

Sentencia T-076/16

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO DE DESVINCULACION DE LAS FUERZAS MILITARES-Procedencia excepcional

SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION CONSTITUCIONAL QUE SE ENCUENTRAN EN UN ESTADO DE DEBILIDAD MANIFIESTA-Persona con discapacidad o con alguna enfermedad grave, especial situación de los miembros de la Fuerza Pública

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE PERSONA EN CONDICION DE DISCAPACIDAD O DISMINUCION FISICA-Protección constitucional

La estabilidad laboral es una medida de protección constitucional para todos aquellos que se hallen en estado de debilidad manifiesta por padecer una disminución física, psíquica o sensorial. Esta garantía hace parte del derecho al trabajo y se fundamenta en el contexto de desigualdad en el que se encuentran estas personas en relación con las que sí gozan de un buen estado de salud.

DERECHO A LA REUBICACION DE SOLDADOS PROFESIONALES CON DISMINUCION DE LA CAPACIDAD LABORAL

Aun cuando existe un régimen especial para los soldados que permite su retiro del servicio activo cuando disminuya su capacidad psicofísica, la Corte ha considerado que en atención al contexto específico de cada caso, la aplicación de esta causal puede ocasionar la vulneración de los derechos fundamentales del soldado desvinculado.

DERECHO A LA SALUD, MINIMO VITAL Y ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE SOLDADO PROFESIONAL-Orden a Ejército Nacional reintegre a soldado retirado por razón de disminución de capacidad laboral

Referencia: expedientes T-5.190.161 y T-5.197.823 (acumulados).

Acciones de tutela instauradas por Rodrigo Vargas Montoya contra el Ejército Nacional de Colombia y otros (Expediente T-5.190.161) y por Oscar Iván Gordillo Panteves contra la

Jefatura de Desarrollo Humano de las Fuerzas Militares de Colombia-Ejército Nacional y el Director de Personal de las Fuerzas Militares de Colombia-Ejército Nacional (Expediente T-5.197.823).

Magistrado Ponente:

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Bogotá D.C., veintidós (22) de febrero de dos mil dieciséis (2016).

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos de tutela dictados por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta y la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dentro del expediente T-5.190.161, y por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Florencia y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia, dentro del expediente T-5.197.823.

I. ANTECEDENTES

1. Expediente T-5.190.161.

El señor Rodrigo Vargas Montoya presentó acción de tutela contra el Ministerio de Defensa, el Ejército Nacional de Colombia y el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, invocando la protección de sus derechos fundamentales a la salud, a la vida en condiciones de dignidad, al mínimo vital, a la seguridad social, al trabajo y a la estabilidad laboral reforzada, presuntamente vulnerados por las entidades demandadas al disponer su retiro como persona activa en el servicio del Ejército Nacional.

En consideración del accionante, lo anterior en virtud de “la calificación arbitraria, desproporcionada e indebidamente motivada, proferida por el Tribunal Médico Militar”, al evaluar su salud con posterioridad a un accidente de tránsito sufrido en cumplimiento y con ocasión de sus funciones, retiro que lo dejó desempleado y sin recursos para atender su subsistencia, la de un hijo menor de edad y la de su abuela.

1.1. Hechos

1.1.1. El accionante se vinculó desde el año 2001 al Ejército Nacional en calidad de soldado alumno.

1.1.2. Expone que el día 13 de mayo de 2001, encontrándose en cumplimiento de sus funciones al servicio del Ejército Nacional, sufrió un accidente que le dejó como secuelas un “trauma facial y maxilar en ojo derecho tratado por cirugía maxilofacial y oftalmología”.

1.1.3. Manifiesta que mediante calificación emitida en la Junta Médica Laboral realizada por la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, acta fechada el 08 de agosto de 2001, se calificó su pérdida de capacidad laboral derivada del accidente en un 9.0%, y se calificó como “incapacidad relativa y permanente apto”.

1.1.4. Afirma que después del accidente y de las atenciones médicas recibidas continuó desarrollando múltiples cursos, diplomados, capacitaciones y desempeñando sus funciones en condiciones óptimas, sin que la disminución en su capacidad laboral afectara el cumplimiento de sus obligaciones rutinarias.

1.1.5. Pone en conocimiento que con posterioridad a la lesión sufrida en el accidente aprobó “(i) curso básico de contraguerrillas rural, fechado del 20 de agosto de 2001, (ii) entrenamiento táctico de operaciones especiales, desarrollado del 15 de enero al 15 de junio de 2008; (iii) curso de paracaidista militar, fechado del 13 de abril de 2009, (iv) curso de inteligencia básica a distancia, fechado del 03 de diciembre de 2009”. Agrega que también aprobó la carrera de auxiliar de enfermería.

1.1.6. Manifiesta su inconformidad con la decisión adoptada por el Tribunal Médico Militar mediante acta núm. TML 15-1-021MDNSG-TML-41.1 del 06 de mayo de 2015, a través de la cual se le declaró NO APTO para el servicio, de conformidad con las causales consagradas en los literales a) del artículo 52 y a) y b) del artículo 68 contenidos en el Decreto 094 de 1989 “por medio del cual se reforma el estatuto de la capacidad sicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, Soldados, Grumetes, Agentes, Alumnos de las Escuelas de Formación y personal civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional.”

1.1.7. Señala que dicha “calificación arbitraria” trajo como consecuencia que el comandante del Ejército Nacional proferiera la Resolución núm. 1365 del 22 de junio de

2015, mediante la cual fue retirado del servicio a partir de la misma fecha.

1.1.8. Enfatiza sobre su crítica situación económica, derivada del desempleo en que se encuentra, lo que le ha traído como resultado el desamparo de su núcleo familiar, toda vez que de él dependen su madre (la señora Elizabeth Montoya)[1], quien padece problemas de salud graves y requiere por lo mismo atención médica permanente y su hijo menor de edad.

1.1.9. En virtud de lo anterior, mediante acción de tutela instaurada el día el día 7 de julio de 2015 solicita:

- (i) El amparo de sus derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, al mínimo vital, a la salud, a la seguridad social, al trabajo, a la estabilidad laboral reforzada y al debido proceso.
- (ii) Se suspendan provisionalmente los efectos de la Resolución núm. 1365 del 22 de junio de 2015.
- (iii) Se ordene al Tribunal Médico Militar que reevalúe su condición de salud y aptitud para ser reubicado en el Ejército Nacional o en el Ministerio de Defensa, en el mismo cargo u otro de igual o mejor categoría, en el que pueda cumplir con las funciones conforme a sus aptitudes, conocimientos y experiencia como el de auxiliar de enfermería.
- (iv) Se le reconozcan todas las prestaciones sociales a que tiene derecho en salud, pensión y riesgos profesionales durante el tiempo que estuvo desvinculado de la institución.

1.2. Contestación de la entidad accionada.

Los demandados guardaron silencio.

1.3. Decisión judicial de primera instancia.

Mediante fallo del 17 de julio de 2015, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta declaró la improcedencia de la acción de tutela por considerar que no se cumple con el requisito de subsidiariedad, toda vez que existen otros mecanismos judiciales

de defensa para satisfacer la pretensión invocada por el demandante.

1.4. Impugnación

A través de escrito de 28 de julio de 2015 el señor Rodrigo Vargas Montoya impugnó el fallo de primera instancia por considerar equívocas las apreciaciones del juez, según las cuales el actor debió acudir a los mecanismos ordinarios de defensa judicial existentes, cuando debió tener en cuenta sus condiciones particulares.

Según sus palabras, “es cuestionable la afirmación que realiza el Tribunal de primera instancia respecto de la existencia de otros medios de defensa judicial, puesto que en tanto que la acción de tutela prevé un procedimiento célere de 10 días en primera instancia y de 20 días en segunda instancia, el procedimiento ordinario contencioso administrativo prevé un procedimiento cuando menos no inferior a 120 días, los cuales, claramente son mayores al procedimiento de esa acción constitucional”, lo que en su parecer refleja la ineficacia de los medios de control ordinarios.

Recalcó, además, que su trabajo era su única fuente de ingresos y con el despido se vulneró entre otros derechos, su mínimo vital y el de su familia, toda vez que de él dependen su hijo menor de edad y su madre que se encuentra en estado delicado de salud, razón suficiente para considerar que la acción de tutela es el medio más expedito para proteger los derechos invocados.

1.5. Decisión de segunda instancia

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, a quien correspondió el conocimiento de la impugnación referida, mediante providencia de 26 de agosto de 2015, confirmó la decisión emitida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, bajo la consideración que el dictamen adoptado por la Junta Médico Laboral del ejército sigue en pie y por ende no existe documento médico que indique que el estado de salud del accionante cambió y deba ser reubicado, decisión que además debe atacarse ante la jurisdicción contencioso administrativa.

1.6. Pruebas.

1.6.1. Copia de la cédula de ciudadanía del señor Rodrigo Vargas Montoya (folio 21 del

cuaderno original de tutela).

1.6.2. Copia de la Resolución núm. 1365 del 22 de junio de 2015, emitida por el Ejército Nacional, por medio de la cual “se retira del servicio activo de las Fuerzas Militares a un Suboficial del Ejército Nacional”, por haberse emitido “calificación de capacidad para el servicio como incapacidad permanente parcial, no apto para la actividad militar” (folios 23-24 del cuaderno original de tutela).

1.6.3. Copia del Radiograma emitido el 22 de junio de 2015 por la Dirección de Personal Sección Ascensos, mediante el cual se informa del retiro del señor Rodrigo Vargas Montoya mediante Resolución núm. 1365 de 22 de junio de 2015 (folio 22 del cuaderno original de tutela).

1.6.4. Copia del Acta del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía núm. TML-15-1-021MDNSG-TML-41.1., del 6 de mayo de 2015, mediante la cual se analizan las inconformidades presentadas por el señor Rodrigo Vargas Montoya frente a los resultados de la junta médica que le fue practicada (folio 35 a 39 del cuaderno original de tutela).

1.6.5. Copia del certificado emitido por la Escuela de Inteligencia y Contrainteligencia sobre el curso de inteligencia básica a distancia del 3 de diciembre de 2009 (folio 28 del cuaderno original de tutela).

1.6.7. Copia del certificado de aprobación del entrenamiento en operaciones especiales de fecha 15 de julio de 2008 (folio 25 del cuaderno original de tutela).

1.6.8. Copia del Acta Médico Laboral núm. 21.48 de fecha 08 de agosto de 2001, mediante la cual se estudian todos los documentos médicos del caso del señor Rodrigo Vargas Montoya (folios 29 a 31 del cuaderno original de tutela).

1.6.9. Copia del diploma del curso de paracaidismo que realizó, de fecha 13 de abril de 2009 (folio 27 del cuaderno original de tutela).

1.6.10. Copia del Informativo por Lesiones del 03 de julio de 2001 (folios 33-34 del cuaderno original de tutela).

1.6.11. Copia del Registro Civil No 644554 del menor Johan Sebastián Vargas Díaz.

1.6.12. Copia de Acta de declaración extraprocesal presentada por el señor Rodrigo Vargas Montoya, dando fe de que se encuentra a cargo económicamente de su hijo menor de edad y de su madre, la señora Elizabeth Montoya Mejía (folio 47 del cuaderno original de tutela).

1.6.13. Copia del carné de atención en la Dirección General de Sanidad Militar (folio 52 del cuaderno original de tutela).

1.6.14. Copia de documentos médicos de la señora Elizabeth Montoya Mejía (folios 48 a 51 del cuaderno original de tutela).

1.6.15. Copia de valoración médica oftalmológica y de audiología de fechas 3 y 12 de diciembre de 2014, en las que se lee que presenta problemas en el ojo derecho y sensibilidad auditiva periférica dentro de los límites normales, respectivamente (folios 45 y 46 del cuaderno original de tutela).

1.6.16. Copia de la ficha médica unificada de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, contentiva de los datos médicos del señor Rodrigo Vargas Montoya (folios 40 a 44 del cuaderno original de tutela).

2. Expediente T-5.197.823.

El señor Oscar Iván Gordillo Panteves, mediante apoderado judicial, presentó acción de tutela contra la Jefatura de Desarrollo Humano y la Dirección de Personal del Ejército Nacional de Colombia, invocando la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital, al trabajo, a la vida digna y a la estabilidad laboral reforzada, presuntamente vulnerados por los demandados al desvincularlo de su cargo mientras se encontraba en condiciones de vulnerabilidad.

2.1. Hechos

2.1.1 El apoderado expone que el señor Oscar Iván Gordillo Panteves se vinculó al Ejército Nacional como soldado profesional, desde el 10 de noviembre de 2008 hasta el 28 de febrero de 2015, donde estuvo adscrito al Batallón de Contraguerrilla núm. 12 Diosa del Chairá de la móvil núm. 36 y agregado al ASPC 57.

2.1.2 Indica que para ingresar a la institución su poderdante reunió todos los requisitos mínimos establecidos por el artículo 4º del Decreto 1793 del 2000 y durante el tiempo de su desempeño siempre actuó con profesionalismo, diligencia y respetando a sus mandos.

2.1.3 Señala que según acta del Tribunal Médico núm. TML-15-0175, de fecha 20 de enero de 2015, el soldado Oscar Iván Gordillo Panteves presenta trauma en pierna derecha “mientras patrullaba, sufriendo fractura de peroné derecho, con adecuada evolución que deja como secuela dolor crónico en pierna derecha”, “gastritis crónica valorada y tratada en gastroenterología con evolución satisfactoria”, y “exposición crónica a ruido valorado y tratado por otorrino con manejo médico y farmacológico que deja como secuela hipoacusia leve en el oído izquierdo (28 DB) y tinnitus bilateral”.[2]

2.1.4 Explica que, como consecuencia de lo anterior, la Junta del Tribunal Médico determinó el 20 de enero de 2015, que su pérdida de capacidad laboral correspondía a un 27%, y por ende lo calificó como no apto para la actividad militar y con incapacidad permanente parcial, con ocasión de dos lesiones existentes, una derivada del servicio - enfermedad profesional- y la otra de origen común.

2.1.5 Relata que, a pesar de las afecciones en su salud, el señor Oscar Iván Gordillo Panteves continuó prestando sus servicios por más de cinco años, recibiendo incluso anotaciones y conceptos favorables por su buen desempeño en el servicio. Sin embargo, mediante orden administrativa de personal núm. 1132 de fecha 07 de febrero de 2015, se le retiró del servicio activo de las Fuerzas Militares por la causal de disminución de la capacidad psicofísica.

2.1.6 Declara que su poderdante adquirió la enfermedad profesional después de su vinculación al Ejército y a pesar de ello su estado de salud no le impidió obtener un buen desempeño en la prestación del servicio, por lo que no comparte la decisión adoptada mediante la cual fue desvinculado sin considerarse que perteneció a la institución durante 7 años.

2.1.7 Expone que el núcleo familiar del accionante está compuesto por su hija Brenda Liseth Gordillo Franco y su compañera permanente Yaqueline Franco Gaviria quien tiene dos hijas, Yuliana y Geidy Camila Franco Gaviria, quienes también conviven con él y se han visto afectadas por la situación económica sobreviniente a su retiro del servicio, toda vez que

dependen de él, quien no ha podido conseguir empleo con ocasión de la disminución de su capacidad laboral.

2.1.8 De conformidad con lo anterior, mediante acción de tutela instaurada el

20 de abril de 2015, el señor Oscar Iván Gordillo Panteves solicita se conceda de manera transitoria el amparo de los derechos invocados y se ordene al Ejército Nacional su reintegro y el pago de los salarios y demás prestaciones, desde el momento de su retiro hasta que se haga efectivo su reintegro laboral.

2.2. Contestación de la entidad accionada

Las partes demandadas guardaron silencio.

2.3. Decisión de primera instancia.

Mediante sentencia proferida el 5 de mayo de 2015, el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Florencia, Caquetá, tuteló los derechos invocados por el señor Oscar Iván Gordillo Panteves. Argumentó que la Corte Constitucional “ha interpretado que a los desacuartelados de la institución por disminución de su capacidad psicofísica se les debe salvaguardar su integridad. Así lo ha dicho, por ejemplo, en la sentencia T-470 de 2010, dentro de la cual se sistematizaron una serie de supuestos fácticos sobre los que es dable amparar el derecho a la salud de un miembro de las fuerzas militares apartado de la institución. En lo relevante para el caso, basta enunciar que cuando la lesión o enfermedad (i) es producida durante o por ocasión de la prestación del servicio (ii) es generada como producto directo de la actividad desempeñada o (iii) es la causa de la desincorporación (...), las fuerzas militares o de policía deberán hacerse cargo de la atención médica”.

Ordenó a la Jefatura de Desarrollo Humano y al Director de Personal del Ejército Nacional que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la sentencia, reintegrara al señor Oscar Iván Gordillo Panteves en uno de sus programas, tomando en cuenta el grado de escolaridad, habilidades y destrezas del peticionario.

Asimismo, ordenó realizar “un seguimiento a la enfermedad del accionante valorándose su estado periódicamente. Si en la oportunidad correspondiente el o los profesionales de la salud consideran que no es apto para continuar vinculado en sus labores debido al aumento

en su incapacidad laboral, deberán recalificar y analizar si se puede optar por la pensión de invalidez”. Se ordenó también el pago de todos los emolumentos salariales y prestacionales y de seguridad social causados desde el momento de su retiro hasta la fecha en la cual se efectúe el reintegro.

2.4. Impugnación.

Mediante escrito de fecha 15 de mayo de 2015, la Dirección de Personal de las Fuerzas Militares de Colombia impugnó la sentencia de primera instancia. Explica que dentro de sus funciones se encuentra la “administración y manejo del recurso humano de la fuerza basado en la normatividad que regula el régimen de carrera especial”, y que en el caso en concreto la decisión de retiro se basó en la disminución de la capacidad del señor Oscar Iván Gordillo Panteves, de conformidad con lo certificado por la Junta Médica Laboral que realiza la Dirección de Sanidad y el acta suscrita por el Tribunal de Revisión Militar y de Policía.

De igual manera, puso de presente que la Dirección de personal no tiene competencia para emitir valoraciones de juicio sobre la existencia o no de las lesiones o efectuar análisis de documentación sobre la capacidad psicofísica de los servidores, toda vez que el legislador entregó esa competencia única y exclusivamente a los organismos médico laborales.

Así mismo, expuso que el personal retirado puede acceder a los programas de capacitación para adaptación a la vida civil ofrecidos por la Dirección de Familia y Asistencia Social del Ejército, teniendo en cuenta sus condiciones particulares, el grado de escolaridad y destrezas.

2.5. Decisión de segunda instancia.

La Sala Segunda de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia, Caquetá, mediante providencia de fecha 9 de julio de 2015, revocó la decisión de primera instancia por considerar improcedente la acción, argumentando que existen otros mecanismos de defensa judiciales y no se vislumbra un perjuicio irremediable.

2.6. Pruebas

2.6.1. Fotocopia de certificación de tiempo de servicio prestado a las fuerzas militares,

emitido por la Dirección de Personal de la Jefatura de Desarrollo Humano de las Fuerzas Militares de Colombia, y certificado de que estuvo 30 días en el batallón de combate terrestre (folios 14 a 16 del cuaderno original).

2.6.2. Fotocopia del acta suscrita por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía núm. TML 15-0175 MDNSG-TML-41.1, registrada a folio núm. 239 del libro de Tribunales Médico, de fecha 20 de enero de 2015, mediante la cual se analizan las inconformidades presentadas por el señor Gordillo Panteves en la Junta Médico Laboral núm. 61978 del 23 de agosto de 2013 (folios 17 a 21 del cuaderno original de tutela).

2.6.3. Fotocopia de la Orden Administrativa de Personal núm.1132, de fecha 7 de febrero de 2015, que enlista los números de las actas médicas de varios soldados, entre ellos el del accionante, expedidas por el Tribunal Médico. Mediante esta orden según se lee a folio 22, se retira de la Institución al señor Gordillo Panteves por disminución de la capacidad psicofísica (folio 23 del cuaderno original de tutela).

2.6.4. Fotocopia de la notificación de retiro de la institución por disminución de la capacidad psicofísica, de fecha 23 de febrero de 2015 (folio 22 del cuaderno original de tutela).

2.6.5. Fotocopia de la licencia de conducción del señor Gordillo Panteves (folio 24 del cuaderno original de tutela).

2.6.6. Fotocopia de certificación de entrenamiento del 15 de febrero al 11 de marzo de 2010, expedida por el Equipo Móvil de Entrenamiento de las Fuerzas Militares de Colombia (folio 25 del cuaderno original de tutela).

2.6.7. Fotocopia de diploma que acredita el curso de tirador de alta precisión primer nivel realizado del 20 de junio al 12 de julio de 2011, expedido por la fuerza de tarea conjunta omega (folio 26 del cuaderno original de tutela).

2.6.8. Fotocopia de la certificación de entrenamiento de tirador de alta precisión primer nivel del 24 de agosto de 2012, expedida por el equipo móvil de entrenamiento rural escuela de tiro (folio 27 del cuaderno original de tutela).

2.6.9. Fotocopia de entrenamiento de tirador de alta precisión realizado el 30 de noviembre

2012, expedida por el equipo móvil de entrenamiento rural escuela de tiro (folio 28 del cuaderno original de tutela).

2.6.10. Fotocopia de diploma emitido por el comandante del Ejército Nacional que certifica que mediante Resolución núm. 1477 del 08 de septiembre de 2011 se confirió al accionante la medalla militar “Fe en la Causa”, (folio 29 del cuaderno original de tutela).

2.6.11. Fotocopia del certificado de reentrenamiento, por su excelente desempeño durante el desarrollo del reentrenamiento de doctrina de fuerzas especiales realizada en la ESFER, de fecha 26 de marzo de 2011 (folio 30 del cuaderno original de tutela).

2.6.12. Declaración extra-proceso de fecha 6 de marzo de 2015, suscrita por el señor Oscar Iván Gordillo Panteves en la Notaría Segunda del Circuito de Florencia, mediante la cual señala que convive con la señora Yaqueline Franco Gaviria desde hace más de 8 años (folio 32 del cuaderno original de tutela).

2.6.13. Fotocopia de la cédula de Yaqueline Franco Gaviria, compañera permanente del señor Gordillo Panteves (folio 31 del cuaderno original de tutela).

2.6.14. Fotocopia de registro civil de nacimiento de su hija Brenda Liseth Gordillo Franco que indica que nació el 02 de abril de 2010 (folio 33 del cuaderno original de tutela).

2.6.15. Fotocopia del registro civil de nacimiento de la hija de su compañera permanente, Yuliana Andrea Franco Gaviria, que indica que nació el 01 de junio de 1997 (folio 34 del cuaderno original de tutela).

2.6.16. Fotocopia del registro civil de la hija de su compañera permanente Geidy Camila Franco Gaviria, que indica que nació el 21 de junio de 1999 (folio 35 del cuaderno original de tutela).

2.6.17. Constancia de créditos bancarios obtenidos por el señor Gordillo Panteves (folios 36 a 42 del cuaderno original de tutela).

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Esta Sala es competente para conocer los fallos materia de revisión, de conformidad con lo

establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico.

Con base en los hechos descritos concierne a esta Sala de Revisión establecer si se vulneran, por parte del Ejército Nacional, los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la salud, a la igualdad, al trabajo, a la estabilidad laboral reforzada y a la seguridad social de un soldado, al desvincularlo del servicio activo por presentar una disminución en su capacidad laboral inferior al 50%, como secuela de un accidente que tuvo mientras se encontraba en servicio, argumentando la imposibilidad de reubicarlo laboralmente por no tener las capacidades aprovechables en actividades administrativas, docentes o de instrucción en la institución, a pesar de haber continuado al retiro de la institución durante varios años después del accidente y de la declaración de pérdida de capacidad laboral.

Para resolver el problema jurídico expuesto se recordará la jurisprudencia de esta Corporación relativa a: (i) procedencia de la acción de tutela contra actos de desvinculación de las fuerzas militares; (ii) las personas con discapacidad como sujetos de especial protección constitucional; (iii) la estabilidad laboral reforzada de las personas en situación de discapacidad; (iv) el derecho a la permanencia o reubicación de los miembros de la fuerza pública que ven disminuida su capacidad laboral. Posteriormente, (v) abordará el examen de los casos concretos.

3. Procedencia de la acción de tutela contra actos de desvinculación de las fuerzas militares. Reiteración de jurisprudencia.

El artículo 86 de la Constitución Política consagra que la acción de tutela es procedente cuando se emplea como mecanismo para la defensa de un derecho fundamental que se encuentra vulnerado o amenazado, independientemente de que se trate de una acción u omisión que provenga de una autoridad pública o de un particular. No obstante, consiste en una herramienta subsidiaria, carácter que pretende evitar que se suplanten los caminos ordinarios para resolver controversias jurídicas y se convierta en un instrumento alternativo cuando no se han empleado oportunamente dichos medios, como si se tratase de un mecanismo alternativo.[3]

Para el caso que ocupa a esta Corte vale recordar que de modo excepcional procede su interposición contra actos administrativos de carácter particular, siempre y cuando se busque evitar la configuración de un perjuicio irremediable, toda vez que para controvertir su contenido existe en principio el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

De manera que la solicitud de amparo procede contra actos administrativos cuando no exista otro mecanismo de defensa judicial o cuando existiendo no resulte idóneo y eficaz para impedir que se configure un perjuicio irremediable. Las características del perjuicio irremediable han sido descritas por esta Corporación así:

“En relación a la procedencia excepcional de la acción de tutela cuando se está frente a un perjuicio irremediable, esta Corte ha precisado que se considera un perjuicio de esa índole cuando: en primer lugar, el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. En segundo lugar, el perjuicio ha de ser grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica. En tercer lugar, deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable.”[4]

Han sido varias las oportunidades en que esta Corporación ha señalado como procedente la acción de tutela cuando se trata de miembros de las fuerzas militares que solicitan el amparo de sus derechos, presuntamente vulnerados por el acto mediante el cual se les desvincula de la institución.[5]

Así por ejemplo, en sentencia T-503 de 2010 la Corte Constitucional explicó que, aunque no exista un derecho fundamental que asegure a los empleados la conservación del trabajo o su permanencia en él, la tutela procede como mecanismo definitivo para el reintegro laboral cuando se requiera con urgencia la protección de los derechos fundamentales de quien se encuentre en situación de debilidad manifiesta o que ostente una estabilidad laboral

reforzada.

En sentencia T-459 de 2012 se resolvió el caso de un soldado profesional que estuvo vinculado por aproximadamente 8 años al Ejército Nacional. Como consecuencia de un accidente mientras patrullaba sufrió fractura del húmero proximal, momento a partir del cual, y durante 18 meses más, se desempeñó como conductor de una camioneta. Posteriormente fue valorado por la Junta Médico Militar, la cual estableció que el accionante tenía una disminución de sus capacidades psicofísicas en un porcentaje de 15%. Esta determinación fue modificada parcialmente por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, que consideró que la pérdida de capacidad laboral era de 11%. Finalmente, mediante orden administrativa fue retirado del Ejército Nacional al no ser apto para seguir desempeñando su labor como soldado profesional. En esta ocasión la Corte consideró procedente la acción al establecer que:

“(…)

Sin embargo, resulta igualmente claro que el actor merece especial protección constitucional dado que se trata de una persona que sufrió una mengua en sus capacidades para trabajar mientras ejercía su labor. De la misma manera, es importante anotar que el peticionario no cuenta con una formación académica que le permita continuar su vida profesional, ya que toda su experiencia es exclusivamente militar. Además, tal y como lo afirma en la demanda de tutela, no cuenta con otros ingresos económicos para lograr la manutención de su esposa e hija menor de edad por lo que resulta necesaria la intervención del juez de tutela.”

En otro caso, en sentencia T-843 de 2013, la Corte declaró la procedencia de la acción de tutela instaurada por un miembro del Ejército Nacional que fue retirado del servicio activo debido a la disminución de su capacidad psicofísica y bajo el argumento de no contar con las capacidades aprovechables en actividades administrativas, docentes o de instrucción en la misma institución. La Sala consideró que a pesar de existir otros mecanismos de defensa judicial, no resultaban idóneos para proteger sus derechos fundamentales considerando lo siguiente:

“5.2. De acuerdo a la situación actual del señor Juan Carlos Contreras Osorio, la Sala considera que la presente acción de tutela resulta procedente, a pesar de existir otros

mecanismos de defensa judicial, pues estos no resultan idóneos para proteger sus derechos fundamentales considerando lo siguiente: (i) El actor es un sujeto de especial protección constitucional si se tiene en cuenta que la Junta Médica Laboral No. 46618 determinó que tiene una disminución de la capacidad laboral del 46.16% debido a los golpes sufridos en actos del servicio, además de padecer de taquicardia y gastritis; (ii) según los hechos del escrito de tutela, el actor es el responsable del sustento económico de su hijo de 7 años, de su compañera permanente, quien se encuentra en estado de embarazo, calificado de alto riesgo, y de sus padres, quienes ya no cuentan con sustento económico alguno debido a que dependían de los ingresos del actor como soldado profesional; sumado a ello, (iii) ni el actor ni su familia gozan de servicios médicos debido al retiro del servicio activo.”

En sentencia T-382 de 2014 la Corte consideró procedente la acción de tutela para establecer si el Ejército Nacional de Colombia había vulnerado los derechos fundamentales al trabajo, al mínimo vital, a la igualdad, a la protección especial de las personas disminuidas físicamente y a la seguridad social del accionante, al ser retirado del servicio militar activo en su calidad de soldado profesional, por haber sufrido una pérdida en su capacidad laboral del 43.12%, aun cuando desde el momento de la calificación siguió prestando su servicios a la institución.

Lo anterior, al evidenciar, que el accionante y su familia se encontraban en una situación económica precaria y que tanto su esposa como sus dos hijos menores dependían de los ingresos que percibía como soldado profesional. En concreto, la Corte recordó que en múltiples ocasiones se ha referido a la improcedencia de la acción de tutela para solicitar reintegros laborales por existir otros medios de defensa judicial; no obstante, se acepta la viabilidad del amparo de forma excepcional cuando se evidencia que aquellos mecanismos no son idóneos o se requiere la urgente intervención del juez de tutela para evitar la configuración de un perjuicio irremediable. La Corte recordó lo siguiente:

“En conclusión, la Corte reitera que aunque no existe un derecho fundamental que asegure a los empleados la conservación del trabajo o su permanencia en él por un tiempo indeterminado, no obstante, debido a la urgencia de conjurar una vulneración irreversible de los derechos fundamentales de un empleado en circunstancias de debilidad manifiesta y, adicionalmente, presentar una estabilidad laboral reforzada, en virtud de su especial condición física o laboral, la tutela procede como mecanismo definitivo para el reintegro

laboral.

En relación con el caso concreto, concluyó:

“En el caso sub-judice la acción de tutela se erige como el mecanismo procedente para reclamar el reintegro del señor Helmer Rodríguez Quintero. Lo expuesto se basa en que el accionante es una persona en situación de vulnerabilidad manifiesta, como quiera que tiene una disminución de su capacidad laboral, determinada en un 43.12%. Además, la única fuente de ingresos del actor era la remuneración proveniente de su trabajo, por lo que carece de recursos para suplir sus necesidades y las de su núcleo familiar, conformado por su esposa y sus dos menores hijas. Por último, las medidas de protección del derecho al trabajo y al mínimo vital del petente son urgentes, teniendo en cuenta además, que en este caso, el demandante requiere de afiliación al sistema de seguridad social para tratar las afecciones en su estado de salud. Por tanto, se observa que en el presente caso se reúnen los requisitos de procedencia de la acción de tutela, como mecanismo definitivo para la protección de los derechos fundamentales invocados.”

De conformidad con lo anterior, se observa que son varios los escenarios en que se considera procedente la acción de tutela para controvertir el contenido de un acto administrativo que retira del servicio a un miembro de las fuerzas militares.

4. Las personas con discapacidad como sujetos de especial protección constitucional.

4.1. La Constitución Política consagra y confiere una especial protección a todas aquellas personas que por encontrarse en una situación de discapacidad en razón de una disminución física, sensorial o psicológica se hallan en circunstancias de debilidad manifiesta.

El artículo 13 de la Carta impone al Estado la obligación de amparar a todas estas personas, ya sea por su condición física, mental o económica, en procura del respeto al derecho a la igualdad.

En concordancia con la anterior disposición, el artículo 47 señala que el Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para todos aquellos que sufran disminución en sus capacidades físicas, sensoriales y síquicas, a quienes se prestará

además la atención especial que requieran.

En suma, desde la Norma Superior nace la obligación del Estado de amparar a los asociados que se encuentren en condiciones de desigualdad frente a los demás, con ocasión de las condiciones de debilidad manifiesta en las que puedan hallarse.

4.2. A nivel internacional también se reconoce esta protección especial a las personas en condiciones de discapacidad. Este Tribunal ha señalado algunos de dichos estatutos[6]:

“La Declaración de los derechos del deficiente mental aprobada por la ONU en 1971, la Declaración de los derechos de las personas con limitación, aprobada por la Resolución 3447 en 1975 de la ONU, la Resolución 48/96 del 20 de diciembre de 1993 de la Asamblea General de Naciones Unidas, sobre “Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad”, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad”, la Recomendación 168 de la OIT, el Convenio 159 de la OIT, la Declaración de Sund Berg de Torremolinos de la UNESCO en 1981, la Declaración de las Naciones Unidas para las personas con limitación de 1983, entre otras.”[7]

La Corte Constitucional ha atribuido gran importancia a estos instrumentos internacionales, toda vez que imponen a los Estados la obligación de evitar cualquier clase de discriminación en el mercado laboral interno, de las personas con disminuciones físicas, sensoriales o psíquicas al tiempo que promueven un ambiente propicio para quienes que padecen de alguna discapacidad[8].

4.3. En la normatividad interna, la Ley 361 de 1997[9] estableció mecanismos dirigidos a la integración social de las personas en situación de discapacidad, en el ámbito educativo, del trabajo, de las comunicaciones y del transporte, entre otros.[10]

El artículo 2º reafirmó la obligación del Estado de evitar discriminación alguna en el ordenamiento jurídico[11]. El artículo 4º ordena a la administración central y a las entidades descentralizadas y gubernamentales disponer de los recursos necesarios para el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas en estado de discapacidad. [12] Además, el artículo 26 consagró que bajo ninguna circunstancia la discapacidad que sufra una persona podrá ser un obstáculo para su vinculación laboral, a menos que se demuestre que

efectivamente el ejercicio del cargo en cuestión es realmente incompatible con las circunstancias de salud en las que se halle. La disposición jurídica establece:

“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.”

Se evidencia en la normatividad citada el compromiso del Estado de proteger a quienes sufran alguna discapacidad, a efecto de que puedan participar en todos los aspectos de la vida sin que su condición sea un motivo de rechazo, exclusión o discriminación.

5. Estabilidad laboral reforzada de las personas en situación de discapacidad.

La estabilidad laboral reforzada se instituye como una protección que se ofrece a quienes se hallen en estado de debilidad manifiesta, con la finalidad de que reciban el pago de las incapacidades mientras estén cesantes y para que sus condiciones de vulnerabilidad no puedan constituir la causa de su despido u otra modificación laboral perjudicial. Como en algunos casos no es posible reintegrarlas al cargo en el que se venían desempeñando cuando se presenta la disminución de su capacidad laboral, será necesario verificar el estudio de los requisitos para el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez.[13]

Esta Corte se refirió a la estabilidad laboral reforzada en sentencia C-531 del 2000, en los siguientes términos:

“Con esa estabilidad laboral reforzada se garantiza la permanencia en el empleo del

discapacitado luego de haber adquirido la respectiva limitación física, sensorial o psicológica, como medida de protección especial y en conformidad con su capacidad laboral. Para tal fin deberán adelantarse los programas de rehabilitación y capacitación necesarios que le permitan alcanzar una igualdad promocional en aras del goce efectivo de sus derechos. La legislación nacional no puede apartarse de estos propósitos en favor de los discapacitados cuando quiera que el despido o la terminación del contrato de trabajo tenga por fundamento la disminución física, mental o psicológica” (Subrayado fuera del texto original).

Ahora bien, si una persona no puede seguir cumpliendo con el cabal desarrollo de las actividades para las que fue vinculada tiene derecho a ser reubicada, lo que no significa necesariamente efectuar un cambio de funciones. Al respecto esta Corte se pronunció en sentencia T-1040 de 2001 y precisó:

“El alcance del derecho a ser reubicado por condiciones de salud tiene alcances diferentes dependiendo del ámbito en el cual opera el derecho. Para tales efectos resultan determinantes al menos tres aspectos que se relacionan entre sí: 1) el tipo de función que desempeña el trabajador, 2) la naturaleza jurídica y 3) la capacidad del empleador. Si la reubicación desborda la capacidad del empleador, o si impide o dificulta excesivamente el desarrollo de su actividad o la prestación del servicio a su cargo, el derecho a ser reubicado debe ceder ante el interés legítimo del empleador. Sin embargo, éste tiene la obligación de poner tal hecho en conocimiento del trabajador, dándole además la oportunidad de proponer soluciones razonables a la situación.

(...)

En algunos casos, el derecho a la reubicación en un cargo compatible con las condiciones de salud del trabajador no se limita al simple cambio de funciones. Para garantizar el ejercicio real de este derecho, la reubicación debe estar acompañada de la capacitación necesaria para que el trabajador se desempeñe adecuadamente en su nueva labor. Así, el artículo 54 de la constitución se refiere específicamente a las obligaciones que le competen al Estado y a los empleadores en lo que se refiere a la habilitación profesional y técnica y a la obligación de garantizar a los disminuidos físicos el derecho al trabajo de acuerdo con sus condiciones de salud. Por supuesto, una persona que ha sido reubicada de su puesto

normal de trabajo como consecuencia de una disminución física requiere capacitación para desempeñar sus nuevas funciones. De tal modo que, en este caso, la demandante requería ser capacitada para su nueva labor.” (Subrayas fuera del texto original).

En sentencia T-198 de 2006, por ejemplo, esta Corte estudió el caso de una persona que fue retirada de su trabajo y se encontraba en un estado de debilidad manifiesta, sin que su pérdida de capacidad laboral hubiera sido calificada. La Corte señaló que quienes sufren una mengua durante el desarrollo del contrato laboral deben ser considerados como personas en situación de debilidad manifiesta. Sobre el particular puntualizó lo siguiente:

“La jurisprudencia ha extendido el beneficio de la protección laboral reforzada establecida en la Ley 361 de 1997, a favor, no sólo de los trabajadores discapacitados calificados como tales, sino aquellos que sufren deterioros de salud en el desarrollo de sus funciones (...).

Aquellos trabajadores que sufren una disminución en su estado de salud durante el transcurso del contrato laboral, deben ser considerados como personas que se encuentran en situación de debilidad manifiesta, razón por la cual frente a ellas también procede la llamada estabilidad laboral reforzada, por la aplicación inmediata de la Constitución. La protección legal opera por el sólo hecho de encontrarse la persona dentro de la categoría protegida, consagrando las medidas de defensa previstas en la ley. Por su parte, el amparo constitucional de las personas en circunstancia de debilidad manifiesta permite al juez de tutela identificar y ponderar un conjunto más o menos amplio y variado de elementos fácticos para deducir la ocurrencia de tal circunstancia y le da un amplio margen de decisión para proteger el derecho fundamental amenazado o restablecerlo cuando hubiera sido vulnerado. En materia laboral, la protección especial de quienes por su condición física están en circunstancia de debilidad manifiesta se extiende también a las personas respecto de las cuales esté probado que su situación de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite su condición de discapacitados o de invalidez (...).” (Subrayado fuera del texto original).

En este sentido, la discapacidad de una persona no puede ser un obstáculo para su reincorporación laboral, excepto cuando efectivamente el cargo y las circunstancias que

rodean a la personas son incompatibles. De igual manera, no puede ser despedida o su contrato terminado con ocasión de su especial situación, a menos que medie autorización de la correspondiente autoridad de trabajo, de conformidad con lo establecido en la Ley 361 de 1997.

Este Tribunal también ha establecido que la protección se brinda a quienes sufren una disminución en su salud que les impida o dificulte desarrollar con normalidad sus funciones. Al respecto ha señalado:

“Bajo tal supuesto, el amparo cubre a quienes sufren una disminución que les dificulta o impide el desempeño normal de sus funciones, por padecer i) deficiencia entendida como una pérdida o anormalidad permanente o transitoria, sea psicológica, fisiológica o anatómica de estructura o función; ii) discapacidad, esto es, cualquier restricción o impedimento del funcionamiento de una actividad, ocasionado por un desmedro en la forma o dentro del ámbito considerado normal para el ser humano; o, iii) minusvalidez, que constituye una desventaja humana, al limitar o impedir el cumplimiento de una función que es normal para la persona, acorde con la edad, sexo o factores sociales o culturales.”[14].
(Subrayas fuera del texto original).

En sentencia T-503 de 2010 esta Corporación analizó el caso de una persona que ingresó al Ejército Nacional de Colombia como soldado regular el 21 de mayo de 1999, encontrándose en buenas condiciones de salud, quien dos años después, el 8 de enero de 2001, fue nombrado soldado profesional.

En el año 2002, mientras prestaba sus servicios, sufrió una caída que le provocó fractura en la rótula de la pierna derecha, por lo cual tuvo que ser intervenido quirúrgicamente. Adicionalmente, sufrió una exposición crónica al ruido en sus órganos auditivos, lo que le generó secuelas de hipoacusia en su oído izquierdo. En los años 2004 y 2005 estuvo sometido a tratamiento contra la leishmaniasis, enfermedad que le produjo algunas secuelas en su cuerpo.

Al examinar sus sentencias, la Corte indicó que el derecho a la estabilidad laboral reforzada conlleva la garantía para el trabajador en situación de discapacidad de ser reincorporado y reubicado atendiendo sus capacidades, de manera que no se desmejoren sus condiciones laborales, por lo que ordenó la reincorporación del soldado. En el caso concreto señaló:

“En la parte considerativa de esta providencia, la Sala explicó las reglas jurisprudenciales relacionadas con la protección constitucional de la estabilidad laboral reforzada del trabajador que sufre una disminución en su capacidad laboral, lo cual le impide la realización normal de sus actividades. De igual forma, se señaló que es obligación del empleador reubicar al trabajador en el desarrollo de nuevas funciones que no impliquen un riesgo para su salud.

(...)

Considera la Sala que, si bien le asiste razón al accionado con respecto a que para cumplir la misión constitucional encomendada, se requiere la plena capacidad psicofísica de un soldado profesional, al mismo tiempo, no debe perderse de vista, tal como se explicó, que el Estado debe asegurar una debida protección a las personas que han sufrido una discapacidad en actos relacionados con el servicio, como es el caso de los soldados profesionales.

De igual forma, ha de considerarse que el soldado profesional constituye un activo valioso de las fuerzas armadas, no es reclutado sino que pertenece al Ejército por vocación, de modo que su compromiso con la misión militar es más auténtico y fuerte. Su entrenamiento para permanecer y ser eficiente en el servicio es más serio. Además, en el presente caso está de por medio la voluntad decisiva y fuerte del soldado de seguir en sus funciones por considerar que su incapacidad relativa no es un obstáculo para seguir, incluso en otros cargos, al servicio y la defensa de su patria.”

La Corte concedió el amparo de los derechos fundamentales al trabajo, a la vida digna, al mínimo vital, a la igualdad y a la estabilidad laboral reforzada del accionante y ordenó al Ejército Nacional de Colombia que en el término de cuarenta y ocho horas, contado a partir de la notificación del fallo, incorporara al peticionario en uno de sus programas y en consecuencia, lo reubicara en una actividad que pudiera desempeñar, teniendo en cuenta su grado de escolaridad, habilidades y destrezas.

En suma, la estabilidad laboral es una medida de protección constitucional para todos aquellos que se hallen en estado de debilidad manifiesta por padecer una disminución física, psíquica o sensorial. Esta garantía hace parte del derecho al trabajo y se fundamenta en el contexto de desigualdad en el que se encuentran estas personas en relación con las

que sí gozan de un buen estado de salud.

6. El derecho a la permanencia o reubicación de los soldados que ven disminuida su capacidad laboral. Reiteración jurisprudencial.

El presente no es un asunto que trate sobre los trabajadores del régimen común, sino de soldados vinculados al Ejército Nacional, por esta razón es menester hacer alusión al Decreto 1793 de 2000, a través del cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, que en su artículo 1º define al soldado profesional; en los siguientes términos:

“Artículo 1º. Los soldados profesionales. Los soldados profesionales son los varones entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar en las unidades de combate y apoyo de combate de las Fuerzas Militares, en la ejecución de operaciones militares, para la conservación, restablecimiento del orden público y demás misiones que le sean asignadas.

PARAGRAFO. Podrá ser ascendido a Dragoneante profesional, el soldado profesional que se distinga por su capacidad de liderazgo y cumpla con los siguientes requisitos:

- a. Antigüedad mínima de cinco años.
- b. Excelente conducta y disciplina.
- c. Aprobación del curso para ascenso a dragoneante.”

En relación con las causales de retiro del servicio el artículo 8º del mismo estatuto, señala:

“a. Retiro temporal con pase a la reserva

- 1. Por solicitud propia.
- 2. Por disminución de la capacidad psicofísica.
- 3. Por existir en su contra detención preventiva que exceda de sesenta (60) días calendario.

b. Retiro absoluto

2. Por decisión del Comandante de la Fuerza.

3. Por incapacidad absoluta y permanente o gran invalidez.

4. Por condena judicial.

5. Por tener derecho a pensión.

6. Por llegar a la edad de 45 años.

7. Por presentar documentos falsos, o faltar a la verdad en los datos suministrados al momento de su ingreso.

8. Por acumulación de sanciones.” (Subrayas fuera del texto original).

En relación con la causal dispuesta en el numeral segundo del literal a), el artículo 10º del mismo cuerpo normativo dispone que podrá ser retirado del servicio activo el soldado profesional que no reúna las condiciones de capacidad y aptitud psicofísica requeridas por la Ley:

“Artículo 10. Retiro por disminución de la capacidad psicofísica. El soldado profesional que no reúna las condiciones de capacidad y aptitud psicofísica determinadas por las disposiciones legales vigentes, podrá ser retirado del servicio.”

Por su parte, el Decreto 1796 de 2000[15] regula, entre otros aspectos, la evaluación de la capacidad psicofísica y de la disminución de la capacidad laboral de los miembros de la Fuerza Pública. Define en su artículo 2º la capacidad psicofísica y en el artículo 3º las clasificó en diferentes categorías:

“Artículo 2o. Definición. Es el conjunto de habilidades, destrezas, aptitudes y potencialidades de orden físico y psicológico que deben reunir las personas a quienes se les aplique el presente decreto, para ingresar y permanecer en el servicio, en consideración a su cargo, empleo o funciones.

La capacidad sicofísica del personal de que trata el presente decreto será valorada con

criterios laborales y de salud ocupacional, por parte de las autoridades médico-laborales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

Artículo 3o. Calificación de la capacidad psicofísica. La capacidad psicofísica para ingreso y permanencia en el servicio del personal de que trata el presente decreto, se califica con los conceptos de apto, aplazado y no apto.

Es apto quien presente condiciones psicofísicas que permitan desarrollar normal y eficientemente la actividad militar, policial y civil correspondiente a su cargo, empleo o funciones.

Es aplazado quien presente alguna lesión o enfermedad y que mediante tratamiento, pueda recuperar su capacidad psicofísica para el desempeño de su actividad militar, policial o civil correspondiente a su cargo, empleo o funciones.

Es no apto quien presente alguna alteración psicofísica que no le permita desarrollar normal y eficientemente la actividad militar, policial o civil correspondiente a su cargo, empleo o funciones.

Parágrafo. Esta calificación será emitida por los médicos que la Dirección de Sanidad de la respectiva Fuerza o de la Policía Nacional autoricen para tal efecto.”

Ahora bien, aun cuando estas disposiciones indican que los soldados profesionales pueden ser retirados del servicio activo cuando presenten disminución en su capacidad psicofísica, esta facultad no opera automáticamente en detrimento de sus garantías y derechos constitucionales. Es por esto que la Corte ha sostenido que si la discapacidad se adquiere con ocasión del servicio o como producto directo del mismo, las Fuerzas Militares deben hacerse cargo de la atención médica del afectado. En concreto, en providencia T-516 de 2009 señaló lo siguiente[16]:

“Cuando la lesión o enfermedad (i) es producida durante o por ocasión de la prestación del servicio y (ii) es generada como producto directo de la actividad desempeñada o (iii) es la causa de la desincorporación de las fuerzas militares o de policía, las fuerzas militares o de policía deberán hacerse cargo de la atención médica.”[17]

Vale aclarar que este Tribunal, al referirse a la reincorporación de los soldados que se

encuentran en dicha situación, de manera alguna exige su reintegro a desarrollar labores incompatibles con sus capacidades; contrario sensu, ha señalado que deberán tenerse en cuenta tanto su grado de escolaridad como sus habilidades o destrezas[18].

En la sentencia T-081 de 2011 esta Corporación estudió el caso de un soldado profesional al que calificaron como no apto para continuar en servicio activo, debido a que lo calificaron con una pérdida laboral del 32.57%, al ser víctima de una mina antipersona durante la actividad militar. En esa ocasión la Corte ordenó reintegrar al accionante “en uno de sus programas, ya sea en el que se venía desempeñando o en otro afín, tomando en cuenta para ello el grado de escolaridad, habilidades y destrezas del demandante.”

En esa providencia la Corte desaprobó que los soldados que han sido instruidos para manejar armas sean retirados de la institución con ocasión de una disminución en sus capacidades laborales, bajo el argumento de que ya no son útiles para desarrollar las labores propias de la entidad. Dijo entonces:

“En el mismo sentido es importante destacar que la desvinculación del demandante de la fuerza castrense lo deja desprovisto de un trabajo que le permita desarrollarse de manera efectiva en la sociedad, este retiro desconoce los preceptos trazados por la Organización Internacional del Trabajo en materia de integración social, por ello es vital comprender que a pesar de que las personas que hacen parte de un cuerpo institucional armado son formadas para la guerra y su trabajo está dado dentro del conflicto, no por ello cuando por curso de éste se ven transgredidas en su integridad física o síquica dejan de ser útiles en su labor y para la sociedad. Por consiguiente, no deben ser desvinculadas sin que medien formas de contrarrestar el daño ocasionado.” (Subrayado fuera del texto original).

En otro caso similar, en sentencia T-459 de 2012, la Corte Constitucional también ordenó el reintegro de un soldado que estuvo vinculado al Ejército Nacional alrededor de 8 años, quien fue calificado con una pérdida de capacidad laboral del 11% como consecuencia de un accidente, y retirado del servicio activo bajo el argumento de no ser apto para seguir desempeñando su labor como soldado profesional.

En esa ocasión el Ejército Nacional sostuvo que el despido obedeció a lo dispuesto en el artículo 10º del Decreto 1793 de 2000[19]. Manifestó que la labor militar implica una exigencia física mínima que requiere de personal plenamente capaz, condición con la que

no contaba el soldado debido a su disminución física. La Corte, sin embargo, manifestó lo siguiente:

“5.3. Bajo estos hechos, la Sala advierte que el Ejército Nacional desconoció su obligación de proteger a quienes han luchado por defender la Nación, dejando a un lado los deberes de solidaridad y de dar un trato preferencial a aquellas personas que se encuentran en situación de debilidad manifiesta. Adicionalmente, la desvinculación del soldado resulta reprochable, puesto que se fundamenta en la disminución de su capacidad física, sin evaluar a fondo si éste podía continuar prestando sus servicios como conductor, así como lo hizo durante un año y medio o en otra dependencia de la institución.

Resulta preocupante la afirmación realizada por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía según la cual el actor no “posee capacitaciones, destrezas o habilidades aprovechables”, toda vez que desconoce los mandatos constitucionales de dar un trato preferente a quienes han sufrido mengua en su capacidad física con el objeto de lograr una igualdad real.

Por esta razón, y como lo ha decidido esta Corporación en las sentencias T-503 de 2010 y T-081 de 2011, se procederá a inaplicar por inconstitucional el artículo 10º del Decreto 1793 de 2000 que consagra la disminución de capacidad laboral como causal de retiro de la institución demandada. De lo contrario, se prolongaría la vulneración de los derechos fundamentales del señor Pabón Moreno a la estabilidad laboral reforzada, la igualdad, el trabajo, la salud, la dignidad humana y la seguridad social.” [20]

Para otorgar el amparo solicitado en el caso referido, la Corte ordenó a la Jefatura de Desarrollo Humano de la Dirección de Personal del Ejército Nacional que reintegrara de inmediato al accionante en uno de sus programas.

En otro caso, sentencia T-843 de 2013, el soldado fue retirado del Ejército Nacional debido a una disminución de su capacidad psicofísica y, en parecer de la institución, por no contar con las capacidades aprovechables en actividades administrativas, docentes o de instrucción en la misma institución. La Corte Constitucional, después de establecer que ingresó al Ejército en óptimas condiciones de salud, ordenó a la institución su reintegro en un programa igual o mejor al que se venía desempeñando o en otro acorde con su grado de escolaridad, habilidades y destrezas, inaplicando el artículo 10º del Decreto 1793 de 2000

en lo atinente a la disminución de capacidad laboral como causal de retiro. En concreto concluyó:

“En ese sentido, resulta inconstitucional aplicar a la situación del actor la consecuencia jurídica establecida en el artículo 10 ° del Decreto 1793 de 2000 que señala que “[e]l soldado profesional que no reúna las condiciones de capacidad y aptitud psicofísica determinadas por las disposiciones legales vigentes, podrá ser retirado del servicio”, si se tiene en cuenta la obligación constitucional del Estado colombiano de proteger de manera especial a las personas que se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta, y los compromisos internacionales que invocan, por un lado, la prohibición de la discriminación por motivos de discapacidad en las relaciones laborales a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y por otro, el deber de procurar acciones legislativas y judiciales coherentes para su protección.

5.5. Al mismo tiempo, la Sala considera reprochable la actitud desplegada por el Ejército Nacional al proferir la orden de retiro definitivo del servicio activo del señor [...] con sujeción al dictamen de la Junta Médica Laboral, ya que a pesar de que allí no se recomendó su reubicación en labores administrativas, docentes o de instrucción el tutelante venía ejerciendo labores en las oficinas de quejas y reclamos, y de archivo, entre otros cargos del Ejército Nacional, mientras se determinaba la pérdida de su capacidad psicofísica.

5.6. De otro lado, la Sala de Revisión observa que si bien la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, confirmó el amparo del derecho fundamental a la salud reconocido mediante la sentencia proferida por la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la que se ordenó al Ejército Nacional vincular al actor al sistema de salud y al de Atención al Personal Militar Herido o uno similar, también lo es que tal medida no resulta suficiente para garantizar los otros derechos fundamentales del actor.” (RTF).

Más recientemente, mediante sentencia T-382 de 2014, esta Corte ordenó al Ejército Nacional el reintegro de un soldado profesional que fue retirado del servicio activo por haber sufrido una pérdida de capacidad laboral del 43.12%, y el pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde la fecha del retiro del servicio hasta la de expedición de la providencia, inaplicando lo dispuesto en el artículo 10º del Decreto 1793

de 2000. Lo anterior, teniendo en cuenta lo siguiente:

“En el caso sub-judice la acción de tutela se erige como el mecanismo procedente para reclamar el reintegro del señor [...]. Lo expuesto se basa en que el accionante es una persona en situación de vulnerabilidad manifiesta, como quiera que tiene una disminución de su capacidad laboral, determinada en un 43.12%. Además, la única fuente de ingresos del actor era la remuneración proveniente de su trabajo, por lo que carece de recursos para suplir sus necesidades y las de su núcleo familiar, conformado por su esposa y sus dos menores hijas. Por último, las medidas de protección del derecho al trabajo y al mínimo vital del petente son urgentes, teniendo en cuenta además, que en este caso, el demandante requiere de afiliación al sistema de seguridad social para tratar las afecciones en su estado de salud. Por tanto, se observa que en el presente caso se reúnen los requisitos de procedencia de la acción de tutela, como mecanismo definitivo para la protección de los derechos fundamentales invocados.

4.4. De otro lado, considera la Sala de Revisión que el accionante merece una protección constitucional especial, puesto que se trata de una persona que sufrió una mengua en sus capacidades para trabajar mientras ejercía su labor; se encuentra en una situación de vulnerabilidad, por cuanto no posee ninguna fuente de ingresos adicional que permita suplir sus necesidades y las de su familia; y requiere de atención médica para sus padecimientos. De igual manera, es importante destacar que el peticionario cuenta con una formación académica que le permite continuar con su vida profesional.”

De este modo, aun cuando existe un régimen especial para los soldados que permite su retiro del servicio activo cuando disminuya su capacidad psicofísica, la Corte ha considerado que en atención al contexto específico de cada caso, la aplicación de esta causal puede ocasionar la vulneración de los derechos fundamentales del soldado desvinculado.

7. Análisis de los casos concretos.

7.1. Expediente T-5.190.161.

7.1.1. El señor Rodrigo Vargas Montoya presentó solicitud de tutela contra el Ejército Nacional y el Tribunal Médico Legal de esa institución, invocando la protección de sus derechos fundamentales a la salud, a la vida en condiciones de dignidad, al mínimo vital, a

la seguridad social, al trabajo y a la estabilidad laboral reforzada, en su parecer vulnerados al retirarlo del servicio activo por presentar una disminución en su capacidad laboral.

Considera que no se tuvo en cuenta que la disminución de su capacidad laboral, fijada en un 9.0%, nunca impidió que desarrollara su actividad laboral en forma competente, tal y como lo hizo desde el accidente de tránsito que sufrió el 13 de mayo de 2001 hasta el momento de su retiro forzado (22 de junio de 2015).

Solicita que se ordene su reintegro en el cargo que venía cumpliendo o en otro similar en que pueda desenvolverse y aplicar los conocimientos y experiencia adquiridos como soldado profesional, de modo que se le reconozcan las prestaciones sociales y emolumentos causados y dejados de percibir desde su retiro hasta el momento de su reintegro.

7.1.2. Previo a realizar un análisis de fondo para establecer si se presentó o no vulneración alguna de los derechos fundamentales del demandante, esta Sala verificará si la acción es procedente, atendiendo a que el juez de primera instancia negó el amparo bajo el argumento de no cumplirse con el principio de subsidiariedad.

Al respecto, como se anotó en la parte considerativa de esta providencia, la Corte Constitucional ha establecido como regla general la improcedencia de la acción de tutela contra actos administrativos de contenido particular y concreto. Sin embargo, ha indicado que la acción procede excepcionalmente si se invoca para evitar la configuración de un perjuicio irremediable.

Esta Sala verifica que si bien es cierto que el accionante contaba con otros mecanismos de defensa, no lo es menos que se encuentra en estado de debilidad manifiesta, como se evidencia en las pruebas allegadas al expediente, al tratarse de un soldado cuya capacidad laboral disminuyó a raíz de un accidente sufrido en servicio y que con posterioridad fue retirado del mismo.[21]

Asimismo, no puede dejarse de lado que en su calidad de soldado, ha cursado una trayectoria de aprendizaje y formación que se enmarca en el campo especializado de la vida militar, lo que permite inferir una dificultad en su adaptación a desarrollar funciones fuera de esa área, de igual manera, para vincularse con facilidad al mercado laboral, toda vez que no cuenta con la misma experiencia que posee en el campo militar.

Con ocasión de su estado de salud y ante la especificidad de las actividades que desarrollaba, se advierte que se halla desempleado y por ello puede estar vulnerándose su mínimo vital y el de su núcleo familiar. En esa medida, exigir al afectado que espere a que se surta el trámite correspondiente en la jurisdicción ordinaria representa una carga desproporcional, situación ante la cual otras herramientas jurídicas pierden eficacia e idoneidad para amparar los derechos de las personas.

Asimismo, la Sala considera que el actor no empleó la tutela como un mecanismo para suplantar las vías judiciales de defensa ordinarias, ni de forma negligente, ni se trata de una acción dirigida a revivir términos procesales. Simplemente acudió legítimamente a este mecanismo por considerarlo el más idóneo para asegurar la protección oportuna y efectiva de sus derechos fundamentales, como en efecto lo es, según ha recordado la jurisprudencia de la Corte Constitucional.[22]

En este orden de ideas, teniendo en cuenta las circunstancias descritas y que el demandante es un sujeto de especial protección constitucional, la acción es procedente, por lo que entrará a estudiar si las demandadas vulneraron sus derechos fundamentales y están por ello obligadas a reintegrarlo y cubrir los aportes de seguridad social y los salarios dejados de percibir desde el momento de su retiro.

7.1.3. En el presente caso el señor Rodrigo Vargas Montoya manifiesta que se le vulneró su derecho a la estabilidad laboral reforzada, no solo porque fue retirado del servicio activo encontrándose en una situación de debilidad manifiesta, sino también por haber sido desvinculado sin efectuarse un análisis de fondo sobre sus capacidades y condiciones actuales.

La Corte Constitucional observa que el acta del tribunal médico laboral de revisión militar y de policía señala la imposibilidad de su reubicación por carecer de destrezas y capacitación para desempeñarse en algún cargo al interior de la institución. En la misma señala:[23]

“4. Respecto de la recomendación de reubicación laboral esta instancia la despacha en sentido negativo por cuanto el calificado no posee el tiempo suficiente de servicio en funciones propias a su grado lo que otorgue la experiencia sobre el funcionamiento institucional en relación a su cargo, ni tampoco se ha desempeñado en funciones administrativas donde adquiriera la suficiente experiencia laboral en posibles áreas

reubicables, en relación a las capacitaciones refiere que no posee ni aporta las certificaciones sobre capacitaciones idóneas o formal que le confieran idoneidad donde puede desempeñarse utilizando sus competencias residuales en beneficio del calificado y la institución, así mismo el paciente no ha mostrado una actitud proactiva para el servicio y respecto a su condición al no adquirir nuevo conocimiento ni llevar a cabo formación académica aprovechable para el mismo calificado y la institución en uso de sus capacidades físicas residuales, por lo anterior se considera que el calificado no posee el perfil ocupacional para ser reubicado laboralmente.”

Lo anterior carece de fundamento si se tiene en cuenta, por una parte, que el actor permaneció durante más de 14 años en servicio activo desde que sufrió el accidente que ocasionó su pérdida de capacidad laboral, ocurrido el 13 de mayo de 2001, lo que indica que pudo desempeñarse satisfactoriamente al interior de la institución; y por otra, que cursó varios entrenamientos durante la prestación del servicio, por lo cual no es admisible su retiro bajo los argumentos expuestos de carecer de destrezas y capacitación para desarrollar alguna función dentro de la institución.[24]

Este Tribunal evidencia que las demandadas desconocieron preceptos constitucionales y su obligación de proteger a quienes se encuentran en una situación de debilidad manifiesta, al retirar del servicio activo al actor aplicando disposiciones jurídicas sin realizar previamente un análisis del caso ni tener en cuenta las condiciones particulares del mismo, desconociendo con ello también los precedentes de la Corte Constitucional.[25]

Es por esta razón que es cuestionable la afirmación que realiza el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía para descartar la recomendación de reintegro sin tener en cuenta otras posibilidades ni valorar las circunstancias en las que se encontraba el accionante, ni considerar que estuvo desempeñándose en servicio activo durante más de 14 años.

Si bien es cierto que sigue en firme la calificación de pérdida de capacidad otorgada al actor, y que existe la causal de retiro por disminución en la capacidad del soldado[26], no lo es menos que con la mengua adquirida tras el accidente referido permaneció durante más de 14 años desempeñando diferentes funciones en el Ejército Nacional.

Por lo anterior, no era dable su retiro del servicio argumentando que no tenía destrezas, ni

entrenamiento, ni la capacitación adecuada para continuar con ocasión de la calificación de pérdida de capacidad, la cual no fue impedimento, como bien se mencionó, para continuar desempeñando las funciones que venía cumpliendo.

De esta manera, teniendo en cuenta decisiones adoptadas por esta Corte en las que se ampararon los derechos fundamentales de los soldados retirados del servicio por presentar una disminución en su capacidad laboral[27], esta Sala tutelaré los derechos invocados por el accionante. En consecuencia, procederá a revocar las decisiones de primera y segunda instancia proferidas por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta y la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Ordenará dejar sin efectos la Resolución núm. 1365 proferida por el Ejército Nacional de Colombia el 22 de junio de 2015, mediante la cual se resolvió retirar del servicio activo al señor Rodrigo Vargas Montoya.

Asimismo, ordenará al Ejército Nacional que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta providencia reintegre al señor Rodrigo Vargas Montoya lo reincorpore en uno de sus programas y, en consecuencia, sea reubicado en una actividad que pueda desempeñar de acuerdo con sus habilidades, destrezas y formación académica. Finalmente, la Corte Constitucional proceda a cancelarle los salarios y prestaciones sociales que dejó de percibir desde la fecha de retiro hasta el momento del reintegro.

7.2.1 El señor Oscar Iván Gordillo Panteves se vinculó al Ejército Nacional como soldado profesional el 10 de noviembre de 2008, hasta que le fue notificada la orden administrativa de personal de fecha 7 de febrero de 2015, por medio de la cual se le retiró del servicio activo por la causal de disminución de la capacidad psicofísica.

El Tribunal Médico determinó que durante actos de servicio el accionante sufrió trauma en su pierna derecha con fractura en peroné derecho y con secuela de dolor crónico en esa pierna, más gastritis con evolución favorable satisfactoria y secuela por exposición crónica al ruido, lo que le deja como resultado hipoacusia leve en el oído izquierdo (28 DB) y tinnitus bilateral. Con ocasión de estas afecciones el 20 de enero de 2015 se le certificó una pérdida de capacidad laboral de 27%, calificándolo como no apto para la actividad militar, con una incapacidad permanente parcial de dos lesiones existentes, una derivada del servicio como enfermedad profesional y la otra catalogada como de origen común.[28]

El demandante manifiesta que, no obstante la disminución en su capacidad laboral, sirvió como soldado al interior de la institución durante los años anteriores a la fecha en la cual se ordenó su retiro, razón por la cual no se halla de acuerdo con la decisión de su retiro bajo el argumento de no poder desarrollar otras actividades debido a la disminución de su capacidad laboral. Adicionalmente, advierte que su retiro afectó el mínimo vital de su familia integrada por su compañera permanente y tres hijas, junto con la desatención de varios créditos que solicitó para la compra de enseres para su hogar.

7.2.2. Previo a realizar un análisis de fondo para establecer si se presentó o no vulneración alguna de los derechos fundamentales del accionante, esta Sala verificará si la tutela es procedente, atendiendo a que el juez de primera instancia negó el amparo bajo el argumento de no cumplirse con el principio de subsidiariedad.

La Corte Constitucional ha establecido como regla general la improcedencia de la acción de tutela contra actos administrativos de contenido particular y concreto. Sin embargo, ha indicado que la acción procede excepcionalmente si se invoca para evitar la configuración de un perjuicio irremediable.

Al respecto, si bien es cierto que pudo acudir a otros mecanismos judiciales de defensa, no lo es menos que se trata de un sujeto de especial protección constitucional, como se evidencia en las pruebas allegadas al expediente, por ser una persona con una disminución de su capacidad laboral de un 27.0%. [29]

De igual forma, debe tenerse en cuenta que el señor Oscar Iván Gordillo Panteves, en su calidad de soldado, tiene un aprendizaje y formación que se enmarca en el campo especializado de la vida militar, por lo cual no es dable pensar que ante su retiro se adapte cómodamente a desarrollar funciones fuera de esa área, tampoco que sea vinculado fácilmente al mercado laboral, dentro del cual no cuenta con la misma experiencia que posee en el campo militar, por lo que puede estar afectando su mínimo vital.

Lo anterior, aunado a que es un sujeto de especial protección que tiene a su cargo el sustento de su compañera permanente y de sus tres hijas, quienes dependen plenamente de él, hace que exigirle que acuda a la jurisdicción ordinaria se convierta en una carga desproporcionada. [30]

Por consiguiente, atendiendo a la premura de la situación, no solo por los créditos que adeuda el actor, sino por la dependencia económica que de él tiene su familia, y además, evidenciándose que la acción no se empleó para revivir términos procesales, esta Sala considera procedente la acción de tutela.

7.2.3. El Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar de Policía manifestó que el señor Oscar Iván Gordillo Panteves no puede ser reubicado “toda vez que no presenta capacitaciones, que permitan aprovechar su capacidad laboral residual, ya sea en labores administrativas de docencia o de instrucción”. La conclusión médica del Tribunal fue la siguiente:

“Los integrantes del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía procedieron a efectuar examen físico al paciente evidenciando: aceptables condiciones generales, consciente, alerta orientado en las tres esferas, entrenamiento lógico, responde coherentemente al interrogatorio con precisión, mantiene la mirada con los examinadores, juicio y raciocinio conservado, otoscopia membranas íntegras, no eritemas cono lumínico presente. Abdomen blando depresible no masas no dolores. Marcha normal, marcha punta talón anormal, por presentar dolor en pierna derecha, perímetros piernas de 41 cm bilateral, con leve a moderada limitación en los últimos grados a los movimientos pierna derecha. Sensibilidad conservada. Fuerza 5/5. Trofismo normal. Reflejos normales.” (sic)[31]

Lo que precede pone de presente que la afección física que sufre el accionante en su salud, radica en los dolores en su pierna derecha, lo que no impide que realice otras tareas o actividades administrativas; además, evidencia esta Sala que el actor sí realizó algunos entrenamientos durante la prestación de su servicio[32], adicionalmente, que atendiendo al diagnóstico emitido por el mismo Tribunal, podría desarrollar labores de tipo administrativo.

Por lo anterior, se le vulneró su derecho a la estabilidad laboral reforzada, al haber sido retirado del servicio sin efectuarse un análisis de fondo en relación con su condición de su salud, su situación socio económica, y sus capacidades, bajo el único argumento de haber disminuido su capacidad laboral, ignorando que si bien no venía desarrollando funciones militares sí se desempeñó como conductor de un comandante mientras estuvo al interior de la institución y al momento de su retiro se encontraba a cargo de los turnos de los soldados

regulares.

De este modo, se omitió valorar específicamente si el soldado podría seguir desempeñando las funciones que venía atendiendo o ser capacitado para ejecutar otras de carácter administrativo de conformidad con su grado de escolarización o los entrenamientos adquiridos durante la prestación de su servicio.

7.2.4. Con el análisis efectuado esta Sala considera que, con su actuar, los demandados vulneraron preceptos constitucionales, al desproteger al señor Oscar Iván Gordillo Panteves que se encuentra en estado de debilidad manifiesta con ocasión de una disminución en su capacidad laboral y que por ello ha quedado desprotegido laboralmente encontrándose desempleado.

En este sentido, esta Sala revocará la decisión de segunda instancia emitida por la Sala Segunda de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia (Caquetá) y confirmará la decisión de primera instancia proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Florencia, (Caquetá).

En consecuencia, ordenará al Ejército Nacional dejar sin efectos la Orden Administrativa de Personal núm. 1132 de fecha 7 de febrero de 2015, proferida por esa institución, mediante la cual se resolvió retirar del servicio activo al señor Oscar Iván Gordillo Panteves.

Para evitar que se sigan vulnerando los derechos al mínimo vital, al trabajo, a la vida digna y a la estabilidad laboral reforzada del actor, esta Corte ordenará al Ejército Nacional que, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta providencia, reincorpore al señor Oscar Iván Gordillo Panteves en uno de sus programas y lo reubique en una actividad que pueda desempeñar de conformidad con sus habilidades, destrezas y formación académica. Finalmente, la Corte Constitucional proceda a cancelarle los salarios y prestaciones sociales que dejó de percibir desde la fecha de retiro hasta el momento del reintegro.

III. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

Primero.- En el expediente T-5.190.161, REVOCAR la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta y la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dentro de la acción de tutela promovida por el señor Rodrigo Vargas Montoya. En su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos a la salud, a la vida en condiciones de dignidad, al mínimo vital, a la seguridad social, al trabajo y a la estabilidad laboral reforzada del accionante.

Segundo.- DEJAR SIN EFECTOS la Resolución núm. 1365 proferida el 22 de junio de 2015 por el Ejército Nacional de Colombia, mediante la cual se resolvió retirar del servicio activo al señor Rodrigo Vargas Montoya.

Tercero.-ORDENAR al Ejército Nacional de Colombia que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, adelante todas las gestiones necesarias encaminadas a reincorporar al señor Rodrigo Vargas Montoya en uno de sus programas y, en consecuencia, lo reubique en una actividad que pueda desempeñar, teniendo en cuenta su grado de escolaridad, habilidades y destrezas.

Cuarto.- ORDENAR al Ejército Nacional de Colombia que, dentro de los ocho (8) días siguientes a la notificación de la presente decisión, le cancele al actor desde la fecha del retiro del servicio hasta su reintegro efectivo, todos los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir, al igual que los aportes al Sistema General de Seguridad Social.

Quinto.- En el expediente T-5.197.823, REVOCAR la decisión de segunda instancia emitida por la Sala Segunda de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia (Caquetá), dentro de la acción de tutela promovida por el señor Oscar Iván Gordillo Panteves. En su lugar, CONFIRMAR la decisión de primera instancia proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Florencia (Caquetá), mediante la cual tuteló los derechos al mínimo vital, al trabajo, a la vida digna y a la estabilidad laboral reforzada del actor.

Sexto.- DEJAR SIN EFECTOS la Orden Administrativa de Personal núm. 1132, de fecha 7 de febrero de 2015, proferida por el Ejército Nacional, mediante la cual se resolvió retirar del servicio activo al señor Oscar Iván Gordillo Panteves.

Séptimo.- ORDENAR al Ejército Nacional de Colombia que, en el término de cuarenta y ocho

(48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, adelante todas las gestiones necesarias encaminadas a reincorporar al señor Oscar Iván Gordillo Panteves en uno de sus programas y en consecuencia, lo reubique en una actividad que pueda desempeñar, teniendo en cuenta su grado de escolaridad, habilidades y destrezas.

Octavo.- ORDENAR al Ejército Nacional de Colombia que, dentro de los ocho (8) días siguientes a la notificación de la presente decisión, le cancele al actor desde la fecha del retiro del servicio hasta su reintegro efectivo, todos los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir, al igual que los aportes al Sistema General de Seguridad Social.

Noveno.- Por Secretaría General líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Aun cuando el texto de la tutela se refiere a la señora Elizabeth como abuela del señor Vargas Montoya, a folio 47 se evidencia en declaración extrajuicio que se trata de su madre.

[2] Según se evidencia a folio 20 del cuaderno principal de tutela, el accionante sufrió

“fractura de peroné derecho el 15 de marzo de 2013 en San Vicente del Caguán...”.

[3] Ver sentencias T-094 de 2013, T-404 de 2014, T-371 de 2015 y T-690 de 2015, entre otras.

[4] Sentencia T-135 de 2015. Ver también sentencias T-1085 de 2003, T-806 de 2004, T-397 de 2008, T-629 de 2009 y T-338 de 2010, entre otras.

[5] Ver sentencias T-404 de 2014 y T-371 de 2015, entre otras.

[6] Sentencia T-198 de 2006. Ver también sentencias T-459 de 2012, C-824 de 2011 y C-066 de 2013, entre otras.

[7] Sentencia T-198 de 2006.

[8] Sentencia T-198 de 2006. Ver también sentencia T-459 de 2012.

[9] “Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas en situación de discapacidad y se dictan otras disposiciones”.

[10] Mediante sentencia C-458 de 2015 se estudió la constitucionalidad de algunas expresiones contenidas en algunas normas por considerar que el lenguaje podía tener implicaciones inconstitucionales, toda vez que podría ser entendido y utilizado con fines discriminatorios. Se estableció que el uso de algunas expresiones como parte del lenguaje técnico jurídico pretende definir una situación legal y no hacer una descalificación subjetiva de ciertos individuos. En ese sentido, varias expresiones fueron declaradas exequibles por los cargos analizados en esta oportunidad y otras exequibles condicionadamente. El término discapacitado se reemplazó por “persona en situación de discapacidad”. Por su parte, las definiciones legales y lexicográficas de las expresiones “discapacitado”, “inválido”, “sordo”, “minusválido”, “persona con limitaciones” y “limitados”, se declararon exequibles al considerar que estaban desprovistas de los componentes peyorativos que los demandantes les atribuyeron.

[11] “Artículo 2º. El Estado garantizará y velará por que en su ordenamiento jurídico no prevalezca discriminación sobre habitante alguno en su territorio, por circunstancias personales, económicas, físicas, fisiológicas, síquicas, sensoriales y sociales.”

[12] “Artículo 4º. Las ramas del poder público pondrán a disposición todos los recursos necesarios para el ejercicio de los derechos a que se refiere el artículo 1o. de la presente Ley, siendo obligación ineludible del Estado la prevención, los cuidados médicos y psicológicos, la habilitación y la rehabilitación adecuadas, la educación apropiada, la orientación, la integración laboral, la garantía de los derechos fundamentales económicos, culturales y sociales.

Para estos efectos estarán obligados a participar para su eficaz realización, la administración central, el sector descentralizado, las administraciones departamentales, distritales y municipales, todas las corporaciones públicas y privadas del país.”

[13] Sentencia T-691 de 2015.

[14] Sentencia T-196 de 2006. Ver también las sentencias T-341 de 2009 y T-651 de 2012, entre otras.

[15] “Por el cual se regula la evaluación de la capacidad psicofísica y de la disminución de la capacidad laboral, y aspectos sobre incapacidades, indemnizaciones, pensión por invalidez e informes administrativos por lesiones, de los miembros de la Fuerza Pública, Alumnos de las Escuelas de Formación y sus equivalentes en la Policía Nacional, personal civil al servicio del Ministerio de Defensa Nacional y de las Fuerzas Militares y personal no uniformado de la Policía Nacional vinculado con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993”

[16] En este caso el accionante “fue seleccionado para prestar el servicio militar obligatorio el 28 de octubre de 2006, y la mayor parte del tiempo de servicio estuvo en condiciones psicofísicas normales, sin que exista noticia sobre padecimientos de lesión o enfermedad de consideración. Sin embargo, en marzo de 2008 presentó varios episodios de polineuropatía periférica, parálisis periódica hipocalémica y depresión franca. Todas estas fueron calificadas por la Junta Médica de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional como enfermedades comunes asociadas al Síndrome de Guillain Barré, no imputables al servicio y que, sin embargo, generaron una incapacidad permanente parcial del diez punto cinco por ciento (10.5%).

Dado este marco fáctico, el Ejército aplicó la regla general expuesta en el numeral precedente: prestó los servicios hospitalarios, terapéuticos, médicos y farmacológicos

necesarios para atender las dolencias del accionante, pero una vez finalizaron los 18 meses que constituyen el tiempo máximo permitido para el servicio militar obligatorio de soldados campesinos[25] y se llevaron a cabo todos los trámites tendientes a formalizar el desacuartelamiento, incluida la Junta Médica Laboral que califica las lesiones y secuelas padecidas por el accionante, se interrumpió la prestación del servicio de salud.

No obstante, si bien la enfermedad que padece el actor se produjo durante la prestación del servicio, pero no es consecuencia de la actividad militar, así como tampoco se dio en razón o con ocasión del servicio, para la Sala existen razones que justifican el deber del Ejército de continuar brindando el servicio de salud hasta tanto no exista otro responsable del mismo. Estas razones se derivan del principio general de continuidad que se aplica también a los regímenes especiales de salud tales como el de las fuerzas militares y de policía, y el deber de solidaridad del Estado para con las personas que se encuentran en una situación de debilidad manifiesta.”

[17] Ver también sentencia T-470 de 2010. En esta providencia el accionante sufrió una disminución de su capacidad laboral en desarrollo de su actividad como soldado profesional. Se le calificó con una pérdida del 41.96%, por la cual se sugirió su reubicación. El Ejército estableció que dicha incapacidad le impedía realizar las actividades que debía desempeñar como soldado y por ello procedió a retirarlo del servicio. La entidad adujo que el retiro del actor estaba debidamente fundamentado en las causales previstas en el Decreto 1796 de 2000, por lo que no resultaba viable su reubicación. Con el expediente se allegaron las certificaciones que constataban el excelente servicio desempeñado por el peticionario luego de la calificación de disminución de la capacidad psicofísica, lo cual indicaba claramente la aptitud para desempeñar otras actividades dentro del sistema militar, demostrando contrariamente a lo sostenido por el Ejército, que podía continuar en servicio sin que sus circunstancias de debilidad manifiesta lo impidieran. En esa ocasión la Corte concluyó que el Ejército desconoció la obligación y el deber de protección de quienes han luchado por defender con su vida a la Nación, dejando de lado la materialización del principio de solidaridad que debe ser indispensable en la realización como Estado Social de Derecho. Por lo anterior, tuteló los derechos invocados por el afectado y ordenó su reintegro al Ejército Nacional.

[18] Sentencia T-503 de 2010.

[19] “Artículo 10º. Retiro por disminución de la capacidad psicofísica. El soldado profesional que no reúna las condiciones de capacidad y aptitud psicofísica determinadas por las disposiciones legales vigentes, podrá ser retirado del servicio.”

[20] Por ejemplo en la sentencia T-503 de 2010 la Corte Constitucional inaplicó el artículo 10º del Decreto 1793 de 2000, en un caso en el que el Ejército Nacional había calificado a un soldado con una pérdida de capacidad laboral 28.25%, y por ello lo declaró no apto para el servicio activo. Lo anterior “en la medida en que deviene en la vulneración de los derechos fundamentales del peticionario.” En otro caso resuelto en la sentencia T-843 de 2013 la Corte consideró que el Ejército Nacional no debió aplicar el artículo 10º del Decreto 1793 de 2000 con sujeción únicamente al dictamen de la Junta Médica Laboral, ya que si bien allí no se recomendó la reubicación del soldado en labores administrativas, docentes o de instrucción, si venía ejerciendo labores en las oficinas de quejas y reclamos, y de archivo, entre otros cargos del Ejército Nacional, mientras se determinaba la pérdida de su capacidad psicofísica, por lo que la sola calificación de pérdida de capacidad no reflejaba en realidad las circunstancias en que se encontraba el soldado.

[21] Folios 23 y 35-39 del cuaderno original de tutela. Se evidencia por una parte la Resolución mediante la cual se retira del servicio al accionante por tener una pérdida de capacidad laboral del 9.0%. En segundo lugar, se consigna en el Acta del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía núm. TML-15-1-021MDNSG-TML-41.1., del 6 de mayo de 2015, que las lesiones referidas ocurrieron durante el servicio por causa y razón del mismo.

[22] Ver sentencias T-516 de 2009, T-081 de 2011, T-459 de 2012, T-843 de 2013 y T-382 de 2014, entre otras.

[23] Folio 38 del cuaderno principal de tutela.

[24] Folio 25 a 28 del cuaderno principal de tutela. Curso realizado en la Escuela de Inteligencia y Contrainteligencia sobre inteligencia básica a distancia del 3 de diciembre de 2009. Curso de paracaidismo ejecutado el 13 de abril de 2009. Curso básico de contraguerrillas rural del 20 de agosto de 2001. Entrenamiento en operaciones especiales cursado el 15 de julio de 2008.

[25] Ver sentencias T-516 de 2009, T-081 de 2011, T-459 de 2012, T-843 de 2013 y T-382 de 2014, entre otras.

[27] Sentencias T-459 del 2012, T-843 de 2013 y T-382 de 2014, entre otras.

[28] No reposa copia de la calificación de pérdida de capacidad, pero otros documentos emitidos por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía sirven de soporte para respaldar que la pérdida de capacidad laboral corresponde al 27% y que fue calificado como no apto para la actividad militar (Folios 17-21).

[29] Folios 17-21 del cuaderno principal de tutela.

[30] Folio 32-33 del cuaderno principal de tutela. Declaración juramentada.

[31] Folio 20 del cuaderno original de tutela, se evidencia acta del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía en la que se analiza la inconformidad presentada por el accionante, en relación con la decisión de retiro de la institución por disminución de su capacidad laboral.

[32] Esto de conformidad con las pruebas que reposan en el expediente: Fotocopia de certificación de entrenamiento del 15 de febrero al 11 de marzo de 2010, expedida por el Equipo Móvil de Entrenamiento de las Fuerzas Militares de Colombia (folio 25 del cuaderno original de tutela). Fotocopia de diploma que acredita el curso de tirador de alta precisión primer nivel realizado del 20 de junio al 12 de julio de 2011, expedido por la fuerza de tarea conjunta omega (folio 26 del cuaderno original de tutela). Fotocopia de la certificación de entrenamiento de tirador de alta precisión primer nivel del 24 de agosto de 2012, expedida por el equipo móvil de entrenamiento rural escuela de tiro (folio 27 del cuaderno original de tutela). Fotocopia de entrenamiento de tirador de alta precisión realizado el 30 de noviembre 2012, expedida por el equipo móvil de entrenamiento rural escuela de tiro (folio 28 del cuaderno original de tutela). Fotocopia de diploma emitido por el comandante del Ejército Nacional que certifica que mediante Resolución núm. 1477 del 08 de septiembre de 2011 se confirió al accionante la medalla militar “Fe en la Causa”, (folio 29 del cuaderno original de tutela). Fotocopia del certificado de reentrenamiento, por su excelente desempeño durante el desarrollo del reentrenamiento de doctrina de fuerzas especiales realizada en la ESFER, de fecha 26 de marzo de 2011 (folio 30 del cuaderno original de

tutela).