

1227

322



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN B**

CONSEJERO PONENTE: DR. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

Bogotá D. C., tres (3) de marzo de dos mil once (2011).

**REF: EXPEDIENTE No. 050012331000199701930 01-
No. INTERNO: 1174-2010-
ACTOR: RESFA MARGARITA LONDOÑO LÓPEZ-
AUTORIDADES MUNICIPALES-**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 18 de enero de 2010, por la cual el Tribunal Administrativo de Antioquia accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda formulada por Resfa Margarita Londoño López en contra del Municipio de San Carlos (Antioquia).

LA DEMANDA

RESFA MARGARITA LONDOÑO LÓPEZ, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del C.C.A., solicitó al Tribunal Administrativo de Antioquia declarar la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- Resolución No. 0577 BIS de 16 de marzo de 1997, en virtud de la cual el Alcalde Municipal de San Carlos, retiró del servicio a



Resfa Margarita Londoño López por presentar una incapacidad para trabajar superior a 180 días.

- Oficio sin número de 7 de abril de 1997, por medio del cual, la misma autoridad administrativa, resolvió a la actora el recurso de reposición interpuesto en contra de la anterior resolución, manifestando *"al ente municipal no le queda otra alternativa que proceder a retirar a la recurrente del servicio, manteniendo así en firme la resolución recurrida"*.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, a título de restablecimiento del derecho, solicitó:

- Reintegrar a la demandante al cargo que venía desempeñando al momento de la terminación de su relación laboral.
- Condenar a la entidad demandada al pago de todos los salarios dejados de percibir desde la fecha en que fue retirada de su cargo, hasta cuando sea efectivamente reintegrada; incluyendo para ello, no solamente los reajustes legales sino que también, los incrementos salariales dejados de percibir.
- Condenar a la entidad al pago de las incapacidades causadas entre el 1º y el 17 de marzo de 1997, así como, los perjuicios morales y materiales derivados de la terminación laboral y los honorarios profesionales del abogado que asista el presente proceso.

Sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos:

La señora Resfa Margarita Londoño López se vinculó al servicio del Municipio de San Carlos el 30 de agosto de 1994, ocupando el cargo de Auxiliar de Tesorería.



Relata, que el 25 de agosto de 1996, siendo las nueve y media de la mañana, la actora se encontraba atendiendo a un usuario en la Tesorería del Municipio, cuando de pronto, se presentó su esposo con un arma de fuego, le propinó un disparo e inmediatamente se suicidó. Este escenario la llevó a estar incapacitada durante algún tiempo.

Posteriormente, el Alcalde de San Carlos resolvió retirar del servicio a la demandante, por medio de la Resolución No. 0577 Bis de 16 de marzo de 1997, quien inconforme con la decisión, interpuso recurso de reposición, el cual fue resuelto mediante comunicación de 7 de abril del mismo año, ratificando la resolución impugnada.

Finaliza aduciendo, que la demandante no incurrió en ninguna causal de desvinculación.

LAS NORMAS VIOLADAS Y SU CONCEPTO DE VIOLACIÓN

De la Constitución Política, el artículo 125.

De la Ley 27 de 1992, el artículo 7.

La actora consideró que los actos acusados estaban viciados de nulidad, por las siguientes razones:

Por un lado, al momento de ser retirada del servicio se encontraba inscrita en carrera administrativa, y por otro lado, nunca violó el régimen disciplinario, ni mucho menos obtuvo una calificación insatisfactoria; por ende, no se puede despedir a la demandante por presentar incapacidad mayor a 180 días, ya que ésta no es una causal de remoción de un funcionario de carrera, y aunque así lo



fuese, se debió declarar la incapacidad por la Junta Calificadora, tal y como lo dispone la Ley 100 de 1993.

LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La entidad accionada ejerció su derecho de contradicción frente a la acción incoada, oponiéndose a las pretensiones de la demandante, en los siguientes términos (folios 44 a 53):

Manifiesta, que las lesiones sufridas por la actora, en ningún momento se derivaron de un accidente de trabajo, sino que por el contrario, fueron situaciones personales que se presentaron entre cónyuges; ahora bien, la aseguradora de riesgos profesionales del Instituto del Seguro Social a la que se encontraba afiliada la demandante, no reconoció como accidente de trabajo las lesiones sufridas por la actora. En ese orden de ideas, al presentarse una incapacidad superior a 180 días, la actora incurre en una causal para ser retirada del servicio.

Sostiene además, que el Municipio de San Carlos, le canceló a la señora Londoño López, el cien por ciento de las incapacidades, por el tiempo que permaneció en convalecencia, por lo tanto *“es ella quien adeuda al fisco Municipal el mayor valor pagado”*.

Por otra parte propone las siguientes excepciones:

1) No comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios; en tanto el Instituto del Seguro Social resolvió que las lesiones sufridas por la demandante, no eran un accidente de trabajo, por lo tanto, la demanda debió impetrarse contra esta



entidad; y, II) Pago de la obligación, por cuanto el Municipio demandado canceló todas las obligaciones que surgieron, como consecuencia de la incapacidad de trabajar por parte de la actora.

EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

Quien acudió a responder el llamamiento en garantía promovido por el Municipio de San Carlos, fue Positiva Compañía de Seguros, quien a su vez, es la entidad que asumió las contingencias que cursaban en contra del Instituto del Seguro Social, en virtud de la cesión de activos, pasivos y contratos suscrita entre éste último y La Previsora Vida S.A (folios 151 a 154).

No obstante, no fue tenida en cuenta, ya que fue presentada extemporáneamente.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante sentencia de 18 de enero de 2010, declaró la nulidad tanto de la Resolución No. 0577 BIS de 16 de marzo de 1997, como del Oficio de 7 de abril de 1997; y condenó, a la entidad demandada a reintegrar a la demandante al cargo del cual fue retirada o a otro de igual o superior categoría, así como también, al pago de salarios y prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de percibir, desde la fecha de su desvinculación hasta que se haga efectivo su reintegro. Fundamentó la decisión en las razones que a continuación se exponen (folios 181 a 199):

El A – quo antes de abordar el fondo de la litis, analizó las excepciones propuestas por la A.R.P. del Instituto del Seguro



Social, y manifestó, que en vista a que fue contestado por fuera del término concedido, es improcedente tener en cuenta las excepciones propuestas.

Respecto a la excepción pago de la obligación propuesta por el Municipio, sostuvo, que no obra dentro del expediente prueba que permita conocer si la entidad canceló la incapacidad que solicita la demandante; de otro lado, no puede confundirse el objeto de lo contencioso administrativo, el cual no está en determinar si el empleador pagó o no la incapacidad, sino en determinar si los actos que dieron lugar al retiro de la demandante conservan la presunción de legalidad.

En cuanto al fondo del asunto, argumenta, que la carrera administrativa fue elevada a cánón Constitucional, a partir de la Carta de 1991, y conlleva a que las personas vinculadas a ella sean titulares de ciertos derechos adquiridos, no obstante, el principio de estabilidad no se opone a la posibilidad de separarlos del cargo en aquellos casos que se encuentren previstos en la Ley.

Por ende, al analizar las causales de retiro del servicio consagrado en la Ley 27 de 1992, se puede evidenciar que el Alcalde no podía separar del cargo a la señora Londoño López.

Finaliza aduciendo, que no hay lugar al reconocimiento de perjuicios morales, en tanto no se probaron; de igual modo, no realiza ningún pronunciamiento respecto del llamado en garantía, ya que es ajeno a la controversia de la demanda.



EL RECURSO DE APELACIÓN

La entidad demandada interpuso y sustentó el recuso de apelación contra la sentencia del *A - quo*, solicitando que sea revocada bajo los siguientes argumentos (folios 201 a 202):

Los derechos de los empleados de carrera no son absolutos, pues es claro que el retiro del servicio de este tipo de empleados se hará por calificación no satisfactoria, por violación de régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Ley. En tal sentido, la Administración dio aplicación al Decreto No. 1848 de 1969, el cual gozaba de aplicación tanto para los empleados públicos como para los trabajadores oficiales.

Bajo el anterior criterio, la Alcaldía de San Carlos obró de buena fe, pues acreditó las razones suficientes para soportar la desvinculación de la actora.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico por resolver, consiste en establecer si se encuentra ajustada a derecho la decisión del Alcalde del Municipio de San Carlos, al retirar del servicio a la señora Resfa Margarita Londoño López, por presentar una incapacidad para trabajar superior a 180 días.

Para lo anterior, es preciso determinar la legalidad de la Resolución No. 0577 BIS de 16 de marzo de 1997, proferida por el Alcalde Municipal de San Carlos y del Oficio sin número de 7 de abril de 1997, por medio del cual, la misma autoridad administrativa,



resolvió a la actora el recurso de reposición interpuesto en contra de la anterior resolución.

Hechos probados

- El 5 de octubre de 1995, la Secretaria de la Comisión Seccional del Servicio Civil de Antioquia, le comunica a la demandante que fue inscrita en el cargo de Secretaria Analista de Tesorería mediante Resolución No. 875 de 14 de julio de 1995 (folio 22).
- El 1 de marzo de de 1997, el Psicólogo Especialista en Salud Ocupacional, certificó que la señora Londoño López presentaba un cuadro de Distimia (folio 16).
- El 6 de marzo de 1997, el Médico Salubrista Ocupacional de la Cooperativa Familiar de Medellín, emitió el concepto, respecto de las lesiones causadas a la actora (folios 32A a 35).
- Por medio de la Resolución No. 0577 BIS de 16 de marzo de 1997, el Alcalde del Municipio de San Carlos – Antioquia-, retiró del servicio a la señora Resfa Margarita Londoño López, por presentar una incapacidad superior a 180 días (folios 4 y 5).
- El 21 de marzo de 1997, la demandante interpone recurso de reposición en contra de la anterior Resolución, aduciendo que se encuentra inscrita en carrera administrativa (folios 6 y 7).
- Mediante Oficio sin Número de 7 de abril de 1997, el Alcalde del Municipio de San Carlos, mantuvo en firme la Resolución recurrida (folio 8).
- El 8 de abril de 1997, el medico tratante de la señora López Londoño, certificó que venía siendo atendida por un duelo patológico no resuelto, el cual debía continuar con tratamiento psiquiátrico (folio 17).



- El 17 de abril de 1997, el Abogado de la Administradora de Riesgos Profesionales Seccional Antioquia del Instituto del Seguro Social, concluyó que el evento sucedido a la señora Londoño López el día 25 de agosto de 1996, no es considerado como accidente de trabajo (folio 83).

Análisis del asunto

La Sala abordará el tema sometido a consideración, estableciendo I) De la carrera administrativa; II) Del retiro por incapacidad; y, III) Del caso en concreto.

I) De la carrera administrativa.

En vista a que la demandante se encontraba inscrita en carrera administrativa, se hace necesario realizar un recuento normativo hasta el momento en que la actora se encontraba desempeñando sus funciones, de tal manera que se pueda establecer, entre otros, la norma aplicable y las causales de retiro.

En desarrollo de lo expuesto, es válido afirmar que la carrera administrativa es una institución jurídica, que tiene por objeto la eficiencia de la administración, el buen servicio a la sociedad y la profesionalización o estabilidad de los empleados públicos, mediante un sistema de administración de personal que regula deberes y derechos de la administración y del empleado, en el que el ingreso y los ascensos están determinados exclusivamente por la capacidad o mérito demostrables por concurso¹.

¹ Villegas Arbeláez Jairo, *Derecho Laboral Administrativo*, 2008, Tomo 1, Pág. 291.



Ahora bien, la permanencia en el cargo, se encuentra condicionada a la capacidad con la que cuenta el trabajador para cumplir con los objetivos propuestos por la administración; pues dicho mérito, es periódicamente calificado para comprobar el desempeño de sus deberes.

Este sistema, fue creado en el año de 1938 mediante la Ley 165, para aquellos empleados que prestaran servicios administrativos permanentes. Es así que se propusieron ciertos objetivos específicos, como: i) el derecho a la inamovilidad; ii) a ser ascendidos en caso de que se encontrara vacante un cargo; iii) a ser reconocidas las prestaciones en caso de accidentes de trabajo y de enfermedad; y, iv) a gozar de vacaciones remuneradas, seguros de vida, pensiones de jubilación y demás beneficios que determinaran las leyes.

Posteriormente, por medio del Decreto Legislativo No. 0247 del 4 de octubre de 1957 se convocó un plebiscito, el cual, al referirse sobre esta institución jurídica estableció:

“Artículo 5º. El Presidente de la República, los gobernadores, los alcaldes y, en general, todos los funcionarios que tuvieran facultad para nombrar y remover empleados administrativos, no podrían ejercerla sino dentro de la legislación que se expidiera para establecer y regular las condiciones de acceso al servicio público, de ascenso por mérito y antigüedad y de jubilación, retiro y despido.

Artículo 6º. A los empleados y funcionarios de carrera administrativa les estaría prohibido tomar parte de las actividades de los partidos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho de sufragio. El quebrantamiento de esa prohibición constituiría causal de mala conducta.

Artículo 7º. En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podría determinar su nombramiento para un empleo o cargo público de la carrera administrativa, o su destitución o promoción”.

327



A su turno, la Ley 19 de 1958 en desarrollo de los principios constitucionales aprobados en virtud del mencionado plebiscito, reorganizó la administración pública y creó una estructura administrativa en apoyo de la carrera, entre ellas, el Departamento Administrativo del Servicio Civil el cual estaría a cargo de su manejo; la Escuela Superior de Administración Pública, encargada de su formación y la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación dedicada a brindar asesoría. Sin embargo, fue hasta el año de 1960 mediante el Decreto Reglamentario 1732 de 1960 que se constituyó un completo estatuto de la carrera administrativa tanto para el orden nacional, como para el orden departamental y municipal. Dicho reglamento al tratar el tema de retiro dispuso lo siguiente:

“ARTÍCULO 104. La cesación definitiva de funciones se produce en los siguientes casos:

- a). Por renuncia regularmente aceptada;*
 - b). Por retiro con pensión de jubilación;*
 - c). Por la privación del cargo en los casos que autorizan este estatuto o la ley;*
 - d). Por invalidez, cuando fuere absoluta;*
 - e). Por la causal indicada en el segundo inciso del artículo 100.*
- Con excepción de los casos comprendidos en el ordinal d), los empleados que cesen definitivamente en sus funciones, serán considerados en retiro”.*

Ahora bien, en el año de 1968, por medio del Decreto Legislativo 2400, el cual fue modificado por el Decreto 3074 del mismo año, se reguló la administración de personal civil que prestaba sus servicios en los empleos públicos de la rama ejecutiva en el orden nacional y exceptuaron de su aplicación a los empleados públicos de las entidades territoriales, lo que indica que el Decreto 1732 de 1960 se mantendría vigente para los empleados territoriales.

Seguidamente, mediante el Decreto 1950 de 1973 se reglamentaron los decretos antes mencionados, señalando para los



empleados de carrera que el movimiento del personal en servicio se podía hacer por traslado, encargo y ascenso. No obstante, entre los años 1975 a 1982, en los Gobiernos de los Presidentes López Michelsen y Turbay Ayala se dictaron varios Decretos², que suspendieron la carrera administrativa.

Por su parte, el Decreto 583 de 1984, reglamentó el inciso 1º del artículo 42 del Decreto 2400 de 1968, estipulando entre otros, los mecanismos para ingresar a la carrera administrativa en forma automática, además se señaló, que los empleados que se encontraran ocupando un cargo de carrera administrativa tenían derecho a solicitar la inscripción en carrera.

La Ley 61 de 1987, estuvo dirigida a restringir los empleos de carrera y ampliar los de libre nombramiento y remoción, pues estipuló:

“Artículo 2o. El retiro del servicio por cualquier causa implica el retiro de la carrera y la pérdida de los derechos inherentes a ella, salvo en el caso de cesación por motivo de supresión del empleo. Cuando un funcionario de Carrera Administrativa toma posesión de un empleo distinto del que es titular sin haber cumplido el proceso de selección o de un cargo de libre nombramiento y remoción para el cual no fue comisionado, perderá sus derechos de carrera”.

La anterior normatividad, fue variada de manera trascendente mediante la Constitución Política de 1991, pues dedicó un capítulo exclusivo a la Función Pública, en donde se estipuló para los empleos de carrera lo siguiente:

“ARTÍCULO 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre

² Decreto 528 del 8 de marzo de 1975, Decreto 2131 de 7 de octubre de 1976. El Estado de Sitio se levantó conforme al Decreto 674 de 20 de junio de 1982.



nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción”.

Ya para el año de 1992, mediante la Ley 27, se extendió la carrera administrativa al nivel territorial, tema que ya había sido contemplado en 1938 y en 1960, y reguló las causales de retiro de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 7o. Causales de retiro del servicio. *El retiro del servicio de los empleados de carrera, se produce en los siguientes casos:*

- a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, en el evento contemplado en el artículo 9o. de la presente ley;*
- b) Por renuncia regularmente aceptada;*
- c) Por supresión del empleo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8o. de la presente ley;*
- d) Por retiro con derecho a jubilación;*
- e) Por invalidez absoluta;*
- f) Por edad de retiro forzoso;*
- g) Por destitución;*
- h) Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo;*
- i) Por vencimiento del período para el cual fue nombrado o elegido el empleado, y*
- j) Por orden o decisión judicial.*

Parágrafo. El retiro del servicio por cualquiera de las causales previstas en el presente artículo, conlleva el retiro de la carrera administrativa y la pérdida de los derechos inherentes a ella, salvo el literal c)”.

II) Del retiro por incapacidad.

La entidad demandada afirma dentro del recurso de alzada, que obró de buena fe aplicando lo preceptuado por el Decreto 1848 de



1969³, toda vez que, los derechos de los empleados de carrera no son absolutos, y por ende pueden ser desvinculados, entre otras razones, por las causales previstas en la Ley.

Por ende, al analizar lo mencionado por el recurrente, es preciso exponer los antecedentes jurisprudenciales tanto de la Corte Constitucional, como de esta Corporación de cara a establecer si el marco normativo utilizado por el nominador se encuentra ajustado a derecho.

Antecedente Constitucional.

La Corte Constitucional, mediante sentencia T-28403/94⁴, trató el tema del retiro por incapacidad y manifestó, concretamente, que los servidores públicos podían ser retirados del servicio en aplicación del artículo 32 del Decreto 1848, no obstante, se debía decretar la nulidad del acto si el trabajador perdía su incapacidad, pues debía ser reinstalado a la mayor brevedad posible, veamos:

“Si el Alcalde, por motivos razonables no puede reinstalar inmediatamente al docente, éste no pierde entre tanto el derecho a la asistencia social y al pago de la mesada. Lo anterior no impide que el trabajador pueda solicitar su reintegro y el reajuste de su salario, puesto que la omisión de la Administración lo está perjudicando. Debe presentar la respectiva petición, a la autoridad correspondiente, a fin de agotar la vía gubernativa, para fines contencioso-administrativos.

(...)

Esta clase de retiro no está prohibido en la legislación laboral. El artículo 32 del decreto 1848 la señaló para los servidores públicos. Si Mosquera completó 180 días de incapacidad, podía ser retirado del servicio y si además se le decretó la pensión de invalidez, no se aprecia que ello pueda justificar una tutela para tomar la determinación de decretar la

³ “Artículo 32º.- Despido por incapacidad para trabajar. Cuando la incapacidad para trabajar, ocasionada por enfermedad no profesional y accidente de trabajo, sobrepase del término de ciento ochenta (180) días, el empleado oficial podrá ser retirado del servicio con fundamento en dicha causal, sin perjuicio de las prestaciones e indemnizaciones a que tenga derecho con sujeción a las normas legales pertinentes”.

⁴ Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero.



nulidad del retiro (propio del Juez Natural: el Tribunal Administrativo del Caldas) o revocar la determinación (para el caso el competente es el Alcalde de Samaná) Otra cosa es que si el docente ya no está inválido, debe reinstalárselo a la mayor brevedad, lo cual implica la finalización del acto por el cual se le retiró del servicio activo”.

Posteriormente, se estableció que el empleador tiene un deber de solidaridad con el trabajador, en aras de proteger su seguridad social y el acceso a la salud⁵, de la siguiente manera:

“Entonces, para los efectos de la acción de tutela, queda claro que el empleador, en principio, no desplegó el deber de solidaridad con la trabajadora y, que con la aplicación aislada de una disposición legal, sin considerar las otras obligaciones constitucionales y legales que debía a cumplir, vulneró los derechos a la seguridad social y de acceso a la salud de la trabajadora, que en este caso, se convierten en fundamentales”.

A su turno, al referirse sobre las causas de retiro de los empleados de carrera administrativa, afirmó⁶:

“El sistema de carrera administrativa tiene como finalidad la realización de los principios de eficacia y eficiencia en la función pública, así como procurar la estabilidad en los cargos públicos, con base en estos principios y en la honestidad en el desempeño de los mismos. Se busca que la administración esté conformada por personas aptas desde los puntos de vista de capacitación profesional e idoneidad moral, para que la función que cumplan sea acorde con las finalidades perfectivas que el interés general espera de los empleados que prestan sus servicios del Estado. El elemento objetivo de la eficiencia es el determinante de la estabilidad laboral, por cuanto es su principio de razón suficiente. No se trata de una permanencia en el cargo por razones ajenas a la efectividad de los buenos resultados, ni el ingreso al empleo sin una vinculación fundada en motivos diferentes a la capacidad. Igualmente, el retiro se hará por hechos determinados legalmente, inspirados en la realidad de la eficiencia laboral. En definitiva, lo que se protege es el interés general”.

Esta estabilidad relativa que cobija a los empleados de carrera, siempre dependerá del interés general, el cual estará unido a la

⁵ Corte Constitucional, Expediente T-1252170 Magistrado Ponente Dr. Alfredo Beltrán Sierra.
⁶ Sentencia C-195/94, Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa



propia eficacia y eficiencia de la función pública; de suerte, que sólo se protegerá este derecho mediante la tutela, siempre y cuando se encuentre en conexidad con un derecho fundamental, pues así lo manifestó en sentencia T-519 de 2003, el Doctor Marco Gerardo Monroy Cabra, en donde se analizó ampliamente la garantía de la estabilidad laboral:

"(...) se puede afirmar que (i) en principio no existe un derecho fundamental a la estabilidad laboral; sin embargo, (ii) frente a ciertas personas se presenta una estabilidad laboral reforzada en virtud de su especial condición física o laboral. No obstante, (iii) si se ha presentado una desvinculación laboral de una persona que reúna las calidades de especial protección la tutela no prosperará por la simple presencia de esta característica, sino que (iv) será necesario probar la conexidad entre la condición de debilidad manifiesta y la desvinculación laboral, constitutiva de un acto discriminatorio y un abuso del derecho. Por último, (v) la tutela sí puede ser mecanismo para el reintegro laboral de las personas que por su estado de salud ameriten la protección laboral reforzada, no olvidando que de presentarse una justa causa podrán desvincularse, con el respeto del debido proceso correspondiente".

Por ende, y de acuerdo a lo expuesto, se puede concluir que la Corte Constitucional ha sostenido que la facultad de dar por terminado el contrato de trabajo de forma unilateral en los casos en que el trabajador padezca una enfermedad por término superior a los 180 días, no es absoluta ni puede ejercerse de manera indiscriminada, como quiera que el empleador, para poder dar aplicación tiene que, previamente, dar cumplimiento a las normas sobre reintegro laboral.

Antecedente Consejo de Estado.

Por su parte, esta Corporación mediante sentencia de 7 de julio de 1982, Consejero Ponente Doctor Joaquín Vanin Tello, declaró nulo el artículo 32 del Decreto 1848 de 1969, esgrimiendo los siguientes argumentos:



"La señora Fiscal Cuarta de la Corporación en su concepto de fondo solicita que se acceda a decretar la nulidad del artículo 32 impugnado y se denieguen las demás pretensiones de la demanda, con base en los siguientes razonamientos:

"El primer concepto de violación que expone la parte demandante se relaciona con el precepto 32 demandado por haber alterado los mandatos del literal b) del parágrafo del artículo 18 del decreto reglamentado.

"Es acertado el criterio del demandante cuando afirma que si el mandato con fuerza legal obliga el retiro del empleado cuya capacidad laboral exceda de 180 días, el reglamento en su parte pertinente alteró aquel precepto al cambiar esa obligación por una facultad para retirarlo, lo cual es precisamente una figura jurídica contraria.

"Y efectivamente no se obtiene el mismo resultado con el mandato legal que emplea la modalidad verbal "será retirado" que con la del reglamento "podrá ser retirado".

"Esta petición debe, consecuentemente, prosperar.

(...)

"Finalmente tenemos que el artículo 32 del Decreto 1848/69, dirigido al análisis únicamente a lo que dispone en materia de accidente de trabajo, adiciona también el Decreto Ley 3135/68.

"En efecto, establece esto (sic) precepto como justa causal para dar por terminado el vínculo laboral con un empleado oficial, el hecho de que el lapso de incapacidad o licencia sobrepase el término de 180 días.

"Sobre el particular, se repite, en tratándose de accidentes de trabajo, nada dice el Decreto reglamentado, es decir, el 3135/68".

De lo anterior se evidencia, que el motivo para declarar nulo el mencionado artículo, fue el querer proteger el mandato legal del Decreto 3135 de 1968, pues mientras que este último estableció que cuando la incapacidad exceda de 180 días, el empleado o trabajador "será retirado del servicio", el Decreto 1848 de 1969 por su parte, expresó, que un empleado oficial "podrá ser retirado del servicio" por incapacidad para trabajar, ocasionada por enfermedad no profesional, profesional, accidente de trabajo y que sobrepase el término de 180 días.

Así mismo, esta Corporación señaló en sentencia del 17 de julio de 1995, con ponencia de la Dra. Pedraza de Arenas, lo siguiente:

"La filosofía que orienta las prestaciones tanto económica como asistencial, a que tiene derecho un servidor público en caso de



incapacidad laboral no profesional, es no dejarlo desprotegido por razón de este insuceso; de allí que se establezca el pago de un auxilio en dinero, pero sólo por el término máximo de 180 días, que se liquidará y pagará con base en el salario devengado por el incapacitado, a razón de las dos terceras partes de dicho salario durante los primeros 90 días de incapacidad y la mitad durante los 90 días siguientes, si la incapacidad se prolongare. Superado este término, la ley dispone en aras de la protección del buen servicio, que el empleado sea retirado del servicio y suspendida la prestación económica, pudiendo tener derecho a una pensión de invalidez en los casos en que a ello hubiere lugar".
(Subrayado fuera del texto)

Del caso en concreto.

En merito de lo expuesto, se puede deducir que el retiro de la demandante fue abiertamente ilegal, por cuanto el dispositivo normativo aplicado por el nominador, no fue el adecuado, pues desconoció por completo lo establecido para los empleados de carrera administrativa y además, los antecedentes jurisprudenciales que se encontraban vigentes, incluso para la época de la expedición del acto.

A la anterior conclusión se llega, después de analizar dos aspectos; primero, las causales de retiro de los empleados de carrera administrativa son taxativas y en el presente caso, no se evidencia que la actora se encuentre enmarcada dentro de alguna de las enlistadas del artículo 7º de la Ley 27 de 1992, la cual era la norma que se encontraba vigente al momento de su desvinculación; y; segundo, la jurisprudencia del Consejo de Estado declaró nulo el artículo 32 del Decreto 1848 de 1969 por las razones enunciadas anteriormente, por ende, el fundamento jurídico utilizado por el nominador no puede tenerse en cuenta para retirar del servicio a la señora Londoño López, pues se reitera, el soporte normativo en el cual se basó el acto demandado había desaparecido del ordenamiento jurídico; sumado a esto, la Corte Constitucional ha

33)



afirmado que la facultad para dar por terminado la labor del trabajador por padecer una enfermedad superior a 180 días no es absoluta, pues tienen que prevalecer las razones de salud y solidaridad.

Por consiguiente, y de acuerdo con las certificaciones expedidas por el médico tratante, donde se evidencia que a la demandante la aquejaba un cuadro de distimia⁷ causado por la muerte de su esposo y por la agresión con arma de fuego por parte de éste, se puede concluir, que el nominador estaba en la obligación de reincorporarla por cuanto esto no es óbice para el desarrollo normal de su trabajo, tan es así, que el Médico Salubrista Ocupacional de la Cooperativa Familiar de Medellín emitió el siguiente concepto:

"La lesión del plexo braquial derecho compromete principalmente la mano, pero se puede considerar muy funcional, aunque pudiera ser mayor en el futuro, ya que se trata de una lesión parcial del tronco primario inferior, cuyo proceso de reinervación tarda más tiempo pues la distancia que deben recorrer los axones en crecimiento es mayor de la axila hasta la mano. Por lo tanto sugiero reevaluar en seis (6) meses para establecer un pronóstico definitivo y definir la pérdida de la capacidad laboral.

Finalmente recomiendo que debe reintegrarse al trabajo, una vez finalice el tratamiento fisiátrico y psicológico".

A la postre, no obra dentro del *sub-lite*, prueba que demuestre que la actora haya tenido un cierto grado de invalidez que impedida realizar su labor y por ende requerir de su pensión de invalidez.

Ahora bien, respecto de quien cancelaba la incapacidad para el caso en concreto, el Decreto 819 de 1989 estableció, que en los casos en que se presentará una incapacidad por enfermedad

⁷ "También llamada trastorno distímico, es un trastorno afectivo crónico de carácter depresivo leve, caracterizado por la baja autoestima y aparición de un estado de ánimo melancólico, triste y apesadumbrado, pero que no cumple con todos los patrones diagnósticos de la depresión".
<http://es.wikipedia.org/wiki/Distimia>



profesional o no profesional, o por accidente de trabajo, la entidad de previsión social tenía la obligación de seguir reconociendo la misma cuantía hasta cuando tuviese reconocida la pensión por incapacidad o hasta el momento que hubiese obtenido la calificación sin tener derecho a ella.

Cabe anotar, que no se puede dejar de lado la seguridad social del trabajador que se encuentra convaleciente, pues es deber del Estado proteger precisamente aquellos casos de indefensión; es por ello, que en los casos en que existan este tipo de causales, esto es, retiro por incapacidad mayor a 180 días, se debe dar cumplimiento previamente a las normas de reintegro laboral, tal y como lo ha venido manifestando en diferentes oportunidades la Corte Constitucional y los Tratados Internacionales.

Vale decir también, que se deben ponderar las necesidades del servicio con las condiciones físicas del trabajador, de tal manera que por un lado no se afecte la evolución de la administración, y por otro, no se desprotejan los derechos a la seguridad social y de acceso a la salud del trabajador; es por esto que se recomienda, en los casos en que la incapacidad sea superior a 180 días, acompañar al afectado por enfermedad o por accidente a realizar el procedimiento administrativo de cara a establecer el grado de incapacidad, para con ello tomar la decisión correspondiente.

Así las cosas, al configurarse el cargo formulado en la demanda y al haber desvirtuado la presunción de legalidad de que goza el acto impugnado, la Sala deberá confirmar la decisión del *A - quo*, que accedió las pretensiones de la demanda.



DECISIÓN

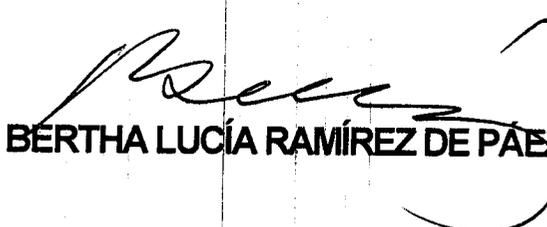
En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia del 18 de enero de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, por medio de la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda incoada por Resfa Margarita Londoño López contra el Municipio de San Carlos (Antioquia), de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, Notifíquese, Publíquese en los anales del Consejo de Estado. Devuélvase al Tribunal de Origen, Cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.


BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ


GERARDO ARENAS MONSALVE


VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA