

T-843-13

Sentencia T-843/13

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

Las personas en condición de discapacidad son titulares del derecho a obtener una protección especial por parte del Estado colombiano de acuerdo a la Constitución Política de 1991 y a los tratados internacionales. De igual forma, a Colombia le asiste la obligación de garantizar la inclusión laboral de las personas en dicha circunstancia lo cual ha sido objeto de desarrollo legal y jurisprudencial mediante el derecho a la estabilidad laboral reforzada, que prohíbe la terminación del contrato de trabajo de las personas en condición de discapacidad sin mediar autorización de la oficina de Trabajo, so pena de que la determinación resulte ineficaz. Al mismo tiempo, ese derecho implica la posibilidad de la reincorporación a la labor y la reubicación que no genere desmejoramiento de las condiciones de empleo, así como la búsqueda de alternativas laborales compatibles con su situación.

REGIMEN LEGAL DE LOS SOLDADOS PROFESIONALES-Decreto 1793 de 2000 Régimen especial

SOLDADOS PROFESIONALES-Situación de quienes sufren afectación en su capacidad laboral a causa del cumplimiento del servicio

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

La jurisprudencia constitucional ha garantizado el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada de los soldados profesionales que son retirados del servicio activo en cumplimiento a lo prescrito en el artículo 10° del Decreto 1793 de 2000 cuando se determina la disminución de su capacidad psicofísica y cuando son declarados no aptos para desarrollar la actividad militar. Para ello, la Corte ha considerado que la acción de tutela resulta procedente a pesar de existir otros mecanismos de justicia cuando el juez

constitucional evidencie que estos no resultan idóneos para proteger sus derechos fundamentales. Así mismo, ha indicado que la aplicación del este artículo genera vulneración de los derechos fundamentales si se tienen en cuenta las obligaciones del Estado de asegurar la protección de las personas en condición de discapacidad, y la de procurar acciones legislativas y judiciales coherentes para su protección. Por ello, ha ordenado la reincorporación de los soldados profesionales que se encuentren en tal situación y su reubicación en actividades acordes con sus habilidades, destrezas y formación académica, así como la prestación de la atención médica.

DERECHO A LA SALUD, MINIMO VITAL Y ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE SOLDADO PROFESIONAL-Orden a Ejército Nacional reintegre a soldado retirado por razón de disminución de capacidad laboral

Referencia: expediente T-3983064

Acción de tutela instaurada por Paola Fernanda Murillo Suárez, actuando como apoderada de Juan Carlos Contreras Osorio contra el Ministerio de Defensa Nacional - Fuerzas Militares de Colombia - Ejército Nacional.

Magistrado Ponente:

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá, D.C., veintidós (22) de noviembre de dos mil trece (2013)

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Luis Ernesto Vargas Silva, María Victoria Calle Correa y Mauricio González Cuervo, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos dictados por la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 5 de febrero de 2013, y la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, el 24 de abril de

2013, que resolvieron la acción de tutela promovida por Paola Fernanda Murillo Suárez, actuando como apoderada de Juan Carlos Contreras Osorio, contra el Ministerio de Defensa Nacional – Fuerzas Militares de Colombia – Ejército Nacional.

## I. ANTECEDENTES

### 1. Hechos y demanda:

El 23 de enero de 2013, Paola Fernanda Murillo Suárez, actuando como apoderada de Juan Carlos Contreras Osorio, instauró acción de tutela contra el Ministerio de Defensa Nacional – Fuerzas Militares de Colombia – Ejército Nacional como mecanismo transitorio de defensa, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales al trabajo, al mínimo vital, a la estabilidad laboral reforzada, a la salud y a la vida digna, atendiendo a los siguientes hechos:

1.1. Indica el accionante que el 5 de abril de 2001, ingresó al Ejército Nacional de Colombia a prestar el servicio militar obligatorio como soldado regular en óptimas condiciones de salud para luego continuar con su labor en calidad de soldado profesional.

1.2. Señala que el 27 de abril de 2010 sufrió una caída en las instalaciones del Batallón de Instrucción y Entrenamiento de la Decimocuarta Brigada de Antioquia afectándose una de sus manos, las rodillas y el hombro derecho, de acuerdo al Informativo Administrativo por Lesiones del 4 de mayo de 2010, donde también se establece que sus lesiones son atribuibles al servicio.

1.3. Afirma que la Junta Médica Provisional Laboral No. 41883, mediante dictamen del 4 de marzo de 2011, determinó que tenía un trauma en rodilla y hombro derechos, ruidos cardiacos, un soplo sistólico, gastritis y úlceras en paladar y labios. A partir de lo anterior, ordenó un tratamiento que implicaba la valoración y el manejo por el área de fisioterapia y ortopedia, así como un examen por parte de medicina interna sobre taquicardia y gastritis.

1.5. Sostiene que mientras se resolvía la situación médico laboral, el señor Juan Carlos Contreras Osorio laboró en las oficinas de quejas y reclamos, y de archivo, entre otros cargos del Ejército Nacional, cuyas tareas se ajustaban a sus destrezas físicas y

académicas. Pese a ello, mediante Orden Administrativa de Personal No. 1970 del 30 de septiembre de 2012, se ordena su retiro definitivo del servicio activo argumentando la pérdida de capacidad psicofísica.

1.6. Alega que el señor Juan Carlos Contreras es el responsable del sustento económico de su hijo de 7 años de edad; de su compañera permanente, quien se encuentra en el quinto mes de gestación, en un embarazo de alto riesgo; y de sus padres, quienes se han visto afectados por su retiro del servicio activo ya que en la actualidad no tiene ingresos económicos.

1.7. Mantiene que inició los trámites extrajudiciales y judiciales tendientes a cuestionar su retiro del servicio activo para que sea reincorporado al Ejército Nacional de Colombia en un cargo que se ajuste a sus destrezas.

1.8. Por lo anterior, solicita el amparo transitorio de sus derechos fundamentales, ordenando al Ejército Nacional de Colombia el reintegro en un cargo que se ajuste a sus destrezas mientras que la jurisdicción contencioso administrativa resuelve la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho que pretende interponer, así como la activación de los servicios médicos y la realización de un examen que involucre un análisis integral de sus condiciones de salud.

## 2. Respuesta de las entidades accionadas

2.1. El Subdirector de Personal del Ejército Nacional de Colombia, mediante escrito del 30 de enero de 2013, solicitó negar el amparo. Sostuvo que el retiro del servicio activo del señor Juan Carlos Contreras Osorio obedeció a la disminución de su capacidad laboral, determinada por la Junta Médica Laboral No. 46618 el 14 de septiembre de 2011, quien estableció que no era apto para la actividad militar, y se abstuvo de recomendar su reubicación en labores administrativas, docentes o de instrucción.

Señaló que dicha actuación se adecua a lo establecido por la sentencia C-381 de 2005, en donde se resolvió que el retiro del servicio por disminución de la capacidad psicofísica sólo procede cuando el concepto sobre reubicación de la Junta Médico Laboral no sea favorable y las capacidades del individuo no puedan aprovecharse en actividades administrativas, docentes o de instrucción. El actor estaba facultado para controvertir ese dictamen ante el

Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar dentro de los cuatro meses siguientes a su notificación según el artículo 21 del mismo decreto, pese a ello guardó silencio.

Así mismo, manifestó que la acción de tutela es improcedente para debatir una decisión administrativa dada su naturaleza subsidiaria y la existencia de mecanismos ordinarios establecidos en la jurisdicción contencioso administrativa para controvertir las actuaciones administrativas que dieron lugar al retiro del servicio del señor Juan Carlos Contreras. Aunado a ello, no se evidencia la configuración de un perjuicio irremediable que haga procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio, toda vez que no se identifica un perjuicio inminente y grave, que requiera medidas urgentes de protección.

Finalmente, advierte que la copia del Acta de la Junta Médica Laboral No. 46618, fue aportada de manera temeraria, lo que se traduce en fraude procesal. Sostiene que se alteró la parte concluyente del acto administrativo sobre la calificación de la capacidad psicofísica para el servicio del actor. El documento original señala en aquella parte: "(...) NO APTO - PARA LA ACTIVIDAD MILITAR SEGÚN ARTÍCULO 68 DECRETO 094 DE 1989. NO SE RECOMIENDA REUBICACIÓN LABORAL" mientras que el aportado por la apoderada del peticionario únicamente indica en el mismo aparte: "SE RECOMIENDA REUBICACIÓN LABORAL".

2.2. Mediante contestación del 4 de febrero de 2013, el Subdirector de Sanidad del Ejército Nacional de Colombia solicitó declarar improcedente la acción de tutela. Sostuvo que no se acreditó un perjuicio irremediable que la haga procedente, sumado a que el señor Juan Carlos Contreras Osorio no puede recibir atención médica en los establecimientos de sanidad militar toda vez que no ostenta la calidad de afiliado o beneficiario del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares de acuerdo a los artículos 23 y 24 de Decreto 1795 de 2000.

De igual forma, mantuvo que según el artículo 20 del Decreto 1793 de 2000, el soldado profesional tiene la obligación de presentarse para la práctica de los exámenes físicos dentro de los 60 días calendarios siguientes a su retiro, deber que el accionante no cumplió.

Sobre la solicitud de valorar patologías diferentes a las ya estudiadas por la Junta Médica Laboral, manifestó que de conformidad al artículo 19 del Decreto 1796 de 2000, la Junta se

encuentra autorizada para evaluar por una sola ocasión las lesiones sufridas por los miembros de la fuerza pública. Puntualizó que el diagnóstico del peticionario pudo ser controvertido ante el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar, tal como lo dispone el artículo 21 del mismo decreto, mecanismo que el actor no agotó.

## II. DECISIONES OBJETO DE REVISIÓN:

### 1. Decisión de primera instancia:

El 5 de febrero de 2013, la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, amparó los derechos fundamentales invocados por el actor. A tal conclusión llegó luego de establecer que el señor Juan Carlos Contreras Osorio ingresó al Ejército Nacional en óptimas condiciones y que las lesiones sufridas fueron ocasionadas mientras prestaba sus servicios a la institución castrense, y le dejaron secuelas que limitaron la posibilidad de continuar con su labor. De igual modo, evidenció la desprotección en la que quedó el demandante y su familia, ya que no cuentan con ingresos económicos para garantizar sus necesidades básicas, sumado al hecho de que el accionante no ha podido conseguir trabajo.

### 2. Impugnaciones presentadas:

El Subdirector de Sanidad del Ejército Nacional de Colombia solicitó que se revocara la decisión acudiendo a los mismos argumentos presentados en la contestación del 4 de febrero de 2013

### 3. Decisión de segunda instancia:

La Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante fallo del 24 de abril de 2013, confirmó parcialmente el fallo de primera instancia. Sostuvo que de acuerdo a los hechos y los documentos aportados por la parte actora no se encuentra demostrada su condición de precariedad económica ni la de su familia, ni se logra determinar la configuración de un perjuicio irremediable de sus derechos fundamentales que justifique la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio, y como medio para obtener su reintegro al Ejército Nacional.

Frente a la solicitud de convocatoria de una nueva Junta Médica Laboral, manifestó que no

es posible acceder a la pretensión ya que la situación estudiada no se encuentra contemplada dentro de los eventos previstos por la Corte Constitucional para su procedencia: “(i) que exista una conexión objetiva entre el examen solicitado y una condición patológica atribuible al servicio; (ii) que dicha condición recaiga sobre una patología susceptible de evolucionar progresivamente; y (iii) que la misma se refiera a un nuevo desarrollo no previsto en el momento del retiro”. A pesar de lo anterior, considero que la entidad accionada está en la obligación de garantizar la prestación de los servicios de salud del actor, ya que sus lesiones fueron adquiridas estando en servicio activo y que a su vez generaron su retiro del servicio activo.

### III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE

#### 1. Competencia

Esta Corte es competente para revisar las decisiones judiciales descritas, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, atendiendo a la selección y el reparto efectuados mediante auto de la Sala de Selección número siete, notificado el 2 de septiembre de 2013.

#### 2. Problema Jurídico y Esquema de Resolución

2.1. Corresponde a la Sala Novena de Revisión determinar si el Ejército Nacional de Colombia vulneró los derechos fundamentales al mínimo vital, a la estabilidad laboral reforzada y a la salud del señor Juan Carlos Contreras Osorio, tras retirarlo del servicio activo debido al trauma en rodilla y hombro derechos, los ruidos cardiacos, el soplo sistólico, la gastritis y las úlceras en paladar y labios que le generan una disminución de la capacidad laboral del 46.16%, y por no tener las capacidades aprovechables en actividades administrativas, docentes o de instrucción en la institución para reubicarlo laboralmente.

2.2. Para resolver la cuestión planteada, la Sala reiterará la jurisprudencia de la Corte sobre: (i) la estabilidad laboral reforzada sobre las personas en condición de discapacidad; (ii) el régimen legal de vinculación y retiro de los soldados profesionales del Ejército Nacional. En ese marco, (iii) se analizará y resolverá el caso en concreto.

#### 3. La estabilidad laboral reforzada sobre las personas en condición de discapacidad.

3.1. De acuerdo con el artículo 13 de la Norma Superior, “[t]odas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”. Igualmente, el párrafo tercero de esa disposición establece la obligación en cabeza del Estado de otorgar protección especial a las personas que por su situación económica, física o mental se encuentren en condición de debilidad manifiesta, además del deber de sancionar los abusos o maltratos que se cometan en su contra.

Al unísono, el artículo 47 constitucional dispone la obligación del Estado de adelantar “una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran”. Armónicamente, el artículo 54 de la Constitución del 91 dispone la manera en que el Estado colombiano debe garantizar la inclusión laboral de las personas en circunstancia de debilidad manifiesta, esto es, “propicia[ndo] la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar y garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud”.

3.2. En este contexto, el Estado colombiano tiene compromisos internacionales tendientes a la protección de las personas con algún tipo de limitación física o mental. Es así que mediante la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, integrada al ordenamiento jurídico mediante la Ley 1346 de julio 31 de 2009, se establece la obligación de los Estados Partes de promover su derecho al trabajo de la siguiente manera:

“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, incluida la promulgación de legislación (...)” (Texto subrayado por fuera del texto).

Cabe destacar que la citada Convención establece como medidas que deben acoger los

Estados Partes las siguientes:

“Prohibir la discriminación por motivos de discapacidad con respecto a todas las cuestiones relativas a cualquier forma de empleo, incluidas las condiciones de selección, contratación y empleo, la continuidad en el empleo, la promoción profesional y unas condiciones de trabajo seguras y saludables; (...) Alentar las oportunidades de empleo y la promoción profesional de las personas con discapacidad en el mercado laboral, y apoyarlas para la búsqueda, obtención, mantenimiento del empleo y retorno al mismo; (...) Emplear a personas con discapacidad en el sector público”.

3.3. Sobre el particular, la legislación colombiana se ha encargado de desarrollar los presupuestos establecidos en la Constitución Política de 1991 y los tratados internacionales en aras de garantizar la protección de las personas en condición de discapacidad. Recientemente se publicó la Ley Estatutaria 1618 de 2013, en la que “se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad”, en concordancia con la Ley 1346 de 2009[3]. En su artículo 13 se establece que “[t]odas las personas con discapacidad tienen derecho al trabajo”, para lo cual se proponen medidas para garantizar su ejercicio efectivo en términos de igualdad de oportunidades, equidad e inclusión.

3.4. Por su parte, la Ley 361 de 1997 establece los mecanismos de integración social de las personas con limitación. A partir de dicha ley la Corte ha desarrollado una nutrida línea jurisprudencial tendiente a la protección constitucional de la estabilidad laboral reforzada de las personas en condición de discapacidad de acuerdo con lo prescrito en su artículo 26. Allí se señala:

“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”.

Al respecto, la Corte Constitucional señaló, mediante sentencia C-531 de 2000 (MP Alvaro Tafur Galvis), que la terminación del contrato de trabajo de una persona en condición de discapacidad, sin que medie la autorización de la oficina de Trabajo, carece de efectos jurídicos o resulta ineficaz en virtud de los principios de respeto a la dignidad humana, solidaridad e igualdad, así como los mandatos constitucionales sobre la protección especial para este grupo de personas.

3.5. De acuerdo a lo anterior, esta Corporación ha señalado que la estabilidad laboral reforzada se fundamenta en la prohibición de discriminación, en el escenario del acceso y permanencia en el mercado laboral, y el derecho a “la reincorporación y a la reubicación del trabajador discapacitado, sin que ello signifique desmejorar sus condiciones de empleo, sino [...] buscar alternativas laborales compatibles con su situación”[4] acompañado de la correspondiente capacitación para que pueda cumplir con nuevas labores.[5] Siendo así, si una persona es desvinculada laboralmente debido a la pérdida de su capacidad para trabajar “deberá ser reintegrada (...), recibir la capacitación que permita desarrollar sus capacidades en un puesto de trabajo acorde a sus condiciones especiales, y por supuesto, deberá conservar la misma remuneración y categoría que ostentaba”[6].

Pese a ello, el empleador podría exonerarse de cumplir las antedichas obligaciones si demuestra una razón constitucional para dicho fin. Al respecto, la sentencia T-1040 de 2001 (MP Rodrigo Escobar Gil) establece que “1) el tipo de función que desempeña el trabajador, 2) la naturaleza jurídica y 3) la capacidad del empleador” resultan determinantes para resolver los diferentes alcances del derecho a ser reubicado. Por tanto, “[s]i la reubicación desborda la capacidad del empleador, o si impide o dificulta excesivamente el desarrollo de su actividad o la prestación del servicio a su cargo, el derecho a ser reubicado debe ceder ante el interés legítimo del empleador”. Sin embargo, el empleador tiene la obligación de poner en conocimiento la existencia de tales hechos al trabajador y ofrecerle la oportunidad para que proponga soluciones razonables[7].

3.6. Conforme a lo anterior, las personas en condición de discapacidad son titulares del derecho a obtener una protección especial por parte del Estado colombiano de acuerdo a la

Constitución Política de 1991 y a los tratados internacionales. De igual forma, a Colombia le asiste la obligación de garantizar la inclusión laboral de las personas en dicha circunstancia lo cual ha sido objeto de desarrollo legal y jurisprudencial mediante el derecho a la estabilidad laboral reforzada, que prohíbe la terminación del contrato de trabajo de las personas en condición de discapacidad sin mediar autorización de la oficina de Trabajo, so pena de que la determinación resulte ineficaz. Al mismo tiempo, ese derecho implica la posibilidad de la reincorporación a la labor y la reubicación que no genere desmejoramiento de las condiciones de empleo, así como la búsqueda de alternativas laborales compatibles con su situación.

4. El régimen legal de vinculación y retiro de los soldados profesionales del Ejército Nacional.

4.1. A la luz del artículo 1° del Decreto 1793 de 2000, los soldados profesionales son aquellos “varones entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar en las unidades de combate y apoyo de combate de las Fuerzas Militares, en la ejecución de operaciones militares, para la conservación, restablecimiento del orden público y demás misiones que le sean asignadas”, cuyo retiro del servicio activo se encuentra condicionado a lo preceptuado en el artículo 8° de la citada norma. Allí se presenta la clasificación del retiro según su forma y las causales de la siguiente forma:

“a. Retiro temporal con pase a la reserva

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

b. Retiro absoluto

1. Por inasistencia al servicio por más de diez (10) días consecutivos sin causa justificada.
2. Por decisión del Comandante de la Fuerza.
4. Por condena judicial.
5. Por tener derecho a pensión.

6. Por llegar a la edad de 45 años.

7. Por presentar documentos falsos, o faltar a la verdad en los datos suministrados al momento de su ingreso.

8. Por acumulación de sanciones” (Subrayado fuera de texto).

4.2. Para tal fin, el artículo 10° del Decreto 1793 de 2000 señala que “[e]l soldado profesional que no reúna las condiciones de capacidad y aptitud psicofísica determinadas por las disposiciones legales vigentes, podrá ser retirado del servicio”. Por su parte, el Decreto 1796 de 2000 se encarga de regular, entre otras cosas, la evaluación de la capacidad psicofísica y la disminución de la capacidad laboral[8]. Para tal fin, define la capacidad psicofísica en su artículo 2° como “el conjunto de habilidades, destrezas, aptitudes y potencialidades de orden físico y psicológico que deben reunir las personas a quienes se les aplique el presente decreto, para ingresar y permanecer en el servicio, en consideración a su cargo, empleo o funciones”, lo cual será valorado por las autoridades médico-laborales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional de acuerdo a criterios laborales y de salud ocupacional quienes a su vez determinarán si el miembro de la fuerza pública se califica como apto, aplazado y no apto.

Al respecto, el artículo 3° del Decreto 1796 señala:

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

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

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

4.3. Por otro lado, el artículo 15 del citado decreto señala las competencias de la Junta Médico-Laboral Militar o de Policía de la siguiente forma:

“Sus funciones son en primera instancia:

- 1 Valorar y registrar las secuelas definitivas de las lesiones o afecciones diagnosticadas.
- 2 Clasificar el tipo de incapacidad psicofísica y aptitud para el servicio, pudiendo recomendar la reubicación laboral cuando así lo amerite.
- 3 Determinar la disminución de la capacidad psicofísica.
- 4 Calificar la enfermedad según sea profesional o común.
- 5 Registrar la imputabilidad al servicio de acuerdo con el Informe Administrativo por Lesiones.
- 6 Fijar los correspondientes índices de lesión si hubiere lugar a ello.
- 7 Las demás que le sean asignadas por Ley o reglamento”.

Por su parte, el artículo 21 del Decreto 1796 de 2000 señala la competencia del Tribunal Médico-Laboral de Revisión Militar y de Policía para “conoce[r] en última instancia de las reclamaciones que surjan contra las decisiones de las Juntas Médico-Laborales y en consecuencia podrá ratificar, modificar o revocar tales decisiones. Así mismo, conocerá en única instancia la revisión de la pensión por solicitud del pensionado”.

4.4. En virtud de lo expuesto, los soldados profesionales pueden ser retirados del servicio activo tras determinarse su disminución de la capacidad psicofísica. Pese a ello, distintas Salas de Revisión de la Corte Constitucional han considerado que la aplicación de los anteriores preceptos legales para retirar del servicio activo a los soldados profesionales puede vulnerar sus derechos fundamentales, en especial el de la estabilidad laboral reforzada, según se explica a continuación:

4.5. Mediante sentencia T-503 de 2010 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), la Sala Séptima de Revisión estudió la acción de tutela presentada por un soldado profesional que había ingresado en condiciones óptimas de salud al Ejército Nacional de Colombia y que prestando sus servicios sufrió una caída que le provocó fractura en la rótula de la pierna derecha, además tener secuelas en su oído por la exposición al ruido y haber estado

sometido a un tratamiento contra la leishmaniasis.

Teniendo en cuenta sus padecimientos, fue convocado a Junta Médica quien determinó que tenía una pérdida de capacidad laboral del 28.25% con una incapacidad permanente y parcial y que no era apto para la actividad militar. Tal decisión, tras ser apelada, fue confirmada por el Tribunal Médico Laboral. De acuerdo al anterior dictamen fue retirado del servicio mediante orden administrativa del Comando del Ejército. Allí el peticionario señaló que la acción de tutela era el mecanismo idóneo para atender su situación apremiante pues él y su familia dependían de los recursos que devengaba.

En dicho asunto, la Corte decidió inaplicar por inconstitucional el artículo 10° del Decreto 1793 de 2000. De acuerdo con la Sala de Revisión la aplicación del artículo generaba la vulneración de los derechos fundamentales del actor si se tiene en cuenta la obligación que tiene el Estado de asegurar la protección de las personas que sufren una discapacidad en actos relacionados con el servicio militar. Por ello, -entre otras determinaciones- reconoció el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada, y ordenó al Ejército Nacional incorporar al peticionario en uno de sus programas para la atención de personal militar afectado en su salud por actos del servicio y reubicarlo en una actividad que pudiera desempeñar, teniendo en cuenta su grado de escolaridad, habilidades y destrezas.

4.6. De igual forma, en sentencia T-081 de 2011 (MP Jorge Iván Palacio Palacio), la Corte reconoció los derechos fundamentales al trabajo y a la seguridad social de un soldado profesional del Ejército Nacional, que durante la prestación de su servicio fue víctima de una mina antipersona que le generó múltiples heridas en sus miembros inferiores. Por ello, fue convocado a una Junta Médica Laboral, la cual determinó una pérdida de capacidad laboral del 32.57%, y lo declaró no apto para la actividad militar. En consecuencia fue retirado del servicio activo mediante una orden administrativa de personal.

En esa ocasión el actor señaló que la decisión generaba la vulneración a sus derechos fundamentales ya que debieron reubicarlo en una labor de acuerdo a sus condiciones. Así mismo, alegó que el retiro del servicio lleva consigo la suspensión del servicio médico. En razón de lo anterior, solicitó la protección de sus derechos como mecanismo transitorio para que se ordenara al Ejército Nacional reubicarlo a una labor acorde con su incapacidad, entre otras pretensiones.

En ese trámite, la Corporación inaplicó nuevamente el artículo 10° de Decreto 1793 de 2000, en aras de garantizar los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, a la estabilidad laboral reforzada, al mínimo vital y al trabajo del actor. Recordó, en esa dirección, que resulta reprochable cualquier forma de discriminación sobre un sujeto de especial protección constitucional de conformidad a los instrumentos internacionales para la protección de las personas discapacitadas y a la obligación del Estado de procurar acciones legislativas y judiciales coherentes con la protección de estas personas.

En consecuencia, ordenó al Ejército Nacional reubicar al actor en una labor acorde con sus habilidades, destrezas y formación académica. Igualmente, ordenó hacerle seguimiento a las enfermedades del actor hasta que lograra su recuperación o hasta que su nivel de pérdida de capacidad laboral aumentara y lo hiciera beneficiario de la pensión de invalidez.

4.7. Finalmente, mediante la sentencia T-459 de 2012 (MP Jorge Iván Palacio Palacio) la Sala Quinta de Revisión conoció la acción de tutela presentada por un soldado profesional del Ejército Nacional que requería la protección de sus derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada y a la seguridad social, entre otros.

El actor sufrió una fractura en el húmero en ejercicio de sus labores que le generó callo óseo doloroso a nivel del húmero derecho con limitación moderada en los movimientos del brazo, lo que llevó a la Junta Médica Laboral a dictaminarle una pérdida de capacidad laboral del 15% con incapacidad permanente parcial y concepto de “no apto” para la actividad militar. El actor impugnó la decisión por considerar que tenía las capacidades para continuar con la prestación de su servicio, y solicitó la reubicación laboral, petición resuelta negativamente por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía quien fijó la pérdida de la capacidad laboral en un 11% y mantuvo que el actor no contaba con las condiciones para seguir en la institución. Por tal razón, fue retirado del servicio activo mediante orden administrativa de personal expedida por el Ejército Nacional.

El peticionario señaló que la orden administrativa es discriminatoria, arbitraria e ilógica pues no se tuvo en cuenta que además de haberse desempeñado como soldado profesional también ejerció durante un año y medio otro tipo de actividades. También sostuvo que el retiro le generaba un perjuicio irremediable ya que se había quedado sin el sustento

económico para solventar la manutención de su hogar, compuesto por su esposa y su hija menor de edad. Dado lo anterior, solicitó la protección de sus derechos fundamentales y su reintegro al cargo que venía desempeñando o a uno adecuado a sus condiciones de salud, la afiliación al sistema de seguridad social y de manera subsidiaria su incorporación a uno de los programas de apoyo para la reincorporación a la vida laboral, entre otros requerimientos.

Allí, la Sala de Revisión reconoció la calidad de sujeto de especial protección constitucional del actor dada la mengua en sus capacidades laborales mientras ejercía su labor, sumado a que no tenía una formación académica que le permitiera continuar con su vida profesional y a la carencia de recursos económicos para la manutención de su hija y de su esposa. Por lo anterior, consideró pertinente la intervención del juez de tutela. Además evidenció el desconocimiento por parte del Ejército Nacional de la obligación de proteger a quienes han luchado por la defensa de la Nación y de dar un trato preferencial a quienes se encuentran en estado de debilidad manifiesta. Reprochó la actitud de la entidad accionada puesto que a pesar de que el actor se desempeñó como conductor de la institución durante un año y medio lo consideró no apto debido a su disminución física.

Por estas razones, esta Corporación inaplicó el artículo 10° del Decreto 1793 de 2000 para garantizar los derechos fundamentales del actor, ordenó su reincorporación a uno de sus programas y la reubicación en una actividad de acuerdo con sus habilidades, destrezas y formación académica, así como la prestación de la atención médica que requiera.

4.8. En virtud de lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha garantizado el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada de los soldados profesionales que son retirados del servicio activo en cumplimiento a lo prescrito en el artículo 10° del Decreto 1793 de 2000 cuando se determina la disminución de su capacidad psicofísica y cuando son declarados no aptos para desarrollar la actividad militar. Para ello, la Corte ha considerado que la acción de tutela resulta procedente a pesar de existir otros mecanismos de justicia cuando el juez constitucional evidencie que estos no resultan idóneos para proteger sus derechos fundamentales.

Así mismo, ha indicado que la aplicación del citado artículo genera vulneración de los derechos fundamentales si se tienen en cuenta las obligaciones del Estado de asegurar la

protección de las personas en condición de discapacidad, y la de procurar acciones legislativas y judiciales coherentes para su protección. Por ello, ha ordenado la reincorporación de los soldados profesionales que se encuentren en tal situación y su reubicación en actividades acordes con sus habilidades, destrezas y formación académica, así como la prestación de la atención médica.

## 5. Análisis y resolución del caso en concreto

5.1. El señor Juan Carlos Contreras Osorio, considera que el Ejército Nacional de Colombia vulneró sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la estabilidad laboral reforzada y a la salud tras retirarlo del servicio activo debido a la disminución de su capacidad psicofísica y por no tener las capacidades aprovechables en actividades administrativas, docentes o de instrucción en la misma institución.

5.2. De acuerdo a la situación actual del señor Juan Carlos Contreras Osorio, la Sala considera que la presente acción de tutela resulta procedente, a pesar de existir otros mecanismos de defensa judicial, pues estos no resultan idóneos para proteger sus derechos fundamentales considerando lo siguiente:

(i) El actor es un sujeto de especial protección constitucional si se tiene en cuenta que la Junta Médica Laboral No. 46618 determinó que tiene una disminución de la capacidad laboral del 46.16% debido a los golpes sufridos en actos del servicio, además de padecer de taquicardia y gastritis; (ii) según los hechos del escrito de tutela, el actor es el responsable del sustento económico de su hijo de 7 años, de su compañera permanente, quien se encuentra en estado de embarazo, calificado de alto riesgo, y de sus padres, quienes ya no cuentan con sustento económico alguno debido a que dependían de los ingresos del actor como soldado profesional; sumado a ello, (iii) ni el actor ni su familia gozan de servicios médicos debido al retiro del servicio activo.

5.3 Por otro lado, la Sala encuentra que el señor Juan Carlos Contreras Osorio ingresó al Ejército Nacional de Colombia el 5 de abril de 2001 a prestar el servicio militar obligatorio en óptimas condiciones de salud para luego continuar con su labor en calidad de soldado profesional. Que debido a la caída sufrida el 27 de abril de 2010 en las instalaciones del Batallón de Instrucción y Entrenamiento de la Decimocuarta Brigada de Antioquia tuvo afectaciones en una de sus manos, en las rodillas y en el hombro derecho de acuerdo al

Informativo Administrativo por Lesiones del 4 de mayo de 2010.

Dado lo anterior, la Junta Médica Provisional Laboral No. 41883 determinó que presentaba un trauma en rodilla y hombro derechos, ruidos cardiacos, un soplo sistólico, gastritis y úlceras en paladar y labios. A partir de lo anterior, ordenó un tratamiento que implicaba la valoración y el manejo por el área de fisioterapia y ortopedia, así como un examen por parte de medicina interna sobre taquicardia y gastritis. Luego, la Junta Médica Laboral No. 46618 mediante dictamen del 14 de septiembre de 2011, estableció que el actor padece de una enfermedad común que le representa una disminución en la capacidad laboral del 46.16%.

Finalmente, la Sala observa que mediante Orden Administrativa de Personal No. 1970 del 30 de septiembre de 2012, se retiró de manera definitiva al actor del servicio activo debido a la pérdida de su capacidad psicofísica.

5.4. De acuerdo a la actividad desplegada por el Ejército Nacional de Colombia, la Sala considera necesario reiterar el precedente jurisprudencial establecido en las sentencias T-503 de 2010, T-081 de 2011 y T-459 de 2012 en aras de garantizar los derechos fundamentales del señor Juan Carlos Contreras Osorio.

En ese sentido, resulta inconstitucional aplicar a la situación del actor la consecuencia jurídica establecida en el artículo 10 ° del Decreto 1793 de 2000 que señala que “[e]l soldado profesional que no reúna las condiciones de capacidad y aptitud psicofísica determinadas por las disposiciones legales vigentes, podrá ser retirado del servicio”, si se tiene en cuenta la obligación constitucional del Estado colombiano de proteger de manera especial a las personas que se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta, y los compromisos internacionales que invocan, por un lado, la prohibición de la discriminación por motivos de discapacidad en las relaciones laborales a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y por otro, el deber de procurar acciones legislativas y judiciales coherentes para su protección.

5.5. Al mismo tiempo, la Sala considera reprochable la actitud desplegada por el Ejército Nacional al proferir la orden de retiro definitivo del servicio activo del señor Juan Carlos Contreras Osorio con sujeción al dictamen de la Junta Médica Laboral, ya que a pesar de que allí no se recomendó su reubicación en labores administrativas, docentes o de

instrucción el tutelante venía ejerciendo labores en las oficinas de quejas y reclamos, y de archivo, entre otros cargos del Ejército Nacional, mientras se determinaba la pérdida de su capacidad psicofísica.

5.6. De otro lado, la Sala de Revisión observa que si bien la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, confirmó el amparo del derecho fundamental a la salud reconocido mediante la sentencia proferida por la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la que se ordenó al Ejército Nacional vincular al actor al sistema de salud y al de Atención al Personal Militar Herido o uno similar, también lo es que tal medida no resulta suficiente para garantizar los otros derechos fundamentales del actor.

Bajo los anteriores hechos, para la Sala es claro que se deben garantizar los derechos fundamentales al mínimo vital y a la estabilidad laboral reforzada del actor inaplicando el artículo 10° de Decreto 1793 de 2000.

5.7. Teniendo en cuenta la observación presentada por el Subdirector de Personal del Ejército Nacional de Colombia en su escrito de contestación, en el sentido de advertir que la copia del Acta de la Junta Médica Laboral allegada por la apoderada del peticionario con el escrito de tutela fue aportada de manera temeraria, la Sala encuentra que en efecto la información contemplada allí no se identifica con el documento aportado por la entidad accionada, en el cual se lee: “(...) NO APTO - PARA LA ACTIVIDAD MILITAR SEGÚN ARTÍCULO 68 DECRETO 094 DE 1989. NO SE RECOMIENDA REUBICACIÓN LABORAL”. Pese a ello, en el anexo por la apoderada se percibe únicamente la parte que indica “SE RECOMIENDA REUBICACIÓN LABORAL”. De acuerdo a lo anterior, la Sala ordenará que se remitan las copias del expediente de tutela a la Fiscalía General de la Nación para que lleve a cabo las actuaciones que le correspondan de acuerdo con la observación presentada por el Subdirector de Personal del Ejército por la conducta desplegada por Paola Fernanda Murillo Suárez, apoderada de Juan Carlos Contreras Osorio.

5.8. Por consiguiente, esta Sala de Revisión revocará el fallo proferido por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado el 24 de abril de 2013, mediante el cual confirmó parcialmente la providencia de la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca del 5 de febrero de 2013. En su lugar,

se concederán los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada y al mínimo vital de Juan Carlos Contreras Osorio.

En consecuencia ordenará al Ejército Nacional de Colombia que, dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, reintegre al accionante en un programa igual o mejor al que se venía desempeñando, o en otro, acorde con su grado de escolaridad, habilidades y destrezas. Así mismo, se ordenará remitir copias del expediente de tutela a la Fiscalía General de la Nación para que lleve a cabo las actuaciones que le correspondan de acuerdo con la observación presentada por el Subdirector de Personal del Ejército Nacional de Colombia sobre la conducta desplegada por Paola Fernanda Murillo Suárez, apoderada de Juan Carlos Contreras Osorio.

## V. DECISIÓN

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

### RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR el fallo proferido por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, el 24 de abril de 2013, dentro de la acción de tutela promovida por Paola Fernanda Murillo Suárez, actuando como apoderada del señor Juan Carlos Contreras Osorio, contra el Ministerio de Defensa Nacional - Fuerzas Militares de Colombia - Ejército Nacional y, en su lugar, CONCEDER el amparo de sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la estabilidad laboral reforzada.

SEGUNDO.- ORDENAR al Ejército Nacional de Colombia que, dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, reintegre al señor Juan Carlos Contreras Osorio en un programa igual o mejor al que se venía desempeñando, o en otro, acorde con su grado de escolaridad, habilidades y destrezas.

TERCERO.- ORDENAR, por Secretaria General de esta Corporación, remitir copias del expediente de tutela a la Fiscalía General de la Nación para que lleve a cabo las actuaciones que le correspondan en relación con la observación presentada por el Subdirector de Personal del Ejército Nacional de Colombia sobre la conducta desplegada por

la apoderada Paola Fernanda Murillo Suárez señalada en el numeral 5.7 de la parte considerativa de esta sentencia.

CUARTO.- Líbrense por la Secretaría las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Ver sentencia C-765 de 2012 (MP Nilson Pinilla Pínilla). Allí se hizo el control constitucional del Proyecto de Ley Estatutaria “por medio de la cual se establecen disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad”, hoy Ley Estatutaria 1618 de 2013.

[2] Ver sentencias C-371 de 2000 (MP Carlos Gaviria Díaz) y C-964 de 2003 (MP Alvaro Tafur Galvis), entre otras.

[3] Ley 1346 de 2009 “Por medio de la cual se aprueba la “Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad”, adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006”.

[4] Ver sentencias T-081 de 2011 (MP Jorge Iván Palacio Palacio) y T-1048 de 2012 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez).

[5] Ver sentencia T-1040 de 2001 (MP Rodrigo Escobar Gil).

[6] Ver sentencia T-910 de 2011 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

[7] Ver sentencia T-1040 de 2001 (MP Rodrigo Escobar Gil) cuya posición fue reiterada en la sentencia T-1048 de 2012 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez).

[8] El Decreto 1796 de 2000 tiene como objeto el de “regula[r] la evaluación de la capacidad sicofísica y de la disminución de la capacidad laboral, y aspectos sobre incapacidades, indemnizaciones, pensión por invalidez e informes administrativos por lesiones, de los miembros de la Fuerza Pública, Alumnos de las Escuelas de Formación y sus equivalentes en la Policía Nacional, personal civil al servicio del Ministerio de Defensa Nacional y de las Fuerzas Militares y personal no uniformado de la Policía Nacional vinculado con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993”.