

Sentencia T-440/17

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCION DE TUTELA-Juez debe verificar si ante la existencia de otro medio de defensa judicial, éste es eficaz e idóneo

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD-Procedencia de la acción de tutela para evitar un perjuicio irremediable pese a existir otro medio de defensa judicial

PERJUICIO IRREMEDIABLE-Características

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE SOLDADO PROFESIONAL EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Procedencia de la acción de tutela

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

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

Para garantizar el derecho al trabajo de las personas en situación de discapacidad, esta Corte ha reconocido el derecho a la estabilidad laboral reforzada, y en particular, el derecho a la reubicación laboral de quienes adquieran alguna discapacidad. El derecho a la reubicación implica: “desempeñar trabajos y funciones acordes con sus condiciones de salud que le permitan acceder a los bienes y servicios necesarios para su subsistencia; obtener su reubicación laboral en un trabajo que tenga los mismos o mayores beneficios laborales al cargo que ocupaba antes; recibir la capacitación necesaria para el adecuado desempeño de las nuevas funciones; 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.”. Por último, la Corte Constitucional “ha concluido que cuando el empleador conoce el estado de salud de su empleado y tiene la posibilidad de situarlo en un nuevo puesto de trabajo, deberá reubicarlo. En caso de que no lo haga, y lo despidan, se presume que el despido se efectuó como consecuencia de su condición, y que el empleador abusó de una facultad legal para legitimar una conducta omisiva.”

RETIRO DEL SERVICIO DE SOLDADOS PROFESIONALES DE LAS FUERZAS MILITARES-Marco normativo

DERECHO A LA REUBICACION DE SOLDADOS PROFESIONALES CON DISMINUCION DE LA CAPACIDAD LABORAL-Reglas jurisprudenciales

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE SOLDADOS PROFESIONALES-Orden al Ejército Nacional valorar de manera integral a los accionantes, con el fin de determinar cuáles son las funciones que pueden desempeñar dentro de la institución

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE SOLDADOS PROFESIONALES-Orden al Ejército Nacional reintegrar a los accionantes al servicio, a un cargo o actividad cuyas funciones sean acordes con sus condiciones actuales, habilidades y destrezas

Referencia: Expedientes T-6018422 y T-6025834

Acciones de tutela instauradas por Julián David Cardona García y por José del Carmen Villafañe Gil contra la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional.

Magistrada Ponente:

DIANA FAJARDO RIVERA

Bogotá, D.C., trece (13) de julio de dos mil diecisiete (2017)

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Carlos Bernal Pulido, Luis Guillermo Guerrero Pérez y Diana Fajardo Rivera, quien la preside; en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, y en el Decreto Ley 2591 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

en el trámite de revisión de los fallos proferidos por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca – Sala de Decisión, que resolvió la acción de tutela promovida en favor del señor Julián David Cardona García; y por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá – Sala Laboral, que resolvió la acción de tutela instaurada por el señor José del Carmen Villafañe Gil, confirmado por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral.

I. ANTECEDENTES

Acumulación de procesos

Mediante Auto del dieciséis (16) de marzo de dos mil diecisiete (2017), la Sala de Selección Número Tres escogió para su revisión y acumuló entre sí los expedientes T-6018422 y T-6025834, para que fuesen fallados en una sola sentencia, tras considerar que presentaban unidad de materia.

1. Expediente T-6018422

1. Hechos relevantes

1. El 7 de octubre de 2008, el señor Julián David Cardona García ingresó al Ejército Nacional como soldado regular, y el 7 de julio de 2012, adquirió el rango de soldado profesional.

1. El 19 de diciembre de 2014, fue herido en enfrentamientos con grupos guerrilleros.

1. El 16 de octubre de 2015, la Junta Médica Laboral valoró al accionante y le diagnosticó una pérdida de capacidad laboral del 44.50%, así como una incapacidad permanente parcial. Además, el actor fue declarado no apto para la actividad militar y no se recomendó su reubicación laboral. Esta decisión fue notificada al demandante el 18 de octubre de 2015.

1. El 8 de junio de 2016, el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, modificó el porcentaje de pérdida de capacidad laboral del accionante, de tal forma que este fue fijado

en 49.77%. Adicionalmente, se mantuvo la recomendación de no reubicar laboralmente al actor.

1. El accionante no recibió pensión porque esta requiere que la pérdida de capacidad laboral sea superior al 50%.

1. El 19 de septiembre de 2016, el demandante fue notificado del retiro del servicio activo, de acuerdo con la orden administrativa de personal No. 2110 del Comando del Ejército, del 22 de agosto de 2016.

1.2. Acción de tutela

El señor Julián David Cardona García interpuso acción de tutela el 27 de septiembre de 2016 en contra de la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Fuerzas Militares de Colombia, Ejército Nacional, para que fueran protegidos sus derechos al trabajo, a la vida digna, al mínimo vital, a la igualdad y a la estabilidad laboral reforzada.

El demandante recordó que según los artículos 13 y 47 de la Constitución, el Estado debe promover la igualdad material y en consecuencia, tiene la obligación de adoptar medidas en favor de la población en situación de discapacidad. Igualmente señaló, que en desarrollo de dichas normas constitucionales, el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, estableció que la discapacidad de una persona no podrá ser motivo para obstaculizar su vinculación laboral, a menos que dicha discapacidad sea demostrada como incompatible con el cargo que se pretende desempeñar. No se podrá terminar el contrato de una persona con limitaciones, a causa de estas, salvo que medie autorización de la oficina del trabajo. Si el contrato se termina sin el cumplimiento de este requisito, deberá pagarse a la persona en condición de discapacidad, una indemnización igual a 180 días de salario.

A juicio del accionante, el Ejército Nacional vulneró su derecho a la igualdad material, y la protección constitucional especial que merece como persona en situación de discapacidad, ya que una vez le fue dictaminada la reducción de su capacidad laboral, fue retirado y no reubicado en una actividad que estuviera en capacidad de desempeñar en el Ejército.

En este sentido, el actor expresó que el Ejército debió aplicar la excepción de inconstitucionalidad respecto del artículo 10 del Decreto 1793 de 2000, norma que contempla la disminución de la capacidad psicofísica del soldado como causal de retiro, y que sirvió para justificar el suyo.

A la fecha de presentación de la demanda, el actor estaba desempleado. Esto ha puesto en riesgo la supervivencia de su familia en general, y de su hija de 5 años en particular, ya que el ingreso que el actor recibía del Ejército Nacional era su único sustento económico.

Por lo anterior, el accionante solicitó el amparo de los derechos fundamentales invocados, para que en consecuencia se ordene su reincorporación al Ejército, y su reubicación en una actividad acorde con su nivel de escolaridad, habilidades y destrezas. Adicionalmente, pidió ordenar al Ejército Nacional, cancelar los salarios y las prestaciones sociales dejados de percibir, hacer los aportes correspondientes al sistema general de seguridad social, y pagar la indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

1.3. Respuesta de la accionada

De acuerdo con el informe del secretario del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, con fecha del 4 de octubre de 2016, no se presentó escrito alguno de contestación (folio 27).

1.4. Decisión objeto de revisión

El Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, en sentencia proferida el 11 de octubre 2016, declaró improcedente la acción de tutela porque no satisfacía el requisito de subsidiariedad. Como fundamento de su decisión, el juez de primera instancia manifestó que cualquier decisión del Ejército Nacional, habría podido ser atacada a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho¹, medio de control en el cual se puede solicitar una medida cautelar. Sin embargo, el actor no hizo uso de este recurso, no demostró la ineficacia del medio judicial ordinario, ni la posible generación de un perjuicio irremediable. Este fallo no fue objeto de apelación.

1.5. Pruebas más relevantes del expediente

1.5.1. Copia del informativo administrativo por lesiones, del señor Julián David Cardona García, con fecha del 9 de enero de 2015, notificado al demandante el 26 de enero siguiente (folio 11)2.

1.5.2. Copia del acta de la Junta Médica Laboral No. 82708, del 16 de octubre de 2015, notificada el 18 de octubre siguiente (folios 12 y 13)3.

1.5.3. Copia del acta del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, del 8 de junio de 2016 (folios 14 a 19)4.

1.5.4. Copia de la notificación personal del acto administrativo de retiro del servicio activo, del 22 de agosto de 2016 (folio 20)5.

2. Expediente T-6025834

2.1. Hechos relevantes

2.1.1. El señor José del Carmen Villafañe Gil ha sido soldado del Ejército Nacional durante más de 9 años.

2.1.2. En el 2014, sufrió un accidente de tránsito mientras se encontraba de vacaciones, accidente en el que no tuvo responsabilidad exclusiva y por el que sufrió lesiones físicas.

2.1.3. El 30 de noviembre de 2015, la Junta Médica Laboral valoró al accionante y le determinó una pérdida de capacidad laboral igual al 23.7%. Además, el actor no fue recomendado para la reubicación laboral, porque no aportó certificaciones académicas que permitieran probar sus competencias.

2.1.4. El 30 de marzo de 2016, el demandante solicitó convocar a un Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía.

2.1.5. El 31 de mayo de 2016, el demandante informó al Ejército Nacional que estaba haciendo cursos en el SENA, sobre manejo de herramientas Microsoft 2010 Excel y sobre administración documental en el entorno laboral. El 11 de junio del mismo año, el actor obtuvo certificado de terminación del curso sobre administración documental.

2.1.6. El 28 de julio de 2016, el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía ratificó el concepto de la Junta Médica Laboral.

2.1.7. El 15 de septiembre de 2016, el demandante fue notificado de la orden administrativa de personal No. 2110 del Comando del Ejército, por medio de la cual se le comunicó su retiro del Ejército Nacional.

2.2. Acción de tutela

El 29 de noviembre de 2016, el señor José del Carmen Villafañe Gil interpuso acción de tutela contra el Ejército Nacional, Comando de Personal del Ejército Nacional, con el objetivo de que fueran protegidos sus derechos fundamentales al trabajo, al mínimo vital, a la salud, a la igualdad, a la estabilidad laboral reforzada, y para que se hiciese efectiva la protección constitucional especial de las personas en estado de debilidad manifiesta. En la demanda de tutela, el actor expuso los siguientes argumentos:

El demandante recordó que las autoridades de sanidad militar dictaminaron que no era apto para la actividad militar, y no recomendaron su reubicación, solo porque no aportaba certificaciones académicas que probaran sus competencias.

Cuestionó las valoraciones realizadas por la Junta y el Tribunal Médico Laboral, ya que ambas instancias diagnosticaron sus dolencias, pero igualmente manifestaron que en general, su estado de salud era bueno. Si su estado de salud era bueno, se pregunta porque no fue reubicado en actividades militares.

En particular, el demandante manifestó que la Junta Médica Laboral emitió un concepto el 30 de noviembre de 2015, con base en un diagnóstico de ortopedia del 2 de marzo de 2015. Según el artículo 7 del Decreto 1796 de 2000, los diagnósticos médicos tienen validez por 3 meses. Esto quiere decir que la junta emitió concepto con base en un diagnóstico de ortopedia sin validez.

Narró que en mayo de 2016, informó al Ejército Nacional que después del accidente, siguió desempeñando funciones militares. Además, que podía desempeñar labores administrativas, ya que sabía manejar dispositivos electrónicos y conducir. Adicionalmente, expresó su deseo

de capacitarse y ser reubicado. Sobre este particular, el demandante señaló que el Ejército no le brindó capacitación mientras estuvo vinculado a la institución, y tampoco le dio tiempo para hacerlo por su propia cuenta.

Agregó que el salario que devengaba en el Ejército Nacional, era el único ingreso que recibía para soportar sus gastos de subsistencia y los de su padre, persona de tercera edad y dependiente económicamente de él, puesto que los quebrantos de salud le impedían trabajar. De hecho, tuvo que adquirir un crédito de \$8.000.000 de pesos para soportar dichos gastos. Además, el actor indicó que celebró un contrato de arrendamiento de vivienda, por el cual tiene la obligación de pagar una renta mensual. Aunque el accionante ha buscado trabajo, ha sido imposible conseguirlo, según él, debido a su discapacidad.

Recordó que esta Corte se ha pronunciado sobre la inconstitucionalidad del artículo 10 del Decreto 1793 de 2000, por considerar que su aplicación en casos concretos comporta la vulneración de derechos fundamentales. Esta norma fue el fundamento jurídico del acto administrativo que ordenó su retiro. De este modo, su retiro se fundamentó en una norma inconstitucional.

Asimismo, el demandante manifestó que había presentado demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, contra el acto administrativo por el cual fue retirado. Por lo anterior, solicitó el amparo de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. El peticionario considera que en su caso, se está ante un perjuicio cierto e inminente puesto que ya fue retirado del Ejército. Hay una afectación sobre sus derechos al trabajo, a la protección constitucional especial que merece como persona en condición de discapacidad, así como a su mínimo vital. Igualmente, hay una afectación grave al mínimo vital de su padre, quien depende económicamente del accionante. Por último, se requieren medidas urgentes para evitar un perjuicio mayor.

Por lo anterior, el actor solicitó amparar los derechos fundamentales invocados, revocar transitoriamente el acto administrativo de retiro del Ejército Nacional, reintegrarlo a la institución, reubicarlo en un cargo con funciones militares, administrativas, logísticas o de instrucción, y, en dado caso, darle la capacitación requerida para desempeñar el cargo al que sea reubicado. Igualmente, el demandante pidió el reconocimiento de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir.

2.3. Respuesta de una de las accionadas

El 2 de diciembre de 2016, el Director General de Sanidad Militar contestó la demanda, solicitando la desvinculación de la Dirección a su cargo por falta de legitimación en la causa por pasiva.

Para fundamentar su solicitud, el Director manifestó, en primer lugar, que la Dirección General de Sanidad Militar solo cumple funciones administrativas y no asistenciales, según los artículos 9 y 10 de la Ley 352 de 1997. Las funciones asistenciales corresponden a los establecimientos de sanidad militar de cada fuerza, en virtud del artículo 14 de la Ley 352 de 1997, y del artículo 16 del Decreto Ley 1795 de 20007. Por consiguiente, la entidad competente para pronunciarse en este caso es la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional. Segundo, todo lo relacionado con las Juntas Médicas Laborales es responsabilidad de cada fuerza, considerando los artículos 17 y 18 del Decreto Ley 1796 de 20008. Tercero, el acto administrativo de retiro del actor fue emitido por el Comando de Personal del Ejército Nacional, razón por la cual, la Dirección General de Sanidad Militar no es competente para pronunciarse sobre el mismo.

Las demás entidades accionadas⁹ no contestaron oportunamente la demanda.

2.4. Decisiones objeto de revisión

2.4.1. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá – Sala Laboral

Este Tribunal, mediante fallo del 12 de diciembre de 2016, negó la tutela de los derechos fundamentales invocados, con base en los siguientes argumentos:

El a quo manifestó que el acta de la Junta Médica Laboral es del 30 de noviembre de 2015, mientras que la certificación de estudios del actor es de junio de 2016. Esto quiere decir que el actor recibió su certificación de estudios, con posterioridad a la realización de la junta. Lo anterior explica el que dichos estudios no hayan sido tenidos en cuenta, y el que la junta no haya recomendado la reubicación laboral del accionante. Además, el Tribunal Médico Laboral, en el acta del 28 de julio de 2016, tampoco sugirió dicha reubicación, porque el actor solo estudió hasta quinto de primaria, carece de formación profesional y no tiene experiencia

suficiente para permanecer en el Ejército Nacional.

Por otra parte, el juez de primera instancia manifestó que el padre del demandante tiene 57 años y por tanto, no es una persona de tercera edad. Además, no se probó que tuviera enfermedad que lo incapacitara para trabajar. Adicionalmente, el a quo señaló que el contrato de arrendamiento de vivienda mencionado por el accionante, fue suscrito el 1 de enero de 2016, es decir, con posterioridad a la realización de la Junta Médica Laboral, lo cual permite inferir que la decisión de la junta no causó un perjuicio irremediable.

2.4.2. Este fallo fue impugnado por el actor, quien recordó que tanto la Junta como el Tribunal Médico Laboral lo declararon no apto para ser reubicado en el Ejército Nacional. Adujo que dicha determinación estuvo errada porque desconoce pruebas aportadas referentes a su idoneidad para desarrollar labores administrativas, logísticas o de instrucción.

Señaló que mediante escrito presentado el 30 de marzo de 2016, en audiencia ante el Tribunal del 17 de mayo del mismo año, a través de los escritos presentados el 31 de mayo y el 11 de junio siguientes, el demandante informó sobre su inscripción y sobre la terminación de un curso en el SENA. Manifestó que acreditó la terminación del curso en el SENA el 11 de junio de 2016, y el Tribunal Médico Laboral emitió su concepto el 28 de julio siguiente, motivo por el cual el Tribunal sabía sobre dicha capacitación antes de emitir su concepto.

El demandante manifestó que era una persona en situación de discapacidad, y que por tanto era merecedor de una protección constitucional especial, y en esa medida, debía recibir medidas diferenciales para garantizar su derecho al trabajo. Por tanto, consideró que el empleador tiene la obligación de capacitarlo, y darle la oportunidad de proponer soluciones razonables para su reubicación laboral.

Reiteró que el Ejército Nacional tomó la decisión de retirarlo de la institución, con base en una norma inconstitucional, como lo es el artículo 10 del Decreto Ley 1793 de 2000.

Indicó que su padre sufre de enfermedad coronaria y depende económicamente de él. Asimismo, aclaró que su contrato de arrendamiento de vivienda fue suscrito en 2016. Sin embargo, desde el 5 de enero de 2014, paga un contrato de arrendamiento cedido.

Por último, el actor manifestó que el propósito de su demanda de tutela era dejar sin efectos, transitoriamente, la orden administrativa que dispuso su retiro. Lo anterior, mientras culmina el trámite de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa¹⁰.

2.4.3. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral

El ad quem, mediante sentencia del 8 de febrero de 2017, confirmó el fallo impugnado, al considerar que para la fecha en que se realizó la valoración médica, el peticionario no contaba con estudios que permitieran considerar su reubicación laboral. De hecho, el acta de la Junta Médica Laboral es del 30 de noviembre de 2015, y el certificado de estudios del demandante es del 2016. Además, el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía no sugirió la reubicación laboral, porque el accionante solo había cursado hasta quinto de primaria, no tenía formación profesional y carecía de experiencia relevante en el Ejército Nacional.

De otra parte, el padre del actor no es una persona de la tercera edad, y no padece de enfermedad que le impida trabajar. A su turno, el contrato de arrendamiento celebrado por el actor, es posterior a la fecha de la valoración efectuada por la Junta Médica Laboral, razón por la cual, no tuvo porqué ser tenido en cuenta por esta instancia.

Adicionalmente, el accionante no logró demostrar la causación de un perjuicio irremediable. De este modo, el peticionario debe esperar a que el juez Contencioso Administrativo se pronuncie sobre el acto administrativo de retiro.

2.5. Pruebas más relevantes del expediente

2.5.1. Copia del acta de la Junta Médica Laboral No. 83742, del 30 de noviembre de 2015, notificada el 3 de diciembre siguiente (folios 48 y 49)¹¹.

2.5.2. Copia del acta del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, del 28 de julio de 2016, por medio de la cual ratifica los resultados de la Junta Médica Laboral (folios 61 a 65)¹².

2.5.3. Derecho de petición presentado por el demandante, el 31 de mayo de 2016, ante el Ministerio de Defensa Nacional (folios 59 a 60)¹³.

2.5.4. Copia de confirmación de matrícula al curso de manejo de herramientas Microsoft office 2010 Excel, con fecha del 29 de abril de 2016 (folio 71).

2.5.5. Copia de confirmación de inscripción al programa sobre administración documental en el entorno laboral, con fecha del 7 de abril de 2016 (folio 72).

2.5.6. Certificaciones del SENA sobre el curso realizado por el accionante, sobre administración documental en el entorno laboral, del 11 de junio de 2016 (folios 73 y 74).

2.5.7. Copia de la orden administrativa de personal No. 2110 del Comando de Personal del Ejército Nacional, con fecha del 22 de agosto de 2016, por medio de la cual se retira del servicio activo de las fuerzas militares del Ejército, en forma temporal, con pase a la reserva por disminución de la capacidad psicofísica, a los soldados profesionales que se relacionan en la orden, entre los cuales se encuentra el actor (folios 76 a 78).

2.5.8. Notificación personal del acto administrativo de retiro del servicio activo, con fecha del 15 de septiembre de 2016 (folio 81)¹⁴.

2.5.9. Copia de la cédula de ciudadanía del señor Emiro Villafañe Gil, padre del accionante, de la cual se infiere que tiene 58 años de edad (folio 84).

2.5.10. Copia de la declaración extra proceso rendida ante el notario único del círculo de Aguachica, con fecha del 3 de mayo de 2016, por medio de la cual, la señora Bertha Libia Sánchez Manjarrés y el señor Dionicio Antonio Martínez Casadiego, manifestaron que conocen al padre del demandante desde hace 15 años, y que aquel depende económicamente del actor (folio 83).

2.5.11. Copias de exámenes médicos del señor Emiro Villafañe Gil, padre del actor, los cuales evidencian sus dolencias de salud (folios 85 a 99).

2.5.13. Copia de la notificación del Auto, por el cual se señaló el 15 de diciembre de 2016, como fecha para realizar la conciliación extrajudicial, en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, iniciado por el actor (folio 102).

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

Esta Corte es competente para conocer los fallos materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y en virtud del Auto del dieciséis (16) de marzo de dos mil diecisiete (2017) expedido por la Sala de Selección Número Tres de esta Corporación, que decidió seleccionar para su revisión los expedientes referidos.

1. Cuestión previa. Requisitos de procedibilidad de la acción de tutela

En relación con el requisito de inmediatez, la Corte Constitucional ha indicado que por regla general, la acción de tutela debe ser instaurada oportunamente y dentro de un plazo razonable¹⁵, de manera tal que no se contraría la seguridad jurídica ni la naturaleza de la acción¹⁶. Este análisis no se suple con un cálculo cuantitativo del tiempo transcurrido entre la vulneración o amenaza de los derechos y la instauración de la acción de tutela, sino que supone un análisis del caso particular¹⁷.

Con respecto al requisito de subsidiariedad, la Corte ha señalado que el objeto de la acción de tutela no es reemplazar a los medios judiciales ordinarios con los que cuentan los ciudadanos para la defensa de sus derechos. En este sentido, ha indicado que ante la existencia de otros medios de defensa judicial, la acción de tutela por regla general no es procedente. Lo anterior, de conformidad con el artículo 86 CN, que señala que la acción de tutela “solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”. Dicho mandato fue reiterado en el numeral 1° del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991¹⁸.

De esta manera, si los procesos ordinarios están diseñados para solucionar los conflictos jurídicos, y por tanto para proteger los derechos de las personas, la tutela no puede ser empleada como un mecanismo alternativo o complementario. Bajo esta premisa, la acción de tutela solo procede si se han agotado todas las instancias y los recursos con los que cuenta

el afectado para la protección de sus derechos¹⁹.

No obstante lo anterior, esta Corporación ha precisado que debido al objeto de la acción de tutela, esto es, la protección efectiva de los derechos fundamentales, resulta necesario analizar en cada caso la procedibilidad o no de la acción. Ello, debido a que no basta con la existencia del medio ordinario de defensa judicial, pues habrá que analizar (i) si este es idóneo y eficaz, y en última instancia determinar, (ii) la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable, que ponga en riesgo la afectación de los derechos fundamentales del peticionario²⁰.

En el primer caso, la Corte ha precisado que la tutela procede cuando un medio de defensa judicial no es idóneo o eficaz, para proteger los derechos fundamentales del accionante. En particular, ha sostenido que la idoneidad hace referencia a la aptitud material del mecanismo judicial, para producir el efecto protector de los derechos fundamentales, lo que ocurre cuando el medio de defensa se corresponde con el contenido del derecho. Respecto a la eficacia, se ha indicado que se relaciona con el hecho de que el mecanismo esté diseñado, de forma tal que brinde de manera oportuna e integral una protección al derecho amenazado o vulnerado²¹.

De manera que, para determinar la concurrencia de estas dos características del mecanismo judicial ordinario, deben analizarse, entre otros aspectos los siguientes: (i) Los hechos de cada caso, (ii) si la utilización del medio o recurso de defensa judicial existente ofrece la misma protección que se lograría a través de la acción de tutela, (iii) el tiempo de decisión de la controversia ante la jurisdicción ordinaria, (iv) el agotamiento de la posibilidad de ejercicio del derecho fundamental durante el trámite, (v) la existencia de medios procesales a través de los cuales, puedan exponerse los argumentos relacionados con la protección de los derechos fundamentales, (vi) las circunstancias que excusen o justifiquen que el interesado no haya promovido, o no espere promover los mecanismos ordinarios que tiene a su alcance; (vii) la condición de sujeto de especial protección constitucional del peticionario, que exige una particular consideración de su situación²².

En este tipo de eventos, la Corte ha admitido excepcionalmente la procedencia de la acción de tutela ante la inexistencia de un medio de defensa judicial, o cuando el existente no resulta idóneo o eficaz, para la protección de los derechos fundamentales de las personas, lo

que se justifica por la imposibilidad de solicitar una protección efectiva, cierta y real por otra vía.

Ahora bien, si el mecanismo existe, pero además resulta idóneo y eficaz, la tutela solo procede si se evidencia la amenaza de un perjuicio irremediable. En este caso, la Corte ha sostenido que la tutela se torna viable y el amparo se otorga transitoriamente, hasta tanto la situación sea definida en la jurisdicción competente. En estos eventos, la persona que solicita el amparo, deberá demostrar de forma suficiente la necesidad de la medida, para evitar la consumación de un perjuicio irremediable. La jurisprudencia constitucional ha decantado los elementos que deben concurrir en el acaecimiento de tal perjuicio:

“(i) que se esté ante un perjuicio inminente o próximo o suceder, lo que exige un grado suficiente de certeza respecto de los hechos y la causa del daño;

(ii) el perjuicio debe ser grave, esto es, que conlleve la afectación de un bien susceptible de determinación jurídica, altamente significativo para la persona;

(iii) se requieran de medidas urgentes para superar el daño, las cuales deben ser adecuadas frente a la inminencia del perjuicio y, a su vez, deben considerar las circunstancias particulares del caso; y

(iv) las medidas de protección deben ser impostergables, lo que significa que deben responder a condiciones de oportunidad y eficacia, que eviten la consumación del daño irreparable.”²³

2.1. Expediente T-6018422

La acción de tutela interpuesta por el señor Julián David Cardona García satisface el requisito de inmediatez, porque el demandante fue notificado del retiro del servicio activo el 19 de septiembre de 2016, y la demanda de tutela fue presentada el 27 de septiembre del mismo año, es decir, 8 días después de la notificación del acto administrativo de retiro, término que la Corte estima razonable.

Por otro lado, el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, en sentencia

proferida el 11 de octubre 2016, declaró improcedente la acción de tutela del señor Cardona García, por considerar que no satisfacía el requisito de subsidiariedad. El Tribunal manifestó que cualquier decisión del Ejército Nacional habría podido ser atacada a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, medio de control en el cual se puede solicitar una medida cautelar. Sin embargo, el demandante no ha iniciado trámite alguno ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Además, y a juicio del fallador, el actor no demostró que la vía judicial ordinaria disponible, no era lo suficientemente efectiva para garantizar la protección de sus derechos, y tampoco probó la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Es cierto que el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho puede ser apto para controvertir el acto administrativo que retiró del servicio al señor Cardona García, y en su trámite, el accionante puede solicitar la suspensión provisional de la decisión de retiro como medida provisional. Ahora bien, aunque la figura de la suspensión provisional está siendo implementada de manera cada vez más activa por los jueces administrativos, ello no asegura que lo hagan en todos los casos, pues se trata de una medida facultativa, que de todas maneras, está sometida al análisis de validez del acto administrativo. Entonces, es posible que una decisión administrativa sea legal porque se ajusta a los términos de la ley, pero viole derechos fundamentales, con lo cual bien podría pensarse que no procede la medida cautelar de una decisión apoyada en la ley, pero sí la acción de tutela para proteger los derechos fundamentales afectados, por lo que sería urgente la intervención del juez constitucional²⁴.

En el presente asunto, estamos ante una persona con una disminución de capacidad laboral del 49.77%, según el concepto del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía. El demandante está a 0.23% de alcanzar el porcentaje de disminución de capacidad laboral, requerido para recibir una pensión por invalidez. Esto quiere decir que estamos ante una persona en condición de discapacidad y por tanto, sujeto de especial protección constitucional.

Además, es indispensable tener en cuenta que el accionante es padre cabeza de familia y por tanto, del ingreso que recibía en el Ejército Nacional, dependían él, su esposa, pero especialmente una menor de edad. Como el salario que el actor recibía del Ejército, era el

único ingreso económico de la familia, la ausencia del mismo, por causa del retiro del demandante, afecta gravemente el derecho al mínimo vital de los miembros de esta familia, en la cual, se repite, se encuentran una persona en situación de discapacidad y una menor de edad.

La acción de nulidad y restablecimiento del derecho no es el mecanismo efectivo para proteger los derechos presuntamente vulnerados, porque durante su trámite, puede agravarse la vulneración al mínimo vital del demandante, de su esposa y de su hija menor de edad, quienes dependían del salario que el actor recibía como soldado profesional. Ciertamente, durante el trámite de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el accionante puede solicitar la suspensión provisional del acto administrativo de retiro, como medida provisional. Sin embargo, se insiste, el otorgamiento de la suspensión provisional de la decisión de retiro, es una medida facultativa del juez que conozca del asunto.

Además, esta Sala advierte que, dadas las particularidades del presente caso, no puede someterse al accionante, persona en condición de discapacidad, y por ende sujeto de especial protección constitucional, a que espere el tiempo que dure el trámite ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, para saber si es reintegrado o no al Ejército Nacional, y para saber si tiene derecho o no a recibir un salario, que le permita salvaguardar su mínimo vital y el de su núcleo familiar, en el que se encuentra una menor de edad. Tampoco puede someterse al actor, al alea de si el juez de lo Contencioso Administrativo decreta o no, la suspensión provisional del acto administrativo de retiro. Las anteriores son cargas que el accionante no tiene por qué soportar, y el Estado tiene la obligación de evitarlo.

De lo anterior se sigue que el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en el caso particular del señor Cardona García, no excluye la procedencia de la acción de tutela, porque no salvaguarda de manera eficaz los derechos fundamentales invocados. En consecuencia, corresponde al juez constitucional estudiar el caso, y establecer si la decisión de retirar y abstenerse de reubicar a un sujeto que merece especial protección constitucional, vulnera sus derechos fundamentales.

2.2. Expediente T-6025834

La acción de tutela interpuesta por el señor José del Carmen Villafañe Gil satisface el

requisito de inmediatez, porque el demandante fue notificado de la decisión de retiro el 15 de septiembre de 2016, y la demanda de tutela fue presentada el 29 de noviembre del mismo año, es decir, 2 meses y 14 días después de la notificación del acto administrativo de retiro, término que la Corte encuentra razonable.

En cuanto al requisito de subsidiariedad, la Sala observa lo siguiente: El señor Villafañe Gil manifestó y probó que había iniciado un proceso ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, con el propósito de atacar el acto administrativo que ordenó su retiro. Además, la Sala encuentra que se está frente a un perjuicio cierto, ya que el retiro del actor del Ejército, le ha impedido percibir el salario que recibía como soldado profesional y por esta vía, se está afectando negativamente su derecho al mínimo vital. El perjuicio es grave porque implica la vulneración de derechos fundamentales de una persona merecedora de especial protección constitucional, debido a su condición de discapacidad. Se requieren medidas urgentes e impostergables para salvaguardar el derecho al mínimo vital del accionante, sujeto de especial protección constitucional, pero además, para garantizar los derechos del actor, a la igualdad material, a la integración social y laboral, al trabajo y a la reubicación laboral. Por lo anterior, la Sala considera que en este caso se está ante la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable, razón por la cual, encuentra procedente estudiar la acción de tutela.

1. Planteamiento de los problemas jurídicos y asuntos a tratar

1. Expediente T-6018422

¿La Nación, el Ministerio de Defensa y el Ejército Nacional, vulneraron los derechos fundamentales al trabajo, a la vida digna, al mínimo vital y a la igualdad de una persona que fue soldado profesional, y que después de habersele dictaminado una pérdida en su capacidad laboral del 49.77%, fue retirada del servicio activo como consecuencia de la disminución de su capacidad psicofísica, y no se le dio la oportunidad de ser reubicada en una actividad, acorde con su estado de salud, estudios y habilidades?

1. Expediente T-6025834

¿La Nación, el Ministerio de Defensa y el Ejército Nacional, vulneraron los derechos fundamentales al trabajo, al mínimo vital, a la salud y a la igualdad de una persona que fue soldado profesional, y que después de habersele dictaminado una pérdida en su capacidad laboral del 23.7%, fue retirada del servicio activo como consecuencia de la disminución de su capacidad psicofísica, y no fue reubicada porque carecía de los estudios y experiencia requeridos para desempeñar labores en el Ejército?

Para responder a estos problemas jurídicos serán abordados los siguientes temas: (i) Los derechos a la integración social, a la integración y a la reubicación laboral de las personas en condición de discapacidad. (ii) El derecho a la reubicación laboral de los soldados profesionales, cuando son retirados del Ejército Nacional por la disminución de su capacidad laboral. Por último, se analizarán y resolverán los casos concretos.

1. Los derechos a la integración social, a la integración y a la reubicación laboral de las personas en condición de discapacidad. Reiteración de jurisprudencia.

Según el Preámbulo de la Constitución, la igualdad es uno de los valores fundantes del Estado Colombiano. El artículo 13 superior prevé el derecho a la igualdad en las facetas formal y material. Desde el punto de vista formal, esta prerrogativa comporta la obligación de tratar a todos los individuos con igual reconocimiento. Por su parte, la igualdad en sentido material, apunta a superar las desigualdades que afrontan las personas en situación de debilidad manifiesta, o ciertos grupos tradicionalmente discriminados.

Para lograr esta última finalidad, el Estado tiene la obligación de adoptar medidas diferenciales, dirigidas a favorecer a determinadas personas o grupos, con el fin de eliminar o reducir las desigualdades que los afectan, de tal forma que adquieran condiciones de igualdad en dignidad y derechos²⁵.

La omisión del Estado de adoptar medidas diferenciales a favor de grupos vulnerables, quebranta su derecho a la igualdad. En particular, el Estado tiene el deber de desarrollar

acciones diferenciales a favor de las personas en situación de discapacidad, con el fin de contrarrestar los efectos negativos generados por su condición, y hacer posible su participación en las actividades de la sociedad.

El artículo 47 CN establece que el Estado debe crear e implementar una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos. Además, el artículo 54 señala que es obligación del Estado y de los empleadores, ofrecer formación profesional y técnica a quienes lo requieran. El Estado debe garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud.

Según el artículo 93 constitucional, estas normas deben ser interpretadas teniendo en cuenta los tratados internacionales sobre derechos humanos, los cuales hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto. Dentro de dichos tratados tenemos la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad²⁶, el Convenio No. 159 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas²⁷, y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad²⁸. Estos instrumentos internacionales son enfáticos en la obligación de los Estados, de facilitar a las personas en condición de discapacidad, la integración social y el acceso a puestos de trabajo.

Esta Corporación ha destacado la importancia del trabajo en el proceso de integración social de estas personas. El trabajo asegura el desarrollo personal y la productividad económica de las personas en situación de discapacidad. Igualmente, permite el acceso de esta población a los bienes y servicios necesarios para su subsistencia y la de sus familias²⁹.

Para garantizar el derecho al trabajo de las personas en situación de discapacidad, esta Corte ha reconocido el derecho a la estabilidad laboral reforzada, y en particular, el derecho a la reubicación laboral de quienes adquieran alguna discapacidad. El derecho a la reubicación implica: “desempeñar trabajos y funciones acordes con sus condiciones de salud que le permitan acceder a los bienes y servicios necesarios para su subsistencia; obtener su reubicación laboral en un trabajo que tenga los mismos o mayores beneficios laborales al cargo que ocupaba antes; recibir la capacitación necesaria para el adecuado desempeño de las nuevas funciones; 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

convenientes³⁰.”³¹.

Por último, la Corte Constitucional “ha concluido que cuando el empleador conoce el estado de salud de su empleado y tiene la posibilidad de situarlo en un nuevo puesto de trabajo, deberá reubicarlo. En caso de que no lo haga, y lo despida, se presume que el despido se efectuó como consecuencia de su condición, y que el empleador abusó de una facultad legal para legitimar una conducta omisiva.”³²

1. El derecho a la reubicación laboral de los soldados profesionales, cuando son retirados del Ejército Nacional por la disminución de su capacidad laboral. Reiteración de jurisprudencia.

Con el propósito de brindar una mejor comprensión de los precedentes constitucionales, relacionados con la protección del soldado profesional, cuando es retirado del Ejército Nacional por la disminución de su capacidad laboral, la Sala iniciará este aparte haciendo algunas precisiones sobre el régimen normativo de retiro de los soldados profesionales del Ejército.

5.1. El régimen normativo que regula el retiro de los soldados profesionales del Ejército Nacional

De conformidad con el artículo 217 CN, las Fuerzas Militares tienen un régimen de carrera especial definido por la ley. Las normas que en desarrollo de esta disposición han fijado el régimen de acceso, permanencia y retiro de los soldados profesionales de las Fuerzas Militares son: El Decreto 1793 de 2000³³, el Decreto 1796 de 2000³⁴, la Ley 923 de 2004³⁵ y el Decreto 1157 de 2014³⁶.

El Decreto 1793 de 2000, en su artículo 1, define a los soldados profesionales como “los varones entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar en las unidades de combate y apoyo de combate de las Fuerzas Militares, en la ejecución de operaciones militares, para la conservación, restablecimiento del orden público y demás misiones que le sean asignadas.”

El mismo decreto establece, en sus artículos 7, 8 y 10, el régimen de retiro de los soldados profesionales. De esta forma, el artículo 7 dispone que el retiro es el “acto mediante el cual

el Comandante de la Fuerza respectiva, dispone la cesación del servicio de los soldados profesionales”. El artículo 8 clasifica la forma y las causales de retiro temporal y absoluto de las Fuerzas Militares. Dentro de las hipótesis de retiro temporal con pase a la reserva se incluye la disminución de la capacidad psicofísica, y dentro de las de retiro absoluto se menciona la incapacidad absoluta y permanente. Esta hipótesis es reiterada por el artículo 10, el cual señala que “[e]l soldado profesional que no reúna las condiciones de capacidad y aptitud psicofísica determinadas por las disposiciones legales vigentes, podrá ser retirado del servicio”.

Sobre el artículo 10 del Decreto 1793 de 2000, es necesario realizar una interpretación conforme a la protección constitucional especial que merecen las personas en condición de discapacidad. De acuerdo con esta interpretación, el retiro absoluto de un soldado profesional del Ejército Nacional solo procede cuando la Junta Médica Laboral en única instancia o el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, concluyan que sus condiciones de salud no son suficientes ni puede ser capacitado para desempeñar alguna actividad dentro del Ejército³⁷. En este caso, lo constitucionalmente admisible es atribuir al soldado una disminución de capacidad laboral igual o superior al 50%, y reconocerle la pensión de invalidez.

Ahora bien, si la Junta y/o el Tribunal Médico Laboral atribuyen al soldado profesional una disminución de capacidad laboral inferior al 50%, 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.

“En consecuencia, cuando el artículo 10 del Decreto 1793 de 2000 sea utilizado como fundamento para retirar del servicio a soldados profesionales que han sufrido una disminución de su capacidad laboral sin evaluarse seriamente la posibilidad de ser reubicados en otras funciones, lo procedente será inaplicar esta disposición con base en el artículo 4 de la Constitución Política, tal como ya lo ha dispuesto la Corte en oportunidades

anteriores donde así han procedido las autoridades militares³⁸.”³⁹.

5.2. Precedentes constitucionales

En la sentencia T-437 de 2009⁴⁰, la Corte estudió el caso de un soldado profesional, padre cabeza de familia, al que, a causa de afecciones lumbares, la Junta Médica Laboral le diagnosticó una incapacidad permanente parcial, y una disminución de su capacidad laboral igual al 9%. En consecuencia, la junta determinó que no era apto para el servicio militar. El Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía confirmó la decisión de la junta. Terminado el postoperatorio, el peticionario fue reubicado en las instalaciones del Ejército Nacional. Allí desempeñaba actividades varias, hasta que fue notificado de la orden administrativa de personal, mediante la cual se le manifestó su retiro del servicio activo por disminución de la capacidad psicofísica. El soldado presentó acción de tutela para que se le ordenara al Ejército reintegrarlo al servicio activo y en el cargo que venía desempeñando. Además, para que se le pagaran los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir. El juez de primera instancia protegió transitoriamente los derechos del accionante, y ordenó la reubicación laboral del mismo. El juez de segunda instancia revocó el fallo anterior, porque a su juicio, no se dio satisfacción al requisito de subsidiariedad y tampoco se demostró la ocurrencia de un perjuicio irremediable⁴¹.

En este caso, la Corte manifestó que, si bien el Ejército Nacional calificó el grado de incapacidad del peticionario (9%), y este recibió una indemnización por la incapacidad sufrida, también lo es que, “el Estado debe asegurarle una debida protección a las personas que han sufrido una discapacidad en actos relacionados con el servicio, como son los soldados profesionales; tanto más y en cuanto se trate de padres cabeza de familia.” Por lo anterior, en este caso, la Corte ordenó al Ejército Nacional incluir al soldado en programas encaminados a ayudar a los soldados profesionales con disminución en su capacidad laboral, en su proceso de incorporación al mundo laboral, teniendo en cuenta su grado de escolaridad, habilidades y destrezas.

En la sentencia T-928 de 2014⁴², la Corte estudió el caso de un soldado profesional, padre cabeza de familia, que se dedicaba a la vigilancia de grupos al margen de la ley. Debido a las alucinaciones, a la inquietud y a la alteración del sueño que presentó, fue diagnosticado con un episodio psicótico agudo. Posteriormente, la Junta Médica Laboral diagnosticó un trastorno

mental, gastritis crónica y cicatrices por leishmaniasis. Además, determinó una disminución de la capacidad laboral del 12.5%, y que el soldado no era apto para la actividad militar. No se recomendó su reubicación laboral, debido a que su permanencia en la vida militar o policial perjudicaba los intereses del Estado. El Tribunal Laboral de Revisión Militar y de Policía modificó el diagnóstico del trastorno mental, y dictaminó que el soldado sufría un trastorno psicótico agudo e hipoacusia neurosensorial leve bilateral de 20db. Igualmente modificó el porcentaje de disminución de capacidad laboral, y lo fijó en 42.81%. Se concluyó que el soldado no era apto para la actividad militar pues padecía una incapacidad permanente parcial. No se sugirió la reubicación laboral porque la patología psiquiátrica generaba riesgos para el soldado, sus compañeros y la comunidad en general. Mediante acto administrativo, se ordenó retirar al soldado del servicio activo por la disminución de su capacidad laboral. Por lo anterior, el soldado interpuso acción de tutela contra el Ejército Nacional, por considerar vulnerados sus derechos al mínimo vital, a la seguridad social, al trabajo, a la igualdad y a la vida digna. La primera instancia concedió el amparo. La segunda instancia judicial revocó la decisión del a quo y negó el amparo.

La Corte consideró que el hecho de que un soldado profesional sea calificado como no apto para prestar el servicio, implica que no puede seguir desempeñándose en esa labor, pero no excluye que el militar desarrolle otra actividad dentro de la institución. Con fundamento en el principio de integración laboral de las personas en situación de discapacidad, el Estado tiene la obligación de reubicar a estos sujetos que merecen especial protección constitucional.

Antes de dar aplicación a las normas sobre desvinculación de soldados por razón de la disminución de la capacidad psicofísica, es necesario 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.

Para determinar la procedencia de la reubicación laboral, existen dos elementos que deben ser analizados: Uno subjetivo, que refiere a que la persona física y mentalmente esté en capacidad de desarrollar labores administrativas, docentes o de instrucción dentro de la institución; y otro objetivo, que tiene que ver con la definición de la labor que efectivamente pueda ser asignada, teniendo en cuenta la existencia y disponibilidad de un cargo que corresponda a los estudios, preparación y capacitación del soldado.

El elemento subjetivo deberá ser determinado por las Juntas Médicas Laborales y el Tribunal Laboral de Revisión Militar y de Policía, a quienes corresponde apreciar las capacidades psicofísicas de los soldados que son declarados no aptos para continuar desarrollando labores militares. Dichas instituciones deberán rendir un concepto técnico en el que se evalúen las habilidades de los soldados, determinar qué tipo de actividades pueden desarrollar (administrativas, docentes o de instrucción), y con fundamento en tal valoración, deben motivar la recomendación de efectuar o no la reubicación.

El elemento objetivo será ejecutado por las jefaturas o direcciones de personal de la institución, quienes, con fundamento en el concepto antes mencionado, se encargarán de definir la labor que efectivamente pueda ser asignada, teniendo en cuenta las habilidades del militar, la disponibilidad de un cargo que corresponda a los estudios, preparación, y capacitación del sujeto.

Ahora bien, la determinación del porcentaje de pérdida de capacidad laboral que hacen las Juntas y/o los Tribunales Médico Laborales, debe ser congruente con su recomendación de reubicación laboral. Pues si se califica a una persona con una pérdida de capacidad menor al 50%, pero se dice que su capacidad psicofísica no es suficiente para desempeñar actividades en el Ejército Nacional, la decisión es incoherente. Con una decisión de este tipo, se impide, al mismo tiempo, que el sujeto sea reubicado o que acceda a una pensión de invalidez, dejando al soldado profesional, en condición de discapacidad, completamente desprotegido.

Por lo anterior, la Corte concluyó que los derechos a la igualdad y al trabajo pueden ser vulnerados, cuando se retira del servicio a un soldado profesional, como consecuencia de la pérdida de capacidad laboral, y no se evalúa la posibilidad de reubicarlo de algún modo en la institución.

En la sentencia T-487 de 201643, esta Corte estudió el caso de un soldado profesional que sufrió una caída por la que se golpeó los testículos, y entonces fue diagnosticado con atrofia testicular izquierda, pero adicionalmente, se le dictaminó una incapacidad total. Exámenes adicionales permitieron determinar que no podría tener hijos. La Junta Médica Laboral diagnosticó que el soldado sufría de hidrocele y varicocele derecho, lo cual dejaba como secuelas esterilidad y un dolor inguinal crónico. Se determinó que la incapacidad laboral del

soldado era permanente parcial, y que la disminución de su capacidad laboral era del 40.50%. No se recomendó la reubicación laboral, porque las secuelas del accidente impedían al soldado realizar actividades militares satisfactoriamente. El Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía concluyó que el soldado sufría trauma en región perineal que dejaba como secuelas orquidectomía izquierda con testículo derecho funcional y dolor crónico en región perineal. Como el soldado padecía una incapacidad permanente parcial, no era apto para la actividad militar. El Tribunal estableció la disminución de la capacidad laboral en 26.92%. No se recomendó la reubicación laboral, porque las secuelas que presentaba el calificado le impedían desarrollar actividades militares. Además, su falta de preparación y conocimiento en áreas de apoyo a la actividad operacional, así como su corto tiempo como soldado profesional (3 años, de los cuales 2 estuvo incapacitado), no le habían permitido desarrollar habilidades para desempeñarse en otro tipo de actividades en el Ejército. El soldado presentó acción de tutela contra la Junta y el Tribunal Médico Laboral, por considerar que estos habían vulnerado sus derechos al mínimo vital, a la vida digna, a la igualdad y al trabajo.

En esta oportunidad, la Corte consideró que, es razonable que el régimen normativo de las Fuerzas Militares considere que se requiere plena capacidad y aptitud psicofísica por parte de un soldado profesional, para el adecuado cumplimiento de la misión constitucional que a ellos se les encomienda, pero, de esto no se sigue que los soldados profesionales puedan ser retirados de las Fuerzas Militares cuando adquieren una limitación física, sensorial o psicológica, pues ello supondría un incumplimiento del deber de protección especial a favor de las personas en condición de discapacidad⁴⁴.

Cuando, como resultado del examen de la capacidad psicofísica, se considere que un soldado profesional no es apto, no significa necesariamente que sea incapaz para desempeñar cualquier función en las Fuerzas Militares. Sostener lo contrario sería asumir que la discapacidad se asimila a la pérdida de la capacidad laboral, contrariando el reconocimiento del derecho al trabajo de las personas en esta situación.

Teniendo en cuenta la obligación del Estado de proteger de manera especial a las personas en condición de discapacidad, y en especial, su deber de “[e]mplear a personas con discapacidad en el sector público” y “[v]elar por que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo” , las Fuerzas Militares deben evaluar la

posibilidad de reubicar al soldado profesional que ha sufrido una limitación física, sensorial o psicológica, incluso si ello implica capacitarlo para ejercer una nueva función.

Para ello, deberán realizar una valoración de las condiciones de salud a fin de establecer si estas le permiten desarrollar labores al interior de las Fuerzas Militares, incluyendo aquellas de tipo administrativo, de docencia o de instrucción⁴⁵. La realización de esta valoración corresponde a las Juntas Médicas Laborales y/o al Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, producto de la cual deben emitir un concepto en el que califiquen su disminución de capacidad laboral, especifiquen qué clase de labores podría desempeñar, y con base en ello señalen si consideran procedente o no la reubicación.

A partir de este concepto médico, corresponde a las jefaturas o direcciones de personal de la institución, definir la función que pueda ser asignada al soldado profesional que ha adquirido una limitación física, sensorial o psicológica. Para adoptar esta decisión, las jefaturas o direcciones de personal pueden tener en consideración la salud del soldado, sus estudios, experiencias e intereses.

Los precedentes recién expuestos, permiten identificar las siguientes reglas jurisprudenciales:

- En desarrollo del derecho a la igualdad material, las personas en situación de discapacidad son sujetos de especial protección constitucional, titulares de los derechos a la integración social, a la integración y a la reubicación laboral.
- El derecho a la reubicación laboral implica: (i) Desempeñar trabajos y funciones 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 al 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.
- Las Fuerzas Militares deben evaluar la posibilidad de reubicar al soldado profesional que ha sufrido una limitación física, sensorial o psicológica, incluso si ello implica capacitarlo para ejercer una nueva función.

- Es razonable que el régimen normativo de las Fuerzas Militares considere que se requiere plena capacidad y aptitud psicofísica por parte de un soldado profesional, para el adecuado cumplimiento de la misión constitucional que a ellos se les encomienda, pero, de esto no se sigue que los soldados profesionales puedan ser retirados de las Fuerzas Militares cuando adquieren una limitación física, sensorial o psicológica, pues ello supondría un incumplimiento del deber de protección especial a favor de las personas en condición de discapacidad.
- El hecho de que un soldado profesional sea calificado como no apto para la actividad militar, implica que no puede seguir desempeñándose en esa labor, pero no excluye que el militar desarrolle otra actividad dentro de la institución.
- Antes de dar aplicación a las normas sobre desvinculación de soldados por razón de la disminución de la capacidad psicofísica, es necesario 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.
- Los derechos a la igualdad y al trabajo son vulnerados, cuando se retira del servicio a un soldado profesional, como consecuencia de la pérdida de capacidad laboral, y no se evalúa la posibilidad de reubicarlo de algún modo en la institución.
- El Estado debe asegurarle una debida protección a las personas que han sufrido una discapacidad en actos relacionados con el servicio, como son los soldados profesionales; tanto más y en cuanto se trate de padres cabeza de familia.
- Una interpretación del artículo 10 del Decreto 1793 de 2000, conforme a la Constitución, supone que el retiro absoluto de un soldado profesional del Ejército Nacional solo procede cuando la Junta Médica Laboral en única instancia o el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, concluyan que sus condiciones de salud no son suficientes ni puede ser capacitado para desempeñar alguna actividad dentro del Ejército. En este caso, lo procedente es atribuir al soldado una disminución de capacidad laboral igual o superior al 50%, y reconocerle la pensión de invalidez. Ahora bien, si la Junta y/o el Tribunal Médico Laboral atribuyen al soldado profesional una disminución de capacidad laboral inferior al 50%, lo procedente es reconocerle su derecho a la reubicación laboral.

- Cuando el artículo 10 del Decreto 1793 de 2000 sea utilizado como fundamento para retirar del servicio a soldados profesionales que han sufrido una disminución de su capacidad laboral sin evaluarse seriamente la posibilidad de ser reubicados en otras funciones, lo procedente es inaplicar esta disposición con base en el artículo 4 de la Constitución.

1. Estudio de los casos concretos

1. Expediente T-6018422

La Sala considera que el Ejército Nacional vulneró el derecho a la igualdad material del que es titular el señor Julián David Cardona García, y por esta vía, ignoró la especial protección constitucional que este merece por ser persona en situación de discapacidad, quebrantó su derecho a la integración social y laboral, así como su derecho a la reubicación laboral. Esta conclusión se sustenta en los siguientes argumentos:

Al señor Cardona García se le atribuyó una disminución de capacidad laboral del 49.77%, según el concepto del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía. El demandante está a 0.23% de alcanzar el porcentaje requerido de disminución de capacidad laboral, para recibir una pensión por invalidez, sin embargo, esta no le fue otorgada. Esto quiere decir que la Sala se encuentra ante una persona en condición de discapacidad, merecedora de especial protección constitucional, que tiene derecho a ser objeto de medidas diferenciales que faciliten su integración social y laboral.

Un elemento prioritario de la protección hacia la población en situación de discapacidad, lo constituye la ubicación laboral, ya que el trabajo promueve la integración social de esta población. Esto implica que en ningún caso, la disminución de capacidad laboral de una persona, será motivo para obstaculizar su vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar⁴⁶. En este caso, la disminución de capacidad laboral del accionante es del 49.77%, la cual le impide ejercer las funciones militares propias de un soldado profesional, que tienen como finalidad principal actuar en las unidades de combate de las fuerzas militares, así como en la

ejecución de operaciones militares, para la conservación y el restablecimiento del orden público⁴⁷. Como el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, determinó que el accionante tenía una incapacidad permanente, este quedó incurso en causal de retiro absoluto de la actividad militar⁴⁸.

Aunque el actor fue calificado como no apto para la actividad militar⁴⁹, con el propósito de brindarle la protección constitucional especial que merece, por ser persona en situación de discapacidad, el sistema jurídico le reconoce el derecho a la reubicación laboral, teniendo en cuenta su estado de salud y capacidades⁵⁰. De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corte, por ser titular del derecho a la reubicación laboral, el actor tiene las prerrogativas de desempeñar trabajos acordes con sus condiciones de salud, que le permitan acceder a los bienes y servicios necesarios para su subsistencia; obtener su reubicación laboral en un trabajo con los mismos o mayores beneficios laborales del cargo que ocupaba; recibir la capacitación necesaria para el cumplimiento de las nuevas funciones; y 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.

Si la Junta y el Tribunal Médico Laboral consideraron que el actor no tenía los estudios ni la experiencia requeridos para ordenar su reubicación laboral en el Ejército Nacional, este debió brindarle la capacitación necesaria para el cumplimiento de funciones en un cargo en el que pudiera ser reubicado, teniendo en cuenta su estado de salud y capacidades. Se vulneran los derechos a la igualdad y al trabajo, cuando se retira del servicio a un soldado profesional, como resultado de la disminución de su capacidad laboral, y no se le garantizan las condiciones necesarias para lograr su reubicación⁵¹.

La Corte llama la atención sobre la coherencia de los conceptos emitidos por las Juntas y Tribunales Médicos Laborales. Es incoherente que se determine que un soldado profesional como el señor Cardona García, tiene una disminución en su capacidad laboral inferior al 50%, y que al mismo tiempo, se concluya que la capacidad psicofísica del soldado es insuficiente para desempeñar alguna actividad (diferente a la militar) en el Ejército Nacional.

El análisis anterior permite una interpretación del artículo 10 del Decreto 1793 de 2000, conforme a la protección constitucional especial que merecen las personas en situación de discapacidad. De acuerdo con esta interpretación, el retiro absoluto de un soldado

profesional del Ejército Nacional solo procede, cuando la Junta y/o el Tribunal Médico Laboral, concluyan que sus condiciones de salud no son suficientes ni puede ser capacitado para desempeñar alguna actividad dentro del Ejército⁵². En este caso, lo procedente es atribuir al soldado una disminución de capacidad laboral igual o superior al 50%, y reconocerle la pensión de invalidez. Pero si la Junta y/o el Tribunal Médico Laboral atribuyen al soldado profesional una disminución de capacidad laboral inferior al 50% (tal y como sucedió en el caso del señor Cardona García), lo procedente es reconocerle su derecho a la reubicación laboral.

De este modo, la Sala concluye que el Ejército Nacional vulneró el derecho a la igualdad material del que es titular el señor Julián David Cardona García, y por esta vía, ignoró la especial protección constitucional que este merece por ser persona en situación de discapacidad, quebrantó el derecho a la integración social y laboral, así como el derecho a la reubicación laboral del accionante. Con el propósito de proteger los derechos recién mencionados, se ordenará al Ejército Nacional que disponga lo necesario para que el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía valore de manera integral al accionante y emita un dictamen, teniendo en cuenta el porcentaje de disminución de capacidad laboral ya fijado (inferior al 50%), considerando además el estado de salud, el nivel de escolaridad y las habilidades del accionante, y en general, las reglas indicadas en esta providencia, con el fin de determinar cuáles son las funciones que puede desempeñar dentro de la institución, explicando las razones de las conclusiones a las que se llegue. Asimismo, se ordenará reubicar al señor Cardona García, en una actividad acorde con su estado de salud, escolaridad y habilidades. De ser necesario, el Ejército Nacional deberá capacitar al peticionario para que pueda ejercer una nueva función.

1. Expediente T-6025834

La Sala considera que el Ejército Nacional vulneró los derechos fundamentales del señor José del Carmen Villafañe Gil a la igualdad material, a la protección especial que merece como persona en condición de discapacidad, a la integración social y laboral, al trabajo, a la reubicación laboral y al mínimo vital. A continuación, se exponen los argumentos que sustentan esta conclusión.

Al señor Villafañe Gil fue atribuida una disminución de capacidad laboral del 23.7%, según el concepto del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía. De este modo, estamos ante una persona con una discapacidad y por tanto, sujeto de especial protección constitucional, merecedora de medidas diferenciales que faciliten su integración social y laboral.

Un elemento prioritario de la protección hacia la población en situación de discapacidad, lo constituye la ubicación laboral, pues el trabajo facilita la integración social. Esto implica que en ningún caso, la disminución de capacidad laboral de una persona, será motivo para obstaculizar su vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. En este caso, la disminución de capacidad laboral del accionante es del 23.7%, la cual le impide ejercer a cabalidad las funciones militares propias de un soldado profesional, que tienen como objetivo principal, actuar en las unidades de combate de las fuerzas militares, así como en la ejecución de operaciones militares, para la conservación y el restablecimiento del orden público⁵³. De hecho, tanto la Junta como el Tribunal Médico Laboral concluyeron que el actor no tenía aptitud para las actividades militares.

Ahora bien, aunque el actor fue calificado como no apto para la actividad militar⁵⁴, con el propósito de brindarle la protección constitucional especial que merece, por ser persona en situación de discapacidad, el sistema jurídico le reconoce el derecho a la reubicación laboral, teniendo en cuenta su estado de salud y destrezas. En consecuencia, el actor tiene derecho a acceder a un trabajo en el Ejército Nacional, acorde con sus condiciones de salud, que le permita acceder a los bienes y servicios necesarios para su subsistencia. El demandante tiene derecho a que lo reubiquen en un trabajo con los mismos o mayores beneficios laborales del cargo que ocupaba. Tiene derecho a recibir la capacitación requerida para el ejercicio del nuevo cargo. Por último, el peticionario tiene derecho a que el Ejército Nacional le de la información necesaria, en caso de que su reubicación no sea posible, a fin de que pueda plantearle alternativas de solución.

El hecho de que el Ejército Nacional haya retirado al actor, debido a la disminución de su capacidad laboral, sin garantizar su derecho a la reubicación laboral, porque según la Junta y el Tribunal Médico Laboral, el actor carecía de estudios y experiencia suficientes, y sin brindarle la capacitación requerida para que el accionante desempeñara un nuevo cargo con

funciones no militares, constituye una vulneración de los derechos del actor a la igualdad material, a la protección especial que merece como persona en condición de discapacidad, a la integración social y laboral, al trabajo, a la reubicación laboral y al mínimo vital.

El análisis anterior permite una interpretación del artículo 10 del Decreto 1793 de 2000, conforme a la Constitución. Como se dijo en el caso anterior, esta interpretación implica que el retiro absoluto de un soldado profesional del Ejército Nacional solo procede, cuando la Junta y/o el Tribunal Médico Laboral concluyan, que sus condiciones de salud no son suficientes ni puede ser capacitado para desempeñar alguna actividad dentro del Ejército⁵⁵. En este caso, lo procedente es atribuir al soldado una disminución de capacidad laboral igual o superior al 50% y reconocerle la pensión de invalidez. Pero si la Junta y/o el Tribunal Médico Laboral atribuyen al soldado profesional una disminución de capacidad laboral inferior al 50% (como sucedió en el caso del señor Villafañe Gil), lo procedente es reconocerle su derecho a la reubicación laboral.

De este modo, la Sala concluye que el Ejército Nacional vulneró los derechos fundamentales del señor José del Carmen Villafañe Gil a la igualdad material, a la protección constitucional especial que merece como persona en condición de discapacidad, a la integración social y laboral, al trabajo, a la reubicación laboral y al mínimo vital, por lo que la Sala concederá el amparo.

Si bien podría argumentarse que la tutela debería concederse de manera transitoria mientras se resuelve el proceso iniciado por el actor ante la jurisdicción contencioso administrativa, en este caso la protección a los derechos del señor Villafañe Gil se otorgará de manera definitiva, pues la controversia gira en torno a determinar si el retiro del servicio activo del accionante respeta las garantías constitucionales que protegen a las personas que padecen una pérdida de su capacidad laboral. Por tanto, se plantea un debate constitucional que resulta ajeno al que tendría lugar en un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, el cual se circunscribiría a determinar si el acto administrativo demandado se enmarca en alguna de las causales de nulidad consagradas en el inciso 2 del artículo 137 del CPACA⁵⁶, dejando de lado el análisis del derecho a la reubicación laboral de los soldados profesionales en situación de discapacidad, el cual no está consagrado en la norma que sustenta la decisión de retirar del servicio al accionante, esto es, el artículo 10 del Decreto 1793 de 2000.

Ahora bien, con el propósito de proteger los derechos del accionante, se ordenará al Ejército Nacional que disponga lo necesario para que el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía valore de manera integral al accionante y emita un dictamen, teniendo en cuenta el porcentaje de disminución de capacidad laboral ya fijado (inferior al 50%), considerando además el estado de salud, el nivel de escolaridad y las habilidades del accionante, y en general, las reglas fijadas en esta providencia, con el fin de determinar cuáles son las funciones que puede desempeñar dentro de la institución, explicando las razones de las conclusiones a las que se llegue. Igualmente, se ordenará al Ejército Nacional reubicar al señor Villafañe Gil, en una actividad acorde con su estado de salud, escolaridad y destrezas. De ser necesario, el Ejército Nacional deberá capacitar al peticionario para que pueda ejercer una nueva función.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero.- Revocar la sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca – Sala de Decisión, proferida el 11 de octubre de 2016, y en su lugar, amparar los derechos fundamentales del señor Julián David Cardona García a la igualdad material, a recibir una especial protección constitucional por ser persona en situación de discapacidad, a la integración social y laboral, al trabajo, a la reubicación laboral y al mínimo vital (expediente T-6018422).

Segundo.- En consecuencia, dejar sin efectos, únicamente en relación con el retiro del servicio activo del señor Julián David Cardona García, la orden administrativa de personal No. 2110, del 22 de agosto de 2016.

Tercero.- Con el propósito de proteger los derechos fundamentales del señor Julián David Cardona García, ordenar al Ejército Nacional que disponga lo necesario para que, dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación de esta providencia, el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía valore de manera integral al accionante y emita un dictamen, teniendo en cuenta el porcentaje de disminución de capacidad laboral ya fijado

(inferior al 50%), el estado de salud, el nivel de escolaridad y las habilidades del accionante, conforme a las reglas indicadas en esta providencia, con el fin de determinar cuáles funciones puede desempeñar dentro de la institución, explicando las razones de las conclusiones a las que se llegue.

En todo caso, el anterior dictamen y las recomendaciones de reubicación deberán ser congruentes con el porcentaje de pérdida de capacidad laboral fijada por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, por lo cual, si se concluye que el señor Cardona García no tiene la capacidad psicofísica suficiente para desempeñar ninguna actividad en la Institución, se deberá proceder a recalificar su pérdida de capacidad, con el fin de determinar si puede acceder entonces a la respectiva pensión de invalidez.

Cuarto.- Ordenar al Ejército Nacional que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la emisión del dictamen al que hace referencia el numeral anterior, proceda a reintegrar al servicio al señor Julián David Cardona García en una actividad acorde con su estado de salud, escolaridad, habilidades y destrezas. De ser necesario, el Ejército Nacional deberá capacitar al peticionario para que pueda ejercer una nueva función.

Quinto.- Revocar las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral -, y del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá – Sala Laboral -, proferidas el 8 de febrero de 2017 y el 12 de diciembre de 2016, respectivamente, y en su lugar, amparar los derechos fundamentales del señor José del Carmen Villafañe Gil a la igualdad material, a recibir una especial protección constitucional por ser persona en situación de discapacidad, a la integración social y laboral, al trabajo, a la reubicación laboral y al mínimo vital (expediente T-6025834).

Sexto.- En consecuencia, dejar sin efectos, únicamente en relación con el retiro del servicio activo del señor José del Carmen Villafañe Gil, la orden administrativa de personal No. 2110, del 22 de agosto de 2016 del Comando de Personal del Ejército Nacional.

Séptimo.- Con el propósito de proteger los derechos fundamentales del señor José del Carmen Villafañe Gil, ordenar al Ejército Nacional que disponga lo necesario para que, dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación de esta providencia, el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía valore de manera integral al accionante y emita un dictamen, teniendo en cuenta el porcentaje de disminución de capacidad laboral ya fijado

(inferior al 50%), el estado de salud, el nivel de escolaridad y las habilidades del accionante, conforme a las reglas fijadas en esta providencia, con el fin de determinar cuáles funciones puede desempeñar dentro de la institución, explicando las razones de las conclusiones a las que se llegue.

En todo caso, la determinación del porcentaje de pérdida de capacidad laboral realizada por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía debe ser congruente con su recomendación de reubicación, por lo tanto, si se concluye que el señor Villafañe Gil no tiene la capacidad psicofísica suficiente para desempeñar ninguna actividad, se deberá proceder a recalificar su pérdida de capacidad, con el fin de determinar si puede acceder entonces a la pensión de invalidez.

Octavo.- Ordenar al Ejército Nacional que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la emisión del dictamen al que hace referencia el numeral anterior, proceda a reintegrar al servicio al señor José del Carmen Villafañe Gil en una actividad acorde con su estado de salud, escolaridad, habilidades y destrezas. De ser necesario, el Ejército Nacional deberá capacitar al peticionario para que pueda ejercer una nueva función.

Noveno.- Por Secretaría General líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese e insértese a la Gaceta de la Corte Constitucional. Cúmplase.

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

Con salvamento de voto

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

ROCÍO LOAIZA MILIÁN

Secretaria General (e)

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

CARLOS BERNAL PULIDO

A LA SENTENCIA T-440/17

ACCION DE TUTELA PARA REUBICACION LABORAL DE SOLDADOS PROFESIONALES CON DISMINUCION DE LA CAPACIDAD LABORAL-Se debió declarar improcedencia por existir otro medio de defensa judicial y no acreditar perjuicio irremediable (Salvamento de voto)

Referencia: Expedientes T-6.018.422 y

T-6.025.834

Magistrada Ponente:

DIANA FAJARDO RIVERA

En atención a la decisión adoptada por la Sala Novena de Revisión el 13 de julio de 2017, en los expedientes de la referencia, me permito presentar Salvamento de Voto, con fundamento en las siguientes consideraciones:

1. Con relación al requisito de subsidiariedad, encuentro que el medio de nulidad y restablecimiento del derecho es idóneo y eficaz. La medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del acto administrativo, consagrada en los artículos 229 y siguientes de la Ley 1437 de 2011, resulta ajustada al fin de protección y garantía de derechos fundamentales dentro de la vía ordinaria para la cual fue concebida.

En el análisis de la subsidiariedad, efectuado en la sentencia, se indica que la orden de suspender de manera provisional el acto administrativo de retiro del servicio es una medida “facultativa” del Juez Contencioso Administrativo. Sin embargo, se deja de lado que la medida cautelar en comento sí es eficaz, pues su decreto no atiende a una facultad discrecional del juez de conocimiento, sino a la acreditación de los requisitos y exigencias establecidos de manera previa en la normativa. Precisamente, mientras se surten los efectos de la medida de suspensión provisional es que la jurisdicción competente debe analizar si la valoración técnica de pérdida de capacidad laboral y de posible reubicación de la parte

actora está sujeta al ordenamiento jurídico o no.

Respecto a los expedientes estudiados, la acción de tutela debe mantener su naturaleza de mecanismo subsidiario, pues el medio idóneo para cuestionar la valoración efectuada por la Junta Médica Laboral y el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar, es la vía procesal ordinaria.

Así mismo, advierto que no existe justificación para flexibilizar la exigencia de subsidiariedad en este tipo de asuntos, porque ello conllevaría a que todas las personas que se consideren en las mismas hipótesis fácticas y jurídicas acudieran a la vía constitucional, reemplazando, in integrum, a la jurisdicción contencioso administrativa en este tipo de asuntos.

2. De los fundamentos expuestos no se acredita la configuración de un perjuicio irremediable, máxime cuando los accionantes son personas en edad para trabajar y para reincorporarse al mercado laboral. A ello se suma el hecho de que los tutelantes no cuestionan el porcentaje de pérdida de capacidad laboral sino, exclusivamente, sus aptitudes para ser reincorporados en actividades administrativas, lo que supone, por tanto, su capacidad para el ejercicio de alguna otra actividad laboral.

3. Si en gracia de discusión se admitiera que la acción de tutela es procedente, ella solo podría ser otorgada de manera transitoria y no, como se plantea en el proyecto de manera definitiva. Si ello se aceptara, es del caso señalar que, en últimas, se cuestiona y deja sin efectos la valoración técnica realizada por la Junta Médica Laboral y el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar, acerca de las capacidades y aptitudes de los tutelantes para ser reubicados en actividades administrativas. Este cuestionamiento sólo puede hacerse con fundamento en pruebas idóneas, no siendo el proceso de tutela el escenario adecuado para analizar dicha controversia, como sí lo es el ordinario ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.⁵⁷

Esta valoración técnica depende de, entre otros criterios, del porcentaje de pérdida de capacidad laboral, de la valoración de las capacidades y aptitudes de las personas para ser reubicadas en una actividad administrativo y, claro está, de la disponibilidad de puestos de trabajo.

Se resalta, además, que la motivación de la valoración técnica realizada por la Junta Médica

Laboral y el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar no fue cuestionada por los tutelantes. Controversia que demanda de un debate probatorio suficiente, siendo el proceso ordinario ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la vía adecuada para tal efecto.

Atentamente,

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

1 Artículo 138 de la Ley 1437 de 2011.

2 En este se narran los hechos en los que fue herido el actor, es decir, los enfrentamientos militares con grupos guerrilleros. Igualmente, se dice que el accionante fue atendido en la clínica Valle de Lili, donde le diagnosticaron fractura de la diáfisis del húmero del brazo izquierdo. Además, se reporta que la lesión del demandante ocurrió en el servicio, como consecuencia del combate.

3 En este documento constan los siguientes hechos:

(i) Las lesiones del accionante ocurrieron en el servicio y como consecuencia del combate. El actor sufrió herida por arma de fuego, en el brazo izquierdo, adquiriendo lesión del nervio radial y cubital de la mano izquierda. El demandante fue valorado y tratado por ortopedia y fisioterapia, con electromiografía de velocidades de conducción (25/05/15). La lesión completa del nervio radial dejó como secuelas “MANO IZQUIERDA CAIDA CON DOLOR NEUROPATICO MIEMBRO SUPERIOR IZQUIERDO SECUNDARIO A LESION DEL NERVIO RADIAL”.

(ii) El actor fue diagnosticado con incapacidad permanente parcial.

(iii) El accionante fue declarado no apto para la actividad militar y no se recomendó su reubicación laboral.

(iv) El actor sufrió una disminución en su capacidad laboral del 44.50%.

(v) En el aparte del acta denominado “Motivación” dice lo siguiente: “EL SOLDADO

PROFESIONAL SE DECLARA NO APTO PARA LA ACTIVIDAD MILITAR TENIENDO EN CUENTA QUE PRESENTA AFECCIONES A LESIONES OSTEO MUSCULARES CON DEFICIT NEUROLOGICO QUE LE IMPIDEN PATRULLAR ESTAS LESIONES PODRIAN PROGRESAR SI PERSISTE DICHA ACTIVIDAD MILITAR (ARTICULO 68 LITERAL A Y B DEL DECRETO 094 DE 1969) TAMPOCO ANEXA CERTIFICACIONES ACADEMICAS QUE LO ACREDITEN PARA SER REUBICADO POR LO TANTO NO SE RECOMIENDA REUBICACION LABORAL.”

4 En este documento constan los siguientes hechos:

(i) El demandante solicitó la convocatoria del Tribunal, para que este revise el acta de la Junta Médica Laboral, reconsidere la disminución de la capacidad laboral, y declare que el actor es apto para ser reubicado.

(ii) El actor ratificó la permanencia de las afecciones en su brazo izquierdo y la ausencia de mejoría.

(iii) En cuanto a la educación del accionante, se dice que este cuenta con un título de bachiller técnico, con especialidad industrial en telecomunicaciones. También realizó un curso de explosivos y demoliciones EXDE.

(iv) El Tribunal modificó los resultados de la Junta Médico Laboral y en consecuencia, declaró que el accionante fue herido por arma de fuego en brazo izquierdo, con fractura humeral que deja como secuelas, una lesión completa de nervio radial izquierdo con mano caída en posición favorable, y dolor neuropático que genera alteración funcional completa de miembro superior izquierdo. Además, el actor presenta cicatrices traumáticas en brazo izquierdo, y quirúrgicas tanto en brazo como en antebrazo izquierdo. Por lo anterior, al actor le fue atribuida una incapacidad permanente parcial, fue declarado no apto para la actividad militar (teniendo en cuenta el artículo 68, literal a y b, así como el artículo 60, literal c, del Decreto 094 de 1989), no se recomendó su reubicación laboral, y le fue atribuida una disminución de capacidad laboral del 49.77%.

(v) Sobre la reubicación laboral se dijo: “Respecto de recomendación de reubicación laboral esta Instancia considera: que el calificado presenta lesión en miembro superior izquierdo la cual no es funcional para ninguna actividad no siendo compatible con la actividad militar, no posee la experiencia suficiente dentro del Ejército, aunado a la falta de capacitaciones que

no le brindan la suficiente idoneidad profesional para que pueda tener un perfil ocupacional dentro de la fuerza, razón por la cual NO se recomienda su reubicación laboral.”

5 En particular, la notificación dice lo siguiente: “En Cali Valle a los (19) días del mes de Septiembre del año dos mil Dieciséis (2016), se le NOTIFICA personalmente de su retiro del servicio activo por el causal DISMINUCIÓN DE LA CAPACIDAD PSICOFISICA al señor SLP CARDONA GARCIA JULIAN DAVID, identificado con cédula de ciudadanía No. 1112102224, quien fue desvinculado de la Institución mediante OAP No.2110 de fecha 22 de AGOSTO de 2016 con novedad Fiscal 15 de Septiembre de 2016.” (Negrilla y subrayado fuera de texto).

6 “FUNCIONES ASIGNADAS A LAS FUERZAS MILITARES. El Ejército Nacional, la Armada Nacional y la Fuerza Aérea serán las encargadas de prestar los servicios de salud en todos los niveles de atención a los afiliados y beneficiarios del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares, a través de las unidades propias de cada una de las Fuerzas Militares o mediante la contratación de instituciones prestadoras de servicios de salud y profesionales habilitados, de conformidad con los planes, políticas, parámetros y lineamientos establecidos por el CSSMP.”

7 “FUNCIONES ASIGNADAS A LAS FUERZAS MILITARES. El Ejército Nacional, la Armada Nacional y la Fuerza Aérea serán las encargadas de prestar los servicios de salud a través de las Direcciones de Sanidad de cada una de las Fuerzas a los afiliados y sus beneficiarios del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares, por medio de sus Establecimientos de Sanidad Militar, así mismo podrán solicitar servicios preferencialmente con el Hospital Militar Central o con Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud y profesionales habilitados, de conformidad con los planes, políticas, parámetros y lineamientos establecidos por el CSSMP.”

“ARTICULO 18. AUTORIZACION PARA LA REUNION DE LA JUNTA MEDICO - LABORAL. La Junta Médico - Laboral será expresamente autorizada por el Director de Sanidad de la respectiva Fuerza o de la Policía Nacional por solicitud de Medicina Laboral o por orden judicial. En ningún caso se tramitarán solicitudes de Junta Médico - Laboral presentadas por personal o entidades distintas a las enunciadas.”

9 A este proceso fueron vinculados el Ministerio de Defensa, el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, así como el director de sanidad del Ejército Nacional (folio 126).

10 A decir del actor, al momento de presentación de la impugnación contra el fallo de primera instancia, estaba en trámite la conciliación prejudicial.

11 En este documento constan los siguientes hechos:

(i) El accionante sufrió un trauma de torax, el cual fue valorado y tratado por cirujano, con medicamentos, y actualmente es asintomático. El actor sufre de leishmaniasis cutánea, tratada con medicamentos, que deja como secuela una cicatriz en pierna derecha, con defecto estético leve, sin limitación funcional. Además, el peticionario tiene una fractura de húmero distal y cúbito proximal, consolidados, valorados y tratados por ortopedia, que deja como secuela un callo óseo doloroso en el húmero distal y el cúbito proximal.

(ii) El demandante tiene una incapacidad permanente parcial.

(iii) El accionante fue declarado no apto para la actividad militar y no se recomendó su reubicación laboral.

(iv) El actor sufrió una disminución en su capacidad laboral del 23.07%.

(v) El accidente que causó las lesiones, ocurrió en el servicio pero no por causa ni en razón del mismo.

(vi) En el aparte del acta denominado "Motivación", dice lo siguiente: "ENCUENTRO A LA SUGERENCIA DE REUBICACION LABORAL SE DECLARA EN FORMA NEGATIVA YA QUE NO APORTA CERTIFICACIONES ACADEMICAS QUE LEGITIMEN COMPETENCIAS ESPECIFICAS (SIC) EN UN AREA (SIC) DE APOYO Y/O INSTRUCCIÓN DE TIPO ADMINISTRATIVO, ADEMÁS, PRESENTA LESION EN EXTREMIDAD DOMINANTE (DERECHA) QUE LE LIMITA SUS ACTIVIDADES DIARIAS COMO SOLDADO DISMINUYENDO SU DESEMPEÑO LABORAL PARA ACTIVIDAD MILITAR."

12 En este documento constan los siguientes hechos:

(i) El demandante solicitó la convocatoria del Tribunal, para que este revise el acta de la Junta Médica Laboral, de tal forma que se ordene reubicarlo en un cargo de labores

administrativas, y de ser necesario, se le capacite para ejercer cargos administrativos.

(ii) Al ser indagado por su situación actual, el demandante manifestó: “El 20 de mayo de 2014, sufre accidente de tránsito como parrillero presentando trauma en miembro superior derecho siendo atendido en el Hospital regional de Aguachica Cesar fue hospitalizado por 9 días y llevado a cirugía para reducción con material de osteosíntesis de fractura de humero dado de alta con un mes de incapacidad total renovada por otros 30 días y orden de fisioterapia por 5 meses, laborando prestando seguridad a helicópteros en una base posterior a ello inicia con el proceso para su Junta Médica, refiere que no puede alzar el peso del equipo de campaña, no puede realizar flexiones, dentro del mismo accidente sufre contusión en tórax con estudios radiológicos normales; sufrió leishmaniasis en 2012, estando en la Serranía de la Macarena evacuado a Tolemaida para su tratamiento que duro 2 meses quedando como secuelas cicatriz en pierna derecha.”

(iii) El demandante informó que tiene estudios hasta quinto de primaria.

(iv) El Tribunal ratificó el dictamen de la Junta Médica Laboral sobre la leishmaniasis. Señaló que el peticionario presentaba trauma contundente en tórax, por accidente de tránsito, sin evidencia de secuelas, por lo que no ameritaba asignación de índices de lesión. Indicó que el actor “Presenta fractura de humero y cubito izquierdo manejo quirúrgico con osteosíntesis el cual deja como secuelas limitación para la flexo extensión y para rotación y pronosupinación en miembro dominante, la cual se encuentra debidamente registrada y calificada en Primera Instancia, por lo cual, se RATIFICAN los índices asignados a imputabilidad como accidente común de acuerdo al informativo prestacional No. 51 de 2014.”

(v) El Tribunal reiteró la no aptitud del actor para las actividades militares.

(vi) Sobre la reubicación laboral dijo lo siguiente: “Frente a la recomendación de reubicación laboral la Sala considera que el soldado presenta limitaciones a nivel de codo dominante que lo limita para actividades propias de la vida militar tales como cargar su morral de campaña, reaccionar con armamento y dado que solo cuenta con estudios hasta 5 de primaria no cuenta con la formación profesional o experiencia suficiente para su reubicación laboral, por lo tanto, la Sala No recomienda su reubicación.”

13 Mediante este derecho de petición, el demandante expresó lo siguiente: (i) Una vez se

entrevistó con los médicos del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, el accionante manifestó su deseo de continuar en el Ejército Nacional. (ii) Estaba desempeñando actividades operativas. (iii) Estaba adelantando en el SENA, un curso de manejo de herramientas microsoft 2010 excel, y otro de administración documental en el entorno laboral. (iv) El padre del accionante es un adulto mayor que depende económicamente de él. (v) Teniendo en cuenta los hechos anteriores, solicitó al Tribunal concederle la reubicación laboral en actividades de docencia, instrucción o administrativas, o en su defecto, brindarle la capacitación requerida para poder desempeñar funciones en el Ejército.

14 En particular, la notificación dice lo siguiente: “La oficina de personal de la Brigada Móvil No 3. En la fecha efectúa la Notificación de Personal mediante OAP No. 2110 de fecha 22 de agosto de 2016, en la cual se retira del servicio activo por la causal DISMINUCION DE LA CAPACIDAD PSICOFISICA al Señor SLP. VILLAFANE GIL JOSE DEL CARMEN identificado con la cédula de ciudadanía No 1.062.874.724 con novedad fiscal 15 de septiembre de 2016.” (Negrilla y subrayado fuera de texto).

15 Sentencias SU-189 de 2012, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, y T-246 de 2015, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

16 Lo anterior no equivale a imponer un término de caducidad, ya que ello trasgrediría el artículo 86 CN, que prescribe que la tutela se puede instaurar en cualquier tiempo. Sentencias SU-961 de 1999, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, T-374 de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa, y T-060 de 2016, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

17 Sentencia SU-499 de 2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

18 Sentencias T-716 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, y T-158 de 2015, M.P. Mauricio González Cuervo.

19 Sentencia T-150 de 2016, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

20 Sentencias T-716 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, T-841 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa, y T-150 de 2016, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

21 Sentencia T-150 de 2016, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

22 Sentencia T-716 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

23 Sentencias T-716 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, y T-150 de 2016, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

24 Este mismo argumento fue expuesto en la sentencia T-928 de 2014, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, para resolver sobre la procedencia de la acción de tutela estudiada en dicha sentencia. La decisión T-928 de 2014 hace parte de los precedentes constitucionales de la presente sentencia, por ello, los hechos del mencionado precedente judicial (similares a los hechos del caso objeto de estudio), así como las consideraciones de la Corte Constitucional, se exponen más adelante, en el aparte correspondiente a las consideraciones.

25 Sentencia T-437 de 2009. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

26 La Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, obliga al Estado Colombiano a adoptar las medidas legislativas, sociales, educativas, laborales y de cualquier otra índole, necesarias para eliminar la discriminación contra las personas en situación de discapacidad, y para propiciar su plena integración a la sociedad. Tanto la ley aprobatoria como la convención fueron declaradas exequibles mediante Sentencia C-401 de 2003, M.P. Alvaro Tafur Galvis.

27 Este convenio dispone que los países deben elaborar una política nacional sobre la readaptación profesional y el empleo de personas en situación de discapacidad, basada en el principio de igualdad de oportunidades entre los trabajadores en dicha condición y los trabajadores en general. El Convenio No. 159 de la OIT fue adoptado mediante la Ley 82 de 1988.

28 El artículo 18 de la Convención dispone que toda persona afectada por una limitación tiene derecho a “seguir el proceso requerido para alcanzar sus óptimos niveles de funcionamiento psíquico, físico, fisiológico, ocupacional y social”, razón por la cual, el Gobierno Nacional debe crear y desarrollar mecanismos para ofrecer los programas y servicios de rehabilitación necesarios. El artículo 27 de la misma Convención contiene el deber estatal de reconocer el derecho al trabajo a favor de las personas en condición de discapacidad, y de adoptar distintas medidas encaminadas a hacerlo efectivo. Asimismo, los Estados parte deben “[e]mplear a personas con discapacidad en el sector público” y “[v]elar

por que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo”. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad fue aprobada mediante la Ley 1346 de 2009.

29 En tal sentido, se afirmó en la Sentencia C-531 de 2000 (M.P. Alvaro Tafur Galvis) lo siguiente: “El ámbito laboral constituye, por consiguiente, objetivo específico para el cumplimiento de esos propósitos proteccionistas, en aras de asegurar la productividad económica de las personas discapacitadas, así como su desarrollo personal. De ahí que, elemento prioritario de esa protección lo constituya una ubicación laboral acorde con sus condiciones de salud y el acceso efectivo a los bienes y servicios básicos para su subsistencia y el sostenimiento de su familia (C.P., arts. 54 y 334), para todos aquellos que se encuentren en edad de trabajar.” Esta consideración fue reiterada en la sentencia T-928 de 2014 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado), en los siguientes términos: “La Corte ha establecido que el concepto de integración implica una ubicación laboral acorde con las condiciones de salud y el acceso efectivo a los bienes y servicios básicos para la subsistencia y el sostenimiento de la familia, para todos aquellos que se encuentren en edad de trabajar.”

30 Sentencia T-269 de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. Sobre la capacidad del empleador para reubicar al empleado en condición de discapacidad, se pronunció esta Corte en la sentencia T-1040 de 2001: “Si la reubicación desborda la capacidad del empleador, o si impide o dificulta excesivamente el desarrollo de su actividad o la prestación del servicio a su cargo, el derecho a ser reubicado debe ceder ante el interés legítimo del empleador. Sin embargo, éste tiene la obligación de poner tal hecho en conocimiento del trabajador, dándole además la oportunidad de proponer soluciones razonables a la situación.”

31 Sentencia T-487 de 2016, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

32 Sentencia T-928 de 2014, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

33 Sobre el régimen de carrera aplicable a los soldados profesionales.

34 Sobre la evaluación de la capacidad psicofísica y la disminución de la capacidad laboral.

36 Sobre el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.

37 Sentencias T-928 de 2014, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado y T-076 de 2016, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

38 Sentencias T-503 de 2010, T-081 de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio y T-843 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

39 Sentencia T-487 de 2016, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

40 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

41 Con anterioridad a esta sentencia, la Corte no había tenido oportunidad de pronunciarse sobre la conformidad de las causales de retiro del servicio de los soldados profesionales con la Carta Política, a diferencia de lo sucedido con las normas referentes a la carrera del personal de oficiales, nivel ejecutivo, suboficiales y agentes de Policía, regulada en el Decreto 1791 de 2000, normatividad que fue examinada en sentencia C-381 de 2005. En esta oportunidad, la Corte declaró la constitucionalidad condicionada del numeral 3 del artículo 55 y del artículo 59 del mencionado decreto, en el entendido que el retiro del servicio por disminución de la capacidad psicofísica, sólo procede cuando el concepto de la Junta Médica Laboral sobre reubicación no sea favorable, y las capacidades del policía no puedan ser aprovechadas en actividades administrativas, docentes o de instrucción.

En la sentencia T-437 de 2009, la Corte consideró que el caso de los soldados profesionales era más complejo, dada la actividad para la cual fueron creados y las labores que usualmente desempeñan. En efecto, las Fuerzas Militares, de conformidad con la Constitución, tienen como finalidad primordial “la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional”. Para cumplir con tales cometidos precisan contar en sus filas con personal apto y debidamente entrenado, como lo son los soldados profesionales. De allí que resulte razonable desvincular del servicio a un soldado profesional que no cuente con la capacidad psicofísica necesaria para cumplir las labores propias de su cargo.

42 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

43 M.P. Alejandro Linares Cantillo.

44 Sentencias T-503 de 2010 y T-076 de 2016, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

45 Sentencia T-928 de 2014, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

46 Artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

47 Artículo 1 del Decreto 1793 de 2000.

48 Artículos 8 y 10 del Decreto 1793 de 2000.

49 Artículo 3 del Decreto 1796 de 2000.

50 Artículo 8 de la Ley 776 de 2002.

51 Sentencia T-928 de 2014, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

52 Sentencias T-928 de 2014, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado y T-076 de 2016, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

53 Artículo 1 del Decreto 1793 de 2000.

54 Artículo 3 del Decreto 1796 de 2000

55 Sentencias T-928 de 2014, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado y T-076 de 2016, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

56 El artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece: “Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior”. Por su parte, el inciso 2º del artículo 137 del mismo Código señala: “Procederá (la nulidad de actos administrativos) cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió”.

57 Al tenor del artículo 22 del Decreto 1796 de 2000, “las decisiones del Tribunal Médico-Laboral de Revisión Militar y de Policía son irrevocables y obligatorias y contra ellas sólo

proceden las acciones Jurisdiccionales pertinentes”. En ese sentido, cualquier ataque que se dirija en contra de la calificación de porcentaje de pérdida de capacidad laboral efectuado por el Tribunal Médico- Laboral de Revisión Militar y de Policía, debe encauzarse por medio del juez de lo Contencioso Administrativo.

{p}