

ACCION DE TUTELA CONTRA EL EJERCITO NACIONAL-Desvinculación del servicio activo como soldado profesional por presentar una disminución en su capacidad laboral del 10%

PROTECCION ESPECIAL QUE MERECEN LAS PERSONAS EN SITUACION DE DISCAPACIDAD/ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE PERSONAS EN SITUACION DE DISCAPACIDAD

La estabilidad laboral reforzada de las personas en situación de discapacidad, es una garantía constitucional otorgada a quienes por su situación física, psíquica y sensorial, se encuentran en una situación de debilidad. Esta protección hace parte del derecho al trabajo y tiene como fundamental el hecho de que estas personas no se encuentran en un plano de igualdad, por lo que requiere la adopción de medidas positivas para lograr su verdadera integración social

Se puede observar la importancia que cobran tanto la estabilidad laboral reforzada respecto a los miembros de la fuerza pública, quienes se encuentran en situación de incapacidad, como la protección preferente en materia de empleo a las personas con limitaciones. De esta forma, aun cuando existe un régimen especial para los soldados profesionales que incluye la disminución de la capacidad psicofísica dentro de las causales para el retiro del servicio, la Corte ha considerado que en algunos casos la aplicación de esta causal puede conllevar la vulneración de los derechos fundamentales del soldado desvinculado. La Sala advierte que el Ejército Nacional desconoció su obligación de proteger a quienes han luchado por defender la Nación, dejando a un lado los deberes de solidaridad y de dar un trato preferencial a aquellas personas que se encuentran en situación de debilidad manifiesta. Adicionalmente, la desvinculación del soldado resulta reprochable, puesto que se fundamenta en la disminución de su capacidad física, sin evaluar a fondo si éste podía continuar prestando sus servicios como conductor, así como lo hizo durante un año y medio o en otra dependencia de la institución. Resulta preocupante la afirmación realizada por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía según la cual el actor no “posee capacitaciones, destrezas o habilidades aprovechables”, toda vez que desconoce los mandatos constitucionales de dar un trato preferente a quienes han sufrido mengua en su capacidad física con el objeto de lograr una igualdad real. Por esta razón, y como lo ha decidido esta Corporación en las

sentencias T-503 de 2010 y T-081 de 2011, se procederá a inaplicar por inconstitucional el artículo 10° del Decreto 1793 de 2000 que consagra la disminución de capacidad laboral como causal de retiro de la institución demandada. De lo contrario, se prolongaría la vulneración de los derechos fundamentales del actor a la estabilidad laboral reforzada, la igualdad, el trabajo, la salud, la dignidad humana y la seguridad social. Por consiguiente, se ordenará que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de este fallo proceda a reincorporar al peticionario en uno de sus programas y en consecuencia sea reubicado en una actividad que pueda desempeñar de acuerdo con sus habilidades, destrezas y formación académica. Además, teniendo en cuenta que el demandante sufrió accidente mientras desarrollaba sus labores y puede requerir atención en salud, se ordenará que se siga brindando toda la atención médica requerida. Ahora bien, respecto a los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir, se anota que el accionante puede acudir a la jurisdicción contencioso administrativa para reclamarlos.

Referencia: expediente T-3375639

Acción de tutela interpuesta por Luis Arnulfo Pabón Moreno en contra del Ejército Nacional.

Magistrado Ponente:

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de junio de dos mil doce (2012)

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Jorge Iván Palacio Palacio, Nilson Pinilla Pinilla y Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo dictado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, dentro del trámite de la acción de tutela instaurada por Luis Pabón Moreno en contra del Ejército Nacional.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

El 2 de diciembre de 2011, el señor Luis Arnulfo Pabón Moreno promovió acción de tutela en contra del Ejército Nacional por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, a la igualdad, al trabajo, a la salud, a la dignidad humana y a la seguridad social.

1. Relata que en febrero de 2010 sufrió un accidente cuando realizaba labores de patrullaje. El ortopedista tratante emitió concepto en el que indicó que se trataba de “fractura del húmero proximal, estimando que la elevación del brazo era incompleta, funcional pero dolorosa”. Expone que como consecuencia de la lesión, le diagnosticaron callo óseo doloroso a nivel del húmero derecho con limitación moderada en los movimientos del brazo.

1. Destaca que desde el momento del accidente se desempeñó en el servicio militar como conductor, circunstancia que “nunca fue mal valorada por sus superiores y jefes de comando”.

2. Posteriormente, en Junta Médica Laboral Núm. 40301 del 28 de octubre de 2010, los galenos tratantes manifestaron que el accionante contaba con una incapacidad permanente parcial que disminuía en un 15% su capacidad laboral, razón que llevó a declararlo no apto para la actividad militar.

1. El actor impugnó la anterior decisión ante el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía en escrito en el que adujo sus “capacidades para continuar prestando el servicio y solicitando el estudio de la reubicación laboral”. No obstante, a través de Acta Núm. 454 del 9 de junio de 2011, el mencionado tribunal modificó parcialmente la determinación, al fijar la pérdida de capacidad laboral en 11% y considerar que no contaba con las condiciones para seguir en la institución.

1. Asevera que mediante Orden Administrativa de Personal -OAP- Núm. 1719 del 26 de septiembre de 2011, la Jefatura de Desarrollo Humano del Ejército Nacional ordenó su retiro de la entidad como soldado profesional, teniendo en cuenta que había sido confirmada la disminución de su capacidad laboral.

1. Estima que dicha situación es a todas luces discriminatoria, arbitraria e ilógica ya que el tribunal citado no tuvo en consideración que además de haberse desempeñado como soldado profesional, también ejerció, durante un año y medio, otro tipo de actividades que no requerían el uso de armas y, por tanto, podía ser reubicado en un sitio de trabajo en el que pudiera realizar una labor aprovechable.

1. El accionante manifiesta que el retiro de la entidad le genera un perjuicio irremediable debido a que después del accidente adquirió préstamos para solventar las necesidades de su esposa e hija menor de edad. En este punto, explica que su cónyuge se encuentra desempleada y que sus familiares le han negado el apoyo económico puesto que saben que perdió su empleo y que las entidades bancarias han iniciado el cobro pre-jurídico de los créditos que le descontaban directamente de nómina.

1. Igualmente, declara que celebró un contrato de arrendamiento de vivienda urbana según el cual debe cancelar trescientos mil pesos (\$300.000) mensuales, valor al que se le suma lo correspondiente al pago de servicios públicos y los gastos de manutención diaria, entre los cuales se cuenta el pago del colegio y las onces de su hija.

1. Por consiguiente, solicita la protección de sus derechos fundamentales y que se ordene su reintegro al cargo que venía desempeñando o a uno que sea compatible con sus condiciones psicofísicas. También reclama el pago de los salarios y prestaciones sociales dejadas de

percibir desde su retiro, así como su afiliación al sistema de seguridad social. De manera subsidiaria, pide su inclusión en uno de los programas de apoyo para la reincorporación a la vida laboral, a cargo de la Jefatura de Desarrollo Humano de la Dirección de Personal de la entidad accionada. Finalmente, mientras se define su situación laboral, requiere su inscripción en el Sisben, junto a su esposa e hija menor de edad.

2. Trámite procesal

El 7 de diciembre de 2011, el Tribunal Superior de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, admitió la presente demanda y ordenó oficiar a la entidad demandada, con el fin de que en el término de 2 días ejerciera su derecho de defensa. En el mismo auto dispuso la vinculación oficiosa del Director de Sanidad del Ejército Nacional y del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía del Ministerio de Defensa¹.

2.1. Dirección de Sanidad del Ejército Nacional

El Jefe de la Sección Jurídica de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional estimó que la entidad no había vulnerado ningún derecho del accionante en tanto la obligación de prestar los servicios médicos cubre únicamente al personal que posee alguna vinculación con la fuerza. Precisó que las dolencias del actor fueron objeto de atención hasta que se estabilizó y mejoró su calidad de vida. Sostuvo que “Aunado al hecho que las afecciones ya fueron tratadas por los especialistas, a más de dejar en claro que pese a que dicho trámite médico laboral se efectuó estando activo en la Fuerza, constituyó el fundamento para desvincularlo de la misma, dejando abierta la posibilidad de practicar el mismo procedimiento como retirado durante los 60 días siguientes a la expedición de la orden administrativa que lo separó del servicio”.

Finalmente, destacó que los resultados de la Junta Médico Laboral y Tribunal Médico de Revisión Militar constituyen “auténticos actos administrativos, toda vez que se trata (sic) de una manifestación unilateral de la voluntad de la Administración generadora de efectos jurídicos, una vez surge a la vida jurídica con presunción de validez, quedando en firme”. En consecuencia, la controversia al respecto debe ser planteada ante la jurisdicción contencioso administrativa, de lo contrario se desnaturalizaría la acción de tutela.

2.2. Subdirección de Personal del Ejército Nacional

En escrito presentado extemporáneamente, el Subdirector de Personal del Ejército Nacional expuso que la entidad “cumplió con el procedimiento para el retiro del personal con problemas de sanidad, de acuerdo a la Sentencia C-381 de 2005 de la Corte Constitucional”. En ese sentido, señaló que se hizo un estudio pormenorizado con el personal idóneo que concluyó con la decisión de que no era posible reubicar laboralmente al actor. En este punto, recordó lo establecido por el Tribunal Médico Laboral, así:

“Se evidencia antecedentes de fractura cerrada en tercio proximal de húmero derecho de origen traumático, secundaria a accidente en motocicleta que requirió tratamiento quirúrgico con osteosíntesis, consolidada que dejó como secuela limitación de los arcos de movimientos articulados del hombro con atrofia muscular, calificado en primera instancia como si fuera un solo compromiso de tejidos blandos u óseos contrario a la historia clínica del paciente, por el (sic) cual se modifica la Junta Médica Laboral No. 40301 del 28 de octubre de 2010. RESPECTO A LA SOLICITUD DE REUBICACIÓN LABORAL SE DESPACHA NEGATIVAMENTE TENIENDO EN CUENTA QUE NO POSEE CAPACITACIONES, DESTREZAS O HABILIDADES APROVECHABLES, AUNADO A LA ACTIVIDAD PARA LA CUAL FUE VINCULADO COMO SOLDADO PROFESIONAL, EN LA CUAL NO ADMITE ACTIVIDADES DIFERENTES DE LO ESTABLECIDO (sic), EN CUMPLIMIENTO A LA FUNCIÓN CONSTITUCIONAL DEL EJÉRCITO NACIONAL”.

Al respecto, expuso que no existe disposición legal que exija, al momento de retirar a personal del servicio, que se evalúe el comportamiento del servidor público, puesto que lo que se persigue es la buena prestación del servicio y no la penalización de faltas. Además, explicó que bajo ninguna circunstancia es posible tratar como supuestos de hecho iguales los contemplados en el presente caso y aquellos que fueron objeto de estudio en la sentencia T-503 de 2010, dado que en esa providencia se trató el caso de un soldado profesional frente a quien existía una sugerencia de reubicación laboral por parte de la junta.

Por otra parte, sostuvo que “se debe tomar en consideración que existe la Oficina de Atención al Personal Militar herido en Combate, cuya función se extiende igualmente a la atención al personal militar afectado en su salud, [por lo que] no existe abandono de ninguna naturaleza”.

Finalmente, solicitó que se declare improcedente la acción de tutela por cuanto no se ha vulnerado ningún derecho fundamental y no constituye el mecanismo judicial para reclamar

el reintegro.

2.3. Ministerio de Defensa Nacional

En documento allegado después del plazo concedido por el juez de tutela, la Asesora Jurídica del Tribunal Médico Laboral del Ministerio de Defensa Nacional sostuvo que en el caso bajo estudio no existió vulneración de derecho fundamental alguno. Señaló que el actor pretende desvirtuar y dejar sin piso jurídico la decisión adoptada por dicho órgano, a pesar de que ésta se tomó respetando los principios generales del derecho administrativo, principalmente del debido proceso.

Aclaró que en el acta núm. 454 del 9 de junio de 2011, proferida por el mencionado tribunal, se hizo un análisis muy completo de la situación médico-laboral del accionante que concluyó con la determinación de que la lesión le produjo una “**INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL – NO APTO PARA LA ACTIVIDAD MILITAR**, por artículo 68 literal a y b del Decreto 094 de 1989. **NO SE SUGIERE REUBICACIÓN LABORAL**”. Sobre este aspecto, explicó que “la actividad militar requiere de ciertas capacidades y habilidades pues esta actividad es generadora de diversas situaciones y circunstancias que pueden poner en riesgo no solamente a la comunidad y a la confianza que ésta tiene en sus instituciones, sino también se puede poner en riesgo la vida del militar o policial que no cumpla determinados niveles médico-laborales, así como a sus compañeros de trabajo”.

Afirmó que las decisiones del citado ente se fundamentan “exclusivamente en las secuelas médico-laborales, sin más juicios o apreciaciones subjetivas, y dentro de esos parámetros se sugiere a las Fuerzas Militares y de Policía, la reubicación laboral o no reubicación del personal, pero como sugerencia. La decisión final de reubicación o no, corresponde exclusivamente a las Fuerzas Militares y de Policía”.

Por último, resaltó que 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, según lo dispuesto por el artículo 22 del Decreto 1796 de 2000.

II. DECISIÓN JUDICIAL OBJETO DE REVISIÓN

1. Sentencia única de instancia

En sentencia del 15 de diciembre de 2011, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A negó el amparo solicitado al considerar que la decisión de retiro del servicio no había vulnerado derecho alguno ya que se encontraba “soportada en el diagnóstico de las lesiones sufridas y en el hecho de que no posee ‘capacitaciones, destrezas o habilidades aprovechables, en razón a que la actividad a la que estuvo vinculado como soldado profesional no admite actividades diferentes a las establecidas en concordancia con la función constitucional del Ejército Nacional”.

III. PRUEBAS

De las pruebas que obran en el expediente se destacan:

* Concepto médico emitido el 1 de febrero de 2011 por la doctora Carol Rodríguez Bohórquez en el que señala: “No se puede negar que el paciente podría presentar algún nivel de evolución favorable con terapia física, mejorando así su calidad de vida cotidiana, pero al hablar de una actividad física que exija más esfuerzos probablemente el paciente no podría responder de manera óptima, disminuyendo cierto porcentaje su capacidad laboral relacionada a esfuerzos físicos. En este orden de ideas, se podría pensar que el paciente podría desempeñar una labor que no exija esfuerzo físico excesivo en su miembro superior derecho, siempre y cuando continúe bajo el control médico” (folio 1).

* Escrito de impugnación del Acta de Junta Médica Laboral Núm. 40301 del 28 de octubre de 2010 (folios 2 y 3).

* Acta de Junta Médica Laboral Núm. 40301 del 28 de octubre de 2010 (folios 4 a 6).

* Registro civil de nacimiento de Eblin Mayerlin Pabón Torres (folio 7).

* Registro civil de matrimonio celebrado entre Luis Arnulfo Pabón Moreno y María Rubiela Torres (folio 8).

* Orden Administrativa de Personal Núm. 1719 de la Jefatura de Desarrollo Humano del Ejército Nacional, del 26 de septiembre de 2011 en la que se dispone retirar del servicio activo al señor Luis Arnulfo Pabón Moreno por disminución de la capacidad psicofísica, de acuerdo al Acta Médica del Tribunal 454 de 9 de junio de 2011 (folios 9 a 12).

* Acta de Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía Núm. 454 del 9 de junio de 2011 (folios 13 y 14).

* Comprobante de pago de nómina del accionante, correspondiente al mes de octubre de 2011 (folio 15).

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer el fallo materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico

Corresponde a esta Sala de Revisión determinar si se vulneran, por parte del Ejército Nacional, los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, a la igualdad, al trabajo, a la salud, a la dignidad humana y a la seguridad social del señor Luis Arnulfo Pabón Moreno, al desvincularlo del servicio activo como soldado profesional, por presentar una disminución en su capacidad laboral del 10%, como secuela de un accidente que tuvo mientras se encontraba en servicio.

Para resolver el anterior problema jurídico, se reiterará la jurisprudencia de esta Corporación relativa a (i) la protección especial que merecen las personas en situación de discapacidad y (ii) el derecho a la reubicación de los miembros de la fuerza pública que ven disminuida su capacidad laboral. Posteriormente, se abordará (iii) el caso concreto.

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

3.1. El principio de igualdad en el marco del Estado Social de Derecho, se encuentra consagrado en el artículo 13 de la Carta en los siguientes términos: “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”.

Adicionalmente, la Constitución fija un deber estatal de promover condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, es decir, impone la obligación de adoptar medidas afirmativas que favorezcan a los grupos discriminados o marginados, protegiendo especialmente a “aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta”.

De forma armónica, el artículo 47 de la Carta dispone que el Estado tiene la obligación de adelantar una política de previsión, rehabilitación e integración social con el objeto de que los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, reciban la atención especializada que necesitan.

A su vez, el artículo 53 superior consagra como principios mínimos fundamentales que debe orientar las relaciones laborales, la estabilidad en el empleo y la garantía de la seguridad social. En el mismo sentido, el artículo 54 señala como deber del “Estado y de los empleadores ofrecer formación y habilitación profesional y técnica a quienes lo requieran. El Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar y garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud”.

3.2. Ahora bien, la protección especial de las personas con discapacidad, también ha sido reconocida en diversos tratados internacionales ratificados por Colombia. La Corte ha recordado algunos de estos compromisos²:

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

De igual forma, ha señalado que estos instrumentos imponen a los Estados una obligación clara de evitar toda clase de discriminación en razón de determinada condición física en el mercado laboral interno. Así mismo, ordenan la creación de un ambiente propicio a la generación de empleo para las personas con alguna clase de limitación³.

3.3. Es así como la Ley 361 de 19974 se encargó de establecer mecanismos con el fin de lograr la integración social de las personas con limitaciones, en el ámbito educativo, del trabajo, de las comunicaciones y del transporte, entre otros. En su artículo 2°, esta norma asigna al Estado la obligación de garantizar y velar por que en su ordenamiento jurídico no prevalezca discriminación por circunstancias personales, económicas, físicas, fisiológicas, síquicas, sensoriales y sociales. De igual forma, el artículo 4° impone a la administración central, el sector descentralizado, las administraciones departamentales, distritales y municipales, todas las corporaciones públicas y privadas del país el deber de disponer de los recursos necesarios para el ejercicio de los derechos fundamentales, económicos, sociales y culturales de las personas con limitación. Siendo obligaciones ineludibles del Estado la prevención, los cuidados médicos y psicológicos, la habilitación y la rehabilitación adecuada, la educación apropiada, la orientación, la integración laboral y la garantía de los derechos fundamentales económicos, culturales y sociales de esas personas.

Además, el artículo 26 ibídem, consagró:

“En ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona

limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren.”⁵

Precisamente, el último inciso del citado artículo fue objeto de estudio por parte de esta Corporación en sentencia C-531 de 2000. En ella, se consideró que en virtud de los principios de respeto a la dignidad humana, solidaridad e igualdad, así como la protección especial de las personas con limitaciones, el despido o la terminación del contrato de trabajo sin la plena autorización del Ministerio de Protección Social, carece de efectos jurídicos. Además, sostuvo que el pago de indemnización por parte del empleador, no lo exonera de solicitar autorización del ente competente.

3.4. La jurisprudencia constitucional también ha tratado ampliamente el tema de la estabilidad laboral reforzada a favor de las personas con discapacidad. Este Tribunal ha considerado que se da un trato discriminatorio cuando se despide a una persona debido a su condición física, toda vez que no se les puede tratar de igual manera frente a aquellas que no se encuentran en igual circunstancia⁶.

Igualmente, la sentencia T-198 de 2006 sostuvo que la mencionada norma consagra una protección laboral reforzada positiva y negativa a favor de las personas con discapacidad. La positiva implica que la limitación de una persona, no puede ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que se demuestre claramente que ésta es incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. El campo negativo se refiere a la imposibilidad de despedir o terminar el contrato de una persona por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la Oficina de Trabajo. Cuando se omita esta exigencia, el trabajador tendrá derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo.

La sentencia T-503 de 2010 señaló que el derecho a la estabilidad laboral reforzada, además,

de los dos aspectos mencionados, contemplaba la garantía a la reincorporación y reubicación del trabajador con discapacidad, teniendo en cuenta alternativas laborales compatibles con sus condiciones, sin que ello lleve a desmejorar su situación de empleo.

En este punto, es necesario destacar que, en materia laboral, “la protección especial de quienes por su condición física están en circunstancia de debilidad manifiesta se extiende también a las personas respecto de las cuales esté probado que su situación de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite su condición de discapacitados.”⁷.

Así, este Tribunal ha entendido que “el amparo cobija a quienes sufren una disminución que les dificulta o impide el desempeño normal de sus funciones, por padecer i) deficiencia entendida como una pérdida o anormalidad permanente o transitoria, sea psicológica, fisiológica o anatómica de estructura o función; ii) discapacidad, esto es, cualquier restricción o impedimento del funcionamiento de una actividad, ocasionado por un desmedro en la forma o dentro del ámbito considerado normal para el ser humano; o, iii) minusvalidez, que constituye una desventaja humana, al limitar o impedir el cumplimiento de una función que es normal para la persona, acorde con la edad, sexo o factores sociales o culturales”⁸.

3.5. Así las cosas, la estabilidad laboral reforzada de las personas en situación de discapacidad, es una garantía constitucional otorgada a quienes por su situación física, psíquica y sensorial, se encuentran en una situación de debilidad. Esta protección hace parte del derecho al trabajo y tiene como fundamental el hecho de que estas personas no se encuentran en un plano de igualdad, por lo que requiere la adopción de medidas positivas para lograr su verdadera integración social.

4. El derecho a la reubicación de los soldados profesionales que ven disminuida su capacidad laboral.

4.1. El Ejército Nacional cuenta con un régimen de carrera y estatuto de personal de los soldados profesionales establecido en el Decreto 1793 de 20009. Precisamente, el artículo 1º define a los soldados profesionales como aquellos “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”.

Adicionalmente, el artículo 8 consagra las causales de retiro del servicio activo de los soldados profesionales, a saber:

“a. Retiro temporal con pase a la reserva

1. Por solicitud propia.
2. Por disminución de la capacidad psicofísica.

b. Retiro absoluto

1. Por inasistencia al servicio por más de diez (10) días consecutivos sin causa justificada.
2. Por decisión del Comandante de la Fuerza.
3. Por incapacidad absoluta y permanente o gran invalidez.
4. Por condena judicial.
5. Por tener derecho a pensión.
6. Por llegar a la edad de 45 años.
7. Por presentar documentos falsos, o faltar a la verdad en los datos suministrados al momento de su ingreso.
8. Por acumulación de sanciones.”

Respecto de la causal de retiro por disminución de la capacidad laboral, el artículo 10° de la mencionada norma dispone:

El soldado profesional que no reúna las condiciones de capacidad y aptitud psicofísica determinadas por las disposiciones legales vigentes, podrá ser retirado del servicio.

Ahora bien, el Decreto 1796 de 2000¹⁰ regula, entre otras cosas, la evaluación de la capacidad laboral de los miembros de la Fuerza Pública. La capacidad psicofísica es definida en el artículo 2° del decreto como “el conjunto de habilidades, destrezas, aptitudes y potencialidades de orden físico y psicológico que deben reunir las personas a quienes se les aplique el presente decreto, para ingresar y permanecer en el servicio, en consideración a su cargo, empleo o funciones.”

A su vez, en el artículo 3° se encuentran las diferentes categorías de capacidad psicofísica para ingreso y permanencia en el servicio:

“ARTÍCULO 3. CALIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD PSICOFÍSICA. La capacidad psicofísica para ingreso y permanencia en el servicio del personal de que trata el presente decreto, se califica con los conceptos de apto, aplazado y no apto.

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

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

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

PARÁGRAFO. Esta calificación será emitida por los médicos que la Dirección de Sanidad de la respectiva Fuerza o de la Policía Nacional autoricen para tal efecto.”(Subrayado y resaltado fuera del texto).

4.2. De esta manera, queda claro que los soldados profesionales deben contar con plena capacidad psicofísica con el fin de cumplir con la función que les ha sido asignada. Sin embargo, no se puede concluir que el Estado puede retirar a quienes han servido en la fuerza pública y han sufrido un menoscabo en sus aptitudes físicas, en detrimento de sus garantías

a la vida, a la salud y a la integridad.

En este sentido, la sentencia T-470 de 2010 estableció que:

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

Lo anterior, con el fin de proteger los derechos fundamentales de quien hubiere sido desvinculado de la fuerza pública, garantizando la continuidad en el servicio de salud para este individuo. Como bien lo mencionó la sentencia T-081 de 2011, en materia de seguridad social en salud no solamente estarán cubiertos “aquellos miembros de la fuerza pública que se encuentren en servicio activo, sino también aquellos que hayan sufrido una lesión o enfermedad durante la prestación del mismo, por ello no deberá entenderse que dicha obligación se extingue con la desvinculación.”

De otro lado, en la sentencia T-503 de 2010, la Corte sostuvo que la estipulación referente al retiro del servicio de los soldados profesionales se encontraba amparada por la presunción de constitucionalidad y legalidad, en tanto no había sido objeto de pronunciamiento por parte del Consejo de Estado. No obstante, al analizar el caso de un ex miembro del Ejército Nacional, quien fue desvinculado debido a que su capacidad laboral disminuyó en un 28.25%, este Tribunal acudió a la excepción de inconstitucionalidad del artículo 10 del Decreto 1793 de 2000, argumentando que al aplicarse dicha norma en el caso concreto, se transgredían los derechos fundamentales del accionante.

En dicha sentencia, se reconoció que si bien “se requiere la plena capacidad sicofísica de un soldado profesional, al mismo tiempo, no debe perderse de vista, tal como se explicó, que el Estado debe asegurar una debida protección a las personas que han sufrido una discapacidad en actos relacionados con el servicio, como es el caso de los soldados profesionales.” Por ello, este Tribunal ordenó la reincorporación del soldado.

La misma posición fue adoptada en la sentencia T-081 de 2011, en la que se estudió el caso

de un soldado profesional que fue víctima de una mina antipersona cuando se encontraba prestando el servicio. A raíz de dicho accidente, fue calificado con una pérdida de capacidad laboral del 32.57% que llevó a la declaratoria de no aptitud para continuar en la institución. En esa ocasión, este Tribunal decidió ordenar el reintegro del actor a uno de sus programas, tomando en cuenta para ello su grado de escolaridad, habilidades y destrezas.

Dicho pronunciamiento resaltó que “que la desvinculación del demandante de la fuerza castrense lo deja desprovisto de un trabajo que le permita desarrollarse de manera efectiva en la sociedad, este retiro desconoce los preceptos trazados por la Organización Internacional del Trabajo¹¹ en materia de integración social, por ello es vital comprender que a pesar de que las personas que hacen parte de un cuerpo institucional armado son formadas para la guerra y su trabajo está dado dentro del conflicto, no por ello cuando por curso de éste se ven transgredidas en su integridad física o síquica dejan de ser “útiles” en su labor y para la sociedad. Por consiguiente, no deben ser desvinculadas sin que medien formas de contrarrestar el daño ocasionado”.

En este punto, vale la pena señalar que la reincorporación no tiene que ser necesariamente al mismo cargo que desempeñaba el individuo, sino que éste debe “ser reubicado en una actividad que pueda desempeñar, teniendo en cuenta tanto su grado de escolaridad así como sus habilidades y destrezas”¹².

En este orden de ideas, se puede observar la importancia que cobran tanto la estabilidad laboral reforzada respecto a los miembros de la fuerza pública, quienes se encuentran en situación de incapacidad, como la protección preferente en materia de empleo a las personas con limitaciones. De esta forma, aun cuando existe un régimen especial para los soldados profesionales que incluye la disminución de la capacidad psicofísica dentro de las causales para el retiro del servicio, la Corte ha considerado que en algunos casos la aplicación de esta causal puede conllevar la vulneración de los derechos fundamentales del soldado desvinculado.

5. Análisis del caso concreto

5.1. Como se expuso en los antecedentes de esta providencia, el soldado profesional Luis Arnulfo Pabón Moreno estuvo vinculado por, aproximadamente, 8 años al Ejército Nacional. Como consecuencia de un accidente mientras patrullaba, sufrió fractura del húmero

proximal. A partir de ese momento y durante 18 meses se desempeñó como conductor de una camioneta. Sin embargo, a raíz de que seguía padeciendo dolores, fue objeto de valoración por parte de la Junta Médico Militar que, en dictamen Núm. 40301 del 28 de octubre de 2010, estableció que el accionante tenía una disminución de sus capacidades psicofísicas en un porcentaje de 15%. Esta determinación fue modificada parcialmente por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, que consideró que la pérdida de capacidad para trabajar era de 11%, a través de Acta Núm. 454 del 9 de junio de 2011. Posteriormente, mediante Orden Administrativa de Personal -OAP- Núm. 1719 del 26 de septiembre de 2011, fue retirado del servicio porque no era apto para seguir desempeñando su labor como soldado profesional.

En el escrito de tutela, el señor Pabón Moreno manifiesta que la situación económica de su familia es precaria y que su esposa e hija menor de edad dependían de los ingresos que percibía como soldado profesional. Por ello, considera que el acto administrativo que lo retiró del servicio vulnera sus derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, la igualdad, el trabajo, la salud, la dignidad humana y la seguridad social. Adicionalmente, señala que su desvinculación resulta injusta, arbitraria y discriminatoria puesto que permaneció laborando dentro de la entidad accionada mientras se resolvió su situación. Finalmente, pide su inclusión en el servicio de salud y el pago de los salarios y prestaciones sociales que dejó de recibir.

Por su parte, el Ejército Nacional sostiene que el despido obedece a una de las causales legales contempladas por el artículo 10 de Decreto 1793 de 2000 dentro de las cuales procede el retiro. Además, menciona que por la exigencia física que implica la labor militar, es necesario contar con personal plenamente capaz.

5.2. En este punto, la Corte observa que la institución accionada, de conformidad con su reglamentación especial, realizó la evaluación médica del accionante que culminó con la determinación de pérdida de capacidad laboral de 11% y la declaratoria de no aptitud para prestar sus servicios como soldado profesional. Sin embargo, resulta igualmente claro que el actor merece especial protección constitucional dado que se trata de una persona que sufrió una mengua en sus capacidades para trabajar mientras ejercía su labor. De la misma manera, es importante anotar que el peticionario no cuenta con una formación académica que le permita continuar su vida profesional, ya que toda su experiencia es exclusivamente

militar. Además, tal y como lo afirma en la demanda de tutela, no cuenta con otros ingresos económicos para lograr la manutención de su esposa e hija menor de edad por lo que resulta necesaria la intervención del juez de tutela.

5.3. Bajo estos hechos, la Sala advierte que el Ejército Nacional desconoció su obligación de proteger a quienes han luchado por defender la Nación, dejando a un lado los deberes de solidaridad y de dar un trato preferencial a aquellas personas que se encuentran en situación de debilidad manifiesta. Adicionalmente, la desvinculación del soldado resulta reprochable, puesto que se fundamenta en la disminución de su capacidad física, sin evaluar a fondo si éste podía continuar prestando sus servicios como conductor, así como lo hizo durante un año y medio o en otra dependencia de la institución¹³.

Resulta preocupante la afirmación realizada por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía según la cual el actor no “posee capacitaciones, destrezas o habilidades aprovechables”¹⁴, toda vez que desconoce los mandatos constitucionales de dar un trato preferente a quienes han sufrido mengua en su capacidad física con el objeto de lograr una igualdad real.

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

5.4. Por consiguiente, se ordenará que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de este fallo proceda a reincorporar al peticionario en uno de sus programas y en consecuencia sea reubicado en una actividad que pueda desempeñar de acuerdo con sus habilidades, destrezas y formación académica. Además, teniendo en cuenta que el demandante sufrió accidente mientras desarrollaba sus labores y puede requerir atención en salud, se ordenará que se siga brindando toda la atención médica requerida.

Ahora bien, respecto a los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir, se anota que el accionante puede acudir a la jurisdicción contencioso administrativa para reclamarlos.

5.5. En consecuencia, esta Sala procederá a revocar la decisión del 15 de diciembre de 2011 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A. En su lugar, se concederá la tutela de los derechos invocados por el señor Luis Arnulfo Pabón Moreno y se ordenará al Ejército Nacional que, una vez se notifique el presente fallo, en un término de 48 horas proceda al reintegro inmediato del demandante en uno de sus programas o en otra área en la cual pueda prestar sus servicios, siempre y cuando ésta sea acorde tanto a su estado físico como a sus habilidades y destrezas. Así mismo, deberá realizarse la afiliación al servicio médico del accionante y su núcleo familiar.

VI. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia del 15 de diciembre de 2011 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, dentro del trámite de la acción de tutela instaurada por Luis Pabón Moreno en contra del Ejército Nacional. En su lugar, TUTELAR los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, la igualdad, el trabajo, la salud, la dignidad humana y la seguridad social del señor Luis Arnulfo Pabón Moreno.

SEGUNDO.- ORDENAR a la Jefatura de Desarrollo Humano de la Dirección de Personal del Ejército Nacional que, en el término de 48 horas siguientes a la notificación del presente fallo, proceda a realizar el reintegro inmediato del señor Luis Arnulfo Pabón Moreno en uno de sus programas, ya sea en el que se venía desempeñando o en otro afín, tomando en cuenta para ello el grado de escolaridad, habilidades y destrezas del demandante.

TERCERO.- ORDENAR a la Jefatura de Desarrollo Humano de la Dirección de Personal del Ejército Nacional que, en el término de 48 horas siguientes a la notificación del presente fallo, proceda a realizar la afiliación al servicio de salud del señor Luis Arnulfo Pabón Moreno y de su núcleo familiar.

CUARTO.- LÍBRESE por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Auto de admisión obrante a folio 27 del cuaderno No. 1 y comprobantes de comunicación obrantes a folios 28 a 37 del mismo cuaderno.

2 Sentencia T-198 de 2006.

3 Sentencia T-198 de 2006.

5 Normatividad vigente en el momento en el que se presentaron los hechos narrados en el escrito de tutela.

6 Ver, entre otras, las sentencias T-198 de 2006, T-081 y T-173 de 2011.

7 Sentencia T-198 de 2006.

8 Sentencia T-341 de 2009.

9 “Por el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares.”

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

11 Convenio 159 del O.I.T sobre la Readaptación Profesional y el Empleo de las Personas Inválidas Adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su 69ª reunión, Ginebra 1983; aprobado por la Ley 82 de 1988 y promulgado mediante Decreto 970 de 1994.

12 Corte Constitucional. Sentencia T-503 de 2010.

13 En este sentido, vale la pena resaltar que en la sentencia C-381 de 2005 esta Corporación estudió, entre otros, la constitucionalidad del numeral 3° del artículo 55 del Decreto 1791 de 2000 que contempla como causal de retiro de la Policía Nacional la disminución de la capacidad psicofísica. En esa oportunidad declaró la exequibilidad condicionada de dicha norma “en el entendido que el retiro del servicio por disminución de la capacidad psicofísica sólo procede cuando el concepto de la Junta Médico Laboral sobre reubicación no sea favorable y las capacidades del policial no puedan ser aprovechadas en actividades administrativas, docentes o de instrucción”.

14 Folio 14.