

## **SUSPENSION EN EL EJERCICIO DEL CARGO – No trámite para obtención de calificación de invalidez / CALIFICACION DE INVALIDEZ – Término para su solicitud**

La legislación reconoce el hecho de la incapacidad por enfermedad como una situación administrativa que, si bien exonera al servidor estatal de la prestación del servicio, no se entiende como solución de continuidad de la relación laboral o contractual para ningún efecto; así mismo, reconoce beneficios asistenciales y económicos hasta por 180 días de incapacidad, con derecho a pensión de invalidez en caso de no haber lugar a la rehabilitación. El manual único para la calificación de la invalidez, está contenido en el decreto 692 de 1995, el cual se aplica “a todos los habitantes del territorio nacional, a los trabajadores de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, y del sector privado en general”. Para efecto de dicha calificación, las administradoras de fondos de pensiones y riesgos profesionales deben remitir los casos a las Juntas de Calificación de Invalidez antes de cumplirse el día 150 de incapacidad temporal (artículo 23 del decreto 2463 de 2001). El anterior recuento permite evidenciar que desde que iniciaron, de forma continua, las incapacidades de las empleadas reseñadas trascurrió un tiempo considerable que supera ostensiblemente los términos previstos en la ley para definir este tipo de situaciones. La falta de definición oportuna de la situación jurídica, ocasionada en gran medida en la consecución tardía de los respectivos dictámenes de invalidez, trajo además otras complicaciones de índole administrativo, pues las aludidas servidoras al permanecer en nómina por interregnos excesivos de incapacidad, como si no estuvieran “excusadas” del servicio, percibieron salarios y emolumentos propios de la prestación directa del servicio, que debieron ser recuperados a través de reconocimientos por parte del Instituto de Seguros Sociales y de Colfondos, de retroactivos pensionales y de descuentos en la liquidación de las prestaciones sociales definitivas. Si bien es cierto que el actor requirió a las interesadas para que tramitaran la calificación de invalidez respectiva, también lo es que, para ese momento, él era conocedor de que las incapacidades de cada una de ellas ya superaban el tope máximo señalado por la ley.

**FUENTE FORMAL:** DECRETO 1406 DE 1999 – ARTICULO 40 PARAGRAFO 1 / LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 38 / DECRETO 1295 DE 1994 – ARTICULO 37 / DECRETO 692 DE 1999 / DECRETO 2463 DE 2001 – ARTICULO 23

### **CONSEJO DE ESTADO**

#### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCION SEGUNDA**

#### **SUBSECCION "A"**

**Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO**

Bogotá D.C., veintitrés (23) de mayo de dos mil once (2011)

**Radicación número: 25000-23-25-000-2007-00270-01(2631-08)**

**Actor: GABRIEL BERNAL LOPEZ**

**Demandado: HOSPITAL MILITAR CENTRAL**

### **AUTORIDADES NACIONALES**

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia de 19 de junio de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

### **ANTECEDENTES**

Gabriel Bernal López, mediante apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., solicita que se declare la nulidad de los apartes pertinentes de las resoluciones 0002 de 3 de abril y 460 de 13 de julio de 2006, por medio de las cuales fue sancionado con suspensión en el ejercicio del cargo por el término de doce (12) meses e inhabilidad especial por ese mismo periodo.

A título de restablecimiento del derecho reclama que se condene al Hospital Militar Central a reintegrarlo al cargo que ocupaba de Jefe de División de Talento Humano (Código 2040 – Grado 24) o a otro igual o de superior categoría, así como al pago indexado de todos los salarios y prestaciones dejados de devengar. Pide, igualmente, que para todos los efectos legales se declare que no hubo solución de continuidad y que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A..

El actor, como hechos en los cuales fundamenta sus pretensiones, relata que por un anónimo de fecha 1º de mayo de 2003, dirigido al señor

Presidente de la República, se le inició una investigación disciplinaria, supuestamente, (i) por incumplir sus deberes e incurrir en prohibiciones, (ii) por vincular personal a la demandada sin el lleno de requisitos y (iii) por avalar el pago de nómina de empleados “excusados” del servicio con incapacidades superiores a ciento ochenta (180) días.

Explica que el proceso disciplinario tuvo varios tropiezos en su trámite, pues al resolverse un recurso de apelación interpuesto contra el fallo de primera instancia, contenido en la resolución 001 de 20 de septiembre de 2004, se declaró la nulidad de todo lo actuado (resolución 0002 de 15 de diciembre de 2004). Decisión que fue seriamente cuestionada por la Profesional Especializada instructora de esa investigación.

Indica que el pliego de cargos que reinició la investigación disciplinaria, también fue declarado nulo por el auto de 12 de septiembre de 2005. Actuación que, además de haber sido notificada de forma irregular (edicto), dejó a salvo las pruebas recaudadas hasta ese momento.

Señala que, finalmente, en el último pliego de cargos de 10 de octubre de 2005, se le imputó únicamente el incumplimiento de deberes y funciones, por haber desatendido los procedimientos establecidos en los decretos reglamentarios de la ley 100 de 1993, al permitir que las servidoras Martha Lucía Paba García, Carmen Adriana Ángel Duarte y Sully Yazmín Rubio Caballero, pese a su incapacidad prolongada, permanecieran en nómina como si no estuvieran “excusadas” del servicio.

Aduce que después de haber aclarado los cargos y la condición especial de incapacidad de estas tres funcionarias, fue sorprendentemente

sancionado, a través de las resoluciones controvertidas, con suspensión en el ejercicio del cargo por el término de doce (12) meses e inhabilidad especial por ese mismo lapso.

Asevera que esa sanción no es congruente, porque no está fundamentada en las pruebas obrantes en la investigación ni en el rebate de los descargos.

Insiste en que esa determinación también es desproporcionada, pues su actuar no le generó ningún detrimento patrimonial a la administración.

Considera que se debe declarar la nulidad de los fallos disciplinarios enjuiciados porque adolecen de falsa motivación por inexistencia de culpa grave o gravísima, desviación de poder, desconocimiento del derecho de defensa y violación al debido proceso.

### **NORMATIVA PRESUNTAMENTE VULNERADA**

Considera vulneradas las siguientes disposiciones: preámbulo y artículos 1, 2, 6, 29, 48, 53, 83, 124, 125, y 209 de la Constitución Política; artículos 5, 6, 13, 43, 44, 46, 48, 69, 73, 107, 128, 129, 141, 142, 143 (3) y 170 de la ley 734 de 2002; 1, 6, 8, 279, 288, y 289 de la ley 100 de 1993; 8 de la ley 71 de 1988; 36 del decreto 2701 de 1988; 19 (7) de la ley 352 de 1997; 23 del decreto 1795 de 2000; 9º (parágrafo 3º) de la ley 797 de 2003; 187 del Código de Procedimiento Civil y las demás que sean concordantes y complementarias (fl. 7 cdno ppal).

## LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró no probadas las excepciones propuestas y denegó las pretensiones de la demanda (fl. 394 cdno ppal).

Advirtió que al estar fundamentada la sanción en hechos ciertos, plenamente debatidos y demostrados, no es cierto que se haya configurado una falsa motivación.

Precisó que lo que se reprochó en el proceso disciplinario es la mora en el inicio de las gestiones pertinentes para definir la situación jurídica de invalidez de tres empleadas, dilación o desatención elemental *“que la ley califica como culpa gravísima”* (fl. 388 cdno ppal).

Insistió en que, por virtud de la ley 100 y sus decretos reglamentarios, es necesario definir en forma célere la situación de salud o invalidez de los servidores públicos.

Señaló que el hecho de que el demandante no comparta las conclusiones a las que llegó el fallador disciplinario, no indica, por si mismo, que ese funcionario haya actuado con desviación de sus atribuciones.

Afirmó que en sede gubernativa al actor se le otorgaron *“todas las garantías para su defensa, se hizo el pliego de cargos, el que pudo controvertir, interpuso los incidentes y nulidades que fueron resueltos a su favor, se*

*interpusieron los recursos y fueron desatados, y finalmente, esta impugnación en sede judicial es garante del derecho de defensa” (fl. 392 cdno ppal).*

Indicó que el demandante no se puede exculpar *“bajo el argumento de que su conducta fue encaminada a proteger a personas que se encontraban en circunstancias de debilidad y para garantizar la cobertura cierta de las prestaciones sociales”*, porque su deber no era mantener indefinidamente unas incapacidades sino adelantar las gestiones necesarias para obtener la calificación de invalidez respectiva (fls. 392, 393 cdno ppal).

## **FUNDAMENTO DEL RECURSO**

El actor solicita que se revoque el fallo apelado y, en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda.

Aclara que no es cierto que no adelantó las gestiones necesarias para obtener la calificación de invalidez y evitar un posible desmedro patrimonial de la demandada, pues requirió en oportunidad a las servidoras interesadas para que iniciaran, como era su obligación, el trámite respectivo y al Instituto de Seguros Sociales y a Colfondos para que reconocieran el retroactivo pensional a que hubiera lugar.

Destaca que, además de lo anterior, directamente también presentó diversas solicitudes tendientes a agilizar la calificación reseñada y, por ende, el reconocimiento de la pensión de invalidez. Actuar que, analizado en su conjunto, permite señalar que *“no hubo negligencia ni actitudes trasgresoras de las normas legales sobre la materia”* (fl. 440 cdno ppal).

Insiste en que el hecho de haber mantenido en nómina a unas servidoras que se encontraban en situación de enfermedad e incapacidad especial, además de ser un acto humanitario, era una obligación legal, tal como lo conceptuó, en su momento, uno de los Asesores Externos de la entidad demandada.

Concluye que en todo caso *“a las funcionarias se las mantuvo durante el término que ordena la ley, toda vez que el contrato de trabajo respectivo no puede terminarse por la incapacidad, sino que debe esperarse hasta que le sea reconocida o notificada la pensión al trabajador”* (fl. 441 cdno ppal).

Agotado el trámite de rigor de la segunda instancia y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

## **CONSIDERACIONES**

El asunto se contrae a establecer la legalidad los apartes pertinentes de las resoluciones 0002 de 3 de abril y 460 de 13 de julio de 2006, por medio de las cuales fue sancionado el demandante con suspensión en el ejercicio del cargo por el término de doce (12) meses e inhabilidad especial por ese mismo periodo.

El actor considera, en síntesis, que no es cierto que no adelantó las gestiones necesarias para obtener la calificación de invalidez de las funcionarias Martha Lucía Paba García, Carmen Adriana Ángel Duarte y Sully Yazmín Rubio

Caballero, pues las requirió a ellas, como directas interesadas, para que iniciaran el trámite correspondiente y al Instituto de Seguros Sociales y a Colfondos para apoyar ese oficio y el del pago del retroactivo pensional a que hubiera lugar.

Insiste en que haber mantenido a las aludidas empleadas en nómina como si no estuvieran “*excusadas*” del servicio, en atención a sus condiciones especiales de enfermedad e incapacidad, además de ser un acto humanitario, era una obligación legal, tal como lo conceptuó, en su momento, un Asesor Externo del Hospital Militar Central.

Finalmente, destaca que no hubo un detrimento patrimonial para la demandada, porque obtuvo del Instituto de Seguros Sociales y de Colfondos el reconocimiento de retroactivos pensionales, logro que compensa lo sufragado, por concepto de salarios, a estas servidoras desde el momento en que se estructuraron los respectivos dictámenes de invalidez.

En las decisiones demandadas se precisa que lo que se le reprocha al demandante es el hecho de no haber adelantado las gestiones necesarias ante la Junta de Calificación de Invalidez, para obtener los dictámenes respectivos dentro de los términos fijados en la ley. Dilación injustificada que, además de mantener en suspenso la definición de la situación jurídica de las funcionarias Martha Lucía Paba García, Carmen Adriana Ángel Duarte y Sully Yazmín Rubio Caballero, trajo consigo otras complicaciones de índole administrativo.

La enfermedad no profesional o común, como la padecida por las señoras Martha Lucía Paba García, Carmen Adriana Ángel Duarte y Sully Yazmín Rubio Caballero, es aquella que sobreviene al servidor público por causas ajenas a la naturaleza del trabajo que realiza o a los riesgos profesionales y hace

imposible la prestación de los servicios habituales en el período de incapacidad. Término durante el cual, hay lugar, por parte de las entidades promotoras de salud, a un subsidio o auxilio monetario y a las prestaciones asistenciales de ley.

La legislación reconoce el hecho de la incapacidad por enfermedad como una situación administrativa que, si bien exonera al servidor estatal de la prestación del servicio, no se entiende como solución de continuidad de la relación laboral o contractual para ningún efecto; así mismo, reconoce beneficios asistenciales y económicos hasta por 180 días de incapacidad, con derecho a pensión de invalidez en caso de no haber lugar a la rehabilitación.

El régimen de seguridad social reconoce a sus afiliados, tanto en el régimen contributivo como en el subsidiado, las incapacidades generadas por enfermedad general, de conformidad con las disposiciones legales vigentes (artículo 206 de la ley 100 de 1993).

De acuerdo con lo señalado en el párrafo 1º del artículo 40 del decreto 1406 de 1999, las prestaciones económicas correspondientes a los tres primeros días de incapacidad laboral originada por enfermedad general, tanto en el sector público como en el privado, son de cargo de los respectivos empleadores y no de las entidades promotoras de salud<sup>1</sup>.

En los regímenes de prima media y ahorro individual, se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no

---

<sup>1</sup> PARAGRAFO 1º. Serán de cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los tres (3) primeros días de incapacidad laboral originada por enfermedad general, tanto en el sector público como en el privado. En ningún caso dichas prestaciones serán asumidas por las Entidades Promotoras de Salud o demás entidades autorizadas para administrar el régimen contributivo en el SGSSS a las cuales se encuentren afiliados los incapacitados.

provocada intencionalmente, ha perdido cincuenta por ciento 50% o más de su capacidad laboral (artículo 38 de la ley 100 de 1993).

El artículo 37 del decreto 1295 de 1994, respecto del monto de las prestaciones económicas por incapacidad temporal, la duración máxima de este subsidio y el procedimiento a seguir cuando no se logra la curación o rehabilitación del afiliado, puntualiza:

**“ARTÍCULO 37. Todo afiliado a quien se le defina una incapacidad temporal, recibirá un subsidio equivalente al 100% de su salario base de cotización, calculado desde el día siguiente al que ocurrió el accidente de trabajo, o se diagnosticó la enfermedad profesional, y hasta el momento de su rehabilitación, readaptación o curación, o de la declaración de su incapacidad permanente parcial, invalidez total o su muerte. El pago se efectuará en los períodos en que el trabajador reciba regularmente su salario.**

**El periodo durante el cual se reconoce la prestación de que trata el presente artículo será máximo 180 días, que podrán ser prorrogadas 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 periodo 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**<sup>2</sup> (resaltado y subrayas fuera del texto). Esta normativa prácticamente fue reproducida por el artículo 3º de la ley 776 de 2002.

El manual único para la calificación de la invalidez, está contenido en el decreto 692 de 1995, el cual se aplica *“a todos los habitantes del territorio nacional, a los trabajadores de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, y del sector privado en general”*. Para efecto de dicha calificación, las administradoras de fondos de pensiones y riesgos profesionales deben remitir

---

<sup>2</sup> Artículo declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-452-02 de 12 de junio de 2002, M.P. Dr. Jaime Araújo Rentería. En este fallo se establece que: *‘Los efectos de esta sentencia se difieren hasta el 17 de diciembre de 2002, para que el Congreso expida la nueva legislación sobre la materia regulada por el Decreto 1295 de 1994’*.

los casos a las Juntas de Calificación de Invalidez antes de cumplirse el día 150 de incapacidad temporal (artículo 23 del decreto 2463 de 2001).

En el sub-lite se encuentra acreditado que:

- Martha Lucía Paba García estuvo incapacitada, de forma continua, desde el **5 de marzo de 2003** (fl. 176 cdno No. 2 A); le fue determinada una pérdida de la capacidad laboral del 66.60%, invalidez que fue estructurada desde el **2 de febrero de 2004** (fls. 111 a 113 cdno No. 2 A, 553 a 555 cdno No. 2 B); por **resoluciones 025334 de 12 de agosto y 038034 de 18 de noviembre de 2005**, le fue reconocida una pensión de invalidez (fls. 262 a 264 cdno ppal, 545 a 580 cdno No. 2B)

- Carmen Adriana Ángel Duarte estuvo incapacitada, de forma continua, desde el **11 de abril de 2000** (fl. 176 cdno No. 2 A); le fue determinada una pérdida de la capacidad laboral del 65%, invalidez que fue estructurada desde el **12 de diciembre de 2000** (fls. 407, 409 cdno ppal); por **resoluciones 005885 de 25 de marzo y 010991 de 17 de mayo de 2004**, le fue reconocida una pensión de invalidez (fls. 265 a 267 cdno ppal, 84 a 89, 148 a 150 cdno No. 2A; 528 a 531 cdno No. 2B)

- Sully Jazmín Rubio Caballero estuvo incapacitada, de forma continua, desde el **10 de noviembre de 2001** (fls. 412 cdno ppal, 176 cdno No. 2 A); le fue determinada una pérdida de la capacidad laboral del 66.68%, invalidez que fue estructurada desde el **13 de noviembre de 2001** (fls. 566 a 568 cdno No. 2B); por **resolución 875 de 29 de noviembre de 2005**, fue retirada del servicio *“teniendo en cuenta que la Compañía Administradora de Fondos de Pensiones y*

*Cesantías S.A. COLFONDOS le hizo entrega del oficio No. DCIP-5715-05 de 8 de septiembre de 2005, mediante el cual, entre otros, le informó el valor de la mesada pensional de invalidez a la fecha del siniestro en la modalidad de renta vitalicia” (fl. 559 cdno No. 2B).*

El anterior recuento permite evidenciar que desde que iniciaron, de forma continua, las incapacidades de las empleadas reseñadas (**5 de marzo de 2003, 11 de abril de 2000 y 10 de noviembre de 2001**) y se estructuraron los dictámenes de invalidez (**2 de febrero de 2004, 12 de diciembre de 2000, 13 de noviembre de 2001**) hasta que se reconocieron las pensiones correspondientes (**resoluciones 025334 de 12 de agosto y 038034 de 18 de noviembre de 2005, resoluciones 005885 de 25 de marzo y 010991 de 17 de mayo de 2004, resolución 875 de 29 de noviembre de 2005**), trascurrió un tiempo considerable que supera ostensiblemente los términos previstos en la ley para definir este tipo de situaciones.

La falta de definición oportuna de la situación jurídica, ocasionada en gran medida en la consecución tardía de los respectivos dictámenes de invalidez, trajo además otras complicaciones de índole administrativo, pues las aludidas servidoras al permanecer en nómina por interregnos excesivos de incapacidad, como si no estuvieran “*excusadas*” del servicio, percibieron salarios y emolumentos propios de la prestación directa del servicio, que debieron ser recuperados a través de reconocimientos por parte del Instituto de Seguros Sociales y de Colfondos, de retroactivos pensionales y de descuentos en la liquidación de las prestaciones sociales definitivas (fls. 90 a 91 cdno No. 2A).

Si bien es cierto que el actor requirió a las interesadas para que tramitaran la calificación de invalidez respectiva, también lo es que, para ese

momento, él era conocedor de que las incapacidades de cada una de ellas ya superaban el tope máximo señalado por la ley (fls. 424, 431, 432 cdno ppal, 102, 118, 151 cdno No. 2A). Así lo dejan entrever sus comunicaciones:

*“De manera atenta, me permito comunicarle, que en consideración a que usted registra hasta la fecha una incapacidad laboral superior a los 180 días y de conformidad con la normativa legal vigente es el máximo tope para la recuperación, deberá acudir a su fondo de pensión.....más cercano a su residencia, para solicitar que le efectúen valoración por junta de calificación de invalidez por enfermedad común”*

En iguales circunstancias también fueron librados, en su gran mayoría, los oficios que el demandante relaciona para respaldar su actividad en la consecución de las calificaciones de invalidez respectivas.

Ahora bien, el hecho de que el actor con su gestión hubiera recuperado o conseguido, de alguna manera, lo sufragado por concepto de salarios en los interregnos que superaron la estructuración de la invalidez, a través de los reconocimientos de retroactivos pensionales (fls. 542 cdno No. 2B - **\$36.702.691**; 523 a 527 cdno No. 2B - **\$32.864.462**; 560 a 563 cdno No. 2B - **\$17.954.000**), no desvirtúa la situación administrativa irregular que se mantuvo, por la falta de definición oportuna de esa situación de discapacidad y por el pago de emolumentos que sólo se generan *“por la prestación real del servicio”* (fls. 90 a 91 cdno No. 2A).

Finalmente, es necesario señalar que el concepto en el cual se apoya el demandante para dar visos de legalidad a su proceder, además de no ser obligante, en ninguno de sus apartes insinúa y muchos menos autoriza, bajo el supuesto de que las *“incapacidades corren a cargo del empleador”*, el pago de

emolumentos que se generan con la prestación directa del servicio (fls. 205 a 206 cdno ppal).

Por todo lo anterior es claro que el actor, quien en su calidad de Jefe de División de Talento Humano de la época, tenía a su cargo el manejo de los procedimientos de administración de personal y de liquidación de nóminas, no logró desvirtuar la presunción de legalidad que le asiste a las resoluciones que lo sancionaron disciplinariamente.

Así las cosas, se habrá de confirmar la decisión del a-quo que denegó las súplicas de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub Sección "A", administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

## **F A L L A**

**CONFÍRMASE** la sentencia de diecinueve (19) de junio de dos mil ocho (2008), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el proceso promovido por Gabriel Bernal López contra el Hospital Militar Central.

**RECONÓCESE** a la abogada Aura María García Barrios como apoderada del Hospital Militar Central, para los efectos y términos del poder que obra a folio 477 del expediente.

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

La anterior providencia la estudió y aprobó la Sala en sesión de la fecha.

**GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN**

**ALFONSO VARGAS RINCÓN**

**LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO**