

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA SUB-SECCIÓN "C"

Bogotá, D.C. Diecisiete (17) de junio de dos mil veinte (2020)

Magistrado Ponente Dr. CARLOS ALBERTO ORLANDO JAIQUEL

Referencias:

Demandante: **LUZ EDITH ARDILA GARZÓN**

Demandado: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento de Derecho

Asunto: Reintegro – pago de acreencias laborales

Expediente No. 11001 3335 022- **2015- 00343- 02**

Procede el Tribunal a desatar el recurso de apelación propuesto por la parte actora, contra la sentencia proferida en audiencia el veintidós (22) de enero de dos mil dieciocho (2018)¹ por el Juzgado Veintidós (22) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, mediante la cual se **negó las pretensiones de la demanda** en el proceso correspondiente al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, ejercido por la señora Luz Edith Ardila Garzón contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, de ahora en adelante, ICBF.

PETITUM

La demandante mediante apoderado solicita que se declare la nulidad de las Resoluciones No. 1499 de 31 de julio de 2014 y No. 2270 de 15 de octubre de 2014, mediante las cuales la entidad demandada retiró del servicio a la señora Ardila Garzón y se resolvió un recurso.

A título de Restablecimiento del Derecho, pretende se ordene a la entidad demandada a reintegrar a la actora al cargo que venía desempeñando o a otro, de igual o superior categoría sin solución de continuidad, al no cumplirse lo regulado en el artículo 3° del Decreto 2245 de 2012.

Aunado a lo anterior, se disponga reconocer y pagar la sanción mora por el pago tardío de las cesantías que dispone la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, desde el 13 de noviembre de 2014.

¹ Folios 195 a 196, Cd. a folio 208 Cuaderno No. 2

Expediente: 2015-00343-02
Actor: Luz Edith Ardila Garzón

Se disponga reconocer y pagar a la demandante 25 SMLMV, por concepto de perjuicios morales, como consecuencia del retiro llevado a cabo de forma ilegal.

De la condena ordenada, se prohíba el descuento de dinero por concepto de los pagos realizados en virtud de la mesada pensional por invalidez u otras sumas que no estén contempladas en el artículo 128 de la Constitución Política.

Finalmente, requiere que las sumas de dinero reconocidas, sean actualizadas de conformidad con en el artículo 187 del CPACA, la condena a la entidad demandada al pago costas y el cumplimiento de la sentencia en los términos del artículo 192 y 195 ibídem, y si no se llegasen a cumplir, el correspondiente pago de intereses moratorios desde la fecha de la ejecutoria de la sentencia.

SUPUESTOS FÁCTICOS

Se señala en el escrito de demanda, que la Junta de Calificación de Invalidez según el dictamen No. 517980, reconoció una pérdida de capacidad laborar de la señora Luz Edith Ardila Garzón en porcentaje equivalente al 50.65%. Allí se precisó que la invalidez es de origen laboral o profesional.

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, mediante Resolución No.1499 de 31 de julio de 2014², retiró del servicio por invalidez a la demandante, a partir del 31 de octubre de 2014. En el citado acto no especificó el origen de la invalidez.

Contra la anterior decisión, se interpuso recurso de reposición y en subsidio el de apelación, el día 22 de agosto de 2014.

La entidad demandada a través de la Resolución No. 2270 de 15 de octubre de 2014, resolvió el recurso presentado, donde modificó el acto recurrido, para precisar que en el evento en que no se produzca la inclusión en nómina en la fecha indicada, el retiro efectivo solo se producirá en la fecha en que se le haya notificado la inclusión en nómina por parte de la UGPP.

Así las cosas, la entidad omitió en los actos demandados reconocer que la invalidez de la señora Ardila Garzón tiene carácter de riesgo profesional, desconociendo el dictamen de la Junta Nacional de calificación de invalidez No. 517980.

² Advierte la Sala que la decisión proferida por la entidad empleadora, tuvo en cuenta la Resolución No. RDP 020159 de 27 de junio de 2014, por la cual se reconoció pensión de invalidez a la demandante.

Expediente: 2015-00343-02
Actor: Luz Edith Ardila Garzón

La desvinculación de la demandante efectivamente fue el día 13 de noviembre de 2014, sin acto administrativo. Adicionalmente a la fecha referida no se le había notificado debidamente por parte de la UGPP el acto administrativo que ordenó la inclusión en nómina de pensionados.

El día 2 de diciembre de 2014, fue notificada la señora Ardila Garzón de la Resolución No. RDP 20159 de 27 de junio de 2014, que ordenó su inclusión de nómina como pensionada.

La entidad empleadora no notificó acto administrativo que liquide las prestaciones sociales de la señora Ardila Garzón.

A su juicio, hay falsa motivación en los actos acusados, al desconocer el origen profesional de la invalidez, que conlleva a que el monto de la pensión sea mayor al que se ordenó, en razón a la invalidez por riesgo común.

SUPUESTOS JURÍDICOS

La parte activa estima como disposiciones violadas las siguientes: Artículos 25, 29, 53 y 209 de la Constitución Política; Decreto 3135 de 1968, Decreto 1848 de 1969, Decreto 1045 de 1978, Decreto 1295 de 1994, Decreto 254 del 2000, Decreto 1777 de 2003, Decreto 62 de 2004, Decreto 63 de 2004, Decreto 65 de 2004, Decreto 4409 de 2004, Decreto 2196 de 2009, Decreto 4107 de 2011, Decreto 4269 de 2011, Decreto 2776 de 2012; Ley 6° de 19 de febrero de 1945, Ley 100 de 1993, Ley 490 de 1998 y Ley 1151 de 2007.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintidós (22) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá³, a través de la sentencia impugnada negó las pretensiones de la demanda, con base en los argumentos, que se sintetizan así:

En continuación de Audiencia Inicial, el *a quo* suscribió el problema jurídico en determinar si se debe anular los actos cuestionados, expedidos por la entidad demandada, y si procede como restablecimiento del derecho acoger las pretensiones de condena o alguna de ellas, pagar la denominada sanción moratoria y demás formalidades.

Precisó que el objeto de la discusión dentro del proceso, es la legalidad de los actos acusados, en cuanto retiro del servicio a la parte y así no es procedente el análisis del reconocimiento de prestaciones sociales derivadas del retiro.

Analizados los hechos probados dentro del plenario, estableció que en cumplimiento de un fallo de tutela proferido por el Tribunal Superior del Distrito

³ *Ibidem*

Expediente: 2015-00343-02
Actor: Luz Edith Ardila Garzón

Judicial – Sala Penal, la UGPP reconoció y ordenó el pago de una pensión por invalidez a la demandante. El ICBF, al momento de ser notificado de la decisión anterior, profirió acto administrativo de retiro el cual fue objeto de recurso de reposición. Posteriormente mediante la Resolución No. No. 2270 de 15 de octubre de 2014, se modificó el acto recurrido, en el sentido de precisar que el retiro se haría efectivo después de que la trabajadora estuviera notificada del acto administrativo que la incluyó en nómina de pensionados.

Adicionalmente, adujo que la demandante percibió salario hasta el 13 de noviembre de 2014 y devengó pensión de invalidez desde el mes de noviembre del mismo año. Sin embargo, al momento de retirarse del servicio a la señora Ardila Garzón no se le había notificado por parte de la UGPP la decisión que ordenó en inclusión en nómina de pensionados.

Así las cosas, adujo que a juicio de la parte actora se desconoció el trámite que establece el artículo 3° Decreto 2245 de 2012, para proferir el acto de retiro de la demandante por parte de la entidad empleadora.

En este punto, señaló que la citada norma fue proferida con el fin de establecer para el trabajador un reconocimiento pensional a partir del día siguiente del retiro efectivo del servicio, es decir, no exista un solo día de solución de continuidad entre la finalización de la relación laboral y el momento en que la demandante se encuentra en calidad de pensionada.

Por tal motivo, no existe materialmente carencia de salario ni un solo día, por el contrario de manera favorable a la trabajadora, percibió salario y mesada pensional por un corto periodo en el mes de noviembre de 2014.

En este orden de ideas, probado que ingresó en calidad de pensionado previo a ser retirado del servicio, no existe vulneración constitucional a los derechos alegados por la parte actora.

Señaló, en cuanto a la imprecisión del origen de la invalidez de la demandante, como lo indicó el apoderado demandante será de objeto de decisión en otros procesos, y no tiene relación con la supuesta ilegalidad del acto de retiro de la señora Ardila Garzón.

Finalmente, frente al pago de la sanción moratoria pretendida, el apoderado de la parte actora no precisó si el pago de las cesantías se realizó o no fue pagado completamente, por lo que el Juzgado de primera instancia a su juicio esta falencia probatoria no puede ser subsanada por el Juzgador. De igual forma, no resulta procedente acoger esta pretensión si no se establece la sanción mora, desde cuando se causó exactamente por el simplemente hecho de que se retiró de manera ilegal a la actora.

Expediente: 2015-00343-02
Actor: Luz Edith Ardila Garzón

Expuesto lo anterior, al no encontrarse desvirtuada la legalidad de los actos acusados, negó la totalidad de las pretensiones de la demanda; sin condena en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la **parte actora**⁴ formuló recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia pretendiendo la revocatoria de ésta, señalando en síntesis lo siguiente:

En primer lugar, señaló que la “antijuridicidad” no necesariamente debe ser material para que el acto administrativo acusado pueda ser objeto de nulidad, también puede existir la “antijuridicidad” formal. Sin embargo, en el caso en concreto, adujo que se probó que concurrió tanto la “antijuridicidad material como formal”.

Precisó que la entidad administrativa para proferir sus actos, debe tener en cuenta tanto la Constitución Política como la ley, que establecen el reglamento o los parámetros para ejercer la función administrativa. Es así como el Decreto 2245 de 2012, estableció el procedimiento como se debe retirar del servicio al trabajador a quien se le reconoció pensión de invalidez.

Al respecto, la norma referida estableció la obligación de la UGPP de notificar la inclusión en nómina de pensionados a la demandante y posteriormente a esa actuación, la entidad empleadora tenía la facultad de retirar del servicio a la trabajadora. Hecho que no se dio, ya que la notificación fue posterior a la fecha en que se retiró del servicio a la demandante.

El desconocimiento de la demandante sobre si se encontraba en nómina de pensionados, que duro más de 15 días, demuestra la vulneración de los derechos como trabajadora.

En segundo lugar, en cuanto a las condenas como consecuencia de la nulidad de los actos acusados, el pago de salario debió realizarse hasta la fecha en que efectivamente la UGPP notificó la decisión de incluir en nómina de pensionados a la señora Ardila Garzón.

En este punto, precisó el alcance de la sanción mora por el pago tardío de las cesantías definitivas, para señalar que la entidad demandada debió acreditar el pago de la prestación por el principio de carga dinámica de la prueba.

De otro lado, el pago de los perjuicios morales procede debido a que se acreditó las falencias médicas de la demandante –problemas psiquiátricos-, lo que ocasiona que no sea necesario probar vulneración al mínimo vital.

⁴ Hora 3´53´´09 y s.s. de la Audiencia de fecha 22 de enero de 2018.

Expediente: 2015-00343-02
Actor: Luz Edith Ardila Garzón

De otro lado, advirtió que en los actos acusados no se reconoció la calidad de origen de invalidez de la demandante, la cual es en ocasión a accidente laboral.

Finalmente, solicitó se accedan a las pretensiones, exceptuando el reintegro sin solución de continuidad.

TRÁMITE

El Tribunal admitió el recurso de apelación⁵ debidamente sustentado y concedió el término dispuesto en el artículo 247 de la Ley 1437 de 2011 para que las partes presentaran sus alegatos de conclusión y el Ministerio Público emitiera su concepto en el proceso de la referencia.

La **parte demandante**⁶, dentro del término de ley, alegó de conclusión. Allí citó el contenido del artículo 3° del Decreto 2245 de 2012, para señalar que los actos acusados son violatorios de la referida norma.

Tanto la **parte demandada** como el **Ministerio Público** guardaron silencio dentro de esta etapa procesal.

COMPETENCIA

Este Tribunal es competente para conocer y resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós (22) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, en virtud de lo dispuesto en el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cumplidos como se hallan los presupuestos del medio de control, de la demanda y del proceso y entendiendo que ante causal de nulidad la misma se entenderá saneada, el Tribunal procede a dictar sentencia sobre la base de las siguientes,

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme lo expuesto en el recurso de alzada, el problema jurídico que en esta oportunidad corresponde resolver a la Sala, es determinar si las Resoluciones Nos. 1499 de 31 de julio de 2014 y 2270 de 15 de octubre de 2014, por medio de las cuales se retiró del servicio por invalidez absoluta a la señora Luz Edith Ardila Garzón, fue expedida de forma irregular conforme los cargos de la demanda, o si, por el contrario, la misma se encuentra ajustada a derecho.

⁵ Folio 210 Cuaderno No. 2

⁶ Folios 213 a 214 Cuaderno No. 2

Expediente: 2015-00343-02
Actor: Luz Edith Ardila Garzón

HECHOS PROBADOS

Previo al examen de las pretensas del libelo, es necesario el estudio de las probanzas recaudadas en el proceso, entonces, de lo probado en el plenario se desprende que:

1. Según certificación expedida por la Coordinadora del Grupo de Gestión Humana Regional de Bogotá del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar⁷, la demandante estuvo vinculado a la entidad desde el 8 de julio de 1991 hasta el 13 de noviembre de 2014, siendo titular del cargo de Profesional Universitaria Código 2044, Gado 08, y encargada en el cargo de Profesional Especializado Código 2028, Grado 13.
2. Se aportó Dictamen No. 44426 de 4 de mayo de 2012⁸, expedido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá – Cundinamarca, que reconoció una pérdida de la capacidad laboral de la señora Luz Edith Ardila Garzón equivalente a 50.65%, enfermedad de origen laboral estructurada el 26 de abril de 2012.
3. Copia del Acta de audiencia de 16 de agosto de 2012 expedida por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez⁹, donde se modificó la decisión de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá – Cundinamarca, en cuanto la fecha de estructuración de la enfermedad fue el día 23 de junio de 2008 y confirmó la pérdida de la capacidad laboral y el origen de la enfermedad.
4. En cumplimiento de sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá – Sala Penal¹⁰, la UGPP a través de la Resolución No. RDP 020159 de 27 de junio de 2014¹¹, reconoció y ordenó el pago de una pensión de invalidez a la señora Ardila Garzón. En el acto en comento, la entidad reconoció la prestación periódica según los artículos 21, 38, 39 y 40 de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta el 63% sobre el Ingreso Base de Liquidación de lo cotizado en el periodo entre el 17 de julio de 2003 y el 16 de julio de 2013. Se precisó que el reconocimiento es a partir del 17 de julio de 2013, pero con efectos fiscales una vez se demuestre el retiro definitivo del servicio siempre y cuando subsista la causa de invalidez.

⁷ Folio 79 Cuaderno No. 1

⁸ Folios 34 a 37 Cuaderno No. 2

⁹ Folios 35 a 38 Cuaderno No. 1

¹⁰ Expediente No. 110013109018201400015-02, sentencia de 12 de julio de 2014, Accionante: Luz Edith Ardila Garzón, Accionada: UGPP, ARL POSITIVA y SANITAS EPS. (La providencia advirtió que el accidente de trabajo se produjo el 31 de agosto de 1991, fecha en la cual la accionante se encontraba afiliada a la ARP Caja Nacional de Previsión Social por el empleador ICBF)

¹¹ Folios 5 a 9 Cuaderno No. 1

Advirtió que teniendo en cuenta que la pérdida de la capacidad laboral fue causada por accidente de trabajo y la fecha en que se estructuró la invalidez -23 de junio de 2008- la entidad competente para el reconocimiento de la prestación es la ARP hoy ARL POSITIVA, sin embargo, procedía al reconocimiento en cumplimiento de la orden judicial.

5. Se allegó constancia de notificación de la anterior decisión, a la señora Ardila Garzón el día 7 de julio de 2014¹².
6. Por medio del Oficio No. 20149013861791 de 15 de julio de 2014¹³, la UGPP solicitó Al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – Regional Bogotá, la expedición del acto administrativo de retiro de la señora Ardila Garzón, de conformidad con el artículo 3° del Decreto 2245 de 2012. Allí se indicó *“que la UGPP tiene dispuestos todos los trámites necesarios para poder realizar la inclusión en nómina a partir del día siguiente a que se informe cual va a ser la fecha de desvinculación, pero sin conocer la misma, se hace imposible para la entidad poder hacer el reporte, como quiera que actuar de otra manera se tornaría inconstitucional conforme al artículo 128 de la Constitución Política (...).”*
7. Resolución No. 1499 de 31 de julio de 2014¹⁴, según la cual la entidad empleadora retiró del servicio a la demandante por invalidez absoluta, a partir del 31 de octubre de 2014, en virtud del parágrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003 y el artículo 3° del Decreto 2245 de 2012. Acto administrativo que no precisó el origen de la enfermedad que originó la invalidez.
8. Inconforme con la anterior decisión, la demandante interpuso recurso de reposición y en subsidio el de apelación¹⁵, donde solicitó se revoque el acto administrativo, toda vez que (i) se indicó que la pensión fue reconocida por invalidez de origen común, cuando la Junta Nacional de Calificación de Invalidez señaló que la invalidez es de origen profesional, (ii) a su vez la recurrente tiene fuero de discapacidad conforme el artículo 137 del Decreto 19 de 2012, y así debió mediar autorización del Inspector de Trabajo para el retiro, (iii) se debe esperar a la expedición del acto administrativo que reconozca la pensión de invalidez por origen profesional según el artículo 9° de la Ley 797 de 2003 y (iv) el ICBF debe solicitar a la UGPP que se haga el reconocimiento pensional según el origen de la invalidez.

¹² Folio 10 Cuaderno No. 1

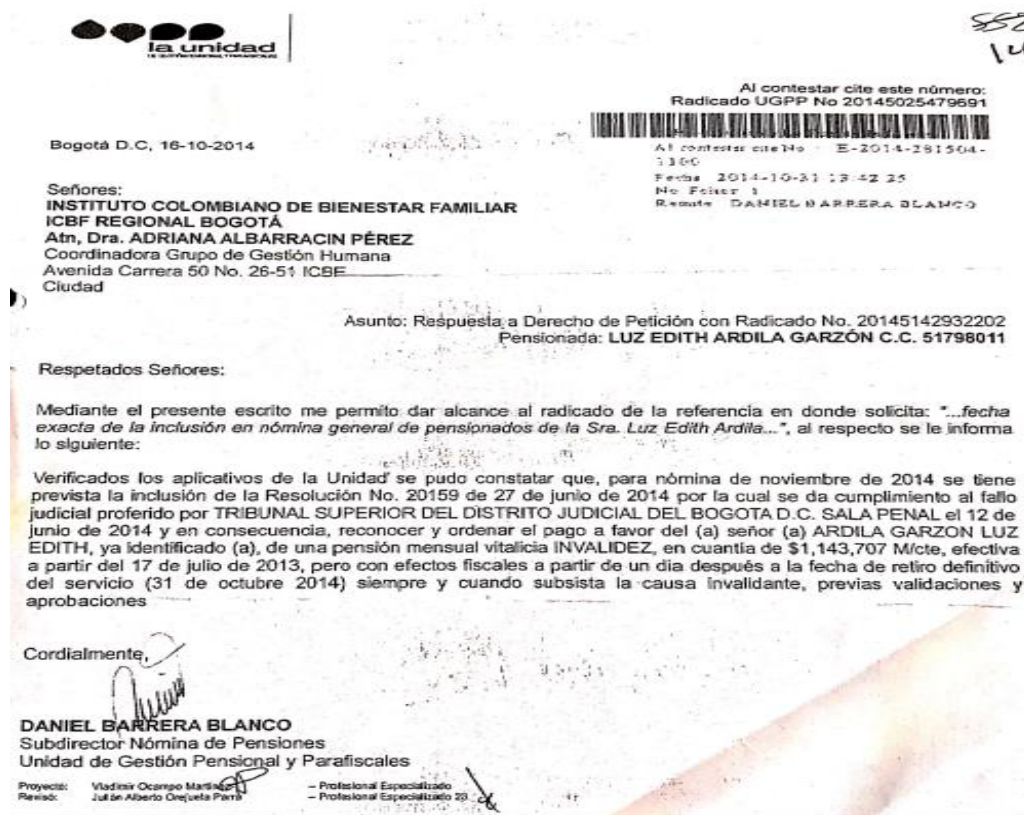
¹³ Folios 123 a 124 Cuaderno No. 2

¹⁴ Folios 70 a 71 vto. Cuaderno No. 2

¹⁵ Folios 15 a 27 Cuaderno No. 1

Expediente: 2015-00343-02
 Actor: Luz Edith Ardila Garzón

9. El ICBF, mediante Resolución No. 2270 de octubre de 2014¹⁶, modificó el acto recurrido. Allí advirtió que ordenó el retiro del servicio a partir del 31 de octubre de 2014, como fecha prudencial para que la UGPP proferiera el acto administrativo que ordenará la vinculación de la demandante a la nómina de pensionados, atendiendo al requerimiento que realizó la referida entidad, sin embargo, con el fin de asegurar el cumplimiento de los pronunciamientos jurisprudenciales sobre la materia –sentencia C-1037 de 2003- y los derechos fundamentales de la trabajadora, procedió a modificar el numeral 1° de la Resolución 1499 de 31 de julio de 2014, para establecer que el retiro efectivo solo se producirá en la fecha en que se le haya notificado a la demandante la inclusión en nómina de pensionados en la UGPP.
10. Según Oficio No. 20145025479691 de 16 de octubre de 2014¹⁷, la UGPP comunicó al ICBF, la respuesta a una petición sobre la fecha de inclusión en nómina de la prestación de la demandante, manifestando:



11. Obra comunicación proferida por la entidad empleadora a la señora Ardila Garzón¹⁸ -de fecha ilegible-, con recibido de día 13 de noviembre de 2014, donde se le comunicó que atendiendo de que la UGPP indicó

¹⁶ Folios 144 a 146 vto. Cuaderno No. 2

¹⁷ Folio 142 Cuaderno No. 2

¹⁸ Folio 143 Cuaderno No. 2

Expediente: 2015-00343-02
Actor: Luz Edith Ardila Garzón

que se había realizado la inclusión en nómina de pensionados a la demandante, el ICBF la retiraba definitivamente del servicio, en los siguientes términos:



12. Se aportó comunicación de fecha 13 de noviembre de 2014 –con fecha de recibido 24 de noviembre del mismo año-, en la cual la Directora de Atención al Pensionado del FOPEP, comunicó a la demandante la inclusión a partir del mes de noviembre de 2014, en la Nómina General de Pensionados del Sector Público del Nivel Nacional que administra el Consorcio FOPEP, e igualmente el pago de la mesada pensional que se encuentra a disposición a partir del 25 de noviembre de 2014¹⁹, así:

¹⁹ Folio 42 Cuaderno No. 1

Expediente: 2015-00343-02
 Actor: Luz Edith Ardila Garzón



13. Reposa desprendibles de nómina de mes de octubre y noviembre del año 2014 de la demandante²⁰, donde la entidad empleadora certifica el pago por concepto de salario hasta el día 13 de noviembre de 2014 y los demás conceptos causados hasta la fecha.

MARCO JURÍDICO

La Ley 100 de 1993 “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones” en su Capítulo III reguló las pensiones de invalidez por riesgo común, en su artículo 38 y 40 dispone:

“ARTÍCULO 38. ESTADO DE INVALIDEZ. Para los efectos del presente capítulo se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral.

ARTÍCULO 40. MONTO DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ. El monto mensual de la pensión de invalidez será equivalente a:

²⁰ Folios 147 y 148 Cuaderno No. 2

Expediente: 2015-00343-02
 Actor: Luz Edith Ardila Garzón

a. El 45% del ingreso base de liquidación, más el 1.5% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, cuando la disminución en su capacidad laboral sea igual o superior al 50% e inferior al 66%.”

Se tiene que el IBL la referida prestación, es el establecido en el artículo 21 de la referida norma.

De otro lado, la Ley 776 de 2002 “*Por la cual se dictan normas sobre la organización, administración y prestaciones del Sistema General de Riesgos Profesionales.*”, establece en su artículo 1° y 9° lo siguiente:

ARTÍCULO 1o. DERECHO A LAS PRESTACIONES. *Todo afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales que, en los términos de la presente ley o del Decreto-ley 1295 de 1994, sufra un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, o como consecuencia de ellos se incapacite, se invalide o muera, tendrá derecho a que este Sistema General le preste los servicios asistenciales y le reconozca las prestaciones económicas a los que se refieren el Decreto-ley 1295 de 1994 y la presente ley.*

(...)

PARÁGRAFO 2o. *Las prestaciones asistenciales y económicas derivadas de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, serán reconocidas y pagadas por la administradora en la cual se encuentre afiliado el trabajador en el momento de ocurrir el accidente o, en el caso de la enfermedad profesional, al momento de requerir la prestación.*

(...)

ARTÍCULO 9o. ESTADO DE INVALIDEZ. *Para los efectos del Sistema General de Riesgos Profesionales, se considera inválida la persona que por causa de origen profesional, no provocada intencionalmente, hubiese perdido el cincuenta por ciento (50%) o más de su capacidad laboral de acuerdo con el Manual Unico de Calificación de Invalidez vigente a la fecha de la calificación.*

En primera instancia, la calificación de los porcentajes de pérdida de la capacidad laboral se hará por el equipo interdisciplinario establecido en el artículo 6o. de la presente ley, dentro del mes siguiente a la fecha en que hubiere concluido el proceso de rehabilitación integral, de existir discrepancias se acudirá a las Juntas de Calificación de Invalidez, quedando a cargo de la entidad de Seguridad Social correspondiente el pago de honorarios y demás gastos que se ocasionen.

El costo del dictamen será a cargo de la Administradora de Riesgos Profesionales, pero el empleador o el trabajador podrán acudir directamente ante dichas juntas.

ARTÍCULO 10. MONTO DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ. *Todo afiliado al que se le defina una invalidez tendrá derecho, desde ese mismo día, a las siguientes prestaciones económicas, según sea el caso:*

a) Cuando la invalidez es superior al cincuenta por ciento (50%) e inferior al sesenta y seis por ciento (66%), tendrá derecho a una pensión de invalidez equivalente al sesenta por ciento (60%) del ingreso base de liquidación;”

Expediente: 2015-00343-02
 Actor: Luz Edith Ardila Garzón

Así las cosas, el origen o causa de la enfermedad determina el tipo de pensión de invalidez que se reconozca al afiliado. Igualmente, el monto de la pensión se establecerá de acuerdo a la norma que reconoce el origen de la invalidez.

Ahora, de acuerdo con lo establecido por el artículo 125 de la Constitución Política, los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, con excepción de los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que establezca la ley.

Precisamente, la Ley 909 de 2004, *“por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, la gerencia pública y se dictan otras disposiciones”*, aplicable al presente asunto, consagra en su artículo 41 las causales de retiro de los empleados públicos.

“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:*

a) *Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción;*

(...)

f) *Por invalidez absoluta;*

(...)”

De acuerdo con lo expuesto resulta claro, y además no es objeto de debate dentro del presente asunto, que existió justa causa para el retiro de la demandante del empleo que ostentaba en el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

De otro lado, es objeto de discusión al momento de expedir el acto administrativo de retiro por parte de la entidad empleadora, el cumplimiento de lo dispuesto en el Decreto 2245 de 2012²¹, que señala en su artículo 3°:

“Artículo 3. Trámite en el Caso de Retiro con Justa Causa. *En caso que el empleador haga uso de la facultad de terminar el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, para garantizar que no exista solución de continuidad entre la fecha de retiro y la fecha de la inclusión en la nómina de pensionados, el empleador y la administradora o entidad reconocedora deberán seguir el siguiente procedimiento:*

a) *El empleador deberá informar por escrito a la administradora o a la entidad que efectuó el reconocimiento de la pensión, con una antelación no menor a tres (3) meses, la fecha a partir de la cual se efectuará la desvinculación laboral, allegando copia del acto administrativo de retiro del servicio o tratándose de los trabajadores del sector privado, comunicación suscrita por el empleador en la que se indique tal circunstancia. La fecha en todo caso será la del primer día del mes siguiente al tercero de antelación.*

²¹ *“por el cual se reglamenta el inciso primero del párrafo 3° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003”.*

Expediente: 2015-00343-02
Actor: Luz Edith Ardila Garzón

b) La administradora o la entidad que efectuó el reconocimiento de la pensión, dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de recibo de la comunicación de que trata el literal anterior, deberá informar por escrito al empleador y al beneficiario de la pensión la fecha exacta de la inclusión en nómina general de pensionados, la cual deberá observar lo dispuesto en el literal anterior. El retiro quedará condicionado a la inclusión del trabajador en la nómina de pensionados. En todo caso, tratándose de los servidores públicos, salvo el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes y las excepciones legales, no se podrá percibir simultáneamente salario y pensión.”

Es así, que se debe garantizar al pensionado que terminada la relación laboral, debe ostentar la calidad de pensionado, inclusive hacer parte de la nómina de pensionados de la correspondiente administradora o entidad que reconoció el derecho pensional, con el fin de garantizar que no se dé solución de continuidad entre la fecha de retiro y la fecha en que se empieza a pagar la prestación pensional.

CASO CONCRETO

Dentro del plenario, se probó que la señora Luz Edith Ardila Garzón fue calificada mediante Dictamen No.44426 de 4 de mayo de 2012, proferido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá – Cundinamarca, con una pérdida de la capacidad laboral de 50.65%, pérdida catalogada de origen laboral y estructurada el 26 de abril de 2012. A su vez la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá – Cundinamarca, confirmó la decisión anterior en cuanto confirmó el porcentaje de la pérdida de la capacidad laboral y el origen de la enfermedad, sin embargo, modificó la decisión para precisar que la estructuración de la enfermedad es de fecha 23 de junio de 2008.

Ahora, la UGPP en cumplimiento de fallo en sede de tutela²², reconoció y ordenó el pago de una pensión por invalidez a favor de la señora Ardila Garzón, en virtud de la Ley 100 de 1993, condicionada al retiro efectivo del servicio de la trabajadora.

Por lo anterior, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar como entidad empleadora, expidió los actos acusados, por los cuales retiró del servicio a la demandante. Si bien es cierto allí no se documentó taxativamente la causa de la invalidez, no es menos cierto que se detalló (i) lo dispuesto en la Ley 776 de 2002, (ii) que se conoció de acto de reconocimiento pensional proferido por la UGPP y (iii) que el cumplimiento del pago de la prestación estaba supeditado al retiro del servicio.

²² Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá - Sala Penal, Expediente No. 110013109018201400015-02, sentencia de 12 de julio de 2014, Accionante: Luz Edith Ardila Garzón, Accionada: UGPP, ARL POSITIVA y SANITAS EPS.

Expediente: 2015-00343-02
Actor: Luz Edith Ardila Garzón

Finalmente, el ICBF, advirtió que el retiro efectivo del servicio no se realizaba sin la certeza de que la señora Ardila Garzón, se encontraba incluida en la nómina de pensionados de la UGPP²³.

Ahora bien, el extremo activo de la Litis como principal argumento para desvirtuar la legalidad de los actos acusados, manifiesta que el retiro del servicio de la demandante, se llevó a cabo sin el cumplimiento de los requisitos que dispone el artículo 3° de Decreto 2245 de 2012, toda vez que, a la fecha en que fue retirada la señora Ardila Garzón, esto es, 13 de noviembre de 2014, la trabajadora no tenía conocimiento del acto administrativo que ordenó la inclusión en nómina de pensionados.

Sobre el particular, la Sala no desconoce que dentro del plenario no obra documental que certifique que la UGPP notificó a la señora Ardila Garzón de la inclusión en nómina de pensionados antes del 13 de noviembre de 2014, sin embargo, no hay duda según el material probatorio recaudado, que el ICBF, mediante escrito con recibido por parte de la demandante, le comunicó que procedía el retiro de servicio a fecha 13 de noviembre de 2014, toda vez se conocía de la decisión expedida por la UGPP de inclusión en nómina de pensionados desde de noviembre de 2014, la cual le fue anexada.

Así las cosas, la parte actora no puede alegar el desconocimiento o incertidumbre alguna, por el no pago de su mesada pensional, desde el mes de noviembre. Por el contrario, lo indicado en líneas anteriores, demuestran que la actuación de la entidad empleadora fue acorde a las disposiciones consagradas en el artículo 3° del Decreto 2245 de 2012, al momento de retirar efectivamente del servicio a la trabajadora, resguardando los derechos laborales de la señora Ardila Garzón.

Adicionalmente, este Tribunal advierte que la finalidad de la norma referida, es garantizar al trabajador pensionado, que la entidad a cargo de su prestación pensional reconozca y pague su derecho, a partir del día siguiente de finalizada la relación laboral, ya sea de un empleado del sector privado o un empleado público, situación que no fue desvirtuada por el extremo activo de la Litis.

Contrario sensu, se tiene que la señora Ardila Garzón percibió sus prestaciones económicas como empleada vinculada al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar hasta el día 13 de noviembre de 2014 y su pensión por invalidez fue reconocida a partir del 1° de noviembre del mismo año, hechos que, no fueron discutidos por el apoderado de la parte actora en el trámite de la continuación de la audiencia inicial llevada a cabo en primera instancia.

²³ Numeral 1° de la Resolución No. 2270 de 15 de octubre de 2014.

Expediente: 2015-00343-02
Actor: Luz Edith Ardila Garzón

Al respecto, cabe resaltar que el artículo 128 de la Constitución Política y la pacífica posición de la jurisprudencia constitucional y el Consejo de Estado sobre la materia, han establecido que el servidor público no puede recibir doble asignación proveniente del tesoro público.

De otro lado, el apoderado de la parte actora, advierte que como consecuencia de la desvinculación ilegal de la señora Ardila Garzón, se configuró la sanción mora por el pago tardío de las cesantías definitivas, sin embargo, no precisó durante el trámite ante el Juzgado de instancia si el pago no se realizó o fue incompleto.

Sobre el particular, en principio es necesario indicar que el retiro del servicio de la trabajadora no causa por sí solo, condenar a la entidad empleadora a la referida sanción mora prevista en la Ley 245 de 1995, adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006.

Ahora, el artículo 1° de la Ley 245 de 1995 establece que la entidad empleadora debe reconocer al servidor público las cesantías definitivas, dentro de los siguientes 15 días a la presentación de la solicitud del pago y reconocimiento de las cesantías.

En consecuencia, si en gracia de discusión se procede a realizar análisis de pago alguno por la sanción contemplada en la Ley 1071 de 2006, no sería posible ya que no existe certeza de que la ex trabajadora haya iniciado reclamación ante la entidad por el reconocimiento y pago de la prestación social, como tampoco de petición elevada por el pago tardío de éstas.

Lo anterior encuentra sustento normativo en el artículo 167 del Código General del Proceso, el cual prescribe que por regla general le incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, y si bien, a los jueces les asiste un papel activo dentro del proceso, le compete a la parte que reclama desplegar su actividad probatoria para acreditar lo alegado en la demanda y brindar los elementos necesarios al operador judicial para desatar la litis, pues como bien lo señala el Doctor Jairo Parra Quijano antes citado, *“la jurisprudencia ha dicho que si el interesado en suministrar la prueba no lo hace, o la allega imperfecta, se descuida o equivoca en su papel de probador, necesariamente ha de esperar un resultado adverso a sus pretensiones”*.

Finalmente, en el escrito de la demanda como en los argumentos de apelación contra la sentencia de primera instancia, la parte demandante manifestó la falsa motivación del acto que ordenó el retiro de la señora Ardila Garzón, al no expresarse que la pensión de invalidez se ocasiono por accidente de trabajo.

Expediente: 2015-00343-02
Actor: Luz Edith Ardila Garzón

En este punto, como se probó en el plenario la entidad que reconoció la prestación pensional fue la UGPP según la Ley 100 de 1993, en cumplimiento de una orden judicial en sede de tutela, lo que impide a la entidad empleadora discutir el reconocimiento en sede administrativa, ya que su actuación correspondía únicamente a proferir el acto de retiro con el fin de proceder el pago de la prestación pensional. Por ende, su calificación del origen de la invalidez no tendría consecuencias jurídicas sobre el acto de reconocimiento.

En consecuencia, dicha inconformidad de la demandante debió realizarse ante el acto que profirió la entidad que reconoció la pensión de invalidez, esto es, la UGPP, y así no se configura causal de nulidad del acto de retiro de la demandante.

En suma y por lo expuesto, la Sala encuentra que al no probar la parte actora los cargos de nulidad en que supuestamente incurrió la accionada al emitir finalmente el acto acusado por el cual se le retiró del servicio, y al conservar éste la presunción de legalidad que ampara a todos los actos administrativos, se impone confirmar la sentencia de primer grado que negó las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas.

COSTAS

Esta Corporación se abstendrá de condenar en costas a la parte vencida, conforme a lo dispuesto por el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y lo establecido el trece (13) de agosto de dos mil dieciocho (2018), por el H. Consejo de Estado, Sección Segunda - Subsección B, Consejero ponente: Dr. Carmelo Perdomo Cuéter, dentro del proceso con Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00330-01(1877-15); teniendo en cuenta, de un lado, que su conducta no fue temeraria ni se encontró teñida de mala fe, y del otro, porque no se demostró que se hubieran causado, en virtud de lo dispuesto en el numeral 8° del artículo 365 de la Ley 1564 de 2012.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, por intermedio de la Subsección "C" de la Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida en audiencia el veintidós (22) de enero de dos mil dieciocho (2018), por el Veintidós (22) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, mediante la cual **se negó las pretensiones de la demanda** en el proceso correspondiente al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho ejercido por la señora Luz Edith Ardila Garzón contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, según lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

Expediente: 2015-00343-02
Actor: Luz Edith Ardila Garzón

SEGUNDO.- Sin condena en costas en esta instancia judicial.

TERCERO- En virtud del Acuerdo PCSJA20-11556 de 22 de mayo de 2020 del Consejo Superior de la Judicatura, por intermedio de la Secretaría de la Sección Segunda de esta Corporación, se ordena **NOTIFICAR** a la parte actora y demandada, de la presente decisión; enviándose a la dirección de correo electrónico que se encuentre en el portal web de la entidad y a los siguientes correos:

Parte actora:

leonrp@hotmail.com

Parte demandada:

Notificaciones.judiciales@icbf.gov.co²⁴

Adicionalmente, se debe notificar la sentencia al correo electrónico del Agente del Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

CUARTO.- Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Aprobado en Sesión de la fecha No.79



CARLOS ALBERTO ORLANDO JAIQUEL

AMPARO OVIEDO PINTO

Ausente con excusa



SAMUEL JOSÉ RAMÍREZ POVEDA

JEJP

²⁴ La apoderada de la entidad no aportó otra dirección electrónica para notificaciones.