPS, el momento de calificación definitiva, y las situaciones de abuso del derecho que generen la suspensión del pago de esas incapacidades.” (Resaltado de la Sala)*

*Como se puede observar en la norma transcrita, el Legislador asignó la responsabilidad de sufragar las incapacidades superiores a 540 días a las EPS, quienes podrán perseguir el reconocimiento y pago de las sumas canceladas por dicho concepto ante la entidad administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, según lo prescrito en el artículo 67 de la Ley 1753 de*



**Al contestar por favor cite estos datos:**

Radicado No.: **201811601078611**

Fecha: **05-09-2018**

Página 5 de 6

2015.

*Igualmente, conviene aclarar que el deber legal de asumir las incapacidades originadas en enfermedad común que superen los 540 días (que, se reitera, está en cabeza de las EPS) no se encuentra condicionado a que se haya surtido la calificación de pérdida de capacidad laboral, toda vez que la falta de diligencia de las entidades no puede derivar en una carga más gravosa para quien afronta una incapacidad prolongada.*

*33. Con fundamento en esta normativa, es claro que en todos los casos futuros, esto es, los suscitados a partir de la vigencia de la ley –9 de junio de 2015–, el juez constitucional y las entidades que integran el Sistema de Seguridad Social deberán acatar lo dispuesto en dicho precepto legal.*

*No obstante, esta Corporación ha ordenado la aplicación retroactiva del artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, con base principalmente en el principio de igualdad material ante un déficit de protección previamente advertido por la Corte Constitucional<sup>4</sup>. En esta medida, se ha admitido la aplicación de la citada ley respecto de períodos anteriores a su vigencia, en virtud de poderosas razones constitucionales como lo son: (i) la necesidad de evitar que se genere un trato desigual entre las personas cuyas incapacidades fueron expedidas con anterioridad a la vigencia de la norma en cuestión y aquellas que gozan de certificados de incapacidad emitidos con posterioridad<sup>5</sup>; (ii) que las personas que reclaman el pago de incapacidades superiores a los 540 días continuos no han conseguido reintegrarse a la vida laboral pero tampoco han sido calificados con una pérdida de capacidad laboral definitiva, con lo cual se evidencia su situación de vulnerabilidad que origina especial protección del Estado; y (iii) que aunque la aplicación de la ley impone una carga administrativa a las EPS, dichas entidades tienen permitido repetir ante el Estado por los valores pagados, con lo que se asegura la sostenibilidad económica del Sistema General de Seguridad Social en Salud<sup>6</sup>.*

(...)"

<sup>3</sup> Ley 1753 de 2015. "ARTÍCULO 267. Vigencias y Derogatorias. La presente ley rige a partir de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias." La ley fue publicada en el Diario Oficial No. 49.538 de 9 de junio de 2015.

<sup>4</sup> Sentencia T-144 de 2016 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado); sentencia T-200 de 2017 (M.P. José Antonio Cepeda Amarís).

<sup>5</sup> Sentencia T-144 de 2016 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado) "Esa situación de desigualdad tiene un fundamento legal que es entendible desde el punto de vista de las reglas de vigencia y aplicación de las leyes. Sin embargo, genera una tensión constitucional que no puede ser omitida por la Corte, pues a la luz del principio de igualdad material, no hay razón para diferenciar y beneficiar sólo a un grupo de personas, en virtud de una consideración temporal, a sabiendas de que la situación se evidenciaba con anterioridad. Es decir, no hay una justificación constitucionalmente válida para fijar tal diferencia en la posibilidad de protección legal."

<sup>6</sup> Sentencia T-144 de 2016 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado) "Como fundamento adicional, ha de resaltarse que la aplicación retroactiva de la Ley, si bien impone una carga administrativa en cabeza de las EPS, no son ellas quienes al final van a asumir la obligación, pues es en últimas el Estado, en cabeza de la entidad administradora de los recursos del sistema general de seguridad social en salud, quien les pagará a éstas los dineros cancelados por dicho concepto".



**Al contestar por favor cite estos datos:**

Radicado No.: **201811601078611**

Fecha: **05-09-2018**

Página 6 de 6

Teniendo en cuenta lo antes expuesto y frente al pago de las incapacidades de origen común superiores a los 540 días, sin concepto favorable de rehabilitación y con una calificación de la pérdida de la capacidad laboral inferior al 50%, el pronunciamiento de la H. Corte Constitucional, fundamentándose en lo previsto en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015<sup>7</sup>, ha sido enfático al determinar que será la EPS, la entidad llamada a efectuar el pago de dicha incapacidad, teniendo en cuenta que le asiste el derecho a solicitar el recobro ante la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social En Salud - ADRES.

El anterior concepto tiene los efectos determinados en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido en su título II, por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015<sup>8</sup>.

Cordialmente,

**KIMBERLY ZAMBRANO GRANADOS**

Subdirectora de Asuntos Normativos

Dirección Jurídica

Elaboró: Johanna M.

Revisó: E. Morales

Aprobó: Kimberly Z

C:\Users\Jmayorgaa\Documents\Consultas\TEMAS\Incapacidades y Licencias\Situación de abuso del derecho\201842301293652 Aclaración situaciones de abuso del derecho.docx

<sup>7</sup> Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 "Todos por un nuevo país.

<sup>8</sup> Por medio de la cual se regula el derecho fundamental de petición y se sustituye el Título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.