



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA
MAGISTRADO PONENTE: BELISARIO BELTRÁN BASTIDAS

Ibagué, once (11) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

RADICACION: 73001-33-33-001-2016-00218-01.
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: ANGELICA MARIA ROJAS GARCÍA
DEMANDADA: CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA
TEMA: PAGO DE PRESTACIONES DURANTE INCAPACIDAD

OBJETO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 16 de enero de 2018, mediante la cual el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Ibagué, negó las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

La señora ANGELICA MARIA ROJAS GARCÍA, a través de apoderado judicial, formula medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO contra la CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA, solicitando se declaren las siguientes:

PRETENSIONES

- 1. Que se declare la nulidad total de la resolución numero 003 del 7 de enero de 2016 acto administrativo que resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de la resolución numero 385 proferida el día 28 de octubre de 2015, acto proferido por el contralor departamental del Tolima el señor EFRAIN HINCAPIE GONZALEZ.*
- 2. Que se declare la nulidad parcial de la resolución numero 385 proferida el día 28 de octubre de 2015, por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de unas prestaciones sociales a la señora ANGELICA MARIA ROJAS GARCIA, acto administrativo proferido por el contralor departamental del Tolima el señor EFRAIN HINCAPIE GONZALES, y en la cual no se liquidaron las prestaciones sociales desde el 4 de junio de 2013 hasta la fecha de desvinculación de la accionante es decir el día treinta 30 de septiembre de 2015.*
- 3. Que, como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la CONTRALORIA DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA, representada por el señor EDILBERTO PAVA CEBALLOS, o por quien en el futuro hiciere sus veces, expida resolución o acto administrativo en la que se ordene el reconocimiento y pago de las acreencias de carácter laboral dejadas de cancelar, al no habersele liquidado las prestaciones sociales desde el 4 de junio de 2013 hasta la fecha de desvinculación laboral es decir el día 30 de septiembre de 2015.*

Expediente: 73001-33-33-001-2016-00218-01.
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante: ANGELICA MARIA ROJAS GARCÍA
Accionado: CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

4. *Solicito de manera respetuosa ordene que las anteriores sumas de dinero sean indexadas.*

5. *Condénese a la demandada en costas y agencias en derecho*

Las anteriores pretensiones las sustenta en los siguientes

HECHOS

Indica, que la señora Angélica María rojas García fue nombrada como funcionaria de la planta de la Contraloría Departamental del Tolima en el cargo de Profesional Especializado Nivel Profesional Código 222 Grado 2, iniciando sus labores el día 4 de junio de 2012, esto conforme a la Resolución 144 del 25 de mayo de 2012.

Señala que, el vínculo laboral se extendió hasta el día 1 de octubre de 2015, en razón a que mediante la resolución 338 del 29 de septiembre de 2015, se ordenó el retiro del servicio, como quiera que PORVENIR S.A reconoció pensión de invalidez a favor de esta con efectos retroactivos desde el 2 de mayo de 2014, resalto que su mandante se encontraba incapacitada desde el 26 de abril de 2014 hasta la fecha de su retiro.

Manifestó que previo al reconocimiento pensional, la entidad demandada, mediante certificación de fecha 7 de septiembre de 2015 proferida por el Doctor Luis Alejandro Cruz, secretario administrativo y financiero, le informó a su prohijada que adeudaba la suma de DIECISEIS MILLONES DOCIENTOS SETENTA Y TRES MIL TRECIENTOS CUARENTA Y TRES PESOS (\$16.273.343), por concepto de incapacidades, razón por la cual mi poderdante de buena fe procedió a reintegrar dicha suma de dinero a la CONTRALORIA DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA.

Informo que, mediante Resolución 385 del 28 de octubre de 2015, el Contralor Departamental procedió a liquidar las prestaciones sociales de la señora ANGELICA MARIA ROJAS GARCIA, arrojando esta liquidación un saldo en contra por un valor de UN MILLON OCHOCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS TRECE PESOS (\$1.854.913.), pues según la entidad demandada la accionante solo tenía derecho a la liquidación de las prestaciones sociales hasta el día 1 de mayo de 2014, procediendo de esta forma a descontar los valores ya pagados correspondientes a las primas de servicios del año 2014 y las cesantías del mismo año y las del 2015.

Aduce, que dicha postura obedece a que PORVENIR S.A informa a la entidad demandada mediante oficio 23 de septiembre de 2015, que reconocerá la correspondiente pensión de invalidez, con efectos retroactivos desde el 2 de mayo de 2014.

Inconforme con esta decisión, su representada, interpuso recurso de reposición en contra de la Resolución 385 del 28 de octubre de 2015, el cual tuvo sustento en que conforme a lo establecido en el artículo 51 y 53 del Código Sustantivo del Trabajo y de la Seguridad Social la incapacidad por enfermedad no tiene capacidad legal para suspender el contrato de trabajo, ello por cuanto taxativamente la norma no lo contempla, adicionalmente solicitó el pago de la correspondiente sanción moratoria contemplada en el

Expediente: 73001-33-33-001-2016-00218-01.
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante: ANGELICA MARIA ROJAS GARCÍA
Accionado: CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

artículo 2 de la ley 244 de 1995. Señalo que dicho recurso fue resuelto de manera desfavorable mediante Resolución 003 del 7 de enero de 2016.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDADA

CONTRALORIA DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

Esta entidad dio contestación a la demanda en forma extemporánea se puede evidenciar en el folio numero 99 obrante en el cuaderno principal.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia del 16 de enero de 2019, el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Ibagué, negó las pretensiones de la demanda indicando que la pensión de invalidez y los salarios y prestaciones devengados de un servicio público son compatibles, en la medida en que la asignación mensual no provenga del tesoro público.

Concluye que el periodo en que concurren el reconocimiento de la pensión de invalidez y la vinculación al servicio publico de la demandante, esto es desde el 02 de mayo de 2014 hasta el 30 de septiembre de 2015, en principio, es objeto del reconocimiento de las prestaciones sociales derivadas.

Aduce, que no obstante, lo anterior, se tiene que durante dicho periodo de tiempo la demandante se encontraba en incapacidad por enfermedad general, como quiera que fue concedida desde el 26 de abril de 2014.

Señala, que era obligación legal de la entidad demandada asumir el pago de los salarios y las prestaciones sociales durante los primeros 2 días, eso es el 26 y 27 de abril de 2014, mientras que la entidad prestadora de salud debía asumir el pago de los salarios y prestaciones siguientes, en los porcentajes establecidos en la ley y hasta el día 180 de incapacidad.

Asegura, que vencido el termino anterior se observa que era deber de la entidad demandada proferir la resolución de retiro del servicio, fecha después de la cual la entidad promotora de salud o la administradora de fondo de pensiones debía suministrar un ingreso que permitiera a la demandante suplir su mínimo vital y el de su familia, mientras se resolvía su situación pensional.

Advierte, que la Contraloría Departamental del Tolima únicamente debía asumir el pago de los salarios y prestaciones sociales hasta el día 27 de abril de 2014, por lo que la demandante no tiene derecho al reconocimiento de dichos valores a partir del 02 de mayo de 2014, como lo pretende en el presente medio de control.

Indica, que es una situación distinta, que por un acuerdo con la entidad demandada, cuya legalidad está en duda, se hubiere establecido que la Contraloría Departamental del Tolima asumirá el pago de los salarios y prestaciones mientras se realizaba el reconocimiento pensional, momento en el cual debía realizar el reintegro de los valores irregularmente pagados, pero sin que dicha situación conlleve al reconocimiento de prestaciones.

Expediente: 73001-33-33-001-2016-00218-01.
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante: ANGELICA MARIA ROJAS GARCÍA
Accionado: CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

Por último, aduce, que no se desvirtuó la presunción de legalidad de los actos administrativos demandados, por lo cual se procederá a negar las pretensiones de la demanda.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, la parte demandante presenta recurso de apelación señalando que, los únicos eventos en que legalmente esta permitido al Estado en calidad de empleador la suspensión o cesación de sus obligaciones salariales son las situaciones administrativas en que se considere que el servidor público no esta en servicio activo, como cuando se encuentra en licencia no remunerada, en comisiones para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción, cuando ha sido llamado a prestar el servicio militar. De lo contrario, la situación del empleado público exige de parte del empleador estatal el cumplimiento de sus obligaciones patronales, siendo la más importante, la remuneración, hasta el ultimo día en que legalmente subsista un vínculo.

Manifestó que, mientras el servidor público se encuentre incapacitado para laborar por enfermedad, como en el sub lite, su vinculo con el servicio permanece activo, y por tanto sus derechos prestacionales incólumes, salvo que el monto de su remuneración se ve mermada en las proporciones establecidas en el decreto 3135 de 1968.

Señalo que la Contraloría Departamental del Tolima, no modificó la situación concreta de la señora ANGELICA MARIA ROJAS GARCIA, ésta conservó el estatus de servidora activa hasta la fecha de su retiro, con derechos prestacionales plenos y a cargo de la entidad. Es así como no la declaró en situación de licencia por enfermedad, lo que era su deber, para ahí si trasladarle la carga prestacional a la EPS.

Arguyo que equivocadamente la señora juez concluye que la carga prestacional de la entidad pública sólo la tiene por los primeros dos días, y equivocadamente también, considera que debió romper el vinculo legal y reglamentario a causa de la enfermedad, desde el día 180 de la incapacidad laboral, sin embargo, se itera que la obligación legal de asumir la remuneración los dos primeros días, trae de suyo la obligación patronal de informar a la EPS, situación ampliamente estudiada en la justicia ordinaria, pero como la CONTRALORIA DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA no lo hizo, conservó su obligación hasta el día de la desvinculación

Agregó, que aunque la carga prestacional la tenga la EPS en los casos donde el empleador oportunamente ha dado aviso a la administradora del Sistema General de Seguridad Social, al subsistir el vínculo legal y reglamentario, le corresponde a la empleadora liquidar y pagar las prestaciones sociales respectivas al término de la relación laboral.

Por consiguiente, solicita se acceda a las pretensiones de la demanda aplicando el principio de favorabilidad y se conceda la sanción moratoria por el no pago de cesantías teniendo en cuenta que el tiempo de la incapacidad de la trabajadora no suspende el contrato de trabajo.

TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Expediente: 73001-33-33-001-2016-00218-01.
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante: ANGELICA MARIA ROJAS GARCÍA
Accionado: CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

Mediante auto del 20 de marzo de 2019 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, y con providencia del 22 de abril de 2019 se corrió traslado a las partes para presentar los alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera su concepto, haciéndolo solo la parte demandante quien reiteró lo expuesto en sus intervenciones anteriores

CONSIDERACIONES

PARTE PROCESAL - COMPETENCIA

Es competente el Tribunal Administrativo del Tolima de conocer en segunda instancia el presente asunto, conforme a lo dispuesto por el artículo 153 del C.P.A.C.A.

ESTUDIO SUSTANCIAL

El problema jurídico de fondo a resolver, se contrae a establecer si estuvo acertada la decisión del A Quo, al haber negado el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales del 4 de junio de 2013 al 30 de septiembre de 2015 tiempo durante el cual era la entidad prestadora de salud quien debía asumir el pago de salarios y prestaciones sociales en los porcentajes establecidos en la ley y hasta el día 180 de la incapacidad, o si por el contrario le asiste derecho a la parte demandante a que la entidad accionada le cancele estos emolumentos.

MARCO NORMATIVO

En relación a las entidades obligadas a efectuar el Pago de las Incapacidades Médicas como consecuencia de una Enfermedad de Origen Común, se determinará dependiendo de la prolongación de la misma. Sobre el particular, la Corte Constitucional, en Sentencia T-248 de 2018, M. P. Antonio José Lizarazo Ocampo, al hacer el análisis del tema, indicó que en el pago de tal concepto intervienen distintos actores, entre ellos, el Empleador, las Entidades Promotoras del Servicio de Salud - EPS y las Administradoras del Fondo Pensional. Al respecto señaló:

“(...) Conforme al artículo 1º del Decreto 2943 de 2013, que modificó el parágrafo 1º del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, el pago de los dos (2) primeros días de incapacidad por enfermedad de origen común, corresponden al empleador.

A su vez, en concordancia con el artículo 142 del Decreto 019 de 2012, el pago de las incapacidades expedidas del día tres (3) al día ciento ochenta (180) están a cargo de las Entidades Promotoras de Salud, y el trámite tendiente a su reconocimiento está a cargo del empleador.

En cuanto a las incapacidades de origen común que persisten y superan el día 181. Al respecto, si bien en principio eran objeto de debate, en tanto se asumía que el pago estaba condicionado a la existencia de un concepto favorable de recuperación, esta Corporación ha sido enfática en afirmar que el pago de este subsidio corre por cuenta de la Administradora de Fondos de Pensiones a la que se encuentre afiliado el trabajador, ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación.”

Expediente: 73001-33-33-001-2016-00218-01.
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante: ANGELICA MARIA ROJAS GARCÍA
Accionado: CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

Igualmente, en la sentencia antes referenciada nuestro Máximo Órgano de Cierre también expresó que, en el evento en que la incapacidad médica supere los 540 días, su pago quedará a cargo de las Entidades Promotoras de Salud (EPS), conforme a los siguientes argumentos:

“ (...) Sin embargo, el vacío legal que adolecía el Sistema General de Seguridad Social fue efectivamente superado con la ley en comento, al determinar que el pago de las incapacidades superiores a los 540 días debían asumirse por las entidades promotoras de salud (EPS) y que como mecanismo para reevaluar la real capacidad de trabajo del afectado y propender oportunamente la reincorporación del asegurado a sus funciones laborales, el Gobierno Nacional tenía la obligación de reglamentar el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad.

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

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

(...)

Estos recursos se destinarán a:

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

Por otro lado, la misma Corporación ha señalado cuál de las entidades del SGSS es la que debe asumir el subsidio de incapacidad en los casos en que las incapacidades superan los 180 días y además de ello, se emite un concepto desfavorable de rehabilitación. Sobre esto, en sentencia T- 401 de 2017, expresó lo siguiente:

“Por tanto, a partir de una interpretación sistemática de la disposición legal en cuestión, esta Corporación estableció en la sentencia T-920 de 2009 que las incapacidades de los afiliados que reciban un concepto desfavorable de rehabilitación deben ser asumidas por los fondos de pensiones hasta el momento en que la persona se encuentre en condiciones de reincorporarse a la vida laboral o hasta que se determine una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%.”

DEL CASO CONCRETO

La parte demandante solicita el reconocimiento y el pago de las prestaciones sociales causadas del 4 de junio de 2013 hasta la fecha de desvinculación de la accionante es decir el día 30 de septiembre de 2015, tiempo durante el cual se encontraba en incapacidad por enfermedad general.

La entidad accionada presentó la contestación de la demanda de manera

Expediente: 73001-33-33-001-2016-00218-01.
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante: ANGELICA MARIA ROJAS GARCÍA
Accionado: CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

extemporánea.

Mediante sentencia del 16 de enero de 2019, el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Ibagué, negó las pretensiones de la demanda indicando que la pensión de invalidez y los salarios y prestaciones devengados de un servicio público son compatibles, en la medida en que la asignación mensual no provenga del tesoro público.

Señala, que el periodo en que concurren el reconocimiento de la pensión de invalidez y la vinculación al servicio público de la demandante, esto es desde el 02 de mayo de 2014 hasta el 30 de septiembre de 2015, en principio, es objeto del reconocimiento de las prestaciones sociales derivadas, no obstante, durante dicho periodo de tiempo la demandante se encontraba en incapacidad por enfermedad general, como quiera que fue concedida desde el 26 de abril de 2014.

Arguye, que era obligación legal de la entidad demandada asumir el pago de los salarios y las prestaciones sociales durante los primeros 2 días, eso es el 26 y 27 de abril de 2014, mientras que la entidad prestadora de salud debía asumir el pago de los salarios y prestaciones siguientes, en los porcentajes establecidos en la ley y hasta el día 180 de incapacidad, momento a partir del cual la demandada debía proferir la resolución de retiro del servicio.

Advierte, que la Contraloría Departamental del Tolima únicamente debía asumir el pago de los salarios y prestaciones sociales hasta el día 27 de abril de 2014, por lo que la demandante no tiene derecho al reconocimiento de dichos valores a partir del 02 de mayo de 2014, como lo pretende en el presente medio de control.

Manifiesta, que es una situación distinta, que por un acuerdo con la entidad demandada, cuya legalidad está en duda, se hubiere establecido que la Contraloría Departamental del Tolima asumirá el pago de los salarios y prestaciones mientras se realizaba el reconocimiento pensional, momento en el cual debía realizar el reintegro de los valores irregularmente pagados, pero sin que dicha situación conlleve al reconocimiento de prestaciones.

Inconforme con la anterior decisión, la parte demandante presenta recurso de apelación señalando que, los únicos eventos en que legalmente está permitido al Estado en calidad de empleador la suspensión o cesación de sus obligaciones salariales son las situaciones administrativas en que se considere que el servidor público no está en servicio activo, como cuando se encuentra en licencia no remunerada, en comisiones para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción, cuando ha sido llamado a prestar el servicio militar.

Explica, que de lo contrario, la situación del empleado público exige de parte del empleador estatal el cumplimiento de sus obligaciones patronales, siendo la más importante, la remuneración, hasta el último día en que legalmente subsista un vínculo.

Manifestó que, mientras el servidor público se encuentre incapacitado para laborar por enfermedad, como en el sub lite, su vínculo con el servicio permanece activo, y por tanto sus derechos prestacionales incólumes, salvo

Expediente: 73001-33-33-001-2016-00218-01.
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante: ANGELICA MARIA ROJAS GARCÍA
Accionado: CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

que el monto de su remuneración se ve mermada en las proporciones establecidas en el decreto 3135 de 1968.

Señalo que la Contraloría Departamental del Tolima, no modificó la situación concreta de la señora ANGELICA MARIA ROJAS GARCIA, ésta conservó el estatus de servidora activa hasta la fecha de su retiro, con derechos prestacionales plenos y a cargo de la entidad, sin que se le declarara en situación de licencia por enfermedad, lo que era su deber, para ahí si trasladarle la carga prestacional a la EPS.

Arguye, que equivocadamente la señora juez concluye que la carga prestacional de la entidad pública sólo la tiene por los primeros dos días, y equivocadamente también, considera que debió romper el vinculo legal y reglamentario a causa de la enfermedad, desde el día 180 de la incapacidad laboral, sin embargo, itera que la obligación legal de asumir la remuneración los dos primeros días, trae de suyo la obligación patronal de informar a la EPS y como la CONTRALORIA DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA no lo hizo, conservó su obligación hasta el día de la desvinculación

Agregó, que aunque la carga prestacional la tenga la EPS en los casos donde el empleador oportunamente ha dado aviso a la administradora del Sistema General de Seguridad Social, al subsistir el vínculo legal y reglamentario, le corresponde a la empleadora liquidar y pagar las prestaciones sociales respectivas al término de la relación laboral.

Dentro del expediente, se encuentra demostrado que la señora Angélica María Rojas García fue nombrada en el cargo de Profesional Especializado Nivel Profesional Código 222 Grado 02 mediante Resolución No. 144 de 25 de mayo de 2012, posesionada el 4 de junio de 2012. (Fl. 1-4 cuaderno antecedentes administrativos)

Salud Total notifica a Porvenir, mediante oficio de 5 de septiembre de 2014, que la accionante se encontraba afiliada a esta EPS como cotizante y contaba con más de 120 días de incapacidad continua por un mismo diagnóstico de origen común con pronóstico desfavorable - tumor maligno metastásico -, remitiendo copia a la protegida y a la Contraloría Departamental. (Fl. 96 antecedentes administrativos)

Seguros de Vida Alfa S.A. califica la pérdida de la capacidad laboral de la señora Angélica María Rojas García en 62.55%, de origen enfermedad común y fecha de estructuración viernes 2 de mayo de 2014 (Fl. 104 antecedentes administrativos)

Mediante oficio de 23 de septiembre de 2015, PORVENIR comunica a la demandante que la solicitud pensional había sido aprobada, reconociendo el beneficio en forma retroactiva, a partir del día 2 de mayo de 2014, fecha de invalidez hasta el mes vencido de septiembre de 2015. (Fl. 115-116 cuaderno antecedentes administrativos)

Mediante Resolución No. 338 de 29 de septiembre de 2015 se retiró del servicio a la accionante a partir del 1 de octubre de 2015 por encontrarse vinculada a la nómina de pensionados por invalidez de PORVENIR (Fl. 27-28)

Expediente: 73001-33-33-001-2016-00218-01.
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante: ANGELICA MARIA ROJAS GARCÍA
Accionado: CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

Debe indicarse, que entre la Contraloría Departamental del Tolima y Angélica María Rojas García suscribieron acuerdo en que la entidad continuaría pagando lo salarios que se generaran a partir del día 180 de incapacidad, hasta el momento del reconocimiento de la prestación económica correspondiente por parte del Fondo de Pensiones PORVENIR, autorizando que del retroactivo se descuenten los salarios reconocidos después del día 180 de la incapacidad y sean consignados a la Contraloría Departamental del Tolima (Fl. 102 cuaderno antecedentes administrativos).

Ahora bien, el secretario administrativo y financiero de la Contraloría certificó que por incapacidades médicas de la demandante se canceló la suma de \$16.273.343, los cuales fueron reintegrados por la señora Rojas García (Fl. 114 y 118 cuaderno antecedentes administrativos)

La Contraloría Departamental del Tolima profirió Resolución No. 385 de 28 de octubre de 2015 por la cual se reconoció y ordenó el pago de unas prestaciones sociales a la accionante:

- Prima de vacaciones del periodo de 4 de junio de 2013 a 1 de mayo de 2014 por \$1.672.008
- Bonificación especial de recreación del periodo de 4 de junio de 2013 a 1 de mayo de 2014 por \$197.293
- Indemnización por vacaciones del periodo de 4 de junio de 2013 a 1 de mayo de 2014 por \$2.340.404
- Prima de navidad del periodo de 1 de enero a 1 de mayo de 2014 que correspondía a \$1.140.138 pero como se había pagado \$3.392.146 quedó una diferencia pagada de -\$2.252.008
- Cesantías e intereses a las cesantías del periodo de 1 de enero a 1 de mayo de 2014 que correspondía a \$1.930.233 pero como se había pagado \$5.742.843 quedó una diferencia pagada de -\$3.812.610.

En razón a lo anterior, se ordenó cobrar a la demandante la suma de \$1.854.913 (Fl. 124-129 cuaderno antecedentes administrativos)

Contra la anterior Resolución, la parte accionante presentó recurso de reposición indicando que durante las incapacidades médicas no se suspende la relación legal y reglamentaria o el contrato de trabajo, por lo que solicita se paguen las prestaciones sociales como son vacaciones, prima de servicios, navidad, cesantías desde el 4 de junio de 2013 al 1 de octubre de 2015, fecha del retiro del cargo.

El recurso de reposición fue resuelto mediante Resolución No. 003 de 7 de enero de 2016 confirmando la decisión recurrida, al considerar que si bien la accionante fue retirada del servicio el 30 de septiembre de 2015, lo cierto es que la pensión le fue reconocida con efectos retroactivos desde el 2 de mayo de 2014, por lo que no puede devengar las prestaciones sociales a cargo de la Contraloría y al mismo tiempo la pensión, pues ambas erogaciones provienen del tesoro público, presentándose una doble asignación a cargo de la hacienda pública.

Así las cosas, tenemos que en el sub-judice, la demandante pretende el pago, no solo de las prestaciones causadas entre el 4 de junio de 2013 al 1 de

Expediente: 73001-33-33-001-2016-00218-01.
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante: ANGELICA MARIA ROJAS GARCÍA
Accionado: CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

mayo de 2014 (que le fueron reconocidas por la entidad), sino también aquellas causadas con posterioridad al momento de la estructuración de la pensión de invalidez - 2 de mayo de 2014 - hasta el momento en que se profiere la resolución de retiro del servicio que coincide con la expedición de la resolución del reconocimiento pensional.

Pues bien, en principio tenemos que conforme el artículo 18 del Decreto 3135 de 1968, "Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales", cuando la incapacidad excede de 180 días el empleado o trabajador debe ser retirado del servicio, con derecho a las prestaciones económicas y asistenciales que establece el mismo decreto:

ARTÍCULO 18. "Auxilio por enfermedad. En caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad, los empleados o trabajadores tendrán derecho a que la respectiva entidad de previsión social les pague, durante el tiempo de la enfermedad, las siguientes remuneraciones:

a) Cuando la enfermedad fuere profesional, el sueldo o salario completo durante ciento ochenta (180) días, y

b) Cuando la enfermedad no fuere profesional, las dos terceras partes del sueldo o salario durante los primeros noventa (90) días, y la mitad del mismo por los noventa (90) días siguientes.

PARÁGRAFO - La licencia por enfermedad no interrumpe el tiempo de servicio.

~ 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. (Subrayas fuera de texto)

Así las cosas, en principio, el empleador debió terminar la relación laboral, a partir del día 180 de la incapacidad, no obstante, en aras de proteger al empleado de la contingencia, se ha recomendado que el mismo continúe vinculado hasta que se defina la pérdida de la capacidad laboral y se establezca si tiene o no derecho a la pensión de invalidez, por lo que, en principio, mientras el trabajador permanezca incapacitado y no sea terminada la relación laboral, el tiempo de su incapacidad será tenido en cuenta para la liquidación de sus prestaciones sociales

En este caso, como se indicó anteriormente, la demandante obtuvo una calificación de la pérdida de la capacidad laboral del 62.55%, de origen enfermedad común, con fecha de estructuración viernes 2 de mayo de 2014. Conforme a ello, se accedió al reconocimiento de la pensión de invalidez mediante oficio de 23 de septiembre de 2015, reconociendo retroactividad a partir del 2 de mayo de 2015, razón por la que fue retirada del servicio de la Contraloría Departamental del Tolima a partir del 1 de octubre de 2015 y únicamente le fueron canceladas las prestaciones sociales hasta la fecha de estructuración de la pérdida de la capacidad laboral, esto es, 1 de mayo de 2014.

Expediente: 73001-33-33-001-2016-00218-01.
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante: ANGELICA MARIA ROJAS GARCÍA
Accionado: CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

Al respecto, se tiene que la Ley [909](#) de 2004¹ respecto a las causales de retiro del servicio de los empleados públicos, establece:

“ARTÍCULO 41. Causales de retiro del servicio. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:

(...)

f) Por invalidez absoluta;

(...)

De conformidad con la norma citada, el reconocimiento de la pensión de invalidez se considera como una de las causales de retiro del servicio y debe comenzar a pagarse, en forma retroactiva, desde la fecha en que se produzca tal estado, como ocurrió en el presente caso.

Por ello, existe incompatibilidad entre la pensión de invalidez y el ejercicio del empleo público porque se supone que el pensionado no puede trabajar y por lo tanto, no puede ocuparse de las funciones correspondientes a su cargo. Así lo señaló el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, mediante sentencia con radicado No. 76001-23-31-000-2004-02414-01(0672-08) del 16 de octubre de 2018, con ponencia del Consejero Gerardo Arenas Monsalve, determinó:

“De la lectura de la norma transcrita, la Sala encuentra que la filosofía de la pensión de invalidez es proteger al empleado de la contingencia por incapacidad para ocuparse de las funciones correspondientes a un cargo, lo cual significa que mientras dure la incapacidad y el pago de la pensión de invalidez el empleado no puede desempeñar nuevamente tales funciones.

Coherentemente, debe decirse que, en principio, existe incompatibilidad entre la pensión de invalidez y el ejercicio del empleo público, porque se supone que el pensionado no puede trabajar porque, como dice la norma, ha “perdido su capacidad de trabajo para toda ocupación u oficio”.

Sin embargo, la discapacidad laboral no descarta la posibilidad de que el servidor público recupere en un momento dado su capacidad para asumir nuevamente sus funciones y continúe prestando el servicio, o ingrese a la función pública mediante elección popular, como ocurrió en el presente asunto.

Esto último, en razón de que conforme al artículo 40 de la Constitución Política la incapacidad física no constituye inhabilidad para ejercer el derecho constitucional a ser elegido popularmente, pues la Carta Política abre la posibilidad de participar en la conformación, ejercicio y control del poder político a todos los ciudadanos⁵.

Además, en sentencia C-381 de 2005, la Corte Constitucional refirió que:

¹ Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

Expediente: 73001-33-33-001-2016-00218-01.
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante: ANGELICA MARIA ROJAS GARCÍA
Accionado: CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

[...] “ [L]a Ley 82 de 1986 el Presidente de la República expidió el Decreto 2177 de 1989, según el cual “el Estado garantizará la igualdad de oportunidades y derechos laborales a las personas inválidas física, mental o sensorialmente, conforme al Convenio 159 suscrito con la organización Internacional del Trabajo y las disposiciones vigentes sobre la materia”7, y dispuso que “en ningún caso la existencia de limitaciones físicas, sensoriales o mentales podrá ser impedimento para ingresar al servicio público o privado, a menos que éstas sean incompatibles con el cargo que se vaya a desempeñar”

En esas condiciones, debe decirse que aun cuando la filosofía de la pensión de invalidez es proteger la contingencia del discapacitado para asumir funciones laborales, ello no conlleva a que el pensionado no pueda reingresar al servicio público, pues, como se dijo, existen eventos excepcionales como el acceso a un cargo de elección popular o la recuperación de la incapacidad para trabajar.

En todo caso, la Sala advierte que cuando el pensionado ingresa nuevamente a la prestación del servicio, el pago de su pensión de invalidez debe suspenderse para darle paso a los salarios y prestaciones sociales correspondientes del cargo, pues existe prohibición constitucional de percibir simultáneamente más de una asignación del tesoro público.

Ahora bien, la incompatibilidad entre la pensión de invalidez y el ejercicio del empleo público a que se hace referencia, es sobre el mismo cargo que venía ejerciendo el empleado público, de ninguna manera se está anulando la posibilidad que una persona discapacitada pueda obtener una nueva vinculación laboral, pues vulneraría el principio de la no discriminación a persona en situación de discapacidad a que hace alusión el artículo 26 de la Ley 361 de 1997:

“ARTÍCULO 26. NO DISCRIMINACIÓN A PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD. En ningún caso la discapacidad de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha discapacidad sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona en situación de discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su discapacidad, 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.”

“ARTÍCULO 33. El ingreso al servicio público o privado de una persona en situación de discapacidad que se encuentre pensionada, no implicará la pérdida ni suspensión de su mesada pensional, siempre que no implique doble asignación del tesoro público.”

Se realiza el anterior recuento normativo, para indicar que si bien se comparte la decisión de primera instancia de negar las pretensiones de la

Expediente: 73001-33-33-001-2016-00218-01.
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante: ANGELICA MARIA ROJAS GARCÍA
Accionado: CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

demanda, no ocurre lo mismo con los argumentos de su decisión, como se pasa a explicar.

Indica el A-quo, que las pensiones de invalidez y los salarios y prestaciones devengados de un servicio público son compatibles, en la medida en que la asignación mensual no provenga del tesoro público, premisa de la cual concluye que como la pensión de invalidez devengada por la demandante fue reconocida por PORVENIR de origen privado y cuyos recursos provienen del Sistema General de Pensionales y no hacen parte del tesoro público, es viable indicar que el periodo en el que concurren el reconocimiento de la pensión de invalidez y la vinculación al servicio público, esto es, desde el 2 de mayo de 2014 hasta el 30 de septiembre de 2015, es objeto del reconocimiento de prestaciones sociales.

Como fundamento de esta conclusión, el A-quo, trajo a colación la sentencia C-072 del 4 de febrero de 2003, Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra, que estudió la demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 33, parcial, de la Ley 361 de 1997, preceptuando:

“4.1 El artículo 33 en mención establece que la persona limitada que se encuentre pensionada, al ingresar a la actividad laboral puede seguir recibiendo su mesada pensional. Para el actor el que no se suspenda el pago de esta mesada viola el principio de igualdad, artículo 13 de la Carta, y de solidaridad con el sistema de seguridad social, artículo 48 de la Constitución, pues, habría una entrega de recursos a favor de quien no está en condiciones de debilidad, y prueba de ello es su ingreso a la actividad laboral.

Lo primero que hay que advertir es que la disposición acusada es, en la práctica, innecesaria. Es decir, bien podría el legislador no haber hecho explícito en el artículo 33 de la Ley 361 de 1997 el derecho de continuar percibiendo la pensión el limitado que ingrese a la actividad laboral, y éste continuaría percibiéndola, como ocurre, en general con las demás personas, pues, de acuerdo con la Constitución y las disposiciones legales referidas al derecho al trabajo y a la seguridad social, no habría ninguna razón para que la persona limitada que reciba una pensión e ingrese a laborar, se le suspenda el pago de la misma, salvo cuando exista doble asignación del tesoro público, por una sencilla razón: la distinta naturaleza de los recursos de las mesadas pensionales y del salario.

4.2.1 En efecto, por salario, se entiende la remuneración periódica y habitual que el trabajador recibe a cambio de la prestación del servicio. Es decir, es la consecuencia directa del derecho del trabajo, a que se refiere como derecho fundamental el artículo 25 de la Constitución. Y en el artículo 53 de la Carta se consagra dentro de los “principios mínimos fundamentales” del trabajo la “remuneración mínima vital y móvil. Proporcional a la cantidad y calidad de trabajo”. La Constitución protege tanto el derecho al trabajo como la consecuencia directa del mismo, que es el salario.

4.2.2 En cambio, la naturaleza de la pensión no es como parecería entenderla el actor, en el sentido de una dádiva que graciosamente le otorga el Estado a una persona y que, en tal virtud, puede serle suspendida cuando aparentemente ya no se está en situación de debilidad. No, el derecho a la pensión surge del hecho de que la persona reunió una serie de requisitos e hizo aportes periódicos durante su vida laboral, con el fin de garantizar el amparo para él y su familia, contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte. No es, entonces, ningún regalo del Estado, sino la

Expediente: 73001-33-33-001-2016-00218-01.
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante: ANGELICA MARIA ROJAS GARCÍA
Accionado: CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

retribución de lo que la persona cotizó al Sistema de Seguridad Social, bien fuere a través del régimen solidario de prima media con prestación definida o a través del régimen de ahorro individual, como lo prevé la Ley 100 de 1993.

4.3 Entonces, no existe ninguna razón constitucionalmente válida para afirmar que por posibles razones constitucionales resulta incompatible que una persona limitada no pueda percibir la pensión a la que legalmente tiene derecho y, a su vez, el salario producto de su incorporación a la vida laboral.

4.4 Asunto distinto es que quien recibe pensión de invalidez debe someterse a revisión periódica, con el fin de ratificar, modificar o dejar sin efectos el dictamen que sirvió de base para la liquidación de la pensión (art. 44 de la misma Ley). De esta revisión se desprende la extinción, disminución o aumento de la misma. En cualquiera de estas hipótesis resulta armónica con la disposición acusada, pues, si se extingue la pensión, no hay lugar a ninguna clase de suspensión al ingresar a la actividad laboral; si se disminuye, quiere decir que con mayor razón el limitado tiene motivos económicos y personales para ingresar a la actividad laboral lucrativa, por lo que no habría lugar a la suspensión; y si hay aumento, significa que la incapacidad laboral del limitado es mayor y tiene derecho a que si tiene oportunidad de ingresar a la actividad laboral, el Estado estimule este ingreso y cree las condiciones de privilegio encaminadas a lograr la integración social y laboral, por las razones de naturaleza constitucional expresadas en el punto anterior de esta providencia, lo que no sólo no viola el principio de igualdad sino que lo desarrolla, tal como lo ordena el artículo 13 de la Constitución.

4.5 Con este mismo criterio, y sin que se viole el artículo 48 de la Constitución, sobre la supuesta vulneración del principio de solidaridad con el sistema de seguridad social, la ley permite que una persona, sin distinguir si es limitada o no, reciba pensión de sobreviviente y de vejez, o de invalidez y sobreviviente, ya que el punto a tener en cuenta es si la persona cotizó para que se le amparan estas contingencias cuando se cumpliera cualquiera de las mismas.

Por ello, no resiste el menor análisis la supuesta violación que también invoca el demandante al afirmar que hay trato desigual por parte de la Ley entre una persona limitada que ingresa a laborar y aquel limitado que no recibe pensión, no obstante estar en iguales condiciones al momento de la vinculación a un trabajo. Pues se olvida que no es cierto que estén en igualdad de condiciones, ya que el uno adquirió un derecho de pensión que el otro no ha adquirido. Cuando ello ocurra, sí se podrá afirmar que están en condiciones semejantes.

4.6 Sólo como una prueba de que lo pretendido por el actor implicaría desconocer los principios constitucionales sobre la protección especial de los limitados, sería el caso de una persona limitada, que percibe una pensión, no importa el origen de la misma pues, se repite, la ley no distinguió, y tuviera la oportunidad de incorporarse a la actividad laboral y el monto del salario a recibir fuera inferior al monto de la pensión. En la generalidad de los casos, el limitado preferiría no aceptar el trabajo, con las implicaciones a la dignidad humana que esta decisión puede representarle, para no tener que renunciar a una suma de dinero que puede ser vital para su subsistencia.

Expediente: 73001-33-33-001-2016-00218-01.
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante: ANGELICA MARIA ROJAS GARCÍA
Accionado: CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

En este caso, sí se podría pensar que se estarían violando las disposiciones constitucionales que tratan sobre la obligación del Estado de adelantar políticas de previsión, rehabilitación e integración social de los limitados (art. 47 de la Carta); el artículo 54 de la Constitución que dispone que el Estado debe “garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud”.

4.7 Bastan estas breves explicaciones para señalar que la expresión acusada no viola los artículos constitucionales expuestos por el demandante y, en consecuencia, se declarará la constitucionalidad de la expresión “ni suspensión” contenida en el artículo 33 de la Ley 361 de 1997.” (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Precisa esta Corporación que no se comparte la interpretación realizada por el juez de primera instancia respecto a la mencionada sentencia, pues esta se refiere a los casos en que un pensionado por invalidez ingresa nuevamente a la prestación del servicio, es decir, se reincorpora otra vez a la vida laboral, no como en el presente caso, que no existió prestación efectiva del servicio y que por el contrario, se reconoce la pensión de invalidez con efecto retroactivo desde la estructuración de la pérdida de la capacidad laboral de la accionante.

Debe agregarse que el artículo 35 de la Ley 734 de 2002 establece dentro de sus prohibiciones la de ordenar el pago o percibir remuneración oficial por servicios no prestados o por cuantía superior a la legal

Atendiendo los anteriores argumentos jurisprudenciales y la ausencia de material probatorio, se concluye que la parte demandante no desvirtuó la legalidad de los actos administrativos y se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida el 16 de enero de 2019 proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Ibagué que negó las pretensiones de la demanda, pero por las razones expuestas en la presente providencia.

COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA

De conformidad con el artículo 188 del CPACA, condénese en costas de esta instancia a la parte demandante. Liquidense de conformidad con lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P, siempre y cuando se encuentre demostradas.

Fíjese como agencias en derecho el valor equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

De acuerdo a lo anterior se toma la siguiente,

DE C I S I Ó N

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Contencioso Administrativo del Tolima, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

Expediente: 73001-33-33-001-2016-00218-01.
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante: ANGELICA MARIA ROJAS GARCÍA
Accionado: CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA

F A L L A

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida el 16 de enero de 2019 proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Ibagué, que negó las pretensiones de la demanda formulada por la señora ANGELICA MARIA ROJAS GARCÍA contra la Contraloría Departamental del Tolima, pero por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- CONDENAR en costas de esta instancia a la parte demandante, siempre y cuando se encuentren causadas y probadas, de conformidad con los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso.

Fíjese como agencias en derecho el valor equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

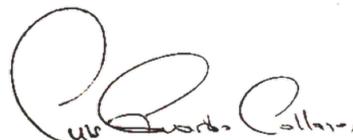
TERCERO.- Una vez en firme, devuélvase el expediente al Juzgado de Origen.

Atendiendo las pautas establecidas por la Presidencia de la República en el Decreto 457 del 22 de marzo de 2020, mediante el cual se imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Coronavirus COVID - 19 y el mantenimiento del orden público, y el Acuerdo PCSJA20-11567 del 05 de junio de 2020, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, mediante el cual se tomaron medidas por motivos de salubridad pública, la presente providencia fue discutida y aprobada por la Sala a través de correo electrónico y se notifica a las partes por este mismo medio.

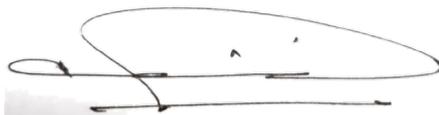
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



BELISARIO BELTRÁN BASTIDAS
Magistrado



LUIS EDUARDO COLLAZOS OLAYA
Magistrado



CARLOS ARTURO MENDIETA RODRÍGUEZ
Magistrado

Firmado Por:

Belisario Beltran Bastidas
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Escrito 5 Sección Primera
Tribunal Administrativo De Ibague - Tolima

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **52261dae4f4a196a43c5a86a0bb40d8916dbf126caab9ca944521b602487e9e4**

Documento generado en 16/11/2021 11:09:33 AM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>