TEMAS-SUBTEMAS

Sentencia T-189/23

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE SOLDADO RETIRADO DEL SERVICIO-Reglas jurisprudenciales

(…) el retiro absoluto de un miembro de la fuerza pública por la disminución de su capacidad laboral solo procede cuando las instancias médico-laborales "€œconcluyan que sus condiciones de salud no son suficientes ni puede ser capacitado para desempeñar alguna actividad dentro de la institución. En tal caso, lo constitucionalmente admisible es atribuirle una disminución de capacidad laboral igual o superior al 50 % y reconocerle la pensión de invalidez"… cuando esa disminución es inferior a dicho porcentaje "€œlo procedente es reconocerle su derecho a la reubicación laboral y en consecuencia, (i) darle la oportunidad de desempeñar trabajos acordes con sus condiciones de salud, que le permitan acceder a los bienes y servicios necesarios para su subsistencia; (ii) obtener su reubicación laboral en un trabajo que tenga los mismos o mayores beneficios laborales del cargo que ocupaba antes; (iii) recibir la capacitación necesaria para el adecuado desempeño de las nuevas funciones; (iv) obtener de su empleador la información necesaria en caso de que su reubicación no sea posible, a fin de que pueda formularle las soluciones que estime convenientes"€.

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE PERSONA EN CONDICION DE DISCAPACIDAD-Alcance y contenido

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE SOLDADO PROFESIONAL EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Orden de reintegro y reubicación por tutela como mecanismo transitorio

(La entidad accionada) decidió retirar del servicio al accionante, a pesar de que su porcentaje de pérdida de capacidad laboral es inferior al 50 %, sin ofrecerle ninguna alternativa de capacitación y reubicación.

REPÚBLICA DE COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL

-Sala Sexta de Revisión-

Sentencia T-189 de 2023

Referencia: expediente T-9.024.283

Asunto: revisión de la sentencia proferida dentro del proceso de tutela adelantado por Leonardo Bolívar Rojas en contra de la Armada Nacional.

Magistrado sustanciador:

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

La Sala Sexta de Revisión, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, decide sobre la revisión de la sentencia proferida dentro del proceso de tutela de la referencia, previas las siguientes consideraciones:

I. ANTECEDENTES

Leonardo Bolívar Rojas, actuando mediante apoderada judicial, presentó solicitud de tutela en contra de la Armada Nacional. En su criterio, la entidad accionada vulneró sus derechos a la igualdad, al trabajo, al debido proceso, a la estabilidad laboral reforzada, al mínimo vital, a la seguridad social, a la salud, a la vida digna y a la integridad personal, al retirarlo del servicio por disminución de la capacidad laboral.

1. Hechos

1. 1. El accionante, de 31 años de edad, ingresó a la Armada Nacional el 18 de noviembre de 2013, en calidad de infante de marina profesional. El 25 de noviembre de 2018, sufrió lesiones en su pie izquierdo (concretamente, fracturas en el 3.º, 4.º y 5.º metatarsiano), como consecuencia de un ataque con explosivos y armas de fuego perpetrado por un grupo armado ilegal en Puerto Meluk (Chocó). De allí, fue trasladado a la Clínica Santa Sofía de Buenaventura, donde recibió atención médica inicial.

2. El 26 de noviembre de 2018, fue trasladado al Hospital Militar Central de Bogotá, al que ingresó con un diagnóstico de “fracturas múltiples del pie”. El 5 de diciembre de 2018, mientras estaba internado en el hospital, fue diagnosticado con “osteomielitis” (infección de los huesos). Las lesiones sufridas fueron tratadas de manera ambulatoria hasta septiembre de 2019, según consta en la historia clínica aportada con la solicitud de tutela. Durante el tratamiento médico, también se le diagnosticaron “problemas relacionados con el ajuste a las transiciones del ciclo vital” y “factores psicológicos y del comportamiento asociados con trastornos o enfermedades” (trastorno adaptativo).

4. El 13 de agosto de 2021, mediante el Acta n.º 112-2021, la Junta Médico Laboral Militar calificó al accionante con una disminución de la capacidad laboral del 36,06 % debido a las lesiones sufridas, que le generaron una incapacidad permanente parcial, y lo consideró “no apto, sin reubicación laboral”. En el dictamen consta que las lesiones dejaron como secuelas: “tinnitus izquierdo no pulsátil” (timbre o silbido en el oído), “limitación a la flexo-extensión distal en falanges 3, 4, 5”, “[o]steomielitis crónica pie izquierdo que actualmente no requiere manejo por infectología” y “[t]rastorno adaptativo y problemas relacionados con acentuación de rasgos de personalidad en manejo y seguimiento por psiquiatría”.

5. Inconforme con el dictamen porque, en su criterio, sus patologías no fueron valoradas de manera integral, el accionante recurrió ante el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, por intermedio de su apoderada.

6. Mediante el Acta n.º TML22-3-140 del 28 de abril de 2022, el tribunal confirmó el dictamen de la junta. Sin embargo, redujo el porcentaje de disminución de la capacidad laboral al 35,87 %, tras valorar los índices de lesión correspondientes a: (i) tinnitus pulsátil y cofosis (pérdida de la audición) secundaria a trauma acústico, (ii) limitación para la flexo-extensión secundaria a lesión parcial severa del nervio tibial motor izquierdo, (iii) osteomielitis del pie

izquierdo y (iv) trastorno adaptativo y problemas relacionados con acentuación de rasgos de la personalidad.

7. En el acta el tribunal indicó que, “según el Decreto 094 de 1989, se encuentran causales de no aptitud para el calificado, por lo cual se decide declararlo NO APTO para actividad militar” (negrillas originales). Además, luego de revisar si sus capacidades, habilidades y competencias eran compatibles con actividades de docencia, instrucción o administrativas, ratificó la decisión de la junta de no recomendar su reubicación laboral. Sobre el particular, señaló que el accionante: (i) “no cumple con los requisitos habilitantes para poder aspirar, por lo menos, a la categoría de profesor militar de quinta categoría”; (ii) si bien ha ejercido labores administrativas, “las ha desarrollado con problemas de adaptación generando conflictos con sus demás compañeros, dificultades en sus canales de comunicación y dificultades con sus superiores, con incapacidades totales y parciales desde hace dos años hasta la fecha, actualmente con tratamiento de psicofármacos y seguimiento por la especialidad de psiquiatría”, y (iii) “a pesar de tener algunas capacitaciones, éstas no le otorgan las habilidades y destrezas necesarias que puedan ser útiles y aprovechadas en la institución”. En suma, señaló que “a una persona con patología mental, sin capacitaciones útiles para la fuerza, sin requisitos para poder desempeñarse como profesor militar y teniendo un mal comportamiento con los compañeros y superiores, son condicionantes que le impiden desempeñarse en labores administrativas”.

8. El 6 de junio de 2022, el accionante fue retirado del servicio por disminución de la capacidad laboral, mediante la orden administrativa de personal n.º 0815, con fundamento en el artículo 10 del Decreto 1793 de 2000.

2. Pretensiones y fundamentos de la tutela

9. La apoderada del accionante solicitó la protección de los derechos fundamentales invocados y, en consecuencia, que se ordene a la accionada: (i) disponer el reintegro de su representado; (ii) pagarle los salarios, las prestaciones sociales y los demás emolumentos dejados de percibir; (iii) brindarle las capacitaciones necesarias para garantizar su plena reincorporación laboral y (iv) reubicarlo en un cargo administrativo compatible con sus capacidades y/o limitaciones, manteniendo su rango, jerarquía y salario.

10. Como fundamento de sus pretensiones, sostuvo que: (i) los dictámenes de calificación de pérdida de la capacidad laboral desconocieron el concepto de salud ocupacional, según el cual las funciones administrativas que desarrollaba el accionante no representaban un riesgo para su salud física y tenían un manejo adecuado de la carga mental y emocional; (ii) el dictamen del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía se basó en conceptos médicos emitidos dos años antes, tiempo durante el cual su condición de salud presentó cambios relevantes; (iii) el tribunal no tuvo en cuenta un concepto médico de psiquiatría emitido el 26 de enero de 2022, en desarrollo de un tratamiento que el accionante adelantaba de manera particular, según el cual “no demuestra […] comportamientos que supongan un peligro para vivir o realizar labores en comunidad, [y] ha demostrado la capacidad de resiliencia que tiene para superar los impases vividos psicológicamente”; (iv) los periodos en los que estuvo incapacitado por psiquiatría obedecen a irregularidades que fueron puestas en conocimiento de la Armada Nacional, pues él sí se encontraba en

condiciones para desempeñar sus funciones; además, (v) esos periodos recurrentes de incapacidad no permitían hacer una evaluación objetiva de su comportamiento y de su desempeño laboral. Finalmente, (vi) afirmó que, a pesar de que la Armada Nacional está obligada a capacitar a sus miembros, el accionante no ha recibido capacitación alguna para el ejercicio de sus funciones, y las capacitaciones que ha realizado han sido por iniciativa propia.

11. De otro lado, advirtió que la Armada Nacional decidió retirarlo del servicio, a pesar de que se encontraba en una situación de debilidad manifiesta por sus condiciones de salud. Esa decisión, afirmó, afectó su derecho a la salud, pues a pesar de que tiene pendientes diversos controles médicos, solo tiene garantizada la cobertura en salud durante un mes. Además, afectó su derecho al mínimo vital, pues su familia, integrada por su compañera permanente, de 29 años de edad, y su hijo, de 4 años de edad, depende económicamente de él y tiene obligaciones financieras por cerca de 60 millones de pesos. Agrega que su reintegro al servicio es urgente, pues "el quedarse desempleado ha logrado que su condición mental empeore".

3. Respuesta de la entidad accionada

12. La Armada Nacional pidió que se declare improcedente la solicitud de tutela, por falta de subsidiariedad. En su criterio, el accionante podía ejercer el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, que tiene "la misma o mayor eficacia de protección que la acción de tutela" y en el que "puede solicitar con la presentación de la demanda la medida provisoria de 'suspensión provisional' [del acto administrativo cuestionado] hasta tanto se defina el fondo de la controversia".

13. De otro lado, indicó que esa entidad acató la decisión de la autoridad médico-laboral y procedió a retirar del servicio al accionante, porque la patología que padece es incompatible con el medio militar y genera un riesgo tanto para él como para las personas con quienes se encuentre. En concreto, señaló que la reubicación que pretende no es procedente, "por cuanto el accionante no está mentalmente sano, [y] podía desarrollar conductas impredecibles consigo mismo, con sus compañeros y demás personal que esté cerca". Así mismo, advirtió que "el accionante no posee las competencias ni la capacitación para continuar en la Fuerza" y que cualquier actividad administrativa que desempeñe en la institución, de un lado, "requiere contacto ya sea con personal vinculado o con cualquier otro", lo que podría generar las situaciones de riesgo anteriormente señaladas, y de otro lado, no lo exime de la obligación de acatar la disciplina militar, lo cual genera un ambiente estresor que "no está en la capacidad psíquica de afrontar".

14. La entidad agregó que el hecho de que un uniformado sea declarado como no apto para el servicio militar no implica que no pueda desempeñar funciones en la vida civil, pues esa declaratoria de no aptitud es exclusiva para el desempeño de labores militares. Por ello, indicó, "se le procede a cancelar una indemnización, de tipo económico, independientemente del origen de la patología, con el ánimo de que inicie un proyecto de vida".

4. Sentencia de primera instancia

15. El 21 de junio de 2022, el Juzgado 33 Administrativo Oral del Circuito de Bogotá declaró

improcedente la solicitud de tutela, por falta de subsidiariedad. Según indicó, la tutela es, en principio, improcedente para cuestionar actos administrativos como el que dispuso el retiro del servicio del accionante, “debido a que existe un medio de defensa judicial ordinario e idóneo previsto por el legislador para debatir la inconformidad suscitada dentro del trámite administrativo”. Agregó que el amparo solo procede como mecanismo transitorio cuando se pretende evitar la configuración de un perjuicio irremediable, caso en cual es posible “suspender la aplicación del acto administrativo mientras se tramita el proceso correspondiente ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo”.

16. En el asunto examinado, advirtió, “no se logró constatar la diligencia por parte del actor y su apoderada ante la entidad accionada, para adelantar solicitud o petición alguna cuando se le notificó la orden de retiro”. En esa medida, “no se puede pretender o alegar una posible vulneración cuando la institución ni siquiera se ha enterado ni pronunciado sobre lo que aquí se discute; aunado a que no se allegaron pruebas que pudieran advertir el perjuicio irremediable en el cual se halla el actor; [sic] con el fin de verificar que la acción de tutela es el instrumento idóneo en defensa de los derechos argüidos”. En particular, advirtió que no se acreditó la inminencia y gravedad del perjuicio ni la urgencia e impostergabilidad de las medidas para evitarlo, porque no se rebatieron las decisiones adoptadas por la accionada ni se desplegaron acciones “en aras de sustentar que las consecuencias derivadas de sus pronunciamientos, atenten de manera grave y notoria [contra] sus derechos fundamentales”.

17. Con fundamento en lo anterior, concluyó que “las pretensiones deprecadas no pueden debatirse en sede constitucional, pues este tipo de acción bajo ninguna circunstancia se puede utilizar como vía judicial alternativa o simultánea para reemplazar aquellos mecanismos administrativos o judiciales que se han contemplado para resolver las controversias de todo orden”. Así las cosas, el asunto examinado “no es competencia del juez constitucional, sino que el trámite debe invocarse ante las mismas autoridades administrativas y posteriormente de acuerdo con sus pronunciamientos; concurrir ante la jurisdicción competente”.

5. Impugnación

18. La apoderada del accionante afirmó que para ella es claro que existen otros mecanismos judiciales para controvertir la decisión de la Armada Nacional de retirar del servicio a su representado. En ese sentido, informó que el 9 de junio de 2022 radicó una solicitud de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría Delegada para Asuntos Administrativos, con el fin de que se le restablezcan los derechos presuntamente vulnerados. En todo caso, insistió en que su representado padece enfermedades (osteomielitis y estrés postraumático) que requieren tratamiento médico, está desempleado y su familia depende económicamente de él. Así las cosas, esperar a que se decida el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho podría afectar de manera grave sus derechos fundamentales y los de su familia.

19. En particular, con base en artículos disponibles en Internet, advirtió que la falta de un tratamiento adecuado de la osteomielitis podría derivar en una amputación del pie o incluso en la muerte. Además, que la salud mental de su representado corría peligro, pues la falta de empleo y de recursos para sostener a su familia es un estresor que lo podría llevar a atentar contra su vida. De manera que, en su criterio, “es claro [que] es urgente el reintegro de [su]

representado [para] que pueda solventar aspectos importantes como lo es [el] mínimo vital".

6. Sentencia de segunda instancia

20. El 12 de julio de 2022, la Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca confirmó la sentencia de tutela de primera instancia. En su criterio, no le corresponde al juez de tutela pronunciarse sobre la solicitud de reintegro del accionante, "por las siguientes razones: i) existe otro medio idóneo para resolver estas controversias, esto es, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011; y ii) no se demostró que de no tratarse el tema en sede de tutela se cause a la accionante un perjuicio irremediable; iii) la discusión jurídica respecto a si procede o no el reintegro, fue definida en sede administrativa, y por consiguiente, no adquiere relevancia constitucional, sino meramente legal, para lo cual ya están se encuentran [sic] establecidos los medios de control".

II. CONSIDERACIONES

1. 1. Competencia

21. La Sala Sexta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional es competente para revisar las sentencias de tutela proferidas dentro del expediente de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política y 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Presentación del caso, problema jurídico y metodología de la decisión

22. La Sala observa que el asunto bajo examen versa sobre la posible vulneración de los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, a la salud y al mínimo vital del accionante, como consecuencia de la decisión de la Armada Nacional de retirarlo del servicio activo por disminución de la capacidad laboral, sin derecho a reubicación.

23. Los jueces de primera y de segunda instancia declararon improcedente la solicitud de tutela, por falta de subsidiariedad. En su criterio, el accionante contaba con el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho para solicitar la protección de los derechos que considera vulnerados y el consecuente reintegro al cargo que desempeñaba en la Armada Nacional. Además, ambas instancias concluyeron que no se probó la configuración de un perjuicio irremediable que hiciera procedente la solicitud de tutela como mecanismo transitorio de protección.

24. En virtud de lo anterior, la Sala deberá determinar si, como lo concluyeron los jueces de instancia, la solicitud de tutela es improcedente o, por el contrario, satisface los requisitos de legitimación en la causa, inmediatez y subsidiariedad. En caso de que los cumpla, la Sala deberá determinar si la Armada Nacional vulneró los derechos fundamentales del accionante al ordenar retirarlo del servicio activo por disminución de la capacidad laboral y negarle la posibilidad de ser reubicado laboralmente en actividades compatibles con su estado de salud.

3. Estudio de procedibilidad de la tutela

25. Legitimación en la causa. La Sala constata que la solicitud de tutela cumple con el requisito de legitimación en la causa, tanto por activa como por pasiva. De un lado, el accionante, Leonardo Bolívar Rojas, actúa por intermedio de apoderada judicial y, para demostrarlo, adjunta el poder otorgado a su abogada para tramitar la solicitud de tutela. Además, es el titular de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados por la orden administrativa que lo retiró del servicio que prestaba como infante de marina profesional. De otro lado, la accionada, la Armada Nacional, es la autoridad pública que profirió la orden de retiro del servicio del accionante y es, por lo tanto, de quien se predica la presunta vulneración de derechos fundamentales.

26. Inmediatez. La Sala también constata que la solicitud de tutela cumple con el requisito de inmediatez, pues fue presentada el 14 de junio de 2022, esto es, ocho días después de que la accionada profirió la orden administrativa de personal mediante la cual retiró del servicio al accionante, el 6 de junio de 2022, tiempo a todas luces razonable y proporcionado.

27. Subsidiariedad. Finalmente, la Sala advierte que, contrario a lo sostenido por los jueces de instancia, la solicitud de tutela es procedente como mecanismo transitorio de protección para evitar la configuración de un perjuicio irremediable. En consecuencia, cumple con el requisito de subsidiariedad. Al respecto, la Sala constata que: (i) el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho es, en principio, idóneo y eficaz para proteger los derechos que se consideran vulnerados; (ii) el accionante ya ejerció este mecanismo ordinario de defensa judicial –el cual se encuentra en trámite–; (iii) no obstante, es necesaria la intervención del juez constitucional para evitar la configuración de un perjuicio irremediable en los derechos fundamentales del accionante. Las razones por las cuales la solicitud de tutela procede como mecanismo transitorio de protección se explican a continuación.

28. (i) El medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho es, en principio, idóneo y eficaz para la protección de derechos fundamentales. De manera reiterada, la jurisprudencia constitucional ha señalado que, en principio, la acción de tutela no procede en contra de actos administrativos de contenido particular y concreto, como en el que dispuso retirar del servicio al accionante, pues, cuando se considere que un acto de esa naturaleza afecta un derecho subjetivo, el interesado puede acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo con el fin de solicitar su nulidad y el restablecimiento del derecho presuntamente vulnerado. Esa posibilidad, en tratándose de derechos fundamentales, adquirió especial relevancia con la expedición de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, CPCA), que le otorgó al juez administrativo un rol más garantista tanto del interés público como de los derechos de las personas.

29. En efecto, de acuerdo con el artículo 103 del CPCA, el objeto de los procesos que se adelantan ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo es “la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la ley y la preservación del orden jurídico”. Además, la misma disposición prevé que en la aplicación e interpretación de las normas de ese código se deben observar “los principios constitucionales y los del derecho procesal”. Esto quiere decir que cuando el juez administrativo adelanta, entre otros asuntos, el control de legalidad de los actos expedidos por la administración, su labor no se restringe

únicamente a verificar la conformidad de dichos actos con el ordenamiento jurídico, sino que, además, debe garantizar la efectividad de los derechos de los sujetos involucrados en la controversia, entre ellos sus derechos fundamentales.

30. Uno de los medios de control para preservar el orden jurídico y garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por la Constitución Política es el de nulidad y restablecimiento del derecho, previsto por el artículo 138 del CPACA. Esta disposición habilita a "toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado por una norma jurídica" para "pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho". Dicha nulidad, por remisión del artículo 137 del mismo código, procede cuando el acto administrativo haya sido expedido: (i) con infracción de las normas en que debería fundarse, (ii) sin competencia, (iii) de manera irregular, (iv) con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, (v) mediante falsa motivación o (vi) con desviación de las atribuciones propias de quien lo profirió.

31. Ahora bien, además de pedir la nulidad de un acto administrativo y el restablecimiento del derecho que considera vulnerado, la persona que ejerce este medio de control puede solicitar que el juez administrativo decrete una medida cautelar con el fin de proteger y garantizar, de manera provisional, tanto el objeto del proceso como la efectividad de la sentencia que se llegue a dictar. De acuerdo con el artículo 230 del CPACA, esa medida cautelar puede estar dirigida a: (i) mantener una situación o restablecerla al estado en que se encontraba antes de la conducta que causó la vulneración o amenaza a un derecho, (ii) suspender un procedimiento o actuación, (iii) suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo, (iv) ordenar la adopción de una decisión o la realización o demolición de una obra y (v) impartir órdenes o imponer obligaciones a cualquiera de las partes del proceso.

32. De acuerdo con el artículo 231 del CPACA, la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo procede por la violación de las normas invocadas en la demanda o en la respectiva solicitud, cuando esa irregularidad emerja del análisis del acto administrativo demandado y de su confrontación con las normas superiores invocadas o las pruebas aportadas. Además, cuando se pretende el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios, es necesario probar su existencia de forma sumaria. En los demás casos, las medidas cautelares proceden siempre que: (i) la demanda esté razonablemente fundada en derecho, (ii) el demandante haya demostrado de forma sumaria la titularidad de los derechos que invoca, (iii) de los planteamientos del demandante sea posible concluir que es más grave para el interés público negar la medida que concederla y (iv) de no adoptarse la medida, se cause un perjuicio irremediable o existan motivos serios que indiquen que, si se niega, los efectos de la sentencia serían nugatorios.

33. En cualquier caso, la medida cautelar puede ser adoptada incluso antes de la notificación del auto admisorio de la demanda o en el estado en que se encuentre el proceso. Si se solicita con la demanda, se debe correr traslado al demandado, con el fin de que se pronuncie en un término de 5 días. Vencido este término, el juez tiene un plazo de 10 días para pronunciarse sobre la solicitud. Si se solicita en el curso del proceso, pero por fuera de audiencia, se debe dar traslado al demandado de acuerdo con el artículo 110 del Código General del Proceso y, luego de esto, el juez decidirá lo que corresponda. Si la medida se

solicita en audiencia, se debe correr traslado a la contraparte en la misma audiencia y el juez podrá decretarla allí mismo. Con todo, la medida cautelar puede ser decretada sin agotar los trámites indicados, cuando, cumplidos los requisitos para su adopción, se evidencie su carácter urgente. En estos casos, la medida debe comunicarse y cumplirse de manera inmediata, previa constitución de una caución, para la cual el juez administrativo puede ofrecerle alternativas al solicitante, según lo prevé el artículo 232 del CPACA.

34. De lo expuesto previamente, es posible concluir que, en principio, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho es un mecanismo judicial idóneo y eficaz para la protección de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados por un acto administrativo. Ello es así, por cuanto: (i) la labor del juez administrativo no se limita a llevar a cabo un control de legalidad, sino que, además, debe garantizar la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política, entre ellos los fundamentales, para lo cual será relevante aquella jurisprudencia constitucional que hubiere resuelto casos sustantivos semejantes en sede de tutela; (ii) quien ejerce el medio de control puede solicitar medidas cautelares con el fin de proteger el objeto del proceso, que es, precisamente, lograr el restablecimiento del derecho presuntamente vulnerado; (iii) aunque se debe cumplir con ciertos requisitos formales, el decreto de la medida cautelar se decide en un término breve (análogo al dispuesto para el trámite de la acción de tutela); (iv) en todo caso, es posible decretar la medida sin agotar el trámite previsto para ello, cuando se advierte que esta se requiere con urgencia; (v) finalmente, una de las razones que revela la urgencia de la medida cautelar, y por la cual es viable decretarla sin agotar dicho trámite, es la posibilidad de que se cause un perjuicio irremediable a los derechos del solicitante.

35. (ii) El accionante ya ejerció el medio ordinario de defensa judicial que tenía a su disposición. Sin embargo, es necesaria la intervención del juez constitucional para evitar la configuración de un perjuicio irremediable.

36. En sede de revisión se pudo constatar que el accionante, por medio de su apoderada judicial, ya ejerció el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En efecto, revisado el sistema de consulta de procesos de la Rama Judicial, la Sala constató que actualmente cursa un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Leonardo Bolívar Rojas en contra de la Armada Nacional el 4 de agosto de 2022, esto es, cerca de mes y medio después de la solicitud de tutela. Al presentar la demanda correspondiente, el accionante solicitó, como medida cautelar, la suspensión provisional de: (i) el Acta n.º 112-2021 emitida por la Junta Médico Laboral Militar, (ii) el Acta n.º TML22-3-140 emitida por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía y (iii) la orden administrativa de personal n.º 0815 emitida por la Armada Nacional. Además, requirió su reintegro al servicio en esa institución.

37. Con todo, la Sala advierte que el trámite del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, pese a ser un medio de defensa en principio idóneo y eficaz para la protección de los derechos fundamentales del accionante, no es óbice para determinar si la solicitud de tutela de la referencia es procedente como mecanismo transitorio de protección para evitar la configuración de un perjuicio irremediable. Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha señalado que, para determinar el carácter irremediable del perjuicio, es necesario que este sea: (i) inminente, es decir, que esté próximo a suceder; (ii) irreparable, esto es, que de

ocurrir, no exista forma de resarcirlo, y (iii) grave, es decir, que afecte un bien jurídico altamente significativo para la persona. Además, es necesario que (iv) se requieran medidas urgentes para superar la amenaza y (v) esas medidas de protección sean impostergables.

38. La Sala observa que el accionante se encuentra en una situación de vulnerabilidad derivada de su estado de salud. En efecto, debido a las lesiones físicas y a las afectaciones mentales sufridas mientras estaba al servicio de la Armada Nacional, fue calificado con una pérdida de capacidad laboral del 35.87 %. Debido a esto, fue considerado como no apto para el servicio militar y retirado de la institución sin derecho a reubicación, pues se consideró que no estaba capacitado para ejercer funciones de docencia o instrucción y que el trastorno adaptativo que padece no le permite ejercer labores administrativas. Esa decisión, afirmó el accionante, afectó sus derechos a la estabilidad laboral reforzada, la salud y el mínimo vital. En particular, frente a los dos últimos, advirtió que se habría configurado un perjuicio irremediable, pues, debido a la pérdida de su empleo, no tiene garantizada la atención médica que debe recibir para el tratamiento de sus enfermedades y no cuenta con recursos económicos para sostener a su familia y cumplir con sus obligaciones financieras.

39. La Sala advierte que el perjuicio que alega el accionante es grave, pues conlleva la afectación de bienes jurídicos altamente significativos, esto es, los derechos fundamentales a la salud y al mínimo vital de una persona en situación de vulnerabilidad. Además, es inminente, pues: (i) el accionante solo tenía garantizada la atención en salud que requiere para tratar sus patologías durante el mes posterior al retiro del servicio; (ii) está desempleado y tiene restringidas las posibilidades de acceder a un empleo formal, debido a a) la disminución de su capacidad laboral y b) el hecho de que su experiencia laboral está relacionada únicamente con actividades propias del servicio militar; (iii) esto, a su vez, limita sus posibilidades de afiliarse al sistema de salud y de contar con los recursos económicos que requiere para cumplir con sus obligaciones financieras y garantizar el sustento de su familia; además, (iv) no está acreditado que, como lo indicó la entidad accionada, hubiera recibido una indemnización económica que le permitiera garantizar, al menos provisionalmente, los derechos fundamentales comprometidos.

40. De otro lado, el grave e inminente perjuicio a los derechos a la salud y al mínimo vital del accionante sería irreparable, pues implicaría no solo la imposibilidad de contar con recursos económicos para procurarse una vida en condiciones dignas, sino, además, el deterioro de su salud física y mental, gravemente impactada por los daños que sufrió con ocasión de su servicio en la Armada Nacional. Cabe resaltar que (i) como lo advirtió su apoderada, la falta de empleo y de recursos para sostener a su familia es un estresor que podría complicar su estado de salud psíquica y, en consecuencia, reducir aún más sus posibilidades de reubicarse laboralmente; además, (ii) si bien su porcentaje de pérdida de capacidad laboral es considerable (35,87 %), no es igual o mayor al 50 % y, por lo tanto, no puede acceder a una pensión de invalidez que le garantice su subsistencia. Así las cosas, la situación del accionante amerita la adopción de medidas urgentes para garantizar la protección de sus derechos fundamentales, que no pueden postergarse hasta que se defina su situación jurídica en el proceso contencioso administrativo que promovió en contra de la Armada Nacional.

41. Verificado lo anterior, a continuación, la Sala reiterará brevemente su jurisprudencia

sobre la protección del derecho a la estabilidad laboral reforzada de los militares que son retirados del servicio activo por la disminución de su capacidad laboral. En seguida, se pronunciará sobre el caso concreto y determinará las medidas que corresponde adoptar para amparar de manera transitoria los derechos fundamentales del accionante.

4. El derecho a la estabilidad laboral reforzada de los militares que son retirados del servicio activo por la disminución de su capacidad laboral. Reiteración de jurisprudencia

42. Diversas sentencias de revisión de tutela han amparado el derecho a la estabilidad laboral reforzada de miembros de las fuerzas militares que son retirados del servicio tras ser calificados como "no aptos" por la disminución de su capacidad laboral. En ellas, se ha reiterado de manera pacífica que cuando la pérdida de la capacidad laboral es inferior al 50 %, lo procedente no es la desvinculación del servicio, sino la reubicación dentro de la respectiva institución, en condiciones acordes con la capacidad laboral residual y en una actividad que tenga los mismos o mayores beneficios que el cargo que se estaba ocupando.

43. En esa línea, la Corte ha advertido que el retiro del servicio no se puede motivar únicamente con el argumento de que estas personas ya no son útiles para la fuerza pública porque sus capacidades no pueden ser aprovechadas en actividades administrativas, docentes o de instrucción. Lo anterior, debido a que es obligación del Estado adoptar medidas a favor de los grupos marginados y discriminados, entre ellos las personas que se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta por su condiciones físicas o mentales, con el fin de promover condiciones para que la igualdad garantizada por el artículo 13 de la Constitución Política sea real y efectiva.

44. Así, por ejemplo, en la Sentencia T-910 de 2011, la Corte advirtió que, ante la pérdida de cierto grado de capacidad laboral, se espera que los miembros de la fuerza pública reciban "la rehabilitación adecuada, la educación apropiada, la orientación, la integración laboral; a fin de obtener una reubicación en sus funciones, en armonía con las actividades y aptitudes que en gran medida aún conservan". Dicho de otra manera, las fuerzas militares no pueden dar por agotada la capacidad productiva de sus miembros, cuando estos les pueden seguir prestando un servicio útil, como ocurre con aquellos que sufren una pérdida de la capacidad laboral que no supera el porcentaje previsto para tener derecho a una pensión de invalidez. Para ello, en ciertos casos, es necesaria una capacitación adicional, con el fin de encontrar alternativas laborales compatibles con su situación particular.

45. Así las cosas, el retiro absoluto de un miembro de la fuerza pública por la disminución de su capacidad laboral solo procede cuando las instancias médico-laborales "concluyan que sus condiciones de salud no son suficientes ni puede ser capacitado para desempeñar alguna actividad dentro de la institución. En tal caso, lo constitucionalmente admisible es atribuirle una disminución de capacidad laboral igual o superior al 50 % y reconocerle la pensión de invalidez".

46. En cambio, cuando esa disminución es inferior a dicho porcentaje "lo procedente es reconocerle su derecho a la reubicación laboral y en consecuencia, (i) darle la oportunidad de desempeñar trabajos acordes con sus condiciones de salud, que le permitan acceder a los bienes y servicios necesarios para su subsistencia; (ii) obtener su reubicación laboral en un trabajo que tenga los mismos o mayores beneficios laborales del cargo que ocupaba antes;

(iii) recibir la capacitación necesaria para el adecuado desempeño de las nuevas funciones; (iv) obtener de su empleador la información necesaria en caso de que su reubicación no sea posible, a fin de que pueda formularle las soluciones que estime convenientes".

5. Pronunciamiento sobre el caso concreto

47. En el asunto bajo examen, está acreditado que el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía valoró las condiciones de salud y las capacidades del accionante, para determinar si podía ser reubicado en un cargo acorde con su capacidad laboral residual. Como resultado, concluyó que la reubicación no era posible, pues sus habilidades y competencias no eran compatibles con actividades de docencia, instrucción o administrativas. En consecuencia, ratificó la decisión de la Junta Médico Laboral de no recomendar su reubicación laboral en la Armada Nacional. Con base en ese dictamen, la entidad accionada decidió retirar del servicio al accionante, por la disminución de su capacidad laboral.

48. Al respecto, la Sala observa que (i) en principio, la autoridad médico-laboral cumplió con el deber de "hacer una valoración de las condiciones de salud, las habilidades, las destrezas y las capacidades del afectado, a fin de establecer si existen actividades que podría cumplir dentro de la institución, de manera que sea posible disponer su reubicación en otro cargo". Sin embargo, advierte que (ii) la entidad accionada no le brindó alternativas de capacitación al accionante ni se descartó que pudiera ser capacitado para desempeñar alguna actividad dentro de la institución y, en todo caso, (iii) decidió retirarlo definitivamente del servicio, a pesar de no haber sido calificado con una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50 %. Con ello, le negó la posibilidad de ser reubicado laboralmente en actividades compatibles con su estado de salud que le permitieran acceder a los bienes y servicios necesarios para su subsistencia. En consecuencia, vulneró sus derechos a la estabilidad laboral reforzada, la salud y el mínimo vital.

49. En cuanto a lo primero, la jurisprudencia constitucional ha señalado que las autoridades médico-laborales deben "apreciar 'con criterios técnicos, objetivos y especializados' las competencias psicofísicas de los integrantes de las Fuerzas Militares". Como se indicó previamente, en el asunto bajo examen, es posible constatar que el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía valoró las afecciones de salud sufridas por el accionante y analizó si sus capacidades, habilidades y competencias eran compatibles con actividades de docencia, instrucción o administrativas (ver párr. 6 y 7 supra). Con todo, la Sala advierte que el cumplimiento de los estándares técnicos, objetivos y especializados de dicha valoración deben ser determinados por el juez administrativo ante el que se tramita el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, quien está en una mejor posición epistémica para establecer, tras una actividad probatoria amplia y especializada que no es posible desplegar en el trámite sumario e informal que caracteriza a la acción de tutela, si el dictamen médico-laboral y, en consecuencia, el acto administrativo mediante el cual se dispuso el retiro del servicio del accionante fueron debidamente motivados.

51. Finalmente, la Sala advierte que la Armada Nacional decidió retirar del servicio al accionante, a pesar de que su porcentaje de pérdida de capacidad laboral es inferior al 50 %, sin ofrecerle ninguna alternativa de capacitación y reubicación. De esa manera, la entidad

accionada desconoció la jurisprudencia constitucional según la cual, en estos casos, el retiro absoluto de un miembro de las fuerzas militares solo procede cuando el dictamen médico-laboral concluya que sus condiciones de salud no son suficientes ni puede ser capacitado para desempeñar alguna actividad dentro de la institución.

52. Así las cosas, la Sala concluye que la Armada Nacional vulneró los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, la salud y el mínimo vital de Leonardo Bolívar Rojas, al disponer su retiro del servicio y, con ello, negarle la posibilidad de ser reubicado laboralmente en actividades compatibles con su estado de salud, que le permitieran acceder a los bienes y servicios necesarios para su subsistencia. En consecuencia, revocará la sentencia adoptada el 12 de julio de 2022 por la Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del proceso de tutela promovido por Leonardo Bolívar Rojas en contra de la Armada Nacional. En su lugar, amparará transitoriamente los derechos fundamentales a la salud, el mínimo vital y la estabilidad laboral reforzada del accionante, hasta que la jurisdicción de lo contencioso administrativo decida de fondo sobre el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que el accionante promovió en contra de la entidad accionada.

53. Con ese fin, de manera transitoria, la Sala dejará sin efectos la orden administrativa de personal n.º 0815 mediante la cual la Armada Nacional dispuso retirar del servicio al accionante y le ordenará a esa entidad que lo reintegre al servicio activo. Para ello, la entidad accionada deberá: (i) reubicar al accionante en un cargo acorde con sus capacidades físicas y mentales y (ii) brindarle las capacitaciones y llevar a cabo los ajustes razonables que se requieran para que pueda ejercer sus actividades. De manera previa a la reubicación laboral, el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía deberá valorar al accionante, con el fin de determinar los ajustes razonables y las demás medidas necesarias para el desempeño de sus nuevas funciones.

6. Síntesis de la decisión

54. La Sala revisó la sentencia de tutela que profirió la Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del proceso promovido por Leonardo Bolívar Rojas en contra de la Armada Nacional. En dicha sentencia, el tribunal declaró improcedente la solicitud de tutela por falta de subsidiariedad, pues, en su criterio, el accionante contaba con el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho para solicitar la protección de los derechos que considera vulnerados. Además, advirtió que no se probó la configuración de un perjuicio irremediable que hiciera procedente la solicitud de tutela como mecanismo transitorio de protección.

55. La Sala examinó si, como lo concluyó el tribunal, la solicitud de tutela era improcedente o, por el contrario, satisfizo el requisito de subsidiariedad. En su análisis, constató que: (i) el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho es, en principio, idóneo y eficaz para proteger los derechos que se consideran vulnerados; (ii) el accionante ya ejerció este mecanismo ordinario de defensa judicial en contra de la entidad accionada y (iii) es necesaria la intervención del juez constitucional para evitar la configuración de un perjuicio irremediable en los derechos fundamentales del accionante. Por lo tanto, decidió revocar la sentencia objeto de revisión y, en su lugar, amparar transitoriamente los derechos

fundamentales del accionante, hasta que la jurisdicción de lo contencioso administrativo decida de fondo sobre el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el accionante en contra de la entidad accionada.

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,

RESUELVE

SEGUNDO. DEJAR SIN EFECTOS de manera transitoria la orden administrativa de personal n.º 0815 mediante la cual la Armada Nacional dispuso retirar del servicio activo a Leonardo Bolívar Rojas, hasta que la jurisdicción de lo contencioso administrativo decida de fondo sobre el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que el accionante promovió en contra de la entidad accionada.

TERCERO. ORDENAR al Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía que, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la notificación de esta providencia, practique una valoración médica integral a Leonardo Bolívar Rojas, con el fin de determinar los ajustes razonables y las demás medidas necesarias para el desempeño de las funciones que se le asignen en cumplimiento de esta providencia.

CUARTO. ORDENAR a la Armada Nacional que, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la valoración médica integral a que se refiere el resolutivo anterior, reintegre temporalmente al servicio activo a Leonardo Bolívar Rojas hasta que la jurisdicción de lo contencioso administrativo decida el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el accionante. Con ese fin, deberá: (i) reubicarlo en un cargo acorde con sus capacidades físicas y mentales, y (ii) brindarle las capacitaciones y llevar a cabo los ajustes razonables que se requieran para que pueda ejercer sus actividades.

QUINTO. Por Secretaría General líbrese las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Comuníquese y cúmplase,

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General