Sentencia T-328/22

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

PROTECCION CONSTITUCIONAL ESPECIAL DE PERSONAS EN SITUACION DE DISCAPACIDAD DE LAS FUERZAS MILITARES Y POLICIA NACIONAL-Protección especial a los miembros que padecen alguna limitación física o sensorial

(…) el Ministerio violó el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada de la accionante, porque la entidad desvinculó a la teniente de manera permanente con base en un dictamen de pérdida de capacidad laboral del 12% (…) lo conducente era tomar todas las medidas necesarias para su reubicación a unas labores que garantizaran su continuidad en el servicio y se ajustaran de forma razonable a su pérdida de capacidad laboral.

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

REUBICACION DE TRABAJADOR DISMINUIDO EN SU CAPACIDAD LABORAL-Alcance

FUERZAS MILITARES-Régimen legal sobre el retiro/FUERZAS MILITARES-Régimen legal sobre la capacidad psicofísica/FUERZAS MILITARES-Régimen legal sobre el cambio de fuerza, arma, cuerpo y/o especialidad

MIEMBROS DE LAS FUERZAS MILITARES Y POLICIA NACIONAL-Protección especial de los disminuidos físicos, síquicos y sensoriales

PERSONA DISCAPACITADA DE LAS FUERZAS MILITARES Y POLICIA NACIONAL-No puede ser despedida en razón de su discapacidad

(…) cuando la pérdida de capacidad es inferior al 50% lo procedente no es la desvinculación sino la reubicación dentro de la institución; lo anterior como una garantía de protección que se materializa con la oportunidad que tiene la persona de seguir vinculada a las fuerzas militares en condiciones acordes con su capacidad laboral y en una actividad que tenga los mismos o mayores beneficios que el cargo que ocupaba con anterioridad.

Referencia: Expediente T-8.657.472

Acción de tutela instaurada por Mayra Alejandra Gamba Ortiz, a través de apoderado judicial, en contra del Ministerio de Defensa y Seguridad Nacional y el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y Policial.

Magistrada ponente:

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

La Sala Novena de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, integrada por las magistradas Natalia Ángel Cabo -quien la preside-, Diana Fajardo Rivera y el magistrado Jorge Enrique Ibáñez Najar, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política, y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la presente

SENTENCIA

en el trámite de revisión de los fallos del 1 de febrero del 2022  y 24 de febrero de 2022 proferidos respectivamente en primera y segunda instancia por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias de Bogotá y la Sala Quinta de Decisión Civil del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá D.C., dentro de la acción de tutela instaurada por la teniente Mayra Alejandra Gamba Ortiz en contra del Ministerio de Defensa Nacional y el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y Policial.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991, la Sala Quinta de Decisión Civil del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá D.C. remitió a la Corte Constitucional el expediente del proceso de tutela de la referencia. La Sala de Selección de Tutelas Número Cuatro1 de esta Corporación, mediante el Auto del 29 de abril de 2022, lo seleccionó para efectos de su revisión. Según el sorteo realizado por dicha Sala, el caso fue repartido al despacho de la magistrada ponente.

I. ANTECEDENTES

El 17 de enero de 2022 la teniente Mayra Alejandra Gamba Ortiz, por intermedio de apoderado judicial, presentó acción de tutela en contra del Ministerio de Defensa Nacional y el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y Policial, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la dignidad humana, a la vida, a la salud, a la seguridad social, a la igualdad, al debido proceso, al mínimo vital, a la carrera administrativa especial, al trabajo y a la estabilidad laboral reforzada.

1. Hechos2

1. La actora ingresó como oficial en el grado de subteniente a la Fuerza Aérea Colombiana (en adelante FAC) en junio de 20133, y luego promovida al grado de teniente. Según indica la actora en su escrito de tutela, en el año 2014, luego de participar en el curso de Defensa y Seguridad de Bases Aéreas dictado por la FAC, comenzó a sentir dolores lumbares intensos. Estos dolores lumbares perduraron alrededor de 3 años, hasta que en el 2017 la accionante acudió a una primera Junta Médica Laboral provisional.  En esta instancia se le realizó a la teniente Gamba Ortiz un examen médico4. Sin embargo, la junta médica concluyó que la accionante era "apt[a]5.

2. El 18 de junio de 2019, la Junta Médica Laboral le realizó una nueva valoración ocupacional a la actora. En la misma, encontró que la teniente Gamba Ortiz sufría de "lumbalgia crónica (…) con discopatía degenerativa"6. A pesar del diagnóstico, la junta concluyó que la accionante seguía siendo "apt[a] para continuar con el servicio". Como medida preventiva, la junta le recomendó a la oficial que evitara realizar actividades de impacto, ejercicios de prueba física y levantar objetos de más de 15 kilogramos, entre otras acciones.

3. A pesar de las recomendaciones realizadas por la junta médica, la teniente Gamba Ortiz continuó con los dolores lumbares. Por esta razón, solicitó citar a la Junta Médica Laboral para que se profiriera un dictamen definitivo. Esta junta se llevó a cabo el día 20 de marzo del 2021, momento en el cual se concluyó que la accionante presentaba una disminución de la capacidad laboral del 12% derivada de un "diagnóstico de discopatía L5-S1 con abombamiento anular del anillo fibroso de etiología trauma repetitivo de origen ocupacional con tratamientos verificados terapia física y ocupacional"7. Por esta razón, la junta declaró a la actora como "NO (sic) apt[a] para actividad militar"8. Asimismo, la junta consideró que en este caso no procedía una reubicación laboral pues dado el tipo de trabajo que se realiza

dentro de la FAC la condición de salud de la accionante podría empeorar.

4. La actora solicitó que el dictamen fuera revisado por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar. Como argumentos a esta petición, señaló que el diagnóstico definitivo no se pronunció sobre la afección de los miembros inferiores por lo que no fue una evaluación integral de su estado de salud y su capacidad de realizar labores dentro de las FAC. Además, en opinión de la actora, no se tuvo en cuenta el precedente constitucional9 por medio del cual se reconoce que una persona catalogada como no apta para servicios militares no puede ser desvinculada de la institución, sino que deberá ser reubicada.

5. El 19 de octubre de 2021 el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar confirmó el dictamen proferido por la Junta Médico Laboral y declaró que la teniente Gamba Ortiz no es apta para la actividad laboral dentro de la FAC. Con respecto a una posible reubicación laboral, el tribunal señaló que la actora "posee más de 8 años laborando en la institución, de los cuales 5 de ellos ha requerido incapacidad parcial a la fecha"10, lo que permite concluir que los dolores lumbares que padece no le permiten permanecer en la institución. En ese sentido, el tribunal advirtió que la continuidad laboral de la oficial en la FAC puede "generar un riesgo para su salud y hacen que médica y legalmente no sea viable la misma, en el evento que su patología se exacerbe por carga laboral, horarios y otros factores que están presentes en el ámbito militar administrativo, docente, de instrucción u operacional propias de la institución militar"11.

Por último, indicó que la enfermedad que padece la accionante es de origen ocupacional debido a que "al ser licenciada en educación física y oficial de seguridad y defensa de bases ha tenido exposición a levantar peso, estar mucho tiempo de pie y vibraciones que pudieron dar origen a su condición"12, y confirmó que la disminución de la capacidad laboral es de un 12%. Surtido el trámite, el Ministerio de Defensa Nacional, a través de la Resolución 6708 del 24 de diciembre de 2021, ordenó el retiro teniente Gamba Ortiz de la FAC a causa de la disminución de su capacidad laboral.

6. Por estos hechos, el 17 de enero del 2022, la teniente Gamba Ortiz presentó acción de tutela con el fin de que se protegiera su derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada. En consecuencia, le solicitó al juez de tutela ordenar al Ministerio de Defensa Nacional adelantar todas las gestiones necesarias para su reintegro en las FAC, reconocer las

prestaciones laborales dejadas de percibir durante el tiempo en la que no estuvo vinculada a la institución y garantizar su reubicación en labores administrativas que se adecuen a su estado de salud. De igual forma, solicitó que se le ordenara al Tribunal Médico Laboral Militar y Policial resolver de manera favorable la revisión que solicitó a su dictamen de pérdida de capacidad laboral.

7. En auto del 19 de enero de 2022, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias de Bogotá admitió el amparo y procedió a notificar a las entidades demandadas. La FAC se opuso a la acción de tutela interpuesta por la accionante. En primer lugar, cuestionó que la tutela fuera el mecanismo correcto para dirimir las pretensiones de la accionante, pues ella debió acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Segundo, la entidad consideró que los derechos fundamentales de la accionante no se vulneraron pues en ningún momento la entidad se abstuvo de prestar los servicios y cuidados médicos que requirió durante los 8 años que estuvo vinculada a la institución y, además, su proceso de retiro cumplió con lo dispuesto por las normas legales que regulan la materia. Por último, la FAC señaló que las valoraciones médicas realizadas por las juntas y el tribunal correspondiente, se dieron de manera correcta y que el porcentaje de disminución de capacidad laboral arrojado por los expertos cumple con los requisitos técnicos requeridos para realizar este tipo de evaluaciones.

8. Por su parte, el Tribunal Médico Laboral de Revisión Miliar y de Policía también se opuso a las pretensiones de la tutela. En ese sentido, afirmó que no es la entidad competente para pronunciarse sobre el retiro o reubicación de la teniente Gamba Ortiz de la FAC, pues esa es una función de la Dirección de Personal de la Fuerza Aérea Colombiana. Por ello, el Tribunal afirmó que solo es competente para referirse sobre los conceptos médicos y que en lo que respecta al caso particular de la actora, realizó la valoración de pérdida de capacidad laboral de acuerdo con la regulación vigente y los criterios médicos apropiados.

B. Fallos de tutela objeto de revisión

1. Sentencia de primera instancia13

El 1 de febrero de 2022, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias de

Bogotá decidió amparar los derechos de la accionante. En su decisión, el juez consideró que la tutela presentada por la teniente Gamba Ortiz procedía porque existía un claro riesgo de perjuicio irremediable a sus derechos fundamentales.  Lo anterior, en razón a que la actora tiene una discapacidad a causa de "la deficiencia física de larga data (…) que le dificulta su participación plena en la sociedad, concretamente su movilidad, bienestar y desempeño laboral"14.

Así las cosas, el juez de primera instancia resaltó que, si bien las instituciones pueden retirar a una persona que tenga disminución en sus capacidades laborales, el retiro no se deberá hacer hasta tanto no se haya hecho un examen juicioso sobre la posibilidad de reubicar al empleado y que en caso de descartarse esta posibilidad se deben presentar argumentos suficientes que justifiquen una decisión de este tipo. En especial porque la razón para no conceder la reubicación no debería estar solo basada en los riesgos hipotéticos que la persona puede enfrentar de continuar trabajando en la entidad a la cual está vinculada.

Debido a lo anterior, el juzgado ordenó el reintegro de la accionante al cargo que venía desempeñando, el reconocimiento de las prestaciones sociales y salarios dejados de percibir durante el periodo de desvinculación y su reubicación a un lugar con ajustes razonables donde pudiera ejercer sus funciones de acuerdo con su condición de salud. De igual forma, el juez ordenó al Tribunal Médico Militar realizar una nueva valoración de la accionante con miras a identificar un lugar donde pudiera ser reubicada.

1. Impugnación15

El Tribunal Médico de Revisión Militar impugnó la decisión de primera instancia. En dicha actuación, la entidad señaló que las actuaciones que desplegó en el caso de la teniente Gamba Ortiz se basaron en un análisis técnico y médico de las pruebas aportadas en el proceso de calificación de la pérdida de incapacidad laboral. Adicional a lo anterior, el tribunal señaló que la accionante no cuenta con las capacidades profesionales o el nivel educativo requerido para ser reubicada dentro de la FAC y realizar labores administrativas. Esto, debido a que la actora es licenciada en educación física y es experta en seguridad y defensa de las bases aéreas.

1. Sentencia de segunda instancia16

El 24 de febrero del 2022, la Sala Quinta de Decisión Civil del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá revocó la decisión del juez de primera instancia, y decidió negar el amparo solicitado por la accionante. Para el tribunal, no se cumplió con el requisito de subsidiariedad de la tutela pues la teniente Gamba Ortiz debió acudir primero a la jurisdicción contencioso administrativa para disputar allí el dictamen de pérdida de capacidad laboral y la resolución que la desvinculó de la FAC. Al respecto, el juez de segunda instancia señaló que el artículo 213 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo les permite a los jueces decretar medidas cautelares para proteger los derechos fundamentales que se puedan ver afectados por las decisiones de la administración.

Por otro lado, el tribunal no avaló el enfoque de los derechos laborales de las personas en situación de discapacidad que el juez de primera instancia aplicó en el caso concreto. En ese sentido, el tribunal advirtió que el juez llegó a una conclusión errada al considerar que de una disminución de pérdida de capacidad laboral del 12% -como la que le fue diagnosticada a la teniente Gamba Ortiz- se desprende una discapacidad social o laboral en los términos de la ley 1346 de 2009.

C. Pruebas relevantes del expediente de tutela

A continuación, se presenta una breve relación de las pruebas relevantes que obran en el expediente del presente proceso y que fueron aportados por el apoderado de la teniente Gamba Ortiz17:

i. Poder otorgado al abogado Nelson Iván Zamudio por parte de la señora Mayra Alejandra Gamba Ortiz para promover la presente acción de tutela.

ii. Hoja de vida oficial de los archivos de la FAC de la teniente Mayra Alejandra Gamba Ortiz.

iii. Actas de la Junta Médica Laboral Provisional del 5 de enero del 2017 y del 18 de junio del 2019. Acta de la Junta Médica Laboral Definitiva del 30 de marzo del 2021.

iv. Solicitud de convocatoria del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de la Policía del

26 de julio del 2021. Acta del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, del 19 de octubre del 2021.

v. Resolución del Ministerio de Defensa Nacional del 24 de diciembre del 2021, por medio de la cual se retiró a la teniente Mayra Alejandra Gamba Ortiz del servicio activo.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

A. Competencia

1. La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar los fallos proferidos dentro del trámite de la referencia, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Política y los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

B. Análisis de procedencia formal de la acción de tutela

2. Antes de evaluar de fondo la solicitud presentada por la teniente Mayra Alejandra Gamba Ortiz en su tutela, es necesario determinar si la tutela cumple con los requisitos mínimos de procedencia, esto es: (i) legitimación en la causa por activa; (ii) legitimación en la causa por pasiva; (iii) inmediatez; y (iv) subsidariedad.

3. En primer lugar, el requisito de legitimación en la causa por activa se refiere a la capacidad que tienen los ciudadanos de presentar una acción de tutela. El artículo 86 de la Constitución señala que la tutela es un medio de defensa diseñado para proteger los derechos fundamentales y puede ser presentado por cualquier persona o por quién actué a su nombre. En este caso, el requisito de titularidad antes descrito se cumple ya que la accionante interpuso la acción de tutela a través de apoderado judicial, quien adjuntó como prueba el poder otorgado por ella18.

4.En segundo lugar, el requisito de legitimación en la causa por pasiva se refiere a aquellas entidades o particulares contra las que se puede presentar una acción de tutela. El ya citado artículo 86 de la Constitución señala que la acción de tutela se puede presentar contra todas las autoridades o contra un particular en casos excepcionales, por una acción u omisión que vulnere o amenace cualquier derecho fundamental.

En este caso, la Sala encuentra que la tutela se presentó en contra de dos entidades públicas, a saber, el Ministerio de Defensa y Seguridad Nacional y el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y Policial. Con respecto a la primera entidad, es importante anotar que dentro de la misma se encuentra la Fuerza Aérea Colombiana como parte del Comando General de las Fuerzas Militares. La teniente Gamba Ortiz hacía parte de dicha fuerza hasta que fue desvinculada por un acto administrativo expedido por el Ministerio de Defensa. Por otro lado, el Tribunal Médico Laboral de revisión Militar y de Policía Nacional tiene la función de definir, en última instancia, la situación médico-laboral del personal de las Fuerzas Militares, Policía Nacional y personal civil del Ministerio de Defensa Nacional. En el presente caso, debido al informe presentado por ese Tribunal la señora Gamba Ortiz fue retirada del servicio activo militar. Por estas razones, la tutela cumple con el requisito de legitimación por pasiva.

5. En tercer lugar, el requisito de inmediatez hace referencia al tiempo que debe pasar entre la vulneración o amenaza contra un derecho fundamental y la presentación de la acción de tutela. Según el artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela puede interponerse en todo momento y lugar. Sin embargo, la Corte Constitucional ha considerado que debe existir un plazo razonable entre el hecho que amenaza o vulnera uno o varios derechos fundamentales y la presentación de la tutela, teniendo en cuenta que esta acción judicial busca conjurar situaciones urgentes que requieren de la actuación rápida de los jueces19.

En este caso particular, es claro que el requisito de inmediatez se cumple pues la resolución por medio de la cual se retira del servicio de la FAC a la accionante fue expedida el 24 de diciembre del 2021 y la tutela se interpuso el 17 de enero de 2022, tan pronto culminó la vacancia judicial. Es decir, entre el acto administrativo a través del cual presuntamente se vulneraron los derechos de la accionante y la interposición de la tutela sólo transcurrió un poco menos de un mes.

6. Finalmente, el estudio del requisito de subsidiariedad busca determinar si existen o no mecanismos idóneos y eficaces más allá de la tutela para proteger los derechos en un caso particular. El artículo 86 de la Constitución señala que la tutela es un mecanismo residual y subsidiario, es decir que sólo se puede utilizar cuando no exista otro medio de defensa ante la jurisdicción competente. Ahora bien, si llegase a existir un medio adicional, el juez constitucional deberá analizar si este medio es eficaz e idóneo para resolver la controversia y

para proteger los derechos fundamentales que se estén viendo amenazados. Igualmente, la tutela procederá cuando se presente la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable, que ponga en riesgo la afectación de los derechos fundamentales del peticionario.

Así las cosas, la Corte Constitucional ha sostenido que la idoneidad hace referencia a la capacidad que brinda el mecanismo judicial para proteger los derechos fundamentales20. Respecto a la eficacia, la Corte ha indicado que se relaciona con el hecho de que el mecanismo esté diseñado para brindar de manera oportuna e integral una protección al derecho amenazado o vulnerado21. Por otro lado, para determinar si en efecto se está ante la posible configuración de un perjuicio irremediable, la Corte Constitucional lo ha definido como uno que implica que: (i) se esté ante la presencia de un daño inminente o próximo a suceder; (ii) que el perjuicio sea grave y afecte un derecho fundamental para la persona; y (iii) se requieran tomar medidas urgentes que no puedan ser postergadas para evitar ese daño o superarlo si ya se presentó22.

En el caso bajo análisis, la Corte Constitucional encuentra que la teniente Gamba Ortiz pudo acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo e interponer un medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la resolución que la desvincula de la FAC, pues este es un acto administrativo de carácter particular. Igualmente, como lo afirmó el juez de segunda instancia, es cierto que la accionante también contaba en dicho proceso con las medidas cautelares contempladas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que le permitían, entre otras medidas, solicitar la suspensión de dicho acto administrativo de desvinculación.

Sin embargo, como esta Corte lo ha señalado en múltiples oportunidades, en los casos en los cuales un miembro de las fuerzas militares interpone una acción de tutela por haber sido desvinculado laboralmente a causa de la disminución de las capacidades laborales, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho no resulta idóneo. Lo anterior, ya que durante el tiempo que le toma al juez contencioso decidir sobre la vulneración del derecho al mínimo vital se puede agravar23.

Tal sería el caso de la teniente Gamba Ortiz quien, en el escrito de tutela alega que al ser retirada del servicio de la FAC esta institución

“[la] despoj[ó] del mínimo vital que derivaba exclusivamente de su empleo como Oficial de la

Fuerza Aérea Colombiana y [la]excluy[ó] de los servicios de salud necesarios para buscar su rehabilitación y atención en salud exigida por su misma enfermedad sumiéndola en un estado tal de indefensión atentatorio contra su dignidad humana.24”

Teniendo esto en consideración, la Sala encuentra que mantener vigente y prolongar la desvinculación de la accionante durante el trámite de la nulidad y restablecimiento del derecho, puede agravar las posibles afectaciones a su mínimo vital y a su tratamiento médico. Igualmente, esta Sala no puede desconocer que otro factor importante para fundamentar la procedencia de la acción de tutela, pese a la existencia de medios judiciales ordinarios, se debe también a la dificultad que representa para los militares retirados vincularse al mercado laboral en labores que no sean castrenses, teniendo en cuenta que su formación, experiencia y dedicación se ha dado en la vida militar25.

Por otro lado, para la Corte las medidas cautelares que pueden ser decretadas en la justicia contenciosa tampoco resultan eficaces para proteger los derechos alegados, debido a que es facultad del juez decidir si las otorga o no. En ese sentido, la incertidumbre que podría generar el proceso ante lo contencioso administrativo es una carga que no debería soportar una persona que ha sido desvinculada de su trabajo por tener una disminución laboral26.

Por último, en lo que respecta al análisis de subsidiariedad en este tipo de casos, la Sala considera importante resaltar que la tutela también procede como quiera que se trata de un asunto constitucional que por su naturaleza se aleja del tipo de control de legalidad que hacen los jueces administrativos. Esto es así, por cuanto el eventual proceso ante lo contencioso administrativo tendría como finalidad única determinar si el acto administrativo de desvinculación se enmarca o no en alguna de las causales de nulidad consagrados en el artículo 137.2 del Código de Procedimiento Administrativo y de los Contencioso Administrativo27. Dichas causales no contemplan un análisis del derecho a la reubicación laboral de los miembros de las fuerzas militares con discapacidad28..

7. En síntesis, la Sala encuentra que la tutela presentada por la teniente Gamba Ortiz cumple con los requisitos de procedibilidad y, en consecuencia, entrará a examinar de fondo la petición de tutela presentada por la actora.

C. Problema jurídico

8. Si bien el apoderado judicial de la accionante menciona en el escrito de tutela que el acto administrativo por medio del cual se retiró a la teniente Gamba Ortiz de la FAC desconoce diversos derechos fundamentales de la accionante, para la Sala el principal problema jurídico se centra en el posible desconocimiento del derecho a la estabilidad laboral reforzada de una persona que tiene una discapacidad y que, a causa de la misma, ha sido retirada de su trabajo. Bajo esas consideraciones, entrará a analizar el siguiente problema jurídico: ¿se vulnera el derecho a la estabilidad laboral reforzada de una oficial de las fuerzas armadas que fue desvinculada después de que se determinara que tenía una pérdida de capacidad laboral del 12% y se considerara que su reubicación no era posible por no tener las competencias laborales o profesionales para realizar una función administrativa?

9. Para resolver estos problemas jurídicos, la Sala reiterará la jurisprudencia constitucional sobre la especial protección constitucional de las personas en situación de discapacidad y su derecho a la estabilidad laboral reforzada. Además, también reiterará las reglas sobre los límites al régimen laboral dentro de las fuerzas militares y el derecho de permanencia de sus integrantes. Finalmente, se analizará el caso concreto y se procederá a resolver la tutela presentada por la teniente Mayra Alejandra Gamba Ortiz.

D. Reiteración de jurisprudencia sobre la protección constitucional de las personas en situación de discapacidad y su derecho a la estabilidad laboral reforzada.

10. Según el artículo 93 de la Constitución, los tratados internacionales sobre derechos humanos que hayan sido ratificados por Colombia integran el bloque de constitucionalidad y, por lo tanto, son parte integral del texto constitucional. Entre los tratados que hacen parte de dicho bloque se encuentra la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas. Dicho tratado, que fue ratificado por el Congreso de Colombia mediante la ley 1346 del 2009, avanza un concepto social de la discapacidad que define como un concepto que “evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”29. En ese sentido el artículo 1 de la Convención señala que “las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”30.

Este criterio de discapacidad, a la luz de un enfoque social y de derechos humanos, ha sido aplicado por la Corte Constitucional en casos en donde se vulnera el derecho a la estabilidad reforzada de personas que tiene una disminución de su capacidad laboral. Por ejemplo, en la sentencia T-440 de 201731 la Corte revisó tres casos de retiro de agentes de la fuerza pública luego de que fueron clasificados con algún tipo de disminución en su capacidad laboral. En dicha decisión este tribunal aplicó, entre otros instrumentos internacionales, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad para destacar "que el trabajo asegura el desarrollo personal y la productividad de las personas en situación de discapacidad (y) permite el acceso de esta población a los bienes y servicios necesarios para su subsistencia y la de sus familias"32. En otras palabras, la jurisprudencia de la Corte ha entendido que la pérdida de capacidad laboral puede generar una situación de discapacidad de la cual emana un derecho a la estabilidad laboral reforzada.

11. A su vez, el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia reconoce el derecho a la igualdad en sus distintas dimensiones. Este artículo, además de consagrar la igualdad formal, es decir la exigencia de tratar de la misma manera a quienes se encuentren en una misma situación de hecho, prohíbe la discriminación y consagra un mandato de igualdad material. La prohibición de discriminación exige abstenerse de excluir a las personas de beneficios o imponerles mayores cargas en razón de criterios como el sexo, la raza, el origen nacional o la condición de discapacidad. Este principio busca impedir que se reproduzcan situaciones de exclusión o marginamiento de grupos que tradicionalmente han enfrentado desventajas en la sociedad. Por su parte, la igualdad material parte del hecho de que para que los grupos históricamente marginados y discriminados puedan gozar de una igualdad real y efectiva es necesario que el Estado intervenga para remover los obstáculos que les impiden gozar de las mismas oportunidades que tienen otras personas. Así, a diferencia de la igualdad formal que se basa en un mandato de abstención, la igualdad material implica un mandato de actuación, que consiste en adoptar tratamientos diferenciados en favor de ciertos grupos con el ánimo de lograr una igualdad de oportunidades. Por eso se dice que mientras la igualdad formal busca una igualdad de trato, la igualdad material o sustancial persigue una igualdad de resultado. En línea con esta idea de igualdad material el último inciso del artículo 13, se refiere a las personas con discapacidad como sujetos de especial protección, al indicar que "[e]l Estado protegerá especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los

abusos o maltratos que contra ellas se cometan33.

12. En este mismo sentido, la Constitución también contempla en su artículo 47 la obligación del Estado de “adelantar una política de previsión, rehabilitación e integración social” para las personas con discapacidad, “a quienes se prestará la atención especializada que requieran”. Por su parte, el mismo texto constitucional dispone en su artículo 53 una protección reforzada para aquellos trabajadores que por sus condiciones personales podrían verse gravemente afectados en caso de que fueran desvinculados de forma abusiva34. Por último, el artículo 54 constitucional impone tanto al Estado como a los empleadores la responsabilidad de ofrecer la formación profesional y técnica a los trabajadores que lo requieran, como en el caso de los que se encuentran en una situación de discapacidad, para que provean acomodaciones razonables y puedan ejercer labores que le sean aptas o, de ser el caso, puedan ser reubicados y así garantizar su estabilidad laboral.

13. Además de las disposiciones constitucionales, el legislador ha expedido diferentes normas enfocadas a cumplir con los anteriores mandatos constitucionales. Por ejemplo, en 1997 se expidió la ley 361, dirigida a crear mecanismos para lograr la integración social de las personas con discapacidad. En esa ley se consagraron medidas para la integración de las personas en situación de discapacidad en diferentes ámbitos, incluyendo el laboral. En particular, en los artículos 2, 4 y 26 de dicha ley recordó la obligación del Estado de enfrentar las manifestaciones de discriminación en contra de las personas en situación de discapacidad y reiteró la responsabilidad que tiene toda entidad pública de aplicar los recursos necesarios para garantizar el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales de dichas personas. Además, la norma estableció que la discapacidad no puede significar un obstáculo para que las personas puedan vincularse laboralmente en el sector público y en el privado y fue enfática en señalar que dicha condición no puede ser usada por sí sola para desvincular o despedir a una persona de su trabajo35.

14. En consideración a dichos mandatos legales y constitucionales, este Tribunal ha reconocido en diferentes decisiones que las personas con discapacidad deben gozar de una estabilidad laboral reforzada. Así, por ejemplo, en la sentencia T-286 de 201936, resolvió una tutela presentada por un integrante de la Armada Nacional que fue desvinculado de la entidad después de que la junta médico laboral determinó que tenía una pérdida de capacidad laboral del 21.50%. En dicha decisión la Corte ordenó el reintegro de la persona y

la realización de una nueva valoración al constatar una violación de los preceptos constitucionales que consagran el derecho a la igualdad y el principio de solidaridad”37. Por su parte, en la sentencia T-597 de 2017, la Corte ordenó el reintegro y el respectivo pago de los salarios adeudados de un miembro del ejército tras ser calificado como no apto para el servicio después de que se determinara que tenía una pérdida de capacidad laboral del 47,11%. En dicha decisión este Tribunal indicó que el “sustento normativo de esta protección especial se encuentra en los principios de Estado Social de Derecho, la igualdad material y la solidaridad social, consagrados en la Constitución Política”38.

15. En conclusión, en esta ocasión la Sala reitera que los mandatos constitucionales y legales, así como los precedentes de la Corte Constitucionales imponen la obligación al Estado de que garantice el derecho al trabajo de las personas en situación de discapacidad a través de medidas concretas de protección y no discriminación como lo son, entre otras, la prohibición de despido de personas en condición de discapacidad, sin una razón legítima ni el permiso de la oficina de trabajo39, de acuerdo con el artículo 26 de la ley 361 de 1997, y su reubicación a labores y condiciones que se ajusten a su situación. Esto, con el objetivo de que las personas tengan la posibilidad de desarrollar su vida con normalidad, sin que su condición implique un motivo de rechazo, exclusión o discriminación.

E. Reiteración de jurisprudencia sobre el régimen legal de las fuerzas militares y derecho a la permanencia o reubicación de los militares que ven disminuida su capacidad laboral

17. Sin embargo, la Corte Constitucional ha señalado que esta facultad de retiro no es discrecional, arbitraria ni automática, en especial en aquellos casos cuando se alega la causal de disminución de la capacidad sicofísica de la persona. Así, por ejemplo, en la ya citada sentencia T-597 de 201741, la Corte señaló que, aunque las fuerzas militares gozan de un régimen especial de vinculación laboral no pueden omitir su deber de protección de personas que se encuentran en un estado de debilidad manifiesta pues esta conducta supone un trato discriminatorio que no está amparado por el régimen legal y constitucional.

Bajo esta premisa, la Corte Constitucional ha protegido el derecho a la estabilidad laboral reforzada de los miembros de las fuerzas militares que han sido retirados del servicio activo luego de ser calificados “no aptos” como consecuencia de la disminución en su capacidad

laboral. Así, por ejemplo, en la ya citada sentencia T-440 de 201742 la Corte reiteró la regla jurisprudencial según la cual cuando la pérdida de capacidad es inferior al 50% lo procedente no es la desvinculación sino la reubicación dentro de la institución. Lo anterior como una garantía de protección que se materializa con la oportunidad que tiene la persona de seguir vinculada a las fuerzas militares en condiciones acordes con su capacidad laboral y en una actividad que tenga los mismos o mayores beneficios que el cargo que ocupaba con anterioridad.

18. En ese mismo sentido, la Corte ha sido enfática en rechazar que el retiro de los militares que han sufrido de alguna pérdida en su capacidad laboral se motive simplemente con el argumento de que "ya no son útiles para desarrollar las labores propias de la entidad"43. Un buen ejemplo de este precedente se encuentra en la sentencia T-382 de 201444, decisión en la que la Corte revisó una tutela presentada por un soldado que fue retirado del ejército por una disminución en su capacidad, después de que se negara su traslado a otra función por considerar que no tenía capacidades que pudieran "ser aprovechadas en actividades administrativas, docentes o de instrucción"45. En dicha providencia, la Corte encontró que este tipo de argumentos son reprochables en razón a que el Estado debe

propender por la realización de la igualdad material, es decir, deberá promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, estableciendo en cabeza suya la obligación de adoptar medidas a favor de los grupos discriminados o marginados, en especial de aquellos que por su condición física o mental se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta.

19. En conclusión, los precedentes de la Corte Constitucional han establecido límites claros sobre el poder de desvinculación de las fuerzas militares sobre su personal. En particular, en los casos en donde el integrante de la fuerza pública tiene una disminución de su discapacidad laboral inferior al 50% este Tribunal ha sido contundente en afirmar que la institución debe privilegiar la reubicación laboral sobre cualquier otra medida. Lo anterior, como una garantía de protección a la estabilidad laboral reforzada y al valor de la vocación de las personas que hacen parte de la fuerza pública.

F. Análisis del caso concreto

20. Le corresponde ahora a la Corte determinar si las actuaciones del Ministerio de Defensa

nacional y el Tribunal de Revisión Médico Militar y Policial vulneraron el derecho a la estabilidad laboral reforzada de la teniente Gamba Ortiz. Para ello, la Sala comenzará por relatar los hechos que se encuentran probados.

21. La actora fue retirada de su cargo como oficial de la FAC el 24 de diciembre del 2021, a través de acto administrativo del Ministerio de Defensa. En dicha resolución, la entidad señaló que la accionante no era apta para realizar las actividades propias del servicio en razón a una disminución de su capacidad laboral del 12%.

Previo al retiro de sus funciones dentro de la FAC, la accionante pasó por cuatro juntas médicas, tres de ellas en la Junta Médica Laboral y la otra en el Tribunal Médico Militar. Como parte de su último diagnóstico médico, el Tribunal Médico Laboral concluyó que la accionante tiene una disminución en su capacidad laboral de un 12%. Según las pruebas aportadas en el expediente46, el Tribunal decidió que "no se recomienda la reubicación laboral" de la accionante pues "no se evidencia que la paciente tenga las capacidades físicas suficientes con las que pueda desempeñar actividades administrativas, docentes o de instrucción propias de la institución militar, pues tiene recomendaciones médicas (…)"47. En adición, el Tribunal médico agregó que para que las Fuerzas Militares puedan cumplir con su propósito "precisan contar con personal apto y debidamente entrenado"48. Por último, el Tribunal concluyó que "la calificada es licenciada en educación física y su arma es la seguridad y defensa de bases aéreas por lo que no ha podido ni podrá realizar las funciones para lo que fue incorporada.49"

22. Por otro lado, se evidencia dentro de las pruebas aportadas en el expediente, que las recomendaciones médicas dadas a la paciente por parte de la Junta Médico Laboral en el año 2017, son las siguientes: "evitar deportes de contacto, no levantar peso de más de 5kg, no patrullaje, no bipedestación de más de una hora, no caminatas ni trotes de más de 50 mts"50. Posteriormente, la Junta Médica en el 2019 reiteró la mayoría de estas recomendaciones y modificó una en el sentido de advertir que la accionante no debía estar de pie por más de 15 minutos51.

23. Si bien es cierto que las fuerzas militares tienen un régimen propio para determinar el retiro de sus oficiales, el mismo se debe acomodar a las disposiciones constitucionales y jurisprudenciales de protección de los derechos fundamentales de sus miembros. Por lo

tanto, no hay duda de que la conducta desplegada por las entidades accionadas vulneró el derecho a la estabilidad laboral reforzada de la teniente Gamba Ortiz. Lo anterior como quiera que, en aplicación al precedente constitucional vigente, la FAC debió abstenerse de proceder con la desvinculación de la actora pues ésta tiene una disminución laboral menor al 50%. En ese sentido, lo conducente era tomar todas las medidas necesarias para su reubicación a unas labores que garantizaran su continuidad en el servicio y se ajustaran de forma razonable a su pérdida de capacidad laboral.

Frente a este punto, las consideraciones de las entidades no pueden ser tomadas como válidas. En especial aquellas que se refieren a la imposibilidad de la teniente Gamba Ortiz para cumplir con otras labores dentro de la FAC por su experiencia profesional y su especialidad dentro de la fuerza. Aplicar un criterio general como éste es prejuicioso y arbitrario ya que no es razonable concluir que una persona con una pérdida de capacidad laboral del 12% no tiene ninguna posibilidad de trabajo en una entidad de la magnitud y variedad de la Fuerza Área Colombiana. Aceptar lo contrario sería admitir que cualquier oficial, suboficial y demás integrantes de la fuerza pública están sometidos a un estándar de protección mínimo que se diluye de forma inmediata ante cualquier disminución de la salud física o mental. Por supuesto, una premisa de esta naturaleza no puede ser aceptada por la Corte Constitucional y esta ocasión no será la excepción.

24. Con todo, en la parte resolutiva la Sala revocará el fallo de segunda instancia y confirmará la sentencia del primer juez de tutela. Así, siguiendo lo ya dispuesto por los precedentes en otros casos similares, ordenará al Ministerio de Defensa Nacional dejar sin efectos la resolución de desvinculación de la teniente Gamba Ortiz y su inmediata vinculación y reubicación dentro de las FAC a un cargo que se ajuste a sus necesidades de cuidado relacionados con su pérdida de capacidad laboral. También la Sala le ordenará al Tribunal Médico Militar realizar un nuevo examen con el propósito de verificar el estado actual de salud de la actora y examinar si se deben tomar nuevas medidas de ajuste razonable en favor de la misma.

Síntesis de la decisión

25. La Sala encontró que el Ministerio de Defensa Nacional violó el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada de la teniente Mayra Alejandra Gamba Ortiz. Lo anterior, porque

la entidad retiró de manera permanente a la accionante con base en un dictamen de pérdida de capacidad laboral del 12%. En este sentido, esta Sala reitera las reglas que la Corte Constitucional ya ha aplicado en casos similares en particular aquella que señala que una persona que sea diagnosticada con una incapacidad parcial permanente goza de una estabilidad laboral reforzada que debe ser respetada por su empleador. Por otro lado, la Sala también reitera que en el caso específico de las fuerzas militares en cualquier situación donde uno de sus integrantes presente una pérdida de capacidad laboral menor al 50%, lo que se debe priorizar es la reubicación de la persona y no su desvinculación.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- Por las razones y en los términos de esta providencia, REVOCAR la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Quinta de Decisión Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, del 24 de febrero del 2022, mediante la cual se negó el amparo del derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada de la teniente Mayra Alejandra Gamba Ortiz. En consecuencia, y con fundamento en las consideraciones de esta providencia, CONFIRMAR la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias de Bogotá, el 1 de febrero de 2022, en el sentido de proteger el derecho a la estabilidad laboral reforzada de la accionante.

SEGUNDO.- En consonancia con el numeral anterior, DEJAR SIN EFECTOS la Resolución 6708 del 24 de diciembre del 2021, por medio de la cual se retiró a la teniente Mayra Alejandra Gamba Ortiz del servicio activo dentro de la Fuerza Aérea Colombiana.

TERCERO.- ORDENAR al Ministerio de Defensa Nacional que, dentro de los siete (7) días hábiles siguientes contados a partir de la notificación de este fallo, reintegre a la teniente Mayra Alejandra Gamba Ortiz a la Fuerza Aérea Colombiana. Para tal efecto, deberá reubicarla con el fin de que desempeñe una actividad o labor que se adecue a las recomendaciones de medicina laboral, así como que tenga en cuenta su escolaridad y destrezas. De ser necesario, la entidad debe proveer ajustes razonables para el desempeño

de la actividad y capacitar a la teniente Gamba Ortiz para asumir las nuevas labores. La reubicación deberá garantizar una remuneración mensual igual o mayor al salario que estaba recibiendo la señora Gamba Ortiz al momento de su retiro.

De igual modo, en el mismo periodo de tiempo, la entidad deberá cancelar en favor de la accionante las prestaciones sociales y salarios dejados de percibir por ella durante el tiempo que se mantuvo su retiro de la institución.

CUARTO.- ORDENAR al Tribunal Médico Laboral Militar y de Policía que, dentro de los tres (3) días hábiles contados a partir de la notificación de este fallo, practique a la señora Mayra Alejandra Gamba Ortiz una valoración médica integral que permita establecer los ajustes razonables y otras medidas necesarias para el desempeño de sus nuevas funciones.

QUINTO.- Por Secretaría General, LÍBRESE la comunicación a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, publíquese y cúmplase

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Magistrado

NATALIA ÁNGEL CABO

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Integrada por las magistradas Paola Andrea Meneses Mosquera y Natalia Ángel Cabo.

2 La información sobre los hechos expuestos en el escrito de tutela es complementada con los elementos de prueba que obran en el expediente con el fin de facilitar el entendimiento

del asunto.

3 Expediente digital, Escrito de tutela, pág. 3.

4 Ibídem., pág. 4.

5 Ibídem.

6 Ibídem.

7 Ibídem., pág. 5.

8 Ibídem.

9 Ibídem., pág. 8. Se cita la sentencia de la Corte Constitucional, T-285 de 2019. Magistrada Ponente: Cristina Pardo Schlesinger.

10 Expediente digital, Escrito de tutela, p. 60.

11 Ibídem., pág. 13.

12 Ibídem.

13 Expediente digital, Archivo 6.

14 Expediente digital T8657472, Fallo de Primera Instancia, pág. 7.

15 Expediente digital, archivo 4.

16 Expediente digital; archivo 7.

17 Expediente digital, Escrito de Tutela, a partir de la pág. 42.

19 Corte Constituciona. Sentencia T-038 de 2017.

20 Corte Constituciona. Sentencias T-440 de 2017 y T-150 de 2016.

21Ver, entre otras, sentencias T-789 de 2003 y T- 456 de 2004; y T-079 de 2016.

22 Ver, entre otras, sentencias T-209 de 2015; T-612 de 2019; y T-290 de 2021.

23 Ver sentencias de la Corte Constitucional T-286 de 2019; T-440 de 2017; T-382 de 2014; T-503 de 2010; T-081 de 2011; y T-461 de 2012, entre otras.

24 Expediente digital, Escrito de Tutela, pág. 19.

25 Corte Constitucional, sentencia T-372 de 2018.

26 Ver sentencias de la Corte Constitucional T-286 de 2019 y T-440 de 2017, entre otras.

27 Causales de nulidad de actos administrativos de contenido particular enunciadas en el artículo 137 del CPACA: ”Excepcionalmente podrá pedirse la nulidad de actos administrativos de contenido particular en los siguientes casos:1. Cuando con la demanda no se persiga o de la sentencia de nulidad que se produjere no se genere el restablecimiento automático de un derecho subjetivo a favor del demandante o de un tercero; 2. Cuando se trate de recuperar bienes de uso público; 3. Cuando los efectos nocivos del acto administrativo afecten en materia grave el orden público, político, económico, social o ecológico; 4. Cuando la ley lo consagre expresamente.”

28 Corte Constitucional, sentencia T-286 de 2019.

29Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas, art. 1, ratificada por Colombia a través de la ley 1346 de 2009.

30 Ibídem.

31 Corte Constitucional. Sentencia T-440 de 2017. Magistrada Ponente: Diana Fajardo Rivera.

32 Ibidem, capítulo 4.

33 Ver, entre otras, sentencias de la Corte Constitucional T-662 de 2017; T-575 de 2017; T-382 de 2018; y T-116 de 2019.

34 Corte Constitucional, sentencia T-286 de 2019.

35 Ley 361 de 1996, artículo 26.

36 Corte Constitucional. Sentencia T-286 de 2019. Magistrada ponente: Cristina Pardo Schlesinger.

37 Ibídem.

38 Ibídem.

39 Corte Constitucional, sentencia C-531 de 2000.

40 Constitución Política, inciso segundo del artículo 217: “La Ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio.”

41 Op. Cit. Sentencia T-597 de 2017. Consideración 5.2.

42 Op. Cit.  Sentencia T-440 de 2017.

43 Corte Constitucional. Sentencia T-286 de 2019.

44 Corte Constitucional. Sentencia T-382 de 2014. Magistrada Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

45 Ibídem.

46 Ver, expediente digital, Escrito de Tutela, pág. 18.

48 Ibídem., pág. 88.

49 Ibídem.

50 Ver, expediente digital, Escrito de Tutela, pág. 59.

51 Ver, expediente digital, Escrito de Tutela, pág. 61.