

Sentencia T-487/16

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

Frente a los sujetos de especial protección constitucional, la acción de tutela procede como mecanismo definitivo de protección, lo que la diferencia de las medidas cautelares, las cuales son por naturaleza transitorias y buscan conjurar situaciones urgentes, sin que necesariamente la controversia sea resuelta de fondo. Así las cosas, cuando una persona ha sido desvinculada laboralmente del Ejército Nacional como consecuencia de su disminución de la capacidad laboral resulta procedente que a través de la acción de tutela se invoque la protección de sus derechos a la igualdad y a la estabilidad laboral.

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

La jurisprudencia constitucional ha definido la estabilidad laboral reforzada de las personas en condición de discapacidad como el derecho que les garantiza la permanencia en el empleo luego de haber adquirido una limitación física, sensorial o sicológica, como medida de protección especial, y de conformidad con su capacidad laboral. Este derecho se traduce en la prohibición de que algún empleador termine la vinculación laboral de una persona en condición de discapacidad sin que previamente haya obtenido autorización por parte del Ministerio del Trabajo.

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

El régimen legal aplicable al retiro de los soldados profesionales tiene como una de las causas la disminución de la capacidad y aptitud psicofísica, la cual deberá ser determinada con base en criterios laborales y de salud ocupacional, valorados por las autoridades médico-laborales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional. Dichas autoridades son la Junta Médico Laboral y/o el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, quienes calificarán la pérdida o disminución de la capacidad y aptitud psicofísica. Siempre que la

calificación tenga un porcentaje igual o mayor al 50%, los soldados profesionales tendrán derecho a que se les reconozca una pensión de invalidez, de conformidad con las normas que resulten aplicables.

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE SOLDADOS PROFESIONALES-Inaplicación del artículo 10 del Decreto 1793/00 que consagra la disminución de capacidad laboral como causal de retiro

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE SOLDADOS PROFESIONALES-Vulneración por calificación de la disminución de capacidad laboral y por desvinculación del Ejército como consecuencia de una limitación física sufrida durante una operación militar

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE SOLDADOS PROFESIONALES-Vulneración por Junta Médico Laboral y Tribunal Laboral de Revisión Militar y de Policía por no haber valorado la posibilidad de que el accionante fuera reubicado en las Fuerzas Militares para ejercer labores distintas a las militares

La Junta Médico Laboral y el Tribunal Laboral de Revisión Militar y de Policía desconocieron los derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida digna, a la igualdad y al trabajo del accionante, en particular sus derechos a la protección especial por su condición de discapacidad y a la estabilidad laboral reforzada. Esta vulneración no se produjo por haber calificado la incapacidad del actor en un porcentaje inferior al 50%, sino por no haber valorado la posibilidad de que el accionante fuera reubicado en las Fuerzas Militares para ejercer labores distintas a las militares, como por ejemplo de tipo administrativo, de docencia o de instrucción.

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

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

Referencia: expediente T-5.554.377

Acción de tutela interpuesta por José Javier Rojas contra la Junta Médico Laboral y el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía

Magistrado Ponente:

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Bogotá D.C., nueve (9) de septiembre de dos mil dieciséis (2016)

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado y los magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Alejandro Linares Cantillo, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

A. LA DEMANDA DE TUTELA

1. El día 26 de enero de 2016, el señor José Javier Rojas, actuando por medio de apoderada judicial[1], presentó acción de tutela contra la Junta Médico Laboral y el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, por considerar que la valoración de la capacidad laboral que realizaron ambos órganos vulneró sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida digna, a la igualdad y al trabajo.

B. HECHOS RELEVANTES

2. En el año de 2012, el señor José Javier Rojas ingresó al Ejército Nacional como soldado profesional[2].

3. En desarrollo de la operación “Sable”, en la vereda Yarumal del municipio de Suárez – Cauca, el señor José Javier Rojas sufrió una caída, producto de la cual se golpeó en los testículos. Fue atendido por un enfermero de la unidad, quien le dio un analgésico[3].

4. Luego del accidente el accionante continuó en servicio, y días después sintió “mucho dolor e inflamación”, al punto que no pudo caminar. Por esta razón, fue evacuado vía aérea

al dispensario militar 3005 de Popayán. Allí se le ordenó una ecografía testicular y valoración por urología. La ecografía arrojó como resultado atrofia testicular izquierda[4].

5. El 24 de abril de 2013, habiendo sido trasladado a la base de Morales – Cauca, recibió orden para la realización de una cirugía. En desarrollo de ese procedimiento le operaron el testículo derecho[5].

6. Por la realización de la cirugía le dieron una incapacidad de quince (15) días, transcurridos los cuales le ordenaron patrullar con la Compañía Arcángel. Tal labor le implicaba “caminar jornadas largas, nocturnas, cargar peso”, lo que empeoró su situación de salud y prolongó su dolor en los testículos[6].

8. Adicionalmente, los resultados de los exámenes de espermograma, uroanálisis y hemograma arrojaron que el señor José Javier Rojas no podía tener hijos. Como consecuencia de lo anterior, en diciembre de 2014 el accionante decidió viajar a Bogotá y a Cali por sus propios medios para consultar especialistas, asumiendo directamente los costos de los viajes[8].

9. El 26 de mayo de 2015 tuvo lugar la Junta Médico Laboral con el propósito de analizar la situación de José Javier Rojas. Dicha Junta Médico Laboral llegó a las siguientes conclusiones: (i) el accionante sufre hidrocele y varicocele derecho, lo cual deja como secuelas esterilidad y un dolor inguinal crónico; (ii) la incapacidad laboral del accionante es “permanente parcial” y “no se recomienda reubicación laboral”; (iii) la lesión le produce una disminución de su capacidad laboral del cuarenta punto cincuenta por ciento (40.50%); (iv) la lesión ocurrió en prestación del servicio; (v) de acuerdo con el numeral 9-064 del Decreto 0094 de 1989, le corresponde una indemnización de índice 12[9]; y (vi) no hay lugar a la reubicación laboral ya que el accionante “presenta secuelas que limitan realizar actividades militares satisfactoriamente, además su permanencia en la Fuerza podría complicar ocasionando un desajuste ocupacional integral”[10] (sic).

10. El 30 de septiembre de 2015, el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía se reunió para resolver las inconformidades formuladas por el señor José Javier Rojas, con relación al diagnóstico proferido por la Junta Médico Laboral. Específicamente, señaló el señor Rojas que los médicos de la Junta Médico Laboral “1. Midieron muy pocos índices 2. Y me siento física mente mal 3. Me faltó cita por medicina del dolor”[11] (sic).

11. En su análisis, el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía llegó a las siguientes conclusiones relacionadas con el caso y argumentos formulados por el accionante: (i) sufre trauma en región perineal que deja como secuelas orquidectomía izquierda con testículo derecho funcional y dolor crónico en región perineal; (ii) tiene una incapacidad permanente parcial, por la cual “no es apto para actividad militar”, por lo que “[n]o se recomienda reubicación laboral”; (iii) la disminución laboral es del veintiséis punto noventa y dos por ciento (26.92%); (iv) la lesión ocurrió durante la prestación del servicio “pero no por causa y razón del mismo, es decir, accidente común”; y (v) asignó una indemnización por índice 6 e índice 5, en virtud de lo establecido en los numerales 9-065 y 4-177 del Decreto 094 de 1989[12]. Para justificar su afirmación relacionada con la improcedencia de la reubicación, sostuvo lo siguiente:

“las secuelas que presenta el calificado le impiden desarrollar la labor para la cual fue incorporado a la institución, aunado a 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 lleva 2 con incapacidad) no le han permitido desarrollar habilidades ni destrezas que le permitan desempeñarse en otro tipo de labor del ámbito militar, por tanto se despacha en forma negativa la reubicación laboral”[13].

12. Con base en los hechos descritos, el accionante consideró que las valoraciones de disminución de capacidad laboral proferidas por la Junta Médico Laboral y del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía desconocieron sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida digna, a la igualdad y al trabajo. Para proteger estos derechos, solicitó que se ordene a los dos órganos mencionados modificar la valoración de la capacidad laboral que se le realizó, para que en su lugar se califique en un porcentaje justo la pérdida de capacidad laboral. Adicionalmente, solicitó que se disponga su reubicación laboral[14].

C. RESPUESTA DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS

Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía[15]

13. El Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía intervino en el trámite de la acción de tutela en primera instancia, mediante oficio del 4 de febrero de 2016 suscrito por Sandra Viviana Díaz Valencia, asesora jurídica de este organismo. Según esta entidad

accionada, la acción de tutela debía ser considerada improcedente, por las razones que se exponen a continuación.

14. Primero, en su escrito argumentó que el accionante ya fue valorado por los organismos médico-laborales, con base en lo cual se expidió el acto administrativo de valoración. En su opinión, según lo previsto en el artículo 22 del Decreto 1796 de 2000, la calificación de invalidez del Tribunal Médico Laboral es irrevocable y obligatoria, y solo puede ser controvertida mediante la interposición de acciones judiciales en la jurisdicción contencioso administrativa. Señaló también que el actor no interpuso en el presente caso las acciones ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por lo cual la acción de tutela no satisface el requisito de subsidiariedad.

15. En segundo lugar, sostuvo además que la entidad que representa no desconoció los derechos fundamentales del accionante al no proceder a la reubicación luego de constatar la disminución de la capacidad laboral, por cuanto la decisión de no reubicarlo se encontraba soportada en “razones médicas y académicas”[16]. Para ello, cita la justificación dada por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía en la que explica la improcedencia de la reubicación laboral (ver *supra*. numeral 11).

16. Finalmente, adujo que el accionante no queda en estado de desprotección por su desvinculación del Ejército Nacional, ya que recibirá una indemnización del Estado de acuerdo con los índices previstos en el Decreto 0094 de 1989, tal y como lo dispuso el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía. Además, precisó que, si bien fue considerado no apto para el servicio militar, puede “desempeñarse psicofísicamente en comunidad[,] donde sus patologías pueden ser mejor resguardadas en pro de la vida y la salud del accionante de lo que podrían ser en el ámbito militar”[17].

17. Mediante escrito presentado de manera extemporánea el 14 de febrero de 2016, la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional argumentó que esta entidad no desconoció los derechos fundamentales del señor José Javier Rojas. Adujo que el Ejército Nacional brindó la atención necesaria al accionante para atender sus patologías, y posteriormente convocó de manera oportuna y con respeto al debido proceso a la Junta Médico Laboral para que esta procediese a evaluar su capacidad laboral.

18. Manifestó además que de las decisiones de la Junta Médico Laboral se puede pedir

revisión por una sola vez dentro del término de cuatro meses siguientes a la fecha en que esta realice la evaluación de la capacidad laboral, término que también aplica para la Dirección de Sanidad. La revocatoria de las decisiones adoptadas por el superior jerárquico de la Junta Médico solo se podría hacer mediante las acciones ante la jurisdicción contenciosa administrativa y no puede desconocer el juez de tutela que el accionante no hizo uso de esta opción, pues sería premiar su negligencia.

D. DECISIÓN JUDICIAL OBJETO DE REVISIÓN

19. El 9 de febrero de 2016, la Sala Única de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán profirió sentencia en el proceso de tutela de la referencia[19]. Dicho Tribunal sostuvo que la acción de tutela resultaba improcedente por cuanto no cumplía con el requisito de subsidiariedad, ya que “respecto de las decisiones administrativas que clasificaron las lesiones o afecciones y la capacidad para el servicio que condujo al retiro del mismo, son procedentes los medios de control judicial de la actividad pública, en concreto la nulidad y restablecimiento del derecho, en los términos previstos en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011”[20]. Señaló además que las acciones contenciosas eran idóneas y efectivas para la protección de los derechos del accionante, teniendo en cuenta que en todos los procesos declarativos adelantados ante la jurisdicción contenciosa era posible solicitar medidas cautelares, según lo previsto en el artículo 229 de la citada ley.

20. Agregó que tampoco se acreditó que el actor estuviera en una situación apremiante, grave o inminente que hiciera viable la tutela como mecanismo transitorio.

E. ACTUACIONES ADELANTADAS ANTE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y PRUEBAS RECAUDADAS EN SEDE DE REVISIÓN

21. Mediante comunicación telefónica con el accionante, el día 21 de julio de 2016 este señaló que actualmente vive con su esposa, Ana Lucía Pinzón, y no tiene más personas a su cargo. Manifestó que fue desvinculado del Ejército Nacional en noviembre de 2015, con base en la valoración de capacidad laboral que realizó el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía en el mes de septiembre del mismo año (ver supra. numeral 11). Sostuvo también que desde ese entonces no ha podido conseguir un trabajo estable, sino tan solo algunos de tipo ocasional.

22. Señaló igualmente que el pago de la indemnización por concepto de incapacidad laboral fue realizado por el Ejército Nacional durante el mes julio de 2016, por un valor cercano a nueve millones de pesos (\$ 9.000.000).

Con relación a la atención en salud reproductiva, sostuvo que mientras estuvo vinculado al Ejército indagó acerca de las posibilidades de acceder a servicios de reproducción asistida, pero le informaron que no existía convenio con alguna institución de salud que pudiera brindárselos. Luego de su desvinculación del Ejército, señaló que se afilió al sistema general de seguridad social en el régimen subsidiado, y que hasta el momento no ha solicitado atención en salud reproductiva.

23. Adicionalmente, mediante auto del 30 de agosto de 2016, el Magistrado sustanciador, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 64 del Reglamento de la Corte Constitucional, decretó pruebas en sede de revisión, con el fin de allegar al proceso elementos de juicio relevantes para este. En consecuencia, en dicho Auto el Magistrado sustanciador resolvió lo siguiente:

“PRIMERO-. Por Secretaría General de esta Corte, OFÍCIESE al Ejército Nacional para que, en el término de dos (2) días hábiles contados a partir de la notificación del presente auto, envíe a este despacho copia de la orden de retiro del servicio activo del señor José Javier Rojas.

SEGUNDO-. En cumplimiento del artículo 64 del Reglamento de la Corte Constitucional, PONER a disposición de las partes o de los terceros con interés, todas las pruebas recibidas, para que se pronuncien sobre las mismas en un término no mayor a tres (3) días calendario a partir de su recepción.”

La Secretaria General de la Corte Constitucional, informó y remitió al Magistrado sustanciador la respuesta de la Dirección de Personal del Ejército Nacional, mediante oficio OPTB-941/16. En la respuesta enviada por dicha Dirección se recibió copia de la Orden Administrativa de Personal No. 2267 emitida por la Jefatura de Desarrollo Humano del Ejército Nacional. En esa actuación se dispone lo siguiente:

“Retirar del servicio activo de las Fuerzas Militares Ejército Nacional, en forma temporal con pase a la reserva por disminución de la capacidad psicofísica, a un personal de soldados

profesionales que a continuación se relaciona, de conformidad con lo establecido en los artículos 7, 8, literal A, numeral 2 y 10 del Decreto Ley 1793 de 2000, con novedad fiscal 20 de noviembre de 2015 "[21].

Entre las personas listadas en la Orden Administrativa de Personal No. 2267 emitida por la mencionada jefatura se encuentra listado el señor José Javier Rojas, quien actúa como accionante en el presente asunto.

II. CONSIDERACIONES

A. COMPETENCIA

24. Esta Sala de Selección es competente para conocer de esta acción de tutela, 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, así como en virtud del Auto del veintisiete (27) de mayo de 2016, expedido por la Sala de Selección de Tutela Número Cinco de esta Corte, que decidió someter a revisión la decisión adoptada por el juez de instancia en el asunto de la referencia.

B. CUESTIONES PREVIAS –PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA

25. En virtud de lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, la reiterada jurisprudencia constitucional dictada en la materia[22] y los artículos concordantes del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela tiene un carácter residual y subsidiario, razón por la cual solo procede excepcionalmente como mecanismo de protección definitivo: (i) cuando el presunto afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, o (ii) cuando existiendo ese medio carece de idoneidad o eficacia para proteger de forma adecuada, oportuna e integral los derechos fundamentales, en las circunstancias del caso concreto. Así mismo, procederá como mecanismo transitorio cuando se interponga para evitar la consumación de un perjuicio irremediable a un derecho fundamental. En el evento de proceder como mecanismo transitorio, la protección se extenderá hasta tanto se produzca una decisión definitiva por parte del juez ordinario[23].

26. Antes de realizar el estudio de fondo de la acción de tutela seleccionada, la Sala procederá primero a verificar si esta cumple los requisitos de procedibilidad.

Procedencia de la acción de tutela –Caso concreto

27. Legitimación por activa: Al respecto, la Corte observa que la acción fue presentada por apoderada del señor José Javier Rojas, a quien se le otorgó poder en debida forma (ver supra. numeral 1) con el propósito de solicitar la protección de los derechos fundamentales de su representado, por lo cual la Corte considera que existe legitimación por activa, en los términos del artículo 10 del Decreto 2591 de 1991.

28. Legitimación por pasiva: La Corte observa que la acción fue presentada contra el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía. No obstante, se advierte que en ella se cuestiona la actuación no solo de este órgano, sino también de la Junta Médico Laboral, ya que la petición formulada en la acción de tutela consiste en anular las decisiones adoptadas por ambos órganos sobre la calificación de la incapacidad del señor José Javier Rojas (ver supra. numeral 9 a 11).

Con todo, a pesar de que la acción no fue expresamente dirigida contra la Junta Médico Laboral aunque en ella se cuestionen sus actuaciones, la Corte considera que existe legitimación por pasiva. Esto se debe a que la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional representa a la Junta Médico Laboral, puesto que el artículo 17 del Decreto 1796 de 2000 establece que la Junta se integra por “tres (3) médicos de planta de la Dirección de Sanidad de la respectiva Fuerza o de la Policía Nacional”. Cabe resaltar que esta Dirección fue creada por la Ley 352 de 1997, la cual la definió en su artículo 9 como una dependencia del Comando General de las Fuerzas Militares, que tiene como objeto “administrar los recursos del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares e implementar las políticas, planes y programas que adopte el [Consejo Superior de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional]”. Por lo demás, la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional tiene la función de designar a los médicos encargados de emitir la calificación de la capacidad psicofísica de los soldados profesionales, en virtud de lo previsto en el parágrafo del artículo 3 del Decreto 1796 de 2000.

Así, en el caso del señor José Javier Rojas, la Junta Médico Laboral se conformó por personal perteneciente y designado por la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional. Es importante anotar que, en adición a las características del personal que realiza la calificación de la capacidad psicofísica, la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional intervino en el trámite

de la acción de tutela que se revisa. Por consiguiente, encuentra la Sala que tanto la Junta Médico Laboral como el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, a través del Ejército Nacional, entidad de carácter público, están representados en el proceso de tutela, por lo que existe legitimación por pasiva en el presente asunto, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 5 y 42 del Decreto 2591 de 1991.

29. Inmediatez: También considera la Sala que se cumplió con este requisito de procedibilidad en la presentación de la acción de tutela. Esta fue presentada el 26 de enero de 2016 y la actuación más reciente contra la que se dirige (esto es, el dictamen proferido por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía) se produjo el 30 de septiembre de 2015 (ver supra. numeral 10 y 11). Además, según lo manifestado por el accionante, esta decisión se hizo efectiva en noviembre de 2015 (ver supra. numeral 21). Por lo anterior, la acción de tutela fue promovida cuatro meses después de la última calificación de la capacidad laboral del accionante y tan solo dos meses después de que esta diera lugar a su desvinculación del Ejército. La Corte encuentra este plazo razonable para reclamar la protección de los derechos vulnerados, por lo cual considera que se verifica el requisito de inmediatez.

30. Subsidiariedad: Por último, le corresponde a la Sala analizar si en el presente caso la acción de tutela cumplió con el requisito de subsidiariedad. Este es un tema importante en el asunto que se revisa, teniendo en cuenta que el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, actuando como demandado en el proceso, adujo como argumento de defensa el incumplimiento del requisito de subsidiariedad, indicando que contra su decisión proceden acciones ante la jurisdicción contenciosa administrativa y estas no habían sido promovidas por José Javier Rojas (ver supra. numeral 14). Con este argumento estuvo de acuerdo el juez de primera instancia, quien lo invocó como razón para declarar improcedente la acción de tutela (ver supra. numeral 19).

El artículo 86 de la Constitución Política establece 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”. Teniendo en cuenta esta norma, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 estableció como causal de improcedencia de la tutela la existencia de otros recursos o medios de defensa judicial, sin perjuicio de la posibilidad de acudir a la tutela como mecanismo transitorio para remediar

un perjuicio irremediable.

La jurisprudencia constitucional ha entendido que el requisito de subsidiariedad exige que el peticionario despliegue de manera diligente las acciones judiciales que estén a su disposición, siempre y cuando ellas sean idóneas y efectivas para la protección de los derechos que se consideran vulnerados o amenazados. Según la jurisprudencia, una acción judicial es idónea cuando es materialmente apta para producir el efecto protector de los derechos fundamentales, y es efectiva cuando está diseñada para brindar una protección oportuna a los derechos amenazados o vulnerados[24].

La idoneidad y efectividad de los medios de defensa judicial no puede darse por sentada ni ser descartada de manera general sin consideración a las circunstancias particulares del caso sometido a conocimiento del juez[25]. Dicho en otros términos, no puede afirmarse que determinados recursos son siempre idóneos y efectivos para lograr determinadas pretensiones sin consideración a las circunstancias del caso concreto.

Entre las circunstancias que el juez debe analizar para determinar la idoneidad y efectividad de los medios de defensa judicial se encuentra la condición de la persona que acude a la tutela. En efecto, según la jurisprudencia, la condición de sujeto de especial protección constitucional y la de debilidad manifiesta del accionante es relevante para analizar si los medios ordinarios de defensa judicial son idóneos y efectivos. Ha sostenido que para estos sujetos los medios de defensa judicial se presumen no idóneos e ineficaces[26] y por lo tanto para ellos el análisis de subsidiariedad de la tutela es flexible[27]. También ha sostenido que la acción de tutela es el mecanismo judicial idóneo y efectivo para garantizar determinados derechos fundamentales de sujetos de especial protección constitucional. Así lo ha dicho respecto de personas con discapacidad que solicitan el reintegro o la reubicación a su puesto de trabajo, al considerar que tales personas, además de haber perdido su fuente de ingresos, tienen una mayor dificultad para reincorporarse al mercado laboral por razón de su discapacidad, lo cual pone en riesgo el derecho al mínimo vital de la persona desvinculada -y de su núcleo familiar, cuando este es su único proveedor económico, haciendo necesaria la actuación urgente del juez de tutela[28].

Para el análisis del presente caso, el requisito de subsidiariedad exige determinar si en el ordenamiento jurídico existe un mecanismo de defensa judicial que sea idóneo y efectivo

para lograr las finalidades de la acción de tutela, esto es, el restablecimiento y protección de los derechos fundamentales vulnerados. Conviene recordar que la Corte Constitucional ha señalado de manera general que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es idónea y efectiva para proteger derechos que puedan verse amenazados o vulnerados por actuaciones de la administración[29]. Igualmente, después de realizar un estudio de la manera como se encuentran reguladas en la Ley 1437 de 2011, ha señalado que las medidas cautelares que pueden solicitarse en el marco de los procesos iniciados con base en las acciones previstas en la mencionada ley tienen esas mismas características[30]. Por esta razón, resulta en principio improcedente la acción de tutela contra actuaciones de la administración cuando no se ha presentado una acción contenciosa en la cual se pueden solicitar medidas cautelares. Al respecto, ha dicho que “[p]or regla general, es improcedente la acción de tutela contra actos administrativos, por cuanto los medios de control y las medidas cautelares establecidos en la Ley 1437 de 2011 se presumen idóneos y eficaces para adelantar el control de legalidad de dichos actos”[31].

Con todo, como se mencionó anteriormente, en ocasiones la jurisprudencia constitucional ha matizado esta afirmación, señalando que las medidas cautelares previstas en la Ley 1437 de 2011 pueden no resultar idóneas en ciertos casos para la protección de derechos fundamentales. Ello sucedería cuando la actuación administrativa acusada pueda tener apariencia de validez porque existe una disposición legal que le sirva de sustento, pero dicha disposición se opone a normas sobre derechos fundamentales con rango constitucional. En efecto, en la hipótesis descrita existen dudas sobre la procedencia de las medidas cautelares, pues para que estas se decreten la demanda debe estar razonablemente fundada en derecho[32].

Esta hipótesis se presenta en el caso que se estudia. En efecto, considera la Corte que mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es posible cuestionar la calificación de capacidad laboral de José Javier Rojas hecha por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, en la cual además se abstuvo de recomendar la reubicación. En estos procesos, en virtud del artículo 229 de la Ley 1437 de 2011, es posible solicitar una medida cautelar. No obstante, no es clara la procedencia de la medida cautelar, pues la decisión del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía de no recomendar la reubicación laboral se basa en una norma reglamentaria vigente, que dispone expresamente lo siguiente: “el soldado profesional que no reúna las condiciones de

capacidad y aptitud psicofísica determinadas por las disposiciones legales vigentes, podrá ser retirado del servicio”[33]. Ante la falta de certeza sobre la procedencia de la medida cautelar, esta vía jurídica no puede ser considerada como un medio judicial idóneo para atender la potencial vulneración de los derechos del señor José Javier Rojas.

Por lo demás, señala la Sala que atendiendo la condición de persona con discapacidad del accionante, ya que como se indicó previamente éste sufrió lesiones que le provocaron disminución laboral del veintiséis punto noventa y dos por ciento (26.92%) según la valoración del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, y nueve meses después de su retiro efectivo del Ejército Nacional no ha podido conseguir un trabajo estable (ver supra. numeral 21), es importante anotar que frente a los sujetos de especial protección constitucional, como lo es el señor José Javier Rojas, la acción de tutela procede como mecanismo definitivo de protección, lo que la diferencia de las medidas cautelares, las cuales son por naturaleza transitorias y buscan conjurar situaciones urgentes, sin que necesariamente la controversia sea resuelta de fondo[34]. Así las cosas, cuando una persona ha sido desvinculada laboralmente del Ejército Nacional como consecuencia de su disminución de la capacidad laboral resulta procedente que a través de la acción de tutela se invoque la protección de sus derechos a la igualdad y a la estabilidad laboral.

Al respecto, en relación con los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional esta protección constitucional tiene una relevancia especial, según lo que la Corte sostuvo en la Sentencia T-1197 de 2001, en la cual señaló que:

“En el ordenamiento jurídico colombiano es evidente entonces que las personas disminuidas en sus condiciones físicas, psíquicas y sensoriales, cuentan no sólo con los derechos consagrados en general para todas las personas, sino, además, con una órbita de protección especial que los convierte en titulares de algunos privilegios previstos en el texto de la Carta. De otra parte, es oportuno explicar que esta protección adquiere un matiz particular, cuando la persona afectada en sus condiciones de salud es un agente o servidor del Estado, que en cumplimiento de sus funciones o con ocasión de las mismas, ha sufrido una considerable disminución en sus condiciones físicas, síquicas y sensoriales. Es el caso de los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, personas que por la naturaleza de sus funciones y debido a las actividades que diariamente ejecutan, afrontan riesgos permanentes para su vida e integridad personal y que frecuentemente sufren

lesiones severas, en muchos casos irreversibles. La sociedad y el Estado tienen entonces un compromiso particular, pues se trata de garantizar y prestar el servicio de seguridad social, a quienes de manera directa actúan para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades”.

Por las razones expuestas, la Corte considera que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no es idónea ni efectiva para la protección de los derechos fundamentales del José Javier Rojas. Por lo anterior, la Corte difiere de las conclusiones del juez de primera instancia sobre el cumplimiento del requisito de subsidiariedad de la acción de tutela (ver supra, numerales 19 y 20), y en su lugar considera que esta acción sí es procedente para estudiar la protección solicitada por José Javier Rojas. En consecuencia, pasa la Corte a realizar el análisis del fondo del caso.

C. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO Y ESTRUCTURA DE LA DECISIÓN

31. De conformidad con los hechos expuestos en la Sección I anterior, corresponde a la Corte analizar si se vulneran los derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida digna, a la igualdad y al trabajo de un soldado profesional cuando la Junta Médico Laboral y el Tribunal Laboral de Revisión Militar y de Policía valoraron su disminución de capacidad laboral en un cuarenta punto cincuenta por ciento (40.50%) y en un veintiséis punto noventa y dos por ciento (26.92%), respectivamente, y como consecuencia de lo anterior fue desvinculado del servicio activo como soldado profesional, al considerar que no es apto para el desarrollo de labores militares.

32. Para resolver este problema jurídico la Corte abordará los siguientes asuntos. En primer lugar, recordará la protección constitucional especial en materia laboral a favor de las personas en condición de discapacidad reconocida en la Constitución, haciendo énfasis en una de las reglas en las que se manifiesta dicha protección: la estabilidad laboral reforzada. En segundo lugar, explicará el régimen normativo que rige el retiro de los soldados profesionales, para a continuación, en tercer lugar, analizar si este régimen normativo respeta la protección laboral reforzada de las personas con discapacidad. Finalmente, aplicará las reglas fijadas en las secciones anteriores al caso del señor José Javier Rojas. Cada uno de estos cuatro temas serán abordados en secciones distintas.

D. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL ESPECIAL EN MATERIA LABORAL A LAS PERSONAS EN CONDICIÓN DE DISCAPACIDAD

33. Distintas normas de la Constitución establecen medidas de protección especial a favor de las personas en condición de discapacidad. Así, el artículo 13 constitucional señala que el Estado tiene el deber de adoptar medidas de especial protección a favor de las personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta. También dispone en el artículo 47 que el Estado debe crear e implementar una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos. Además, refiriéndose de manera más específica al ámbito laboral, el artículo 54 de la Constitución señala que el Estado debe “garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud”.

34. Estas normas se complementan y deben ser interpretadas en conjunto con disposiciones de tratados internacionales que en virtud del artículo 93 de la Constitución Política hacen parte del bloque de constitucionalidad. De manera particular, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad[35] establece en su artículo 27 el deber del Estado de reconocer el derecho al trabajo a favor de las personas con discapacidad y de adoptar distintas medidas encaminadas a hacerlo efectivo. Así, el inciso 1 de esta disposición señala:

“Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad. Los Estados Partes salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, adoptando medidas pertinentes”.

35. Entre las medidas que deben adoptar los Estados que han ratificado la Convención sobre los derechos de las personas en condición de discapacidad para garantizar el derecho al trabajo, en el mismo artículo 27 ese tratado menciona dos relevantes para analizar los hechos del caso: “[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”.

36. De acuerdo con las normas constitucionales citadas, es claro que el Estado tiene el deber de promover la integración social de las personas en condición de discapacidad, el cual comprende el reconocimiento de su derecho al trabajo. Por lo anterior, no es posible equiparar cualquier situación de discapacidad de una persona con la invalidez. Según lo ha explicado la Corte Constitucional, la discapacidad puede implicar la pérdida de algún grado de la capacidad laboral de una persona, pero solo en aquellos casos en los que la discapacidad sea severa también la capacidad laboral podrá verse afectada en gran medida. Por ello, ha concluido la Corte que “discapacidad no puede asimilarse necesariamente a pérdida de capacidad laboral. Así, personas con un algún grado discapacidad pueden desarrollarse plenamente en el campo laboral”[36].

37. Partiendo del deber especial de protección a favor de las personas en condición de discapacidad y del reconocimiento de su derecho al trabajo, la Corte Constitucional ha entendido que estas son titulares de un derecho a la estabilidad laboral reforzada. Aunque todas las personas tienen derecho a la estabilidad laboral (en virtud de lo previsto en el artículo 53 de la Constitución), este es cualificado tratándose de algunos sujetos, entre ellos las personas en condición de discapacidad[37]. Por lo tanto, es deber del Estado garantizar el goce de todos los derechos constitucionales en condiciones de igualdad, particularmente los relacionados con la incursión en el ámbito laboral y la estabilidad en el empleo.

38. En este sentido, se debe precisar que este derecho es reconocido por la legislación colombiana. Al respecto, la Ley 361 de 1997 en su artículo 26 señala lo siguiente:

“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”.

39. La jurisprudencia constitucional ha definido la estabilidad laboral reforzada de las personas en condición de discapacidad como el derecho que les garantiza la permanencia en el empleo luego de haber adquirido una limitación física, sensorial o psicológica, como medida de protección especial, y de conformidad con su capacidad laboral[38]. Este derecho se traduce en la prohibición de que algún empleador termine la vinculación laboral de una persona en condición de discapacidad sin que previamente haya obtenido autorización por parte del Ministerio del Trabajo[39].

40. Además de esta salvaguarda al derecho al trabajo de las personas en condición de discapacidad, la legislación colombiana prevé otra importante garantía de su derecho al trabajo. Así, en virtud del artículo 8º de la Ley 776 del 2002, el empleador tiene el deber de reubicar al trabajador que ha adquirido una discapacidad en un trabajo compatible con sus capacidades y aptitudes.

41. El derecho a la reubicación se desprende de distintas disposiciones constitucionales, como la solidaridad (artículos 1 y 95 Superiores), la protección especial en materia laboral de las personas con discapacidad (artículo 47 de la Carta y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad) y el derecho a la igualdad (artículo 13 de la Carta)[40].

42. El derecho a la reubicación está compuesto por distintos elementos, entre los cuales la Corte destaca los siguientes por su relevancia para el asunto que se revisa: 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[41].

E. RÉGIMEN NORMATIVO QUE REGULA EL RETIRO DE LOS SOLDADOS PROFESIONALES DEL EJÉRCITO NACIONAL

43. Sobre la base de la existencia de una clara línea de protección a las personas en

condición de discapacidad y la necesidad de garantizarle a los mismos su derecho al trabajo, debe analizar la Sala si el régimen normativo que regula el retiro de los soldados profesionales del Ejército Nacional reconoce el derecho a la estabilidad laboral reforzada de los soldados profesionales que adquieren una limitación física, sensorial o psicológica. Por lo anterior, procede la Corte a incluir una breve referencia al régimen legal aplicable a los soldados profesionales del Ejército Nacional. En la siguiente sección procederá a estudiar dicho régimen frente al parámetro de protección laboral reforzada expuesto en la Sección D anterior de esta sentencia.

44. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 217 de la Constitución, las Fuerzas Militares tendrán un régimen de carrera especial el cual será 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 los Decretos 1793 de 2000 (sobre el régimen de carrera aplicable a los soldados profesionales) y el Decreto 1796 de 2000 (sobre la evaluación de la capacidad psicofísica y de la disminución de la capacidad laboral), la Ley 923 de 2004 (sobre la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública) y el Decreto 1157 de 2014 (sobre el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública).

45. De manera específica, el Decreto 1793 de 2000 establece en sus artículos 7, 8 y 10 el régimen legal de retiro. De esta forma, el artículo 7 del mencionado decreto 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”. Posteriormente, 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, que señala en el caso de retiro por disminución de la capacidad psicofísica 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”.

46. Concordante con lo anterior, el Decreto 1796 de 2000 regula la evaluación de la capacidad psicofísica y la disminución de la capacidad laboral de los miembros de las Fuerzas Militares y de Policía. Así, esta norma en su artículo 2 define la capacidad psicofísica

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 [Decreto 1796 de 2000], para ingresar y permanecer en el servicio, en consideración a su cargo, empleo o funciones”. El mismo artículo prevé que la capacidad psicofísica se determina con base en criterios laborales y de salud ocupacional realizados por las autoridades médico-laborales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

47. Según lo dispone el artículo 3 del Decreto 1796 de 2000, la capacidad psicofísica de ingreso y permanencia en el servicio del personal militar se califica utilizando tres conceptos: apto, aplazado y no apto. Se considera que 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”; 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”, y 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”.

48. Ahora bien, el artículo 15 del mencionado Decreto 1796 de 2000 indica que la institución encargada de realizar este examen es la Junta Médico Laboral, la cual se compone por tres médicos de planta de la Dirección de Sanidad de la respectiva Fuerza o de la Policía Nacional, de los cuales uno será representante de Medicina Laboral (ver, artículo 17 del Decreto 1796 de 2000). Al realizar el examen sobre la capacidad psicofísica de una persona, la Junta Médico Laboral debe clasificar la incapacidad psicofísica y la aptitud para el servicio, “pudiendo recomendar la reubicación laboral cuando así lo amerite” (artículo 15 del mencionado Decreto 1796 de 2000). Las reclamaciones que surjan contra las decisiones de las Juntas Médica Laborales serán conocidas en última instancia por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, el cual podrá ratificarlas, modificarlas o revocarlas (artículo 21 del mencionado Decreto 1796 de 2000).

49. De acuerdo con lo señalado en el artículo 30 del Decreto 1157 de 2014, cuando la Junta Médico Laboral y/o el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía califiquen la pérdida de la capacidad laboral en un porcentaje igual o mayor al 50%, los soldados profesionales tendrán derecho a que se les pague una pensión mensual, que será

reconocida por el Ministerio de Defensa Nacional o por la Dirección General de la Policía Nacional, según el caso, liquidada de conformidad con los porcentajes que establece dicha norma.

50. De lo anterior se colige que el régimen legal aplicable al retiro de los soldados profesionales tiene como una de las causas la disminución de la capacidad y aptitud psicofísica, la cual deberá ser determinada con base en criterios laborales y de salud ocupacional, valorados por las autoridades médico-laborales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional. Dichas autoridades son la Junta Médico Laboral y/o el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, quienes calificarán la pérdida o disminución de la capacidad y aptitud psicofísica. Siempre que la calificación tenga un porcentaje igual o mayor al 50%, los soldados profesionales tendrán derecho a que se les reconozca una pensión de invalidez, de conformidad con las normas que resulten aplicables.

F. INTERPRETACIÓN DEL RÉGIMEN DE RETIRO DE LOS SOLDADOS PROFESIONALES DEL EJÉRCITO NACIONAL, CON BASE EN LA PROTECCIÓN LABORAL REFORZADA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

51. De lo transcrito en la Sección E anterior, es posible determinar que, en principio, los soldados profesionales pueden ser retirados del servicio activo cuando presenten una disminución de su capacidad laboral. Sin embargo, esto no quiere decir que el Ejército Nacional esté legitimado para desvincular a quienes presenten un menoscabo que no sea suficiente para acceder a la pensión de invalidez. Teniendo en cuenta lo anterior, en el desarrollo de la jurisprudencia la Corte Constitucional[42], este Tribunal ha sostenido que los soldados profesionales que adquieren una limitación física, sensorial o psicológica son sujetos de especial protección constitucional, y que dada esta especial condición son titulares del derecho a la estabilidad laboral reforzada. Por lo anterior, ha reconocido que dicho derecho se desconoce cuando son retirados del servicio activo con fundamento en el hecho de que no son aptos para el servicio, sin analizar las posibilidades de ser reubicados en labores distintas a las estrictamente militares. A continuación la Corte reitera los argumentos que fundamentan esta regla jurisprudencial.

52. En este sentido, la Corte Constitucional ha entendido 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 ha advertido que 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 con discapacidad[43].

53. Igualmente, cuando como resultado del examen de la capacidad psicofísica se considere que un soldado profesional no es apto (ver supra. numerales 47 y 48) esto 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 con discapacidad establecido en la Constitución y en tratados internacionales ratificados por Colombia (ver supra. numeral 47).

54. Por lo anterior, 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” (ver supra. numeral 35), 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.

55. 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 instrucción[44]. La realización de esta valoración corresponde a las Juntas Médico Laboral en única instancia 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 la capacidad laboral, especifiquen qué clase de labores podría desempeñar y con base en ello señalen si consideran procedente o no la reubicación.

56. A partir de este concepto médico de las Juntas Médico Laboral o del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, 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[45]. Para adoptar esta decisión, las jefaturas o direcciones de personal pueden tener en consideración aspectos personales del soldado profesional adicionales a su salud, como sus estudios, su experiencia y sus intereses particulares[46].

57. Con base en lo anterior, es necesario realizar una interpretación del artículo 10 del Decreto 1793 de 2000 (ver supra. numeral 45) que sea conforme al derecho de las personas con discapacidad a la estabilidad laboral reforzada. De acuerdo con esta interpretación, el retiro absoluto de un soldado profesional de las Fuerzas Militares solo podrá proceder cuando la Junta Médico 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 ninguna actividad dentro de las Fuerzas Militares[47]. En este caso, lo coherente con su determinación será el reconocimiento de la pensión de invalidez, según los porcentajes previstos en el Decreto 1157 de 2014 (ver supra. numeral 49), pues se asume que si la Junta Médico Laboral en única instancia o el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía llegan a dicha conclusión es porque la disminución de la capacidad laboral ha sido igual o superior al 50%.

58. 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 militares[48]. Aplicado de esta forma, dicho artículo 10 del mencionado decreto resulta inconstitucional, puesto que vulnera flagrantemente los derechos de los soldados que son retirados de las Fuerzas Militares por presentar una disminución en su capacidad psicofísica y ser calificados con porcentajes inferiores al 50% (situación que no los hace acreedores de la pensión de invalidez), sin siquiera considerar la posibilidad de reubicación en otras labores de las Fuerzas Militares.

59. Cabe anotar que el examen de la capacidad laboral requiere conocimientos técnicos en salud ocupacional y en asuntos laborales (ver supra. numeral 46), lo cual explica la composición de la Junta Médico Laboral y del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y

de Policía (ver supra. numeral 48). Por lo tanto, no es función del juez de tutela suplantar a esta institución para determinar directamente el porcentaje de disminución de la capacidad laboral que considera adecuado a la situación de una persona que ha adquirido una disminución física, sensorial o psicológica. En estos casos, el rol de juez de tutela debe limitarse a verificar si estos organismos han valorado la capacidad psicofísica respetando los derechos de las personas, en particular sus derechos al debido proceso y a la protección laboral reforzada. En caso de considerar que tales derechos han sido vulnerados, lo procedente es ordenarle a estos organismos que vuelvan a realizar tal examen, esta vez sí con estricto cumplimiento a los derechos fundamentales de quienes se someten a ellos.

G. SOLUCIÓN DEL CASO CONCRETO

60. Con base en los fundamentos jurídicos expuestos, la Corte procede a determinar si existió vulneración de los derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida digna, a la igualdad y al trabajo de José Javier Rojas, por la calificación de la disminución de su capacidad laboral y por su desvinculación del Ejército Nacional como consecuencia de una limitación física sufrida durante una operación militar.

61. Así, la Corte recuerda que no es competente para determinar directamente el porcentaje de disminución de la capacidad laboral que ha sido establecido por la Junta Médico Laboral y el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía (ver supra. numeral 59), por lo que su decisión no tendrá como propósito analizar si este porcentaje refleja de manera adecuada la situación de José Javier Rojas. En cambio, su decisión tendrá como finalidad determinar si con el dictamen de estos órganos y la posterior decisión del Ejército Nacional, se incurrió en vulneraciones a los derechos fundamentales del actor.

62. Para iniciar este análisis, conviene recordar que en este caso el retiro de las Fuerzas Militares se dio como consecuencia de un concepto emitido por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, que resolvió las reclamaciones formuladas por José Javier Rojas contra la decisión de la Junta Médico Laboral. Así se advierte en la Orden Administrativa de Personal No. 2267 proferida por la Jefatura de Desarrollo Humano del Ejército Nacional, en el cual se evidencia como fundamento para el retiro y pase a la reserva de distintos soldados profesionales, entre ellos José Javier Rojas, la valoración de su capacidad laboral hecha por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía (ver

supra, numeral 23). En su decisión, el Tribunal calificó la disminución laboral del accionante en un veintiséis punto noventa y dos por ciento (26.92%) y señaló que no era procedente la reubicación, teniendo en cuenta dos razones: primero, que las lesiones sufridas le impedían desarrollar la labor para la cual fue incorporado a las Fuerzas Militares, y segundo, que carecía de preparación y conocimiento en áreas de apoyo a la actividad operacional y de experiencia en las Fuerzas Militares, por su “corto tiempo como soldado profesional (3 años, de los cuales lleva 2 con incapacidad)” (ver supra. numeral 11).

63. Observa la Corte que el concepto del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía con relación a la situación del señor José Javier Rojas desconoció el deber de protección especial a favor de las personas en condición de discapacidad y el reconocimiento de su derecho a la estabilidad laboral reforzada (según el mismo se establece en los artículos 13, 47 y 53 de la Constitución), por cuanto:

a. En primer lugar, el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía confundió la aptitud para el desempeño de las actividades militares con la capacidad para desarrollar cualquier clase de actividades al interior de las Fuerzas Militares, asumiendo de esta forma que la disminución de la capacidad física de una persona lo inhabilita para desempeñar cualquier actividad. Esta conclusión es contraria al reconocimiento del derecho al trabajo de las personas con discapacidad, reconocida en la Constitución Política y en tratados internacionales suscritos por Colombia y que por consiguiente hacen parte del bloque de constitucionalidad. Es claro que una limitación física puede suponer una incapacidad para la realización de determinadas tareas, pero no necesariamente inhabilita a una persona para ejercer otras, como aquellas de tipo administrativo, de instrucción o de docencia.

b. En segundo lugar, el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía justificó la improcedencia del reintegro, entre otros, en la falta de conocimientos y de experiencia del señor José Javier Rojas. Los elementos tomados en cuenta como fundamento de este concepto exceden las valoraciones físicas y psicológicas, que es aquello que determina la capacidad psicofísica de una persona y que debe ser evaluado por las Juntas Médico Laboral y el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, según lo dispuesto en el artículo 2 del Decreto 1796 de 2000. Es claro que los conocimientos y la experiencia del señor José Javier Rojas, al igual que sus intereses particulares, son relevantes para determinar las

posibilidades de reubicación en las Fuerzas Militares en una función distinta a la militar. No obstante, esta valoración debe ser realizada por quienes tienen la autoridad para tomar decisiones sobre el personal de las Fuerzas Militares, como las jefaturas o direcciones de personal (ver supra. numeral 56), las cuales pueden considerar las necesidades humanas de sus unidades o dependencias y tomar las decisiones de reubicación con base en ellas.

c. Finalmente, cabe señalar también que la decisión del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía es incongruente. Así, por un lado, el Tribunal calificó en veintiséis punto noventa y dos por ciento (26.92%) la disminución de la capacidad laboral de José Javier Rojas, razón por la cual consideró que este no era apto para desarrollar actividades militares. Si fuera cierto que José Javier Rojas no puede desempeñar ninguna tarea al interior de las Fuerzas Militares (no solo aquellas de carácter estrictamente militar), ello hace suponer que en realidad la disminución de su capacidad laboral debería ser mayor a la calificación que realizó el Tribunal. Por este motivo, considera la Sala que si la disminución de la capacidad laboral es efectivamente del veintiséis punto noventa y dos por ciento (26.92%) debió evaluarse las capacidades laborales que podía desempeñar con su capacidad laboral residual para efectos de analizar su reubicación. Por el contrario, si es cierto que efectivamente el señor José Javier Rojas no puede desempeñar en las Fuerzas Militares ninguna actividad, ni siquiera una de naturaleza administrativa, es razonable suponer que la disminución de la capacidad laboral es mayor a la calificación realizada por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, y por consiguiente debió serle reconocida la pensión de invalidez, por superar la discapacidad el 50%.

64. Por lo expuesto, concluye la Corte que la Junta Médico Laboral y el Tribunal Laboral de Revisión Militar y de Policía desconocieron los derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida digna, a la igualdad y al trabajo de José Javier Rojas, en particular sus derechos a la protección especial por su condición de discapacidad y a la estabilidad laboral reforzada. Esta vulneración no se produjo por haber calificado la incapacidad de José Javier Rojas en un porcentaje inferior al 50%, sino por no haber valorado la posibilidad de que el accionante fuera reubicado en las Fuerzas Militares para ejercer labores distintas a las militares, como por ejemplo de tipo administrativo, de docencia o de instrucción. Por consiguiente, esta Sala tutelar los derechos del accionante.

65. Finalmente, con fundamento en lo expuesto en las reglas aplicables al caso concreto, la

Sala considera que en el presente caso debe inaplicarse lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto 1793 del 2000, puesto que de lo contrario se vulnerarían flagrantemente los derechos del accionante, ya que al calificársele como no apto para el servicio no podía aplicarse este artículo sin antes considerar el derecho a la reubicación laboral. Esto implicaba realizar por lo menos una valoración que permitiera determinar si el accionante puede realizar otro tipo de funciones dentro de la institución, a través de las dependencias competentes en el Ejército, valoración que se omitió por completo.

H. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

67. Por estos hechos, José Javier Rojas presentó acción de tutela contra la Junta Médica Laboral y el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, argumentando que se le habían desconocido sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida digna, a la igualdad y al trabajo. Por lo tanto, solicitó que se ordenara la modificación de la valoración de su capacidad laboral realizada por ambos órganos y que se dispusiera su reintegro.

68. Teniendo en cuenta este marco fáctico, la Corte consideró que debía resolver si se vulneraban los derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida digna, a la igualdad y al trabajo de un soldado profesional cuando la Junta Médico Laboral y el Tribunal Laboral de Revisión Militar y de Policía valoraron su disminución de capacidad laboral en cuarenta punto cincuenta (40.50%) por ciento y en veintiséis punto noventa y dos por ciento (26.92%), respectivamente, y como consecuencia de lo anterior, fue desvinculado del servicio activo como soldado profesional, al considerar que no era apto para el desarrollo de labores militares.

69. En primer lugar, la Sala señaló que en principio el juez de tutela no es competente para revisar los porcentajes de valoración de la incapacidad laboral, por atender a criterios especializados que son analizados por órganos compuestos por personas con conocimientos específicos sobre esos asuntos (la Junta Médico Laboral y el Tribunal Laboral de Revisión Militar y de Policía). Con todo, el juez de tutela debe verificar si el dictamen de disminución de capacidad laboral ha vulnerado los derechos fundamentales de las personas a quienes estos se realizan, en particular sus derechos al debido proceso y a la estabilidad laboral reforzada.

70. La Corte considera que es deber del Estado garantizar el derecho al trabajo de personas

en condición de discapacidad, en cumplimiento de los mandatos constitucionales y de tratados internacionales suscritos por Colombia. En este sentido, resaltó la Sala que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en ningún caso una discapacidad podrá ser motivo para obstaculizar una relación laboral, a menos que dicha discapacidad sea claramente demostrada como incompatible e insuperable. Por lo cual, es dado concluir que es obligación del Estado proteger de manera especial a las personas que se encuentren en dicha condición de discapacidad.

71. El artículo 10 del Decreto 1793 de 2000 establece que es causal de retiro del servicio activo la disminución de la capacidad psicofísica, según lo determinen las instancias competentes, a saber, la Junta Médico Laboral o el Tribunal Médico de Revisión Militar y de Policía. Siempre que se determine una discapacidad igual o mayor al 50% se deberá reconocer una pensión de invalidez. En este sentido, la Corte ha entendido que es razonable que el régimen normativo de las Fuerzas Militares considere que se requiere plena capacidad para el cumplimiento de las labores propias a un soldado profesional, pero no es adecuado 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. Destaca la Corte que la discapacidad no se puede asimilar con la pérdida de capacidad laboral.

72. Con fundamento en lo anterior, concluyó que los soldados profesionales que adquieren una limitación física, sensorial o psicológica son sujetos de especial protección constitucional, y por esta condición son titulares del derecho a la estabilidad laboral reforzada. Es por esto que, las Fuerzas Militares deben evaluar la posibilidad de reubicarlos cuando sufran una limitación física, sensorial o psicológica, incluso si ello implica capacitarlo para ejercer una nueva función. El derecho a la estabilidad laboral reforzada se desconoce cuando soldados profesionales son retirados del servicio activo por considerarse que no son aptos para la prestación del mismo, sin analizar las posibilidades de ser reubicados en labores distintas a las estrictamente militares.

73. Para efectos de determinar las posibilidades de reubicación, las Juntas Médico Laboral o el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía deben emitir su concepto fundamentado en criterios médicos y de salud ocupacional, y posteriormente corresponderá

a las jefaturas o direcciones de personal de la institución referida definir la función que pueda ser asignada al soldado profesional que ha adquirido una limitación física, sensorial o psicológica.

74. Por lo anterior, la Corte concluyó que efectivamente la Junta Médico Laboral y el Tribunal Laboral de Revisión Militar y de Policía habían desconocido los derechos fundamentales invocados por el señor José Javier Rojas, en particular su derecho a la protección especial por su condición de discapacidad y a la estabilidad laboral reforzada. Esta vulneración no se produjo por haber calificado la incapacidad de José Javier Rojas en un porcentaje inferior al 50%, sino por haber omitido considerar la posibilidad de que el accionante fuera reubicado en las Fuerzas Militares para ejercer labores distintas a las militares, como por ejemplo de tipo administrativo, de docencia o de instrucción. Manifiesta la Corte que lo coherente con una determinación de que un soldado profesional sea considerado como no apto para la prestación del servicio sería el reconocimiento de la pensión de invalidez, según los porcentajes previstos en el Decreto 1157 de 2014 (ver supra. numeral 49), pues se asume que si la Junta Médico Laboral o el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía llegan a dicha conclusión es porque la disminución de la capacidad laboral ha sido igual o superior al 50%.

75. Por lo anterior, la Corte decidió inaplicar el artículo 10 del Decreto 1793 de 2000, por considerar que dicho artículo resulta inconstitucional en el caso concreto y es contrario al derecho a la estabilidad laboral reforzada de las personas en condición de discapacidad, miembros de las Fuerzas Militares.

76. En consecuencia, la Corte procederá a revocar la sentencia de fecha 9 de febrero de 2016, proferida por la Sala Única de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, y en su lugar tutelar los derechos invocados por el accionante.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida el 9 de febrero de 2016 por la Sala Única de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, que denegó por improcedente la acción de tutela interpuesta por José Javier Rojas contra la Junta Médico Laboral y el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía. En su lugar, TUTELAR los derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida digna, a la igualdad y al trabajo del señor José Javier Rojas.

Segundo.- DEJAR SIN EFECTOS el dictamen No. 78603 del 26 de mayo de 2015 emitido por la Junta Médico Laboral y el dictamen No. M15-256 del 30 de septiembre de 2015 del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía. En su lugar, ORDENAR al Ejército Nacional que dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de esta sentencia proceda, a través de las dependencias competentes, a valorar de manera integral al señor José Javier Rojas, 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.

Tercero.- ORDENAR al Ejército Nacional que, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta sentencia, proceda a reintegrar al señor José Javier Rojas al servicio, a un cargo o actividad cuyas funciones sean acordes con sus condiciones actuales, habilidades y destrezas, previa capacitación que al efecto se requiera en caso de ser necesario. Con la reintegración deberá realizarse de manera inmediata la correspondiente afiliación en salud al accionante. En consecuencia, DEJAR SIN EFECTOS la Orden Administrativa de Personal No. 2267 proferida por la Jefatura de Desarrollo Humano del Ejército Nacional en lo relacionado con el señor José Javier Rojas.

Cuarto.- LÍBRESE por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

GABRIEL EDUARDO

MENDOZA MARTELO

Magistrado

GLORIA STELLA

ORTIZ DELGADO

Magistrada

Con salvamento parcial de voto

MARTHA VICTORIA

SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria

General

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DE LA MAGISTRADA

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

A LA SENTENCIA T-487/16

/PRINCIPIO DE CONGRUENCIA EN TUTELA (Salvamento de voto)

El principio de congruencia debe entenderse como un axioma nuclear del proceso, en virtud del cual, en principio, el juez en su sentencia no puede reconocer lo que no se le ha pedido ni más de lo pretendido por las partes, ni apartarse de lo probado en el expediente, por lo que asumir una actividad jurisdiccional contraria implica desbordar, positiva o negativamente, los límites de su función. Sin embargo, en materia de acción de tutela, el juez puede adoptar los remedios constitucionales necesarios para conjurar las vulneraciones a los derechos fundamentales puestas a su conocimiento, lo que puede implicar adoptar decisiones extra y ultrapetita, siempre con fundamento en los hechos probados en el proceso.

PRINCIPIO DE CONGRUENCIA-Desconocimiento por cuanto en el caso no estaba probado ningún hecho relacionado con cuestiones ajenas al reintegro laboral del actor, por tanto se

debió limitar la orden solo a aquellos aspectos relacionados con el reintegro y la reubicación laboral del accionante (Salvamento de voto)

La Corte debió dejar sin efectos parciales los dictámenes de calificación laboral y limitar la orden solo a aquellos aspectos relacionados con el reintegro y la reubicación laboral del accionante, puesto que extender el disvalor jurídico a la totalidad del contenido de los conceptos médicos referidos, genera problemas de congruencia de la sentencia, puesto que se profirieron remedios para superar las vulneraciones a los derechos fundamentales acusados sin considerar que los únicos reparos que acreditó la Sala estuvieron referidos a la negativa de las entidades accionadas para considerar la reubicación del accionante. En otras palabras, en esta oportunidad no estaba probado ningún hecho relacionado con cuestiones ajenas al reintegro laboral del actor.

ACCION DE TUTELA CONTRA DICTAMEN DE JUNTA DE CALIFICACION DE INVALIDEZ-
Procedencia excepcional (Salvamento de voto)

Esta Corporación ha reiterado que la procedencia de la acción de tutela para controvertir dictámenes de calificación de invalidez no implica un debate en torno a la calificación misma de la invalidez, sino que versa sobre el escrutinio de la plena observancia del derecho fundamental al debido proceso en los procedimientos respectivos, pues es claro que la Corte no puede cuestionar aspectos médicos y científicos, bajo el entendido de que los mismos escapan al ejercicio de su función jurisdiccional.

ACCION DE TUTELA CONTRA DICTAMEN DE JUNTA DE CALIFICACION DE INVALIDEZ-
Procedencia excepcional que se reduce a la estricta comprobación de la garantía del derecho fundamental del debido proceso en su expedición (Salvamento de voto)

La sentencia no debió dejar sin efectos la totalidad de los dictámenes, sino únicamente en relación con la orden de reintegro y reubicación laboral del actor. Este último aspecto pues dicho aspecto constituyó el objeto de estudio sobre el cual gravitó la solicitud de amparo de la referencia y se demostró plenamente como la causa de la afectación de los derechos fundamentales que se buscaron amparar, con lo cual se daría plena eficacia al principio de congruencia del fallo y a la procedencia excepcional de la acción de tutela contra dictámenes de calificación laboral.

Referencia: Expediente T-5.554.377

Demandante: José Javier Rojas

Demandado: Junta Médico Laboral y el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía.

Magistrado Ponente:

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte Constitucional y la posición institucional previamente definida en una línea jurisprudencial en torno al tema, presento a continuación las razones que me conducen a salvar parcialmente mi voto a la decisión adoptada por la Sala Tercera de Revisión en sesión del 9 de septiembre de 2016, que por votación mayoritaria profirió la sentencia T-487 de 2016, de la misma fecha.

La providencia en la que salvo parcialmente mi voto resolvió: i) Revocar la sentencia proferida el 9 de febrero de 2016, por la Sala Única de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, que denegó por improcedente la acción de tutela interpuesta por José Javier Rojas contra la Junta Médico Laboral y el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía. En su lugar, tutelar los derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida digna, a la igualdad y al trabajo del accionante; ii) dejar sin efectos los dictámenes números 78603 del 26 de mayo de 2015, emitido por la Junta Médico Laboral y M15-256 del 30 de septiembre de 2015, del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía. En su lugar, ordenar al Ejército Nacional que dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de esta sentencia proceda, a través de las dependencias competentes, a valorar de manera integral al accionante, para determinar que funciones puede desempeñar en esa institución; y iii) ordenar el reintegro del actor a la institución accionada dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esa providencia.

En esta oportunidad, la Corte estudio el caso del señor José Javier Rojas, quien sufrió una lesión testicular mientras se desempeñaba como soldado profesional en el año 2013.

Después de varios procedimientos médicos y quirúrgicos, el 26 de mayo de 2015, se realizó la Junta Médico Laboral con el fin de evaluar la capacidad para trabajar del actor, la cual

concluyó que: i) el accionante sufre de hidrocele y varicocele derecho, lo cual deja como secuelas la esterilidad y un dolor inguinal crónico; ii) la incapacidad del actor es “permanente parcial” y “no se recomienda reubicación laboral”; iii) la disminución de su capacidad laboral es del 40.50%; iv) la lesión ocurrió en prestación del servicio; v) le corresponde indemnización; y vi) no hay lugar a la reubicación aboral ya que el accionante “presenta secuelas que limitan realizar actividades militares satisfactoriamente, además su permanencia en la fuerza podría complicar (sic) ocasionando un desajuste ocupacional integral”.

El 30 de septiembre de 2015, el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, resolvió las “inconformidades” presentadas por el actor en contra del dictamen referido previamente, de la siguiente manera: i) sufre trauma en región perineal que deja como secuelas orquidectomía izquierda con testículo derecho funcional y dolor crónico en región perineal; ii) tiene incapacidad permanente parcial, por lo que no es apto para la actividad militar y no se recomienda reubicación laboral; iii) la disminución laboral es del 26.92%; iv) la lesión ocurrió durante la prestación del servicio, pero no por causa y razón del mismo, por lo que se trata de un accidente de origen común; y, v) debe asignarse una indemnización.

La improcedencia de la reubicación la justificó con base en que: “(...) las secuelas que presenta el calificado le impiden desarrollar la labor para la cual fue incorporado a la institución, aunado a 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 lleva 2 con incapacidad) no le han permitido desarrollar habilidades ni destrezas que le permitan desempeñarse en otro tipo de labor del ámbito militar, por tanto se despacha en forma negativa la reubicación laboral.”[49]

En esta oportunidad, aunque comparto la decisión final de amparar los derechos fundamentales invocados por el ciudadano, considero necesario presentar algunas precisiones sobre las órdenes contenidas en la parte resolutive de la providencia, en especial la relacionada con dejar sin efectos de manera íntegra los dictámenes números 78603 del 26 de mayo de 2015 y M15-256 del 30 de septiembre de 2015, proferidos por la Junta Médico Laboral y el Tribunal Laboral de Revisión Militar y de Policía respectivamente, puesto que con la misma se desconoció: de una parte, el principio de congruencia de la

sentencia al decidir sobre asuntos que carecen de elementos probatorios, como es la validez del porcentaje de pérdida de capacidad laboral y el origen mismo de la incapacidad, entre otros elementos que son trascendentales en los mencionados documentos diagnósticos; y de otra, la procedencia excepcional de la solicitud de amparo para controvertir dictámenes de calificación de invalidez. Los siguientes argumentos sustentan mi posición:

Desconocimiento del principio de congruencia de la sentencia. Para la fijación del objeto de la litis también son indispensables hechos probados

1. El principio de congruencia de la sentencia, que orienta la teoría general del proceso, también aplicable en tutela, implica la obligación del juez de fallar conforme al asunto sometido a conocimiento del funcionario judicial, conocido también como *thema decidendum*, el cual ha sido fijado previamente por las partes en sus alegaciones y actividad probatoria, es decir, debe proferir una decisión con fundamento en lo alegado y probado en el proceso[50]. Así, para el profesor MORALES "(...) la sentencia debe ser clara y en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes (...) "[51]

Por su parte, esta Corporación ha considerado que el principio de congruencia debe entenderse como un axioma nuclear del proceso, en virtud del cual, en principio, el juez en su sentencia no puede reconocer lo que no se le ha pedido ni más de lo pretendido por las partes, ni apartarse de lo probado en el expediente, por lo que asumir una actividad jurisdiccional contraria implica desbordar, positiva o negativamente, los límites de su función[52]. Sin embargo, en materia de acción de tutela, el juez puede adoptar los remedios constitucionales necesarios para conjurar las vulneraciones a los derechos fundamentales puestas a su conocimiento, lo que puede implicar adoptar decisiones extra y ultrapetita, siempre con fundamento en los hechos probados en el proceso.

2. En definitiva, la congruencia de la sentencia le impone al juez la obligación de proferir su decisión con fundamento en el objeto del litigio fijado por las partes y los hechos que encontró probados. De tal deber surge la necesidad de que la sentencia proferida durante el trámite de la acción de tutela, establezca como fundamento una relación inescindible de conexidad consecuente entre la parte considerativa de la providencia y las órdenes impartidas para remediar la vulneración de los derechos fundamentales invocados. La

inobservancia de este requisito procesal, que también es sustancial, genera una decisión que carece de consonancia con los supuestos fácticos y probatorios que la sustentan, lo que configura un fallo que se aparta del principio de congruencia que debe observarse aun en sede de amparo.

3. Conforme a lo expuesto, en la sentencia de la cual me aparto parcialmente, la Corte debió dejar sin efectos parciales los dictámenes de calificación laboral y limitar la orden solo a aquellos aspectos relacionados con el reintegro y la reubicación laboral del accionante, puesto que extender el disvalor jurídico a la totalidad del contenido de los conceptos médicos referidos, genera problemas de congruencia de la sentencia, puesto que se proferieron remedios para superar las vulneraciones a los derechos fundamentales acusados sin considerar que los únicos reparos que acreditó la Sala estuvieron referidos a la negativa de las entidades accionadas para considerar la reubicación del accionante. En otras palabras, en esta oportunidad no estaba probado ningún hecho relacionado con cuestiones ajenas al reintegro laboral del actor.

Sin embargo, la posición mayoritaria resolvió el dejar sin efectos la integridad de los dictámenes objeto de censura en sede de amparo, sin tener elementos de prueba suficientes para adoptar esa decisión, situación que configuró el desconocimiento del principio de congruencia de la sentencia.

Procedencia excepcional de la acción de tutela para controvertir dictámenes de calificación de invalidez

4. Los dictámenes proferidos por las Juntas de Calificación son actos jurídicos que determinan el porcentaje de la pérdida de la capacidad laboral, a partir de valoraciones médicas y científicas de las lesiones y enfermedades del solicitante, realizadas por especialistas médicos a través de la revisión diagnóstica y profesional del paciente o del análisis de los conceptos que obran en la historia clínica[53].

En vista de lo anterior, los mencionados documentos tienen una naturaleza dual, pues de una parte, se trata de una valoración técnica y científica, a partir de revisiones diagnósticas y conceptos realizados por especialistas médicos; y de otra, son actos jurídicos, pues tienen su origen, trámite y efectos en el ordenamiento jurídico y además, impactan de manera directa en el ejercicio del derecho fundamental a la seguridad social.

La mencionada procedencia excepcional se justifica en el hecho que la pérdida de capacidad laboral (constituida por el porcentaje de pérdida y la fecha de su estructuración) dictaminada por las Juntas de Calificación, es uno de los requisitos legales habilitantes para el goce efectivo del derecho fundamental a la seguridad social, de ahí su estrecha relación, y la necesidad de la rigurosa verificación por parte del juez de tutela, de la plena observancia del debido proceso en la expedición de los respectivos dictámenes.

6. Así las cosas, la procedencia de la acción de tutela para estudiar dictámenes de calificación laboral es excepcional, y se reduce a la estricta comprobación de la garantía del derecho fundamental del debido proceso en su expedición. Así dijo entenderlo la posición mayoritaria al afirmar en la sentencia que:

“(…) la Corte recuerda que no es competente para determinar directamente el porcentaje de disminución de la capacidad laboral que ha sido establecido por la Junta Médico Laboral y el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía (ver supra. Numeral 59), por lo que su decisión no tendrá como propósito analizar si este porcentaje refleja de manera adecuada la situación de José Javier Rojas.”[55]

No obstante, en la valoración del caso concreto esta regla jurisprudencial no fue observada en el fallo, puesto que con ausencia de fundamentos fácticos y probatorios dejó sin efectos de manera íntegra los dictámenes de calificación laboral. De esta manera, no existió prueba alguna de que se haya desconocido el debido proceso en el establecimiento del porcentaje de pérdida de capacidad laboral, en el diagnóstico del origen de la incapacidad o en la fecha de su estructuración.

Otra cosa es que se hubiera encontrado demostrada la violación de los derechos fundamentales del actor originadas en la negativa de las entidades accionadas, de reubicar al actor, lo que constituyó una conducta omisiva que desconoció las garantías fundamentales invocadas por el accionante, situación que podría configurar, aunque no lo haga explícito el fallo, un desconocimiento al debido proceso en la expedición del acto administrativo, pues el porcentaje de pérdida de capacidad laboral no superaba el 50%, lo que obligaba a las entidades accionadas a considerar la reubicación laboral del actor.

7. En conclusión, la sentencia de la cual me aparto en algunos aspectos, no debió dejar sin efectos la totalidad de los dictámenes 78603 del 26 de mayo de 2015 y M15-256 del 30 de septiembre de 2015, proferidos por la Junta Médico Laboral y el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía respectivamente, sino únicamente en relación con la orden de reintegro y reubicación laboral del actor. Este último aspecto pues dicho aspecto constituyó el objeto de estudio sobre el cual gravitó la solicitud de amparo de la referencia y se demostró plenamente como la causa de la afectación de los derechos fundamentales que se buscaron amparar, con lo cual se daría plena eficacia al principio de congruencia del fallo y a la procedencia excepcional de la acción de tutela contra dictámenes de calificación laboral.

Fecha ut supra

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

[1] Según consta en el cuaderno principal, fl. 1.

[2] Según consta en el cuaderno principal, fl. 2.

[3] Según consta en el cuaderno principal, fl. 2.

[4] Según consta en el cuaderno principal, fl. 3.

[5] Según consta en el cuaderno principal, fl. 3.

[6] Según consta en el cuaderno principal, fl. 3.

[7] Según consta en el cuaderno principal, fls. 3 y 4.

[8] Según consta en el cuaderno principal, fls. 4 y 26.

[9] Según se evidencia en la Tabla de indemnización en meses de sueldo contenida en el Decreto 0094 de 1989, a esta calificación corresponderían 14.10 meses de sueldo.

[10] Acta de la Junta Médico Laboral No. 78603 del 26 de mayo de 2015, según consta en el

cuaderno principal, fls. 16 y 17.

[11] Acta del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía No. M15-256 del 30 de septiembre de 2015, según consta en el cuaderno principal, fl. 10.

[12] Acta del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía No. M15-256, del 30 de septiembre de 2015., según consta en el cuaderno principal, fls. 13 y 14.

[13] Acta del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía No. M15-256 del 30 de septiembre de 2015, según consta en el cuaderno principal, fl. 13.

[14] Según consta en el cuaderno principal, fls. 7 y 8.

[15] Según consta en el cuaderno principal, fls. 45 a 50.

[16] Según consta en el cuaderno principal, fl. 46.

[17] Según consta en el cuaderno principal, fl. 48.

[18] Según consta en el cuaderno principal, fls. 77 a 80.

[19] Según consta en el cuaderno principal, fls. 53 a 68.

[20] Según consta en el cuaderno principal, fl. 66.

[21] Según consta en el cuaderno de pruebas, fl. 21.

[23] Acerca del perjuicio irremediable, esta Corte ha señalado que debe reunir ciertos requisitos para que torne procedente la acción de tutela, a saber: "(i) que se trate de un hecho cierto e inminente; (ii) que las medidas a tomar deben ser urgentes; (iii) que la situación a la que se enfrenta la persona es grave; y finalmente (iv) que las actuaciones de protección han de ser impostergables." Ver, sentencia T-896 de 2007, entre otras.

[24] Ver, sentencia T-211 de 2009.

[25] Ver, sentencia T-222 de 2014.

[26] Ver, sentencia T-651 de 2009.

[27] Ver, sentencia T-589 de 2011.

[28] Ver, sentencias T-503 de 2010, T-910 de 2011 y T-832 de 2014.

[29] Ver, sentencia T-030 de 2015.

[30] Ver, sentencia T-733 de 2014.

[31] Ver, sentencia T-427 de 2015.

[32] El artículo 231 de la Ley 1437 de 2011 establece distintos requisitos de procedencia dependiendo de la clase de medidas cautelares, distinguiendo entre las suspensivas y las preventivas, conservativas y anticipativas. Respecto de las primeras, señala que estas procederán “por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice por escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud”. Por su parte, respecto de las medidas preventivas, conservativas y anticipativas, señala que uno de sus requisitos es “que la demanda esté razonablemente fundada en derecho”. Por lo tanto, la Corte entiende que en últimas todas las clases de medidas cautelares previstas en la Ley 1437 de 2011 requieren una fundamentación jurídica razonable para ser procedentes.

[33] Decreto 1793 de 2000, artículo 10.

[34] Ver, sentencia T-376 de 2016.

[35] Adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006. Fue aprobada por el Congreso de la República mediante la Ley 1346 de 2009.

[36] Ver, sentencia T-198 de 2006.

[37] Ver, sentencia C-531 de 2000.

[38] *Ibíd.*

[39] Ver, sentencia T-503 de 2010.

[40] Ver, Sentencia T-269 de 2010.

[41] Ibíd.

[42] La Corte Constitucional ha estudiado este asunto, entre otras, en las siguientes sentencias: T-503 de 2010, T-081 y T-910 de 2011, T-459 y T-1048 de 2012, T-843 de 2013, T-382 y T-928 de 2014, T-076 de 2016 y T-218 de 2016.

[43] Ver, sentencias T-503 de 2010 y T-076 de 2016.

[44] Ver, sentencias T-1098 de 2012 y T-928 de 2014.

[45] Ver, sentencia T-1098 de 2012.

[46] Ibíd.

[47] Ver, sentencias T-928 de 2014 y T-076 de 2016.

[48] Ver, Sentencias T-503 de 2010, T-081 de 2011 y T-843 de 2013.

[49] Página 3 de la sentencia T-487 de 2016

[50] Vescovi, E. Teoría general del proceso. Temis. Bogotá, 1984, pág. 53.

[51] Morales Morales, M. Curso de derecho procesal civil, parte general, Ediciones Lerner, Bogotá, 1960, pág. 438

[52] Referido inicialmente en la Sentencia T-231 de 1994 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, reiterado, por ejemplo, por las sentencias T-450 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, y T-590 de 2006. M.P. Jaime Araujo Rentería, Sentencia T-714 de 2013 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub., entre otras.

[53] Consejo de Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección “B”, sentencia del 20 de marzo de 2014. Consejera ponente: Bertha Lucia Ramírez De Páez Radicación número: 08001-23-31-000-2004-02106-01(0319-13)

[54] Sentencia T - 436 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández

[55] Fundamento 61 contenido en la Página 20 de la sentencia T-487 de 2016.