



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION SEGUNDA, SUBSECCIÓN “B”

Consejero ponente: Dr. CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Bogotá D.C., primero (1º) de septiembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicado: 19001-23-31-000-2002-08000-01 (0412-2010)

Actor: Nicolás Rodolfo López Saccone

Demandado: Instituto Geográfico Agustín Codazzi -IGAC

Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho – Decreto 01 de 1984

La Subsección conoce los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia proferida el 03 de diciembre de 2009 por el Tribunal Administrativo del Cauca, que accedió a las pretensiones de la demanda presentada por Nicolás de Jesús López Saccone contra el Instituto Geográfico Agustín Codazzi - IGAC.



A N T E C E D E N T E S

El señor Nicolás Rodolfo de Jesús López Saccone, por conducto de apoderado, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Decreto 01 de 1984, demandó al Instituto Geográfico Agustín Codazzi –IGAC.

Pretensiones.

1.- Se declare la nulidad de la Resolución No. 00017 de 17 de enero de 2002, proferida por el Director General del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, mediante la cual se dispuso su retiro del servicio, a partir del 25 de noviembre de 2001, por haber permanecido trescientos sesenta (360) días en licencia por enfermedad comprobada.

2.- A título de restablecimiento del derecho, solicitó que se ordene al Instituto Geográfico Agustín Codazzi, el reintegro al cargo que ocupaba o a otro de igual o superior categoría, se declare que no hubo solución de continuidad, e igualmente se condene al reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones sociales



dejadas de percibir desde el momento de su retiro hasta que se produzca el reintegro efectivo al servicio.

3.- Se ordene el ajuste de las cantidades líquidas de dinero que resulten de la condena, según el artículo 178 del C.C.A, y se cumpla la sentencia en los términos indicados en los artículos 176 y 177 del C.C.A.

FUNDAMENTOS FÁCTICOS

En resumen, los siguientes son los fundamentos fácticos de las pretensiones:

1. El señor Nicolás Rodolfo de Jesús López Saccone se vinculó al servicio del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, mediante Resolución No. 235 de 19 de febrero de 1975, en el cargo de ayudante de laboratorio clase 8.
2. Durante su trayectoria laboral en la entidad demandada, ocupó diferentes empleos, fotogrametrista 4050 grado 11, coordinador código 5005 grado 17 y auxiliar administrativo



código 5120 grado 22. Al último empleo ocupado accedió por el sistema de carrera administrativa.

3. Aseguró el demandante que el señor Eduardo Restrepo Doria, Director del IGAC, seccional Cauca, durante el año 1998, comenzó a tener un comportamiento *“hostil, grosero, humillante, represivo y burlesco”* en su contra.
4. A raíz de lo anterior, comenzó a cambiar su comportamiento, volviéndose “irritable e irascible”, no sólo en su trabajo sino en su hogar, situación que lo llevó a aislarse de su entorno, desarrollar conductas depresivas y suicidas, y presentar trastornos en su salud, con síntomas de gastritis, insomnio, ansiedad, depresión y compulsión al comer.
5. Acudió al servicio médico de psiquiatría del Instituto del Seguro Social IPS – Hospital Universitario San José de Popayán, en donde le fue diagnosticado “síndrome de stress laboral, crisis de pánico, temores paranoides, angustia, bulimia y depresión mayor”, como enfermedad profesional, en virtud de lo cual, se le ordenó incapacidad para laborar



desde el 30 de noviembre de 2000, prorrogándose hasta la fecha de su retiro.

6. La aseguradora de riesgos profesionales COLSEGUROS ARP remitió al demandante a la Junta Regional de Calificación del Cauca para la valoración médico laboral, autoridad que determinó una pérdida de la capacidad laboral del 56.76%, por enfermedad profesional, con fecha de estructuración del 30 de noviembre de 2000.
7. COLSEGUROS ARP apeló la decisión ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, instancia que dictaminó que la enfermedad padecida por el demandante era de origen común, según consta en acta nº. 47-01 de 6 de diciembre de 2001.
8. Expuso que con fundamento en tal decisión “perdió el derecho a la pensión de invalidez” y no le fueron pagadas las incapacidades, situación por la que interpuso acción de tutela, en virtud de la cual se ordenó al Director Seccional de la Caja de Previsión Social pagar las incapacidades debidas.



9. El IGAC lo retiró del servicio mediante Resolución nº. 00017 de 17 de enero de 2002, con efectos desde el 25 de noviembre de 2001, por haber permanecido trescientos sesenta (360) días en licencia por enfermedad comprobada, justificando el retiro en el artículo 18 del decreto 3135 de 1968, disposición que fue derogada por el decreto 1295 de 1994, artículo 98 y por la Ley 361 de 1997 que protege los derechos de los trabajadores con limitaciones físicas o psicológicas.

10. Argumentó que el acto es nulo porque se fundamentó en una disposición derogada, además, la entidad demandada no inició trámite administrativo correspondiente ante la Oficina del Trabajo para lograr la autorización para su retiro del servicio, teniendo en cuenta que ocupaba un cargo en carrera administrativa.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

En la demanda se invocaron como normas violadas los artículos 1, 2, 6, 25, 53, 90 y 123 de la Constitución Política, artículos 2, 3, 36 y demás normas concordantes del Decreto 01 de 1984, artículo 98 del Decreto 1295 de 1994, artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y Ley 443 de 1998.



Causales de nulidad propuestas.

.- Violación a la constitución y la ley. Se expuso que el acto acusado vulneró la Constitución Política, el bloque de constitucionalidad conformado por las normas del Derecho Internacional Humanitario, las normas de protección de los grupos de minusválidos y limitados físicos contenidas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1948, la declaración de los derechos de las personas con limitación, aprobadas por la Resolución 3747 de 9 de diciembre de 1975 de la ONU, la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, el Convenio 111 de la OIT y el Convenio Internacional 159 de la OIT sobre readaptación profesional y empleo de las personas invalidas, porque ordenó el retiro del servicio de una persona sujeta a protección especial por su limitación síquica producto del estrés laboral, sin adelantarse el procedimiento administrativo de permiso ante la autoridad respectiva.

Indicó que la Ley 361 de 7 de febrero de 1997, reguló lo referente a los mecanismos de integración social de las personas con limitación, protegiendo los derechos fundamentales y la dignidad de esta población, norma que trajo una derogación tácita de todas las disposiciones que le eran contrarias, entre ellas, el Decreto 3135 de



1968 y el Decreto 1295 de 1994 y que fue declarada exequible por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-531 de 22 de mayo de 2000, en el entendido de que ninguna persona limitada puede ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

Argumentó que la violación de la norma se da, en primer lugar, frente a la competencia del funcionario, en la medida que la facultad de desvinculación de los empleados de carrera no es discrecional sino reglada y exige el permiso o autorización de la autoridad administrativa, u oficina de trabajo, que en este caso no se dio. Tampoco se observó el procedimiento para la expedición del acto administrativo, ni se motivó en debida forma.

.- Expedición irregular. Planteó este vicio como accesorio a la violación de la ley, porque el acto demandado no se sujetó al procedimiento indicado para su expedición, como era la previa autorización de la oficina del trabajo para determinar la “justa causa” de retiro. Además, afirmó que el retiro del servicio se produjo a partir del 25 de noviembre de 2001, es decir, con efectos hacia el pasado, lo que vulneró el principio de irretroactividad y los derechos adquiridos, toda vez que los actos administrativos no pueden vulnerar situaciones jurídicas consolidadas.



De otra parte, indicó que la entidad demandada no podía desvincularlo del servicio, hasta tanto no se le hubiera reconocido y notificado la pensión de invalidez de origen común por la Caja Nacional de Previsión Social.

.- Desviación de Poder. Funda esta causal en la animadversión demostrada en su contra por el jefe inmediato o director regional, quien desde que asumió el cargo en el año de 1998 hasta el 30 de noviembre de 2000, fecha de la incapacidad, inició una persecución y actitud humillante que desencadenó la patología del estrés laboral, depresión mayor y episodios de pánico. Destacó que este es el motivo por el cual, el director de la seccional Cauca, una vez transcurrido el término de trescientos sesenta (360) días de incapacidad, solicitó su retiro del servicio, sin que hubiera solicitado el permiso o autorización de la oficina de trabajo de Popayán como lo dispone la Ley.

.- Falsa Motivación. Adujo que este vicio se configuró porque el acto acusado se fundó en el artículo 18 del Decreto 3135 de 1968 que fue tácitamente derogado por la Ley 361 de 1997. Además, no se desarrolló el trámite ante la autoridad administrativa u oficina de trabajo para la autorización de la desvinculación, como lo exige el artículo 26 de la ley 361.



CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Instituto Geográfico Agustín Codazzi, se opuso a las pretensiones de la demanda, con base en los siguientes argumentos (fs. 119 a 135):

Afirmó que cumplió sus obligaciones como empleador, canceló aportes a las entidades encargadas de atender salud, pensión y riesgos profesionales, reconoció y canceló al demandante los valores legales por concepto de incapacidades durante el periodo de incapacidad, es decir, el total de 360 días continuos, mantuvo permanente relación con cada una de las entidades involucradas en el desarrollo del caso y solo procedió a desvincular al empleado cuando el ISS no transcribió las incapacidades posteriores a los 360 días otorgadas al demandante.

En el momento en el cual se superó el plazo de 360 días continuos de incapacidad, expedidos por el médico tratante adscrito al ISS, la entidad procedió de manera inmediata, a solicitar la transcripción de las incapacidades, tal como lo establece la Resolución nº 2266 de 5 de agosto de 1998, para luego reconocer y ordenar el pago de las incapacidades presentadas.



Adujo que la solicitud de reintegro es improcedente por cuanto el demandante fue desvinculado por la entidad por presentar incapacidades superiores a 360 días, por enfermedad de origen común, con pérdida de capacidad laboral de 52.15%, dando lugar al reconocimiento por parte de CAJANAL de la pensión de invalidez otorgada mediante Resolución 9123 de 08 de mayo de 2002, modificada mediante Resolución 30850 de 31 de octubre de 2002, reconocimiento que en la fecha se encuentra vigente, otorgándole al demandante el carácter de pensionado por invalidez, situación patológica y/o clínica que en la fecha no ha sido desvirtuada.

No se desprotegieron los derechos del demandante, por el contrario, mantuvo muy claro el trámite pertinente y las entidades competentes encargadas de aplicarlo, por esta razón, en el momento en el cual se interpuso la acción de tutela, Cajanal debió proceder a reconocer la pensión por invalidez causada por enfermedad de origen común, con efectos fiscales a partir del momento en el cual se retiró del IGAC.

Precisó que no desvinculó al demandante como consecuencia de su limitación física sino en cumplimiento de los artículos 18 del Decreto 3135 de 1968 y 37 del Decreto 1295 de 1994, por haber permanecido 360 días en licencia por enfermedad comprobada.



Por último, indicó que de acuerdo con el artículo 37 de la Ley 443 de 1998, es causal de retiro del servicio la invalidez absoluta.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Cauca mediante sentencia de 03 de diciembre de 2009, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, al condenar al IGAC al pago de la sanción prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y negar el reintegro por existir resolución pensional de invalidez (fs. 238 a 257):

Como sustento de su decisión expuso los siguientes argumentos:

Consideró que no se demostró la desviación de poder porque las declaraciones testimoniales, así como el concepto de la IPS referente al origen de la enfermedad del señor López Saccone no resultaban suficientes para desvirtuar la presunción de legalidad que rodea el acto acusado.

Indicó que no se configuró una indebida aplicación del artículo 18 del Decreto 3135 de 1968 porque dicha normatividad continúa vigente para los efectos de la expedición del acto demandado.



En relación con la violación de la Ley 361 de 1997, destacó que las personas discapacitadas gozan de una especial protección del Estado, lo cual se refleja en el artículo 26 de la referida ley, por lo tanto, el empleador que determine despedir dichos empleados sin la autorización de la oficina de trabajo debe compensar la omisión con el pago de una indemnización equivalente a 180 días de salario.

Con fundamento en tal disposición, concluyó que la actuación del IGAC es ilegal y supone una lesión de los derechos fundamentales del demandante porque incumplió el deber referido a la autorización previa de la oficina del trabajo para la desvinculación.

Frente al restablecimiento del derecho, anotó que el simple pago de las cotizaciones al sistema de seguridad social y riesgos profesionales por parte del IGAC, durante el periodo en que el demandante estuvo incapacitado, no cumple el cometido de protección superior que el Estado impone a favor de las personas con debilidad manifiesta, motivo por el cual, ante el incumplimiento del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, ordenó a la entidad demandada pagar la indemnización correspondiente a



180 días de salario consagrada en la referida disposición, aunque ésta no se solicitó en la demanda.

En cuanto al reintegro, sostuvo que no procede porque mediante Resolución nº 30850 de 31 de octubre de 2002 le fue reconocida al demandante la pensión de invalidez con efectos fiscales a partir de la fecha del retiro, esto es, del 25 de noviembre de 2001. Dicho acto se encuentra vigente y no fue objeto de demanda, razón por la que estimó improcedente el reconocimiento de los derechos económicos laborales pretendidos en la demanda.

ARGUMENTOS DE LA APELACIÓN

.- De la parte demandante: Dentro de la oportunidad legal, el señor Nicolás Rodolfo López Saccone, presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, en el que solicitó revocar el numeral segundo, y en su reemplazo ordenar, a título de restablecimiento del derecho, los salarios y prestaciones dejados de devengar en el cargo de auxiliar administrativo desde el retiro hasta el cumplimiento de la sentencia (fs. 260 a 263):

Adujo que el A-quo se equivocó al limitar el tema compensatorio a ciento ochenta (180) días de salario porque dicho monto no



compensa el daño sufrido al quedar desprotegido de la seguridad social y tener que acudir a acciones de tutela para reclamar la atención médica y el pago de incapacidades.

Indicó que la sentencia impugnada no restableció el derecho como se solicitó en la demanda, ni mucho menos reparó el daño que se le causó, en cambio, ordenó reconocer una indemnización por un monto pírrico que no compensa el daño sufrido.

Sostuvo que la pensión de invalidez no puede limitar el efecto compensatorio del daño, toda vez que se atentó contra su dignidad al ser desvinculado de manera ilegal, por la animadversión y persecución de su jefe inmediato, sin cumplir el requisito de la autorización previa ante la oficina de trabajo, razón por la que sostuvo que el restablecimiento “en justicia y equidad” debe ser el pago de los factores salariales y prestacionales hasta la fecha.

.- De la parte demandada. (f. 264 y 267 a 272). Solicitó revocar la sentencia de primera instancia y negar la totalidad de las pretensiones de la demanda.



Como fundamento del recurso, reiteró los planteamientos expuestos en el escrito de contestación en cuanto a las razones que motivaron la expedición del acto demandado. Expuso que en el momento en el cual el médico tratante adscrito al ISS expidió incapacidades que superaban los 360 días y que fueron avaladas pero no transcritas por el ISS, el IGAC debió resolver la situación laboral del señor López Saccone, expidiendo la Resolución n°. 00017 de 17 de enero de 2002 que ordenó su retiro del servicio.

Afirmó que al demandante se le atendió debidamente su particular situación de incapacitado ante las diferentes instancias, razón por la que el IGAC no es responsable de ninguna irregularidad que conlleve el pago de la sanción.

Sostuvo que no comparte la decisión de primera instancia en cuanto ordenó el reconocimiento y pago de la indemnización de 180 días, toda vez que el demandante no se encuentra dentro de los supuestos de la Ley 361 de 1997 para ser tratado como limitado físico.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

.- El demandante no alegó en esta etapa procesal.



.- Parte demandada. (f. 283 a 299). Sostuvo que debe revocarse la sentencia de primera instancia, toda vez que el acto administrativo demandado fue expedido por funcionario competente, con la observancia de la plenitud de las formas, cumpliendo con todos los presupuestos establecidos por la ley para preservar el derecho de audiencia y defensa. Reiteró que el IGAC reconoció y canceló las incapacidades expedidas y transcritas por el ISS, hasta llegar al término de 360 días continuos, término dentro del cual de manera permanente se le informó al señor Nicolás Rodolfo López Saccone, la controversia surgida por la calificación de la contingencia de enfermedad, para efectos de identificar las entidades competentes en la atención y reconocimiento de dicha contingencia.

Respecto a la condena de la indemnización, indicó que el IGAC no omitió la aplicación de la ley 361 de 1997, toda vez que no desvinculó a un limitado físico sino a una persona que cumplió con los requisitos exigidos para gozar de la pensión por invalidez, inhábil para laborar de forma absoluta, de acuerdo con las incapacidades presentadas, con pérdida de capacidad laboral de 52.15% por razón de enfermedad de origen común, por ende, no se dieron los presupuestos para ser tratado como limitado físico.



Se opuso a los argumentos del recurso de apelación del demandante porque no se demostró persecución o maltrato por parte del Director Seccional del IGAC en contra del demandante, tal y como lo consideró el A quo con apoyo en la prueba testimonial y porque no se dieron los presupuestos normativos para la aplicación de la ley 361 de 1997.

MINISTERIO PÚBLICO

Estimó que debe confirmarse la sentencia proferida en primera instancia porque el señor Nicolás Rodolfo de Jesús López Saccone tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 al quedar establecido que el acto demandado se profirió sin mediar la autorización previa de la oficina del trabajo para el retiro del servicio en razón del estado de incapacidad médico laboral en que se encontraba.

Por otra parte, sostuvo que las pretensiones del demandante, referidas al reintegro y al reconocimiento de los sueldos y prestaciones sociales dejadas de percibir no se pueden reconocer porque la obtención de la pensión cubre y ampara la seguridad



social del demandante. Indicó que una incapacidad declarada da lugar al retiro del empleado. (fs. 300 a 306).

CONSIDERACIONES

Problema jurídico.

¿Podía la entidad demandada retirar del servicio al demandante Nicolás Rodolfo López Saccone, en razón de su estado de incapacidad médica superior a 360 días, sin mediar la previa autorización de la oficina del trabajo?

Para resolver el anterior interrogante, la Subsección desarrollará el siguiente orden metodológico (i) marco constitucional y legal sobre la protección especial de la población que se encuentra en circunstancias de debilidad manifiesta, (ii) alcance interpretativo de las normas invocadas por la entidad para retirar del servicio al demandante, (iii) el estado de invalidez, y (iv) caso concreto.



.- (i) marco constitucional y legal sobre la protección especial de la población que se encuentra en circunstancias de debilidad manifiesta. A partir de la expedición de la Constitución Política de 1991¹, se ha venido consolidado en el país un marco jurídico que determina los derechos de la población con discapacidad y al mismo tiempo las obligaciones del Estado y la sociedad para con ellos. En este sentido, se observa que el artículo 13 de la Constitución consagra una cláusula de protección especial en favor de las personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.

Por su parte, el legislador se ha encargado de desarrollar dicha protección especial mediante la **Ley 361 de 1997**, por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación, y la **Ley 762 de 2002**, que aprueba la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad².

¹ Los artículos 47 y 54 de la Constitución Política, establecen el deber del Estado de adelantar políticas encaminadas a la previsión, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos, y brindarles la atención especializada que requieran, así como garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud.

² Para los efectos de dicha Convención, se entiende por Discapacidad, la existencia de “una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social”.



El artículo 26 de la Ley 361 de 1997, dispone:

“Artículo 26º.- [Modificado por el art. 137, Decreto Nacional 019 de 2012.](#) En ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren”.

La anterior disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional, en Sentencia C-531/00, por considerar que se trata de una “protección del trabajador que sufre de una disminución física, sensorial o síquica, en cuanto impide que ésta se configure per se en causal de despido o de terminación del contrato de trabajo, pues la misma sólo podrá alcanzar dicho



efecto, en virtud de la ineptitud del trabajador para realizar la labor encomendada”.

Indicó la Corte que el requerimiento de la autorización de la oficina de trabajo para proceder al despido o terminación del contrato de trabajo debe entenderse como una intervención de la autoridad pública encargada de promover y garantizar el derecho al trabajo según el ordenamiento jurídico nacional e internacional vigente sobre estas materias, para corroborar la situación fáctica que describe dicha causa legal de despido y proteger así al trabajador.

En torno a la indemnización prevista en dicha norma, afirmó que constituye una sanción adicional para el patrono que actúa contradiciendo la protección de la estabilidad laboral reforzada de los minusválidos aunque reconoció que no resulta suficiente para la protección de la discapacidad, por lo cual consideró que una interpretación constitucional de la norma exige su integración con los principios de respeto a la dignidad humana, solidaridad e igualdad (C.P., arts. 2o. y 13), así como los mandatos constitucionales que establecen una protección especial para los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos (C.P., arts. 47 y 54). Así entonces, declaró la exequibilidad del inciso 2o. del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, bajo el entendido de que el despido del



trabajador de su empleo o terminación del contrato de trabajo por razón de su limitación, sin la autorización de la oficina de trabajo, no produce efectos jurídicos y sólo es eficaz en la medida en que se obtenga la respectiva autorización. En caso de que el empleador contravenga esa disposición, deberá asumir además de la ineficacia jurídica de la actuación, el pago de la respectiva indemnización sancionatoria.

En el ámbito internacional, la Organización Internacional del Trabajo OIT, se ha ocupado del tema de la discriminación laboral contra personas discapacitadas, así se observan, entre otros instrumentos, en el Convenio No. 159 de 1983 sobre adaptación y la readaptación profesionales de los inválidos, ratificado por Colombia el 7 de diciembre de 1989 y en las Recomendaciones Nos. 99 de 1955 y 168 de 1983; mediante las cuales se consideró que la adaptación y la readaptación de estas personas son imprescindibles para que puedan recuperar al máximo posible su capacidad física y mental y reintegrarse a la función social, profesional y económica que puedan desempeñar.

Así pues, una importante regla de protección laboral prohíbe obstaculizar el ingreso o perder el trabajo por razón de la limitación.

(ii) Alcance interpretativo de las normas invocadas por la entidad para retirar del servicio al demandante. La entidad demandada fundó la decisión de retiro del demandante en los artículos 18³ del Decreto 3135 de 1968, y 37⁴ del Decreto 1295 de 1994, esta última norma fue declarada inexecutable en su totalidad por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-452 de 2002, al considerar que por su contenido excedió el límite material de la ley de facultades extraordinarias conferidas al ejecutivo, en cuanto modifica el monto de las prestaciones económicas. En relación con los efectos de la citada sentencia advierte la Sala que estos fueron diferidos por la Corte Constitucional hasta el 17 de diciembre de 2002, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 45 de la Ley 270 de 1996¹.

De otra parte, el artículo 18 del Decreto 3135 de 1968 fue reglamentado por el Decreto 819 de 1989, que en su artículo 1^{o5}

³ “**Artículo 18º.- Auxilio por enfermedad.** (...) 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”.

⁴ “**Artículo 37.** Monto de las prestaciones económicas por incapacidad temporal (...)”

El período durante el cual se reconoce la prestación de que trata el presente artículo será máximo 180 días, que podrán ser prorrogados hasta por períodos que no superen otros 180 días continuos adicionales, cuando esta prórroga se determine como necesaria para el tratamiento del afiliado, o para culminar su rehabilitación.

Cumplido el período previsto en el inciso anterior y no se hubiese logrado la curación o rehabilitación del afiliado, se debe iniciar el procedimiento para determinar el estado de invalidez. (...)”

¹ **ARTÍCULO 45. REGLAS SOBRE LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS PROFERIDAS EN DESARROLLO DEL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD.** Las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 241 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario”.

⁵ “**Artículo 1º.-** Cuando la incapacidad ocasionada por enfermedad profesional o accidente de trabajo exceda de ciento ochenta (180) días, el auxilio económico que venía percibiendo el incapacitado seguirá siendo reconocido en la misma cuantía por la entidad de previsión social, hasta cuando sea incluido en la nómina de pensionados o se le cancele la correspondiente indemnización, si a ella hubiere lugar.



estableció que el auxilio económico por incapacidad médica seguirá siendo reconocido hasta la inclusión en la nómina de pensionados. (subraya la Sala).

Acorde con las anteriores disposiciones, si la incapacidad excede el término de 180 días y sus prórrogas, se deberá iniciar el procedimiento para determinar el estado de invalidez, sin perjuicio de que el auxilio económico se siga reconociendo al empleado hasta su inclusión en la nómina de pensionados.

Bajo tal entendimiento, considera la Subsección que el artículo 18 del Decreto 3135 de 1968, no autoriza el retiro automático del servicio del empleado en razón de su incapacidad laboral cuando esta excede 360 días, toda vez que el contexto constitucional y legal vigente, desarrollado en las Leyes 100 de 1993 y 361 de 1997, y en el Decreto 2463 de 2001, brinda una serie de garantías y prestaciones económicas y asistenciales al empleado incapacitado, con el fin de asegurar su estabilidad laboral reforzada en razón de su estado de vulnerabilidad, mientras que se resuelve, en forma definitiva, su estado de invalidez y el reconocimiento de la pensión de invalidez.

En caso de enfermedad no profesional, el empleado tendrá el mismo derecho señalado en el inciso anterior, hasta cuando sea incluido en la nómina de pensionados o haya quedado en firme la calificación del grado de incapacidad, si ella no es suficiente para tener derecho a la pensión correspondiente.”



(iii) **El estado de invalidez.** El ordenamiento jurídico confiere diferente tratamiento legal a la pensión de invalidez según si el hecho o causa que la originó tuvo relación con el trabajo o si se trató de una invalidez de origen común. En ese orden, se tiene que el sistema de pensiones de la seguridad social se ocupa de la pensión de invalidez, cuando esta es de origen común (sin relación con el trabajo), por su parte, cuando la invalidez es de origen profesional, lo criterios normativos que se aplican son los del sistema de riesgos profesionales⁶.

De acuerdo con el artículo 38 de la Ley 100 de 1993 se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral. El estado de invalidez se determina con base en los criterios establecidos en el manual único para la calificación de invalidez, expedido mediante el Decreto 692 de 1995, y posteriormente adoptado mediante el Decreto 917 de 1999, en el que se dispone que para efectuar la calificación integral del daño corporal se deben tener en cuenta tres criterios: la deficiencia, la discapacidad y la minusvalía.

⁶ La pensión de invalidez de origen común se encuentra regulada en los artículos 30 a 44 de la Ley 100 de 1993. La pensión de invalidez de origen profesional está regulada en el estatuto del sistema de riesgos profesionales (D.L. 1295/94 y L. 776/2003).



En el sistema general de pensiones, cuando la calificación total es equivalente al 50% o más, se considera que hay estado de invalidez, las discapacidades que resulten inferiores a dicho porcentaje no originan derechos económicos para el afiliado.

En el sistema de riesgos profesionales se reconoce indemnización por incapacidad permanente parcial entre el 5% y el 49% de pérdida de capacidad laboral, y pensión de invalidez, por pérdida de capacidad laboral superior al 50%.

Las autoridades legalmente facultadas para efectuar la calificación de la invalidez con base en el manual único son, de una parte, las entidades del sistema –ISS, ARP, EPS y aseguradoras- y de otro lado, las juntas de calificación de invalidez, creadas por la Ley 100 de 1993

El reconocimiento de la pensión de invalidez supone, en primer término, que el afiliado sea declarado inválido conforme al manual único de calificación y por decisión de las juntas de calificación. A su vez, los efectos del reconocimiento de la pensión de invalidez se traducen, entre otros, en la terminación del vínculo laboral, en tal sentido, para los empleados públicos, las normas generales sobre retiro del servicio señalan que la cesación definitiva de



funciones se produce, entre otras, por invalidez absoluta, Decreto 2400 de 1968, artículo 25 literal e).

.- Caso concreto.

En el presente caso plantea el demandante que no podía ser retirado del servicio en razón de su estado de incapacidad médico laboral, sin mediar previa autorización de la oficina de trabajo.

Al respecto, la Sala observa que el señor Nicolás Rodolfo López Saccone se encontraba inscrito en el escalafón de carrera administrativa, razón por la cual gozaba de las prerrogativas de estabilidad laboral (fls. 163 y 167 cuaderno pruebas 1).

Asimismo, se aprecia en el cuaderno de pruebas No.2, que al actor le fueron concedidas sucesivas licencias por enfermedad desde el 30 de noviembre de 2000 hasta el 02 de diciembre de 2001, completando trescientos sesenta y ocho (368) días de incapacidad laboral (fl. 358).

Con ocasión de lo anterior, la entidad demandada lo retiró del servicio a partir del 25 de noviembre de 2001, mediante



Resolución n°. 00017 de 17 de enero de 2002, con fundamento en lo previsto en el artículo 18 del Decreto 3135 de 1968 y el artículo 37 del Decreto 1295 de 1994.

La Junta Nacional de Calificación de Invalidez mediante acta n°. 047-01 de 06 de diciembre de 2001, dictaminó la pérdida de la capacidad laboral del actor en 52.15% por enfermedad de origen común, al considerar que *“no se encontraron factores de riesgo laborales de magnitud tal que puedan explicar la aparición del trastorno mental”*, así, concluyó que no existía una relación de causalidad o una fuerte asociación entre la patología y los factores de riesgo psicosociales intralaborales. (fs. 336 a 341 cuaderno de pruebas n° 2)

Con fundamento en lo anterior, la Caja Nacional de Previsión Social mediante Resolución n°. 9123 de 08 de mayo de 2002 le reconoció pensión de invalidez, a partir del 25 de noviembre de 2001. (fl. 263 a 269 cdno. de pruebas 2). Dicho acto fue modificado parcialmente mediante Resolución n° 30850 de 31 de octubre de 2002, en lo atinente a los salarios y factores salariales de los años 1992 a 2000 (fls. 254 a 256).



El material probatorio permite a la Subsección establecer los siguientes supuestos fácticos:

(i) El IGAC procedió a retirar del servicio al señor Nicolás Rodolfo de Jesús López Saccone en razón de su incapacidad médico laboral superior a los trescientos sesenta (360) días. Retiro que se produjo mediante la resolución 00017 de 17 de enero de 2002, con efectos a partir del 25 de noviembre de 2001.

(ii) El reconocimiento pensional de invalidez del actor se produjo mediante resolución n°. 09123 de 08 de mayo de 2002, modificada por resolución 30850 de 31 de octubre de 2002.

(iii) Para el retiro del demandante, no medió la autorización previa por parte de la Oficina de Trabajo, decisión con la cual, afectó su derecho a la estabilidad laboral reforzada, derivado, no sólo de su inscripción en el escalafón de carrera administrativa, sino esencialmente de su estado de discapacidad.

(iv) Es claro que el retiro del servicio del demandante se produjo con anterioridad al reconocimiento de la pensión de invalidez.



Con fundamento en el artículo 26 de la ley 361 de 1997, para la terminación del vínculo laboral de un empleado con discapacidad, el empleador debe obtener la previa autorización de la oficina del trabajo, si no cumple dicho trámite de autorización previa, el empleador no sólo debe pagar la correspondiente indemnización sino que además, dicho retiro se torna ineficaz.

Dicha medida se justifica porque no es razonable dejar al empleado en un estado de desprotección dentro del sistema de seguridad social, cuando expresos mandatos constitucionales, propugnan por la garantía y efectividad de los derechos de todos los asociados y especialmente de aquellos que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta.

Así las cosas, la entidad demandada tenía el deber de mantener vigente el vínculo laboral con el demandante hasta el momento en que fuera declarado su estado de invalidez que le impidiera desempeñarse laboralmente, con el fin de asegurarle la protección de su ingreso económico y su integridad física y síquica acorde con los mandatos constitucionales.



Insiste la Subsección, que en virtud del derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada que ostentan las personas que poseen alguna limitación física, psíquica o sensorial, como el caso del demandante, la entidad demandada tenía el deber de garantizarle su permanencia en el empleo y continuar con el pago de los aportes correspondientes a salud, pensiones y riesgos profesionales, hasta la definición del estado de invalidez.

Además, el IGAC tenía el deber de dar cumplimiento a las normas que regulan el trámite de calificación de invalidez, previsto en los artículos 38 a 44 de la Ley 100 de 1993, y el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001⁷, por el cual se reglamenta la integración,

⁷ **“ARTICULO 23.-Rehabilitación previa para solicitar el trámite ante la junta de calificación de invalidez.** La solicitud de calificación de pérdida de capacidad laboral sólo podrá tramitarse cuando las entidades del sistema de seguridad social integral, el Fondo de Solidaridad y Garantía, los regímenes de excepción o el empleador, según sea el caso, hayan adelantado el tratamiento y rehabilitación integral o se compruebe la imposibilidad para su realización.

Quando se requiera la calificación de pérdida de la capacidad laboral para acceder a los beneficios otorgados por las cajas de compensación familiar, entidades promotoras de salud, administradoras del régimen subsidiado o para acceder al subsidio del Fondo de Solidaridad Pensional y a los beneficios a que se refiere la Ley 361 de 1997, no será necesaria la terminación previa de los procesos de tratamiento y rehabilitación para la formulación de la solicitud ante las juntas de calificación de invalidez.

Las administradoras de fondos de pensiones y administradoras de riesgos profesionales deberán remitir los casos a las juntas de calificación de invalidez antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150) de incapacidad temporal, previo concepto del servicio de rehabilitación integral emitido por la entidad promotora de salud.

Expirado el tiempo de incapacidad temporal establecido por el Decreto-Ley 1295 de 1994, las entidades administradoras de riesgos profesionales podrán postergar el trámite ante las juntas de calificación de invalidez y hasta por trescientos sesenta (360) días calendario adicionales, siempre que otorguen una prestación económica equivalente a la incapacidad que venía disfrutando y exista concepto médico favorable de rehabilitación.

Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación, la administradora de fondos de pensiones con la autorización de la aseguradora que hubiere expedido el seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o entidad de previsión social correspondiente, podrá postergar el trámite de calificación ante las juntas de calificación de invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal otorgada por la



financiación y funcionamiento de las juntas de calificación de invalidez, (vigente para la fecha de ocurrencia de los hechos), de acuerdo con las cuales, cumplidos los ciento ochenta (180) días continuos de incapacidad temporal del actor, le correspondía al Fondo de Pensiones al que éste se encontraba afiliado, continuar con el pago de la prestación económica, mientras se producía la calificación de invalidez por parte de la Junta de Calificación de Invalidez.

Una vez iniciado el trámite de calificación respectivo, y obtenido el dictamen de invalidez, con determinación de pérdida de capacidad laboral superior al 50%, junto con la acreditación de los demás requisitos de ley, el demandante podía beneficiarse del reconocimiento de la pensión de invalidez, como finalmente ocurrió en el presente caso, con la expedición de la Resolución n°. 9123 de 08 de mayo de 2002 (fl. 263 a 269 cuaderno de pruebas

entidad promotora de salud, siempre y cuando se otorgue un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador.

Cuando el trabajador no se encuentre afiliado a una entidad promotora de salud o se encuentre desvinculado laboralmente, el concepto de rehabilitación lo otorgará la administradora de fondos de pensiones o administradora de riesgos profesionales que tenga a cargo el trámite de calificación correspondiente. En dichos casos, cuando se trate de una contingencia de origen profesional, el tratamiento y la rehabilitación integral estará a cargo de la administradora de riesgos profesionales, con personal especializado propio o contratado para tales fines.

Cuando la junta de calificación de invalidez encuentre incompleto el proceso de tratamiento y rehabilitación, existiendo una administradora de riesgos profesionales o empresa promotora de salud obligada a continuar dicho tratamiento, se abstendrá de calificar y devolverá el caso a la entidad respectiva.

De conformidad con lo señalado en la ley, la administradora del sistema de seguridad social integral o la entidad de previsión social correspondiente que incumpla con el pago de los subsidios por incapacidad temporal, será sancionada por la autoridad competente.”



nº 2), pero sin que durante el desarrollo de tal procedimiento fuera procedente el retiro del servicio.

En este orden, para la Subsección es claro que cuando el trabajador se encuentra en imposibilidad transitoria de trabajar y aún no se han definido las consecuencias de su patología, existe el deber de protección del Estado, consistente en el derecho del trabajador, de recibir la atención médica requerida hasta el restablecimiento de la salud, así como el pago de las prestaciones económicas que le permitan procurar su subsistencia, para lo cual resulta esencial la continuidad del vínculo laboral que le otorga el derecho al reconocimiento de dichas prestaciones.

El retiro del demandante, en razón a su incapacidad de origen común superior a los 360 días ininterrumpidos, sin que la entidad empleadora hubiera solicitado previamente a la Dirección Territorial del Ministerio de la Protección Social, la respectiva autorización, con los soportes documentales que justifiquen el mismo y el pago de la indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, resulta ilegal e ineficaz, toda vez al demandante lo protegía un fuero de estabilidad laboral reforzada en razón a su estado de discapacidad laboral.



En tal sentido, ha indicado la Corte Constitucional⁸ que la estabilidad laboral reforzada del trabajador incapacitado implica: “(i) el derecho a conservar el empleo, (ii) a no ser despedido en razón de la situación de vulnerabilidad, (iii) a permanecer en él hasta que se configure una causal objetiva que amerite la desvinculación laboral y (iv) a que la autoridad laboral respectiva autorice el despido con base en la verificación previa de dicha causal, a fin de que el despido pueda ser considerado eficaz”⁹

En criterio de la Subsección, la previsión del artículo 18 del Decreto 3135 de 1968 no constituye una causal autónoma de retiro del servicio, sino un límite al auxilio por enfermedad como se desprende de la redacción misma de la norma; disposición que debe ser interpretada sistemáticamente con el nuevo sistema de seguridad social del sector público (Ley 100 de 1993) para hacerlo compatible con el nuevo contexto constitucional que otorga un fuero de estabilidad laboral reforzada al trabajador incapacitado.

En cuanto al argumento del demandante sobre la desviación de poder, se observa que el mismo quedó desvirtuado con el dictamen de la Junta de Calificación de Invalidez que consta en el

⁹ Sentencia T-337 de 2009. M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.



acta n°. 047-01 de 6 de diciembre de 2001¹⁰ en el cual se determinó la pérdida de la capacidad laboral del demandante en un 50.45% por trastorno mayor del afecto clase III como enfermedad de **origen común**, aclarando que “no hay elementos que permitan establecer una relación de causalidad entre las condiciones de trabajo y la etiología de la enfermedad”, dictamen médico que se encuentra en firme y por lo tanto se presume legal, prueba que desvirtúa la relación causal entre el retiro del servicio y el presunto hostigamiento por parte del superior.

Conclusión. Considerando que la Resolución n°. 00017 de 17 de enero de 2002, se motivó en la licencia por enfermedad comprobada del demandante superior a los 360 días, y la administración no adelantó el trámite correspondiente ante la oficina del trabajo para proceder al retiro, encuentra la Subsección que dicho acto violó el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, dado que el actor gozaba del fuero de estabilidad laboral reforzada, derivado de su estado de incapacidad médico laboral. Por lo anterior, desvirtuada la presunción de legalidad que amparaba al acto demandado, se impone confirmar el fallo de primera instancia de accedió a decretar su nulidad.

¹⁰ Folios 335 a 341 cuaderno n° 2.



Establecido lo anterior, le corresponde a la Subsección determinar los derechos económicos derivados de la declaratoria de nulidad del acto de retiro del servicio.

El señor Nicolás Rodolfo López Saccone adujo como motivo de apelación que el monto de la indemnización ordenada por el A quo, no restablece el derecho, ni repara el daño que se le causó. Además, que el otorgamiento de la pensión de invalidez no limita el efecto compensatorio del daño.

Sobre las pretensiones de restablecimiento del derecho, la Subsección considera lo siguiente:

(i).- La ***pretensión de reintegro*** resulta improcedente, toda vez que el estado de invalidez del demandante, reconocido mediante la Resolución nº 09123 de 08 de mayo de 2002, modificada por la Resolución nº 30850 de 31 de octubre de 2002, demuestra la pérdida de la capacidad laboral del demandante en forma permanente y definitiva, situación que le impide desempeñar un empleo público.



El reconocimiento de la pensión de invalidez supone, en primer término, que el demandante fue declarado inválido conforme al manual único de calificación y por decisión de las juntas de calificación; en segundo lugar, que era procedente la terminación del vínculo laboral, pues dicho estado constituye una justa causa para el retiro del servicio, al tenor del artículo 25 literal e) Decreto 2400 de 1968, y artículo 37 literal d) de la Ley 443 de 1998.

Así las cosas, es de concluir que la cesación definitiva de funciones como consecuencia del reconocimiento de la pensión de invalidez es incompatible con la pretensión de reintegro del demandante. Además, el estado de invalidez del demandante no fue desvirtuado dentro del proceso.

(ii) Respecto a la **pretensión de reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones sociales**. En el recurso de apelación el demandante insiste en el reconocimiento de los salarios, factores salariales y prestaciones sociales que dejó de percibir desde la fecha del retiro.

La Subsección considera improcedente dicha pretensión por las siguientes razones:



a).- El reconocimiento de la pensión de invalidez a través de la resolución n° 09123 de 08 de mayo de 2002 limita el efecto resarcitorio derivado de la declaratoria de nulidad del acto de retiro, toda vez que constituye una causal de retiro del servicio¹¹ que conlleva la terminación del vínculo laboral y por consiguiente cesa el derecho al reconocimiento de salarios y prestaciones sociales y se torna exigible el derecho al pago de la mesada pensional correspondiente.

En el presente caso, el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez del señor Nicolás Rodolfo de Jesús López Saccone se ordenó a partir del 25 de noviembre de 2001, lo anterior significa que desde esa fecha el demandante comenzó a recibir la mesada pensional que le fue reconocida, tal y como se desprende del acervo probatorio, en ese orden, no es procedente el reconocimiento de salarios y prestaciones sociales a favor del demandante.

b).- El material probatorio allegado al proceso da cuenta que durante la situación de licencia por enfermedad, el IGAC reconoció al demandante las prestaciones económicas y asistenciales previstas por el legislador en consideración a su

¹¹ Ley 443 de 1998 artículo 37 literal d).



estado de incapacidad médica, prestaciones que no son motivo de controversia en la presente causa.

c).- De acuerdo con lo previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, el retiro del demandante en razón de su incapacidad médico laboral, sin mediar la respectiva autorización de la oficina del trabajo, da lugar al reconocimiento y pago de la indemnización sancionatoria, equivalente a ciento ochenta (180) días de salario.

En ese orden de ideas, el monto de la indemnización reconocida por el *A quo* se ajusta a la tasación legal contenida en la referida ley.

d).- El demandante no acreditó dentro del proceso perjuicios adicionales, motivo por el cual resulta improcedente el reconocimiento de un monto indemnizatorio superior.

En ese orden, la Subsección procederá a confirmar la sentencia impugnada.

Conclusión. No hay lugar a reconocer salarios y prestaciones al demandante como consecuencia de la declaratoria de nulidad del



acto de retiro del servicio en razón de su incapacidad médico laboral, toda vez que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, estableció el reconocimiento y pago de la indemnización sancionatoria, equivalente a ciento ochenta (180) días de salario por el retiro en razón de la limitación física y mental del servidor. En ese orden de ideas, el restablecimiento del derecho se contrae al reconocimiento y pago de la indemnización reconocida por el *A quo*, la cual se ajusta a la prevista en la referida ley.

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 de 03 de diciembre de 2009 por medio de la cual el Tribunal Administrativo del Cauca, accedió a las pretensiones de la demanda promovida por Nicolás Rodolfo de Jesús López Saccone contra el Instituto Geográfico Agustín Codazzi.



Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

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

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CARMELO PERDOMO CUÉTER