Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000027591

Fecha: 25/01/2023 08:42:58 a.m.

Bogotá D.C.

REF: INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. ¿Quien haya sido

dictaminado por una junta médica con pérdida de su capacidad laboral superior el 50% puede ejercer un empleo público? **RAD. 20232060021172** del 11 de enero de 2023.

Respetad señor, reciba un cordial saludo.

En atención a su escrito de la referencia, remitido a este Departamento Administrativo por parte del Ministerio de Educación Nacional MEN, mediante el cual presenta varios interrogantes relacionados con la inhabilidad o incompatibilidad para que quien haya sido dictaminado por una junta médica con pérdida de su capacidad laboral superior el 50% pueda ejercer un empleo público, le manifiesto lo siguiente:

En relación con las causales de retiro del servicio de un empleado público, la Ley 909 de 2004 determina lo siguiente:

*"**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;…"

Por su parte, el Decreto 1083 de 2015 contempla:

"**Artículo 2.2.11.1.4 Retiro por pensión**. El empleado que reúna los requisitos determinados para gozar de pensión de retiro por jubilación, por edad o por invalidez, cesará en el ejercicio de funciones en las condiciones y términos establecidos en la Ley 100 de 1993 y demás normas que la modifiquen, adicionen, sustituyan o reglamenten.

De conformidad con lo señalado en el Parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, se considera justa causa para dar por terminada la relación legal o reglamentaria del empleado público que cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión…"

De lo previsto en la normativa transcrita, a quien se le haya otorgado pensión por invalidez, cesará en el ejercicio de funciones, y constituye justa causa para ser retirado del servicio.

En relación con la situación de invalidez, en razón a la pérdida de la capacidad laboral, en un porcentaje superior al 50%, es preciso señalar que la Ley 100 de 1993, en sus artículos 38 y 39, establece:

"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 39. Modificado por la ley 860 de 2003. Requisitos para obtener la pensión de invalidez*. Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:*

Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres

(3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración (…) (…)

Parágrafo 2. Cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, solo se requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos tres (3) años.” (Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con las normas en cita, la pérdida de la capacidad laboral, en un porcentaje del 50% o más, genera la invalidez de la persona y, en consecuencia, tiene derecho a acceder a una pensión de invalidez, siempre y cuando, en el caso de enfermedad común, dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la pérdida de la capacidad laboral haya efectuado cotizaciones por 50 semanas.

Sobre el particular, resulta pertinente traer a colación apartes del concepto 1217 de marzo de 2006, emitido por el Ministerio de Protección Social, en el cual, respecto de la pensión de invalidez, señaló:

“Si la calificación de la pérdida de capacidad laboral de lugar al reconocimiento de las prestaciones por invalidez, y el empleado o trabajador cumple los requisitos para acceder a la pensión de invalidez por enfermedad general, reconocida la pensión de invalidez por riesgos común, al empleado o trabajador incapacitado, la Entidad Administradora de Pensiones, deberá efectuar el pago de la prestación de invalidez en forma retroactiva al beneficiario de esta, desde la fecha en que se produzca tal estado, esto es, desde la fecha de estructuración de la pérdida de la capacidad laboral en forma permanente y definitiva, la cual podrá ser anterior o corresponder a la fecha de calificación.

El pago en comento, deberá realizarse teniendo en cuenta que en el Sistema Integral de Segundad Social no podrá pagarse simultáneamente incapacidad por enfermedad general y pensión de invalidez absoluta o por gran ‘invalidez, por lo que, si la fecha en que se produce el estado de invalidez coincide con el periodo de incapacidad por enfermedad general, que reconoce el SGSSS a través de las EPS, el pago de la pensión de invalidez comenzará a

realizarse al vencimiento de dicha incapacidad.” (Subrayado fuera de texto)

En la sentencia T-140 de 2016 arriba citada, la Corte Constitucional se refirió a este aspecto, en los siguientes términos:

“Con todo, se debe tener en cuenta que si la pensión de invalidez es reconocida, esta será pagada desde la fecha de estructuración de la enfermedad de origen común, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 100 de 1993, el cual establece que “La pensión de invalidez se reconocerá a solicitud de parte interesada y comenzará a pagarse, en forma retroactiva, desde la fecha en que se produzca tal estado” por lo que los pagos por incapacidades posteriores a la fecha de estructuración de la enfermedad podrán ser descontados del retroactivo generado en favor del trabajador en caso de reconocerse la pensión de invalidez puesto que una y otra prestación (incapacidad y pensión) son incompatibles toda vez que ambas reconocen la imposibilidad de la persona de prestar sus servicios, la primera temporalmente y la segunda de forma definitiva, pero ambas derivadas de una misma contingencia que es la afectación en la salud del individuo.

Ante este panorama normativo, se tiene que la pensión de invalidez sería incompatible con el pago de incapacidades por enfermedad temporal, habiendo lugar a solo una de estas prestaciones por la afectación del estado de salud del actor, lo que significa que no habría lugar al pago de incapacidades en los periodos que llegaren a ser cubiertos por la pensión de invalidez desde la fecha de estructuración de la enfermedad de origen común ya que de lo contrario se estaría obligando a la parte accionada a hacer dos pagos por un mismo hecho, esto es, la pérdida de la capacidad laboral del afiliado.”

Significa, por tanto, que, reconocida la pensión de invalidez, deberá pagarse al pensionado el retroactivo desde la fecha de estructuración de la enfermedad. Si durante dicho término se pagaron incapacidades por parte de las administradoras, las mismas serán descontadas del retroactivo, por cuanto es incompatible, por

doble pago, la incapacidad y la pensión de invalidez.

En este orden de ideas, quien haya sido dictaminado con pérdida de su capacidad laboral superior al 50% debe ser beneficiario de pensión de invalidez, por lo que no podrá ejercer un empleo público.

Ahora bien, teniendo en cuenta que en la consulta se hace referencia a la posibilidad de un reintegro a laborar y toda vez que se ha emitido un concepto de pérdida de la capacidad laboral por enfermedad común en un porcentaje superior al 50%, que le da derecho a una pensión de invalidez, es preciso efectuar un análisis sobre el particular, para lo cual es pertinente traer a colación la sentencia T-050 de 2007 proferida por la Corte Constitucional, en la cual se refirió al tema, en los siguientes términos:

"PENSION DE INVALIDEZ-No siempre constituye una situación jurídica consolidada

Sobre la pensión de invalidez, la Corte Constitucional ha señalado que cuando la entidad de previsión social reconoce el derecho de una persona a percibirla, tanto el beneficiado, como el empleador y la entidad que le corresponda hacer el pago, entienden que no se está ante una situación jurídica consolidada, sino, todo lo contrario, sujeta a cambios, por ser susceptible de revisiones periódicas, con el fin de ratificar, modificar o dejar sin efectos el dictamen que sirvió de fundamento para obtener su reconocimiento en razón de los cambios que se presenten en la evolución de la invalidez. De esta forma, cuando la Junta de Calificación determina que quien percibía una pensión de invalidez, frente a una nueva evaluación, ya no presenta el grado de incapacidad

requerido para ser beneficiario de la misma, éste pierde el derecho a continuar percibiendo la pensión de invalidez, pero a su vez nace para él la posibilidad de ser reintegrado en el cargo que venía desempeñando antes de la declaratoria de invalidez.

De esta forma, cuando la Junta de Calificación determina que quien percibía una pensión de invalidez, frente a una nueva evaluación, ya no presenta el grado de incapacidad requerido

para ser beneficiario de la misma, éste pierde el derecho a continuar percibiendo la pensión de invalidez, pero a su vez nace para él la posibilidad de ser reintegrado en el cargo que venía desempeñando antes de la declaratoria de invalidez.”

DERECHO AL TRABAJO-Derecho al reintegro laboral cuando se extingue causa de invalidez no es absoluto

La jurisprudencia de la Corte, ha fijado como criterio general el de la protección de quien ha dejado de ser invalido, para revincularse en el medio laboral del que había salido a causa de la invalidez. Sin embargo, este derecho no es absoluto, por cuanto (i) el empleador debe establecer si la capacidad y la competencia del declarado no inválido, a su juicio, son satisfactorias, de acuerdo con el examen médico que se realice, (ii) en el caso de los servidores públicos hay que tener en cuenta que debe existir la vacante, ya que las nóminas se rigen por normas legales. No obstante, de no existir la vacante, la entidad deberá dar preferencia absoluta para su readmisión en la primera vacante que se produzca dentro de las condiciones de categoría y salario en las que se encontraba antes de su declaratoria de invalidez, (…) En todo caso, cuando no es posible la revinculación en el cargo, el empleador debe justificar la decisión correspondiente.

Lo anterior significa, de acuerdo con la Corte Constitucional, que, en caso de revisión de la pensión de invalidez, en virtud de la rehabilitación de la persona que deja de tener el grado de invalidez requerido para la pensión, habrá lugar a la pérdida de la misma y nace, por tanto, la posibilidad de que la persona sea reintegrada en el cargo que venía desempeñando antes de la declaratoria de invalidez. En el caso de los servidores públicos, de no existir la vacante, la entidad deberá dar preferencia absoluta para su readmisión en la primera vacante que se produzca dentro de las condiciones de categoría y salario en las que se encontraba antes de su declaratoria de invalidez.

Conforme con la normativa y la jurisprudencia que se han dejado expuestas, en el presente caso es preciso concluir, en criterio de esta Dirección Jurídica, que toda vez que se ha declarado un estado de invalidez, por pérdida de la capacidad laboral superior al 50%, de

acuerdo con los dictámenes médicos y la calificación efectuada por la administradora, no es procedente el reintegro sino el reconocimiento de la pensión de invalidez, la cual se reconocerá por la AFP correspondiente, con efecto retroactivo a partir del día de estructuración de la enfermedad. Si durante dicho término se pagaron incapacidades por parte de las administradoras, las mismas serán descontadas del retroactivo, por cuanto es incompatible, por doble pago, la incapacidad y la pensión de invalidez.

Cabe precisar que el reintegro a laborar sólo será posible, si revisada la pensión de invalidez se determina una rehabilitación que implique que la pérdida de la capacidad laboral ha disminuido en un porcentaje inferior al 50%, caso en el cual la entidad deberá proceder a reintegrar al empleado en el cargo que venía desempeñando antes de la declaratoria de invalidez. Y de no existir este, se deberá dar preferencia absoluta para su readmisión en la primera vacante que se produzca dentro de las condiciones de categoría y salario en las que se encontraba antes de su declaratoria de invalidez.

Así las cosas y en atención puntual de su primer interrogante, en el que consulta: *"¿Una persona con dictamen de pérdida de capacidad laboral superior al 50% puede ejercer como docente de carrera?"*, le manifiesto que, atendiendo las normas y jurisprudencia citadas en el presente escrito, se deduce que a quien se ha declarado un estado de invalidez, por pérdida de la capacidad laboral superior al 50%, de acuerdo con los dictámenes médicos y la calificación efectuada por la administradora, no es procedente el reintegro sino el reconocimiento de la pensión de invalidez.

A su segundo interrogante, en el que consulta: *¿Una persona puede tener pensión de invalidez en fondo privado de pensiones y ser participe del concurso docente de carrera?*", se reitera la anterior respuesta en el sentido que, a quien se ha declarado un estado de invalidez, por pérdida de la capacidad laboral superior al 50%, de acuerdo con los dictámenes médicos y la calificación efectuada por la administradora, no es procedente el reintegro o acceso a un empleo público sino el reconocimiento de la pensión de invalidez.

A su tercer interrogante: *"¿Puede una ciudadano Colombiano, nombrarse en propiedad en la carrera docente, teniendo pérdida de capacidad laboral superior al 50% y además, sin poseer pensión de invalidez?"*, le reitero la anterior respuesta en el sentido que, a quien se ha declarado un estado de invalidez, por pérdida de la capacidad laboral superior al 50%, de acuerdo con los dictámenes médicos y la calificación efectuada por la administradora, no es procedente el reintegro o acceso a un empleo público sino el reconocimiento de la pensión de invalidez.

Al cuarto interrogante de su escrito, en el que consulta: *"¿En caso de que un ciudadano que posee enfermedades incurables y aunque su capacidad laboral sea superior al 50% podría eventualmente, seguir laborando y desistir o rechazar pensión de invalidez para recibir un salario?"*, De acuerdo con lo previsto en el artículo 53 de la Constitución Política, y en atención a los principios del derecho laboral, como es el caso de la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales, se tiene que, los derechos laborales, como es el caso de la pensión de invalidez, son irrenunciables, por tanto en criterio de esta Dirección Jurídica, no es procedente que se rechace una pensión por invalidez con el fin de recibir un salario.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público, las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos; así como la normatividad que ha emitido el Gobierno Nacional a propósito de la emergencia ocasionada por el covid â¿¿ 19, me permito indicar que en el
link https://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor- normativo podrá encontrar conceptos y normativa relacionados con el tema.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó. Harold Herreño

Revisó: Maia Borja

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4