

Conclusiones de la Línea Jurisprudencial sobre el retiro del servicio de empleados por invalidez absoluta

Con el fin de presentar el resumen de la línea jurisprudencial construida sobre el tema “Retiro del Servicio de Empleados por Invalidez Absoluta”, inicialmente haremos un recuento de la normativa más importante sobre la materia y luego expondremos las conclusiones obtenidas en cada una de las líneas elaboradas con base en sentencias del Consejo de Estado proferidas entre los años 1997 y 2016.

Evolución Normativa

1. Decreto 3135 de 1968: El Artículo 23 del Decreto 3135 de 1968 estableció que cuando se determine una invalidez con pérdida de la capacidad laboral no inferior al 75%, el empleado tiene derecho al reconocimiento y pago de una pensión, mientras la invalidez subsista, en los siguientes montos:

- a) El cincuenta por ciento cuando la pérdida de la capacidad laboral sea del 75%;
- b) Del 75%, cuando la pérdida de la capacidad laboral exceda del 75% y no alcance al 95%;
- c) El ciento por ciento (100%) cuando la pérdida de la capacidad laboral sea superior al 95%.

2. Ley 100 de 1993: Los artículos 38 a 45 de la Ley 100 de 1993 regulan la pensión de invalidez por riesgo común. La norma establece la definición de la pensión, los requisitos para su obtención, el monto, la calificación del estado de invalidez, los organismos encargados de realizar la calificación respectiva, esto es, las Juntas de Calificación de Invalidez y el procedimiento para realizar la revisión de esta clase de pensión. Esta ley contiene los lineamientos generales para otorgar esta prestación, cuyo reconocimiento constituye un requisito previo para que la administración proceda a realizar el retiro del servicio de los servidores de carrera administrativa que se encuentran en esta condición.

3. Ley 443 de 1998: Por su parte, el literal d) de su artículo 37 de la Ley 443 de 1998, también estableció como una de las causales de retiro del servicio la invalidez absoluta.

4. Ley 909 de 2004: En el mismo sentido, la Ley 909 de 2004, en su artículo 41, Literal f), mantuvo como causal de retiro la invalidez absoluta de los empleados de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa.

5. Retiro por Invalidez en las Fuerzas Armadas y de Policía: En lo que respecta al retiro por invalidez en las Fuerzas Armadas y de Policía, es de especial importancia mencionar los Decretos 094 de 1989, 1211 de 1990 y 1790 de 2000, entre otros, que han regulado de manera autónoma esta causal. Esta normativa señala las condiciones especiales en que el Estado reconoce la pensión de invalidez y las indemnizaciones a que pueda haber lugar a los miembros de estas instituciones, teniendo en cuenta que por su especial función pueden ser objeto de disminución de su capacidad laboral por situaciones propias del servicio.

Ejemplo de ello es lo establecido en el artículo 181 del Decreto 1211 de 1990, que dispone:

“ARTICULO 181. Disminución de la capacidad sicofísica. Los Oficiales y Suboficiales que en el momento de su retiro del servicio activo presenten una disminución de la capacidad sicofísica determinada por la Sanidad Militar, que no haya sido indemnizada en la forma prevista en el artículo 155 de este Decreto, tendrán derecho a que el Tesoro Público les pague:

a. Una indemnización que fluctuar entre uno (1) y treinta y seis (36) meses de sus haberes, tomando como base las partidas señaladas en el artículo 158 de acuerdo con el índice de lesión fijado en el respectivo Reglamento.

b. El auxilio de cesantía y demás prestaciones que les correspondan en el momento del retiro.

c. Mientras subsista la incapacidad, a una pensión mensual liquidada con base en las partidas señaladas en el artículo 158 de este Estatuto de acuerdo con lo siguiente:

- El cincuenta por ciento (50%) de dichas partidas, cuando el índice de lesión fijado determine una disminución del setenta y cinco por ciento (75%) de la capacidad sicofísica.

- El setenta y cinco por ciento (75%) de dichas partidas, cuando el índice de lesión fijado determine una disminución de la capacidad sicofísica que exceda del setenta y cinco por ciento (75%) y no alcance el noventa y cinco por ciento (95%).

El cien por ciento (100%) de dichas partidas cuando el índice de lesión fijado determine una disminución de la capacidad sicofísica igual o superior al noventa y cinco por ciento (95%).

PARAGRAFO 1. Si la disminución de la capacidad fuere consecuencia de hechos ocurridos en el servicio y por causa y razón del mismo, la indemnización de que trata el literal a. de este artículo se aumentará en la mitad.

PARAGRAFO 2. Si la disminución de la capacidad sicofísica fuere consecuencia de heridas en combate o como consecuencia de la acción del enemigo, en conflicto internacional o en tareas de mantenimiento o restablecimiento del orden público interno, la indemnización a que se refiere el literal a. Del presente artículo se pagar doble.”

DESARROLLO JURISPRUDENCIAL “RETIRO DEL SERVICIO DE EMPLEADO POR INVALIDEZ ABSOLUTA” -Consejo de Estado-

Para la elaboración de esta línea jurisprudencial fueron revisadas 48 sentencias del Consejo de Estado, de las cuales fueron seleccionados 11 para demarcar el criterio jurisprudencial en relación con la facultad de la administración de proceder a declarar el retiro del empleado cuando determina que se encuentra en situación de invalidez absoluta.

En términos generales, esta causal de retiro del servicio ha permanecido con el paso del tiempo. La jurisprudencia se ha ocupado de precisar la forma en que debe ser reconocida y declarada la invalidez, el momento en que procede el retiro del servicio, los pagos e indemnizaciones correspondientes y la reincorporación a la vida laboral, cuando a ello haya lugar.

En relación con la declaración de la invalidez, resaltamos lo concluido en la sentencia proferida el 18 de abril de 2002 en el expediente 1994-7784(1767-01), en la que el Juez estima que no puede producirse el retiro de un empleado hasta cuando el procedimiento administrativo de calificación de invalidez y reconocimiento pensional no se encuentre terminado.

De otra parte, en cuanto a los miembros de las Fuerzas Armadas y de Policía, la jurisprudencia ha sido enfática en sostener que debe reconocerse el derecho a la pensión de invalidez y al pago de dicha prestación, sin que sea posible mantener al funcionario en el servicio (Ver Exp. 25000-23-25-000-2002-06997-01(1600-07) en sentencia de septiembre 23 de 2010). Tampoco puede ser retirado del servicio en

virtud de la facultad discrecional mientras no se produzca el reconocimiento y pago de la pensión. (Ver Exp. 70001-23-31-000-2006-00085-01(0989-09) en sentencia de noviembre 7 de 2013).

Es importante resaltar que cuando la disminución de la capacidad laboral permanente o la disminución sicofísica en la prestación del servicio son producto de heridas de combate, la normativa reconoce el pago de una indemnización, tasada de conformidad con lo sucedido en el caso concreto. (Ver Expedientes: 70001-23-31-000-2004-01807-01(1269-11), 189-CE-SNG-1965-04-21, 218-CE-SEC2-EXP1997-N13281, 835-CE-SEC2-EXP1997-N9851, 51-CE-SEC2-EXP1999-N14309)

Ahora bien, en lo que respecta a la reincorporación a la vida laboral de quienes, luego de haberseles reconocido pensión de invalidez, recobran sus capacidades laborales, la Corte Constitucional fijó como criterio general el de la protección de quien ha dejado de ser inválido para reinstalarse en el medio laboral. La Jurisprudencia aclara que este último derecho no es absoluto y menos en el caso de los servidores públicos, por cuanto las nóminas de las entidades públicas se rigen por normas legales. De no ser posible la reinstalación, el empleador debe justificar la decisión correspondiente. Al respecto puede consultarse la sentencia proferida el 13 de octubre de 2011, dentro del expediente 05001-23-31-000-2002-04558-01(2415-10).

Finalmente en el fallo emitido dentro del proceso CE-SEC2-EXP1999-N14309, de agosto 19 de 1999, el Consejo de Estado concluyó que los dictámenes médicos proferidos por la entidad pueden ser desvirtuados en la vía judicial provocando otro, que puede ser objetado por la entidad demandada para establecer la incapacidad del funcionario y la procedencia del retiro por esta causal.

ANEXO JURISPRUDENCIA CONSEJO DE ESTADO

No.	SENTENCIA	FECHA	RATIO	COMENTARIO
1	51-CE-SEC2-EXP1999-N14309	05/06/2008	En otras palabras, si la decisión del Director General de la Policía Nacional se fundamenta en la causal 3ª del artículo 55 del Decreto 1791 de 2000, esto es, por disminución de la capacidad sicofísica, es necesario que el concepto médico se encuentre vigente al momento de la expedición del acto de retiro, es decir, que se adopte la medida dentro de los noventa (90) días siguientes al pronunciamiento del dictamen pues, de lo contrario, expirado ese término, la desvinculación se queda sin fundamento alguno y por lo tanto se configuraría una falsa motivación. (...) Como puede verse, la resolución demandada se adoptó cuando ya había transcurrido el término de los noventa (90) días de vigencia del concepto médico, previsto en el artículo 4º del Decreto 094 de 1989, y por lo tanto, no podía la administración fundamentar su decisión en una causal que ya se había extinguido, en razón a la pérdida de eficacia del dictamen médico.	Establece que cuando el retiro de un miembro de la Policía Nacional se produce con fundamento en la causal 3 del artículo 55 del Decreto 1791 de 2000, que hace referencia a la disminución de la capacidad sicofísica, es necesario que el concepto médico se encuentre vigente al momento de la expedición del acto de retiro.
2	189-CE-SNG-1965-04-21	21/04/1965	Enviado el paciente, a solicitud del señor apoderado, para el reconocimiento médico por la División de Medicina del Trabajo, en dictamen N° 132-J de diciembre 5 de 1964, conceptuó que "presenta la sintomatología clínica correspondiente a una epilepsia esencial, tipo gran mal, sin que sea posible atribuirle a un origen profesional derivado de las actividades militares", por lo cual tal epilepsia constituye una inhabilidad total para el desempeño de la profesión de Oficial del Ejército y una incapacidad permanente parcial para el ejercicio de otras actividades remunerativas. "Le corresponde, con fines compensatorios, un índice lesional de 11 de conformidad con lo previsto en el numeral 3-171 de la Tabla de Clasificación de Incapacidades, adoptada por el Decreto 1403 de 1956, referente al personal de las Fuerzas Armadas", dictamen que la Sala acoge, de conformidad con lo preceptuado por el Decreto 0832 de 1953, Ordinal f), Art. 3º, aplicable al presente caso.	Señala que cuando se produce el retiro del servicio de un militar por razones de invalidez, éste tendrá derecho al pago de una indemnización, de conformidad con la normatividad vigente, para el caso concreto, el decreto 3220 de 1953.
3	218-CE-SEC2-EXP1997-N13281	29/05/1997	Para la Sala es claro que no se presenta la incompatibilidad de la indemnización que reconoció el Incora al actor, como consecuencia de la supresión del empleo, con la pensión de invalidez, en consideración a que, en el momento de la supresión del cargo, el señor Castañeda Téllez no tenía causado el derecho a dicha pensión.	No existe incompatibilidad entre la indemnización por la supresión del empleo y el reconocimiento de la pensión de invalidez, en razón a que, en el momento de la supresión del cargo, el actor no tenía causado el derecho a la citada pensión.

4	835-CE-SEC2-EXP1997-N9851	16/10/1997	La disposición señalada, establece que cuando personal de Soldados y Grumetes, adquieran una incapacidad servicio que implique pérdida. igual o superior al 75% de su capacidad psicofísica, tendrán derecho, mientras subsista la incapacidad, a una pensión mensual pagadera por el tesoro público	Establece los parámetros para la liquidación y pago de la pensión de invalidez de un miembro del Ejército Nacional, cuando la disminución de la capacidad laboral es del 100%.
5	05001-23-31-000-2002-04558-01(2415-10)	13/10/2011	De conformidad con la línea jurisprudencial establecida por la Corte Constitucional, se pudo constatar que ha fijado como criterio general el de la protección de quien ha dejado de ser invalido, para reinstalarse en el medio laboral del que había sido retirado por causa de la invalidez; sin embargo, estableció que dicho derecho no es absoluto, y menos, en el caso de los servidores públicos, cuyas nóminas se rigen por normas legales, poniendo de presente que cuando no es posible la reinstalación, el empleador debe justificar la decisión correspondiente.	Estudia la reincorporación a la vida laboral de quienes luego de haberseles reconocido pensión de invalidez, recobran sus capacidades laborales.
6	19001-23-31-000-2002-08000-01(0412-10)	01/09/2016	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 expresas 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. (...) 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.	Concluye que en virtud del derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada que ostentan las personas que poseen alguna limitación física, psíquica o sensorial, 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.

7	25000-23-25-000-2002-06997-01(1600-07)	23/09/2010	<p>Sin embargo, considera la Sala que si bien asiste razón al Tribunal en esta oportunidad y por tal motivo no es procedente el pago de salario y pensión a la vez, lo cierto es que si las normas consagraban la obligación de retirar del servicio al actor por la incapacidad que lo aquejaba, así ha debido proceder, dando cumplimiento y ordenando el pago de todas las prestaciones que le correspondían, las cuales, como se dejó dicho, están señaladas en el artículo 183 del Decreto 1211 de 1990. En el presente caso no se trató de una afección que le causara el detrimento paulatino del estado de salud del actor, como para tener duda en cuanto a la fecha en que lo cobijó la incapacidad absoluta y permanente. Fue un hecho -atentado- el que le produjo las lesiones y secuelas que llevaron a que se le determinara una incapacidad laboral del 95.26%. De tal manera que es a partir de la fecha del atentado -18 de agosto de 1996- que el actor tenía derecho al ascenso y con fundamento en él a la liquidación de la pensión de invalidez.</p>	<p>Señala que cuando se produce una incapacidad absoluta y permanente de un integrante de las Fuerzas Militares, debe reconocerse el derecho a la pensión de invalidez y el pago de dicha prestación, sin que sea posible mantenerlo en el servicio.</p>
8	41001-23-31-000-1994-7784-01(1767-01)	18/04/2002	<p>Conforme a los anteriores planteamientos para la Sala es claro que el acto administrativo acusado es anulable por expedición irregular ya que retiró del servicio a la actora cuando el procedimiento administrativo de calificación de invalidez y reconocimiento pensional no se encontraba terminado. La irregularidad que cometió la entidad demandada al disponer el retiro de la actora antes de que se hubieran resuelto los recursos interpuestos contra la resolución que reconoció la pensión de invalidez y, especialmente, al ejecutar un acto administrativo que no se encontraba en firme, contrariando el artículo 65 del C.C.A., lesiona las garantías legales y constitucionales del debido proceso. Además de lo anterior, la resolución se encuentra viciada de falsa motivación porque la manifestación unilateral de la administración se fundamentó en hechos que no existieron o que, por lo menos, son diferentes a los expuestos por la administración para retirar del servicio a la demandante. En efecto dentro del proceso se constata que la demandante padece una enfermedad denominada LUPUS ERITEMATOSO SISTEMICO, que según los dictámenes médicos que obran de folios 36 a 40 no amerita bajo ningún parámetro pensión por invalidez pues no presenta incapacidad funcional ni laboral por lo que puede continuar sus labores habituales.</p>	<p>Advierte que no puede producirse el retiro de un empleado hasta cuando el procedimiento administrativo de calificación de invalidez y reconocimiento pensional no se encuentre terminado.</p>

9	70001-23-31-000-2004-01807-01(1269-11)	07/03/2013	<p>La Sala no desconoce que en el acto administrativo de retiro del servicio se decidió: "Retirar del servicio activo de la Policía Nacional, por Incapacidad Absoluta y Permanente o gran Invalidez, de conformidad con lo establecido en los artículos 55 numeral 4º y 60 del Decreto 1791 de 2000, en concordancia con el parágrafo del artículo 28 Decreto 1976 de 2000, al personal que se relaciona a continuación..."[1] y entre ese personal se enlistó al demandante; no obstante, de conformidad con lo previsto en el artículo 21 del Decreto 094 de 1989 en concordancia con lo consagrado en el artículo 15 del Decreto 1796 de 2000, es a la Junta Médico Laboral a quien le está atribuida la competencia para clasificar las lesiones y valorar la disminución de capacidad laboral de la fuerza correspondiente, lo que implica atenerse a lo dictaminado por ella.</p>	<p>Establece los parámetros para la liquidación y pago de la pensión de invalidez y la indemnización respectiva de un miembro del Ejército Nacional, cuando la disminución de la capacidad laboral permanente y es producto de heridas de combate.</p>
10	70001-23-31-000-2006-00085-01(0989-09)	07/11/2013	<p>Sin embargo, esta Corporación siguiendo las directrices establecidas por la Corte Constitucional ha señalado que excepcionalmente el Sistema Integral de Seguridad Social le es aplicable a quienes no son sus destinatarios, cuando de la aplicación de los regímenes especiales de seguridad social se evidencie un trato desfavorable frente a quienes se encuentran sometidos al régimen general establecido en la Ley 100 de 1993. (...) Bajo el supuesto anterior, para la Sala es evidente que el demandante satisfizo los requisitos exigidos por los artículos 38 y 39 de la Ley 100 de 1993, pues por virtud de su afiliación al Sistema de Seguridad Social de las Fuerzas Militares cotizó por más de 50 semanas durante los últimos tres años, y se disminuyó su capacidad psicofísica en más de un 50%, el cual es suficiente para el reconocimiento de la pensión de invalidez, razón por la cual no tendría ningún sentido decretar la nulidad de los actos acusados, como quiera que los mismos le abrieron la posibilidad a dicha pensión en razón a que establecieron la disminución de su capacidad laboral en un porcentaje del 52.42%.</p>	<p>Analiza si un miembro de la Policía Nacional tiene derecho al reconocimiento y pago de una pensión de invalidez por disminución de su capacidad laboral y en consecuencia no debía ser retirado con base en la facultad discrecional otorgada al Director General.</p>

11	CE-SEC2-EXP1999-N14309	19/08/1999	<p>En el presente caso, como queda acreditado, el demandante sufría de una lesión adquirida por causa y razón del servicio, la cual le generó incapacidad relativa y permanente en el grado máximo, es decir sin posibilidad de recuperación. (...) Así las cosas, el demandante tiene derecho a una pensión de invalidez a partir del 1º de marzo de 1994, fecha del retiro, en cuantía del cien por ciento (100%) del sueldo básico de un subteniente o su equivalente, de conformidad con lo previsto en el artículo 227 del Decreto 1211 de 1990 literal a. numeral 2. Como se ha dicho en otras ocasiones los dictámenes médicos proferidos por la entidad pueden ser desvirtuados en la vía judicial provocando otro, y eso fue precisamente lo que hizo el demandante mediante el dictamen de la Subdirección de Control de Invalidez del Ministerio del Trabajo, el cual podía ser objetado por la entidad demandada, pero ello no ocurrió. No es de recibo pues, la afirmación de la entidad en el sentido de que la valoración del Tribunal Médico constituía la última instancia en la materia.</p>	<p>Aclara que los dictámenes médicos proferidos por la entidad pueden ser desvirtuados en la vía judicial provocando otro, el cual podía ser objetado por la entidad demandada y así establecer la incapacidad del funcionario.</p>
----	------------------------	------------	--	---

Fecha: Noviembre de 2017