

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META

Magistrado Ponente: CARLOS ENRIQUE ARDILA OBANDO

Villavicencio, veintidós (22) septiembre de dos mil veintiuno (2021)

SALA DE ESCRITURAL No. 5

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
REFERENCIA: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: JOSÉ ILVAR SALAS ALARCÓN
DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL
RADICACIÓN: 50001-33-31-002-2010-00014-01

I. SENTENCIA

Encontrándose el asunto al Despacho, procede la Sala¹ Dual² a resolver el recurso de apelación formulado por la entidad demandada contra la sentencia proferida el 29 de mayo de 2019 por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito de Villavicencio, mediante la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

II. ANTECEDENTES

El señor José Ilvar Salas Alarcón, mediante apoderado judicial, promovió demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho³ consagrada en el artículo 85 del CCA, contra la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, con el fin de que estimen las siguientes:

1. Pretensiones.

¹ Conforme a las decisiones de la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Administración Judicial del Meta, en los acuerdos No CSJMA16-433 del 19 de enero, CSJMA16-440 del 10 de febrero, CSJMA16-526 del 8 de marzo, CSJMA16-624 del 7 abril, CSJMA16-655 del 11 de mayo, y finalmente el CSJMA16-693 del 28 de junio de 2016, en los cuales se determinó la redistribución de los procesos escriturales y se estableció el funcionamiento de las salas del sistema escritural.

² Mediante auto del 24 de septiembre de 2019 se aceptó el impedimento manifestado por la Magistrada Claudia Patricia Alonso Pérez para conocer del asunto.

³ Fls. 27-32.

Solicita el apoderado del demandante, que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos contenidos en *i.)* la orden administrativa No. 1367 del 15 de julio de 2009 proferida por el Comandante del Ejército Nacional, mediante la cual lo retiró del servicio activo; *ii.)* el acta No. 3772 del 16 de abril de 2009 emanada del Ministerio de Defensa- Secretaría General del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y Policía; y el acta No. 26028 del 26 de agosto de 2008 expedida por la Junta Médico Laboral de la Dirección de Sanidad de Ejército Nacional.

Como consecuencia de lo anterior, requiere que se *i.)* reconozca y ordene el pago de todas las acreencias laborales dejados de percibir que le correspondían desde la fecha de su retiro hasta cuando se haga efectivo el reintegro; y que *ii.)* se disponga la reubicación laboral del demandante.

Que se condene a la entidad demandada a actualizar la condena desde la fecha de retiro hasta la ejecutoria del fallo de conformidad con el artículo 178 del C.C.A.

Que se ordene la ejecución de la sentencia que ponga fin a la presente demanda dentro de los términos previstos en los artículos 176 y 177 del CCA.

2. Hechos.

Se indica en la demanda que el señor José Ilvar Salas Alarcón se encontraba vinculado al Ejército Nacional como Soldado Profesional, cuando sufrió unas lesiones que fueron imputables al servicio, conforme lo calificó el Comandante del Batallón de Contraguerrillas No. 38 en el informativo administrativo No. 006 del 15 de mayo de 2008.

Señala que, con ocasión a las lesiones sufridas, fue valorado por la Junta Médico Laboral, la cual expidió al acta No. 26028 del 26 de agosto de 2008, en la que se concluyó que el accionante tenía una incapacidad permanente parcial y que no era apto para la actividad militar, puesto que tenía una disminución de su capacidad laboral del 13%.

El demandante, por no estar conforme con la calificación, solicitó la convocatoria del Tribunal de Médico Laboral pidiendo la reubicación laboral, el cual mediante Acta No. 3772 de fecha 16 de abril de 2009 ratificó lo decidido por la Junta Médico Laboral en el acta No. 26028 del 26 de agosto de 2008.

Afirmó el demandante, que mientras se definía su situación médico laboral en la Institución castrense, laboró como estafeta del Batallón de Contraguerrillas No. 38 "*Centauros del Llano*", y que estando desarrollando esa actividad el 14 de julio de 2009, fue notificado de la Orden Administrativa de Personal No. 1367 del 15 de julio de 2009, por la cual fue retirado del servicio activo por disminución de su capacidad psicofísica.

Indica que desde la fecha en la cual el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar expidió el acta No. 3772 del 16 de abril de 2009, a la fecha de notificación de la orden administrativa del retiro del servicio No. 1367 del 15 de julio de 2009, que ocurrió el 14 de julio de 2009, habían transcurrido 2 meses y 28 días, por lo que concluyó que los conceptos médicos de ortopedia y neurocirugía emitidos el 23 de abril de 2008 y el 21 de agosto del 2008, no tenían validez de acuerdo con lo señalado en el artículo 7º del Decreto 1796 de 2000; en consecuencia, la orden administrativa se encuentra viciada de nulidad.

3. Fundamentos de derecho.

Se señalan como fundamentos normativos vulnerados los siguientes⁴:

- Constitución Política: artículos 1, 2, 6, 25, 29, 47, 48, 53, 218 y 222.
- Decreto 01 de 1984: artículo 84.
- Decreto 947 de 1970.
- Decreto 1790 de 2000, artículos 106 y 107
- Decreto 1796 de 2000.

Frente a los cargos de nulidad contra los actos administrativos se refirió en el siguiente sentido:

De *la infracción de las normas en que debía fundarse*, manifiesta el apoderado que los actos demandados vulneran el preámbulo de la Constitución, el cual establece que el fin del Estado es asegurar a sus integrantes el trabajo dentro de un marco jurídico justo. Respecto de las demás disposiciones constitucionales invocadas, señaló que fueron vulneradas por la entidad demandada al desconocer la protección especial a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en condición de vulnerabilidad. Agrega, que igualmente se vulneró el artículo 29 constitucional, y por tanto su derecho al debido proceso, en cuanto no se tuvieron en cuenta las exigencias requeridas en la ley para la producción de los actos demandados.

Consideró que se quebrantó el derecho al trabajo del demandante al retirarlo del servicio por una incapacidad temporal y no una incapacidad permanente parcial, pues para la fecha del retiro del servicio, el demandante se encontraba laborando como estafeta del Batallón de contraguerrilla No. 38, en donde fue reubicado desde el 30 de noviembre de 2008. En razón a ello, advierte el apoderado que el demandante se encontraba inmerso en la excepción que establece el artículo 107 del Decreto 1790 de 2000 de ser retirado del servicio por disminución de la capacidad laboral, esto es, aquellos militares que no obstante presentan una disminución de la capacidad laboral pueden permanecer en el servicio activo, teniendo en cuenta los

⁴ Folios 9 al 15, *Ibidem*.

resultados de sus calificaciones y cuando sus capacidades puedan ser aprovechadas en determinadas actividades militares.

Afirmó que la entidad demandada, con la expedición de la Orden Administrativa de Personal No. 1367 del 15 de julio de 2009, vulneró los derechos a la igualdad y al trabajo, reconocidos en el bloque de constitucionalidad determinado por las siguientes normas: artículos 1 y 23 de la Declaración de Derechos Humanos, preámbulo y artículo 6° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Declaración de los Derechos del Retrasado Mental, Declaración de los Derechos de los Impedidos, Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad, la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad.

Igualmente, indicó que los actos demandados vulneran los artículos 17 y 18 del Decreto 1796 de 2000, pues la primera disposición exige que la Junta Médico Laboral Militar debe estar integrada por tres (3) médicos de planta de la dirección de sanidad y uno de ellos debe ser representante de Medicina Laboral; sin embargo, en el caso del demandante la junta que hizo la calificación ninguno de los galenos ostentaba la calidad de ser representante de medicina laboral. Y el segundo, advierte que la dirección de sanidad debe autorizar la sesión de la junta, lo que tampoco ocurrió. Así las cosas, consideró que para la aplicación de la causal de retiro del servicio por disminución de la capacidad psicofísica, la entidad debió cumplir el trámite reglado en el decreto antes referido.

Así mismo, expuso que la decisión de la entidad demandada transgrede el artículo 2° del Decreto 947 de 1970, al determinar que los empleados públicos y los trabajadores oficiales inválidos, tendrán los mismos derechos consagrados en el artículo 16 del Decreto Ley 2351 de 1965 y sus decretos reglamentarios. Esto es, a ser reinstalados en sus empleos si recuperan la capacidad de trabajo, pues la incapacidad parcial no impide la reinstalación, y si se estos continuaban incapacitados parcialmente, deben ser reubicados en un trabajo compatible con sus aptitudes, so pena que el incumplimiento de dicha disposición sea considerada como una causal de despido injustificado.

De la *falsa motivación*, refiere que también se vulneró el contenido del Decreto 1796 de 2000, al expedirse la orden administrativa de personal con fundamento en las actas del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y del organismo Médico Laboral cuando ya no se encontraban vigentes toda vez que se habían superado los dos (2) meses. Lo que constituye una falsa motivación del acto demandado. Adicionalmente, refiere que la disminución de la capacidad laboral del 13% no enervaba la aptitud psicofísica del demandante para el servicio militar.

Afirmó que los actos administrativos fueron *expedidos de manera irregular* al haberse notificado la Orden Administrativa de Personal No. 1367 de 2009 un día antes de su expedición, lo que a su juicio quebrantó el debido proceso administrativo establecido en el artículo 29 constitucional.

Por último, estimó que existe una *falta de competencia* en la expedición del acto demandado, pues la facultad para el retiro de los soldados profesionales radica en el Comandante de la Fuerza, en este caso del Ejército Nacional; no obstante, el acto fue expedido por el Jefe de Desarrollo Humano del Ejército con el visto bueno del Director de Personal.

4. Contestación de la demanda.

Mediante providencia del 13 de octubre de 2015 se tuvo por no contestada la demanda por parte de la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional.⁵

5. Sentencia recurrida.

El Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito de Villavicencio, mediante sentencia del 29 de mayo de 2019 (fls. 379 a 386 C-2), accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, declarando probada de oficio la ineptitud sustantiva de la demanda respecto del acta No. 3772 del 16 de abril de 2009 emanada del Ministerio de Defensa, Secretaría General del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y Policía, y el acta No. 26028 del 26 de agosto de 2008 expedida por la Junta Médico Laboral de la Dirección de Sanidad de Ejército Nacional y la nulidad parcial de la orden administrativa de Personal No. 1367 del 15 de julio de 2009; en consecuencia, ordenó el reintegro del señor José Ilvar Salas Alarcón, como soldado profesional, y que fuera reubicado en un cargo del mismo rango o superior, con la misma remuneración o superior, atendiendo sus capacidades físicas. Así mismo, dispuso el reconocimiento de salarios, prestaciones y demás emolumentos salariales desde la desvinculación hasta cuando sea efectivamente reintegrado a la institución.

De inicio la Juez de Primera Instancia concluyó que las actas No. 3772 del 16 de abril de 2009 emanada del Ministerio de Defensa-Secretaría General del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y Policía, y el acta No. 26028 del 26 de agosto de 2008 expedida por la Junta Médico Laboral de la Dirección de Sanidad de Ejército Nacional, no son actos enjuiciables ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa en razón a que *“no crean, modifican o extinguen una situación jurídica particular, sino que solo determinan el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral, concluyendo así su naturaleza de actos de tramite o preparatorios al acto definitivo que reconoce las prestaciones que se generan como consecuencia de la pérdida de capacidad laboral”*; y concluye que el acto demandable es la orden administrativa de personal No. 1367 del 15 de julio de 2009, como quiera que fue el acto que puso fin a la actuación administrativa

⁵ Folio 151 del Cuaderno. 1 de primera instancia.

adelantada por la entidad demandada.

Precisado lo anterior, el *a quo* analizó el cargo de “*infracción de normas constitucionales y legales*”, para concluir que la orden administrativa de personal No. 1367 del 15 de julio de 2009 por medio del cual el demandante, fue retirado del servicio activo incurriendo en el vicio referido al desconocer el derecho al trabajo, el derecho a la igualdad y la obligación del Estado de proteger a las personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, toda vez que no tuvo en cuenta que la incapacidad que padecía era temporal y no permanente parcial, porque la entidad no le ofreció una formación, habilitación profesional y técnica para garantizar su derecho al trabajo con sus condiciones de salud, ni tampoco buscó reubicarlo en un cargo que pudiera desempeñar de acuerdo con sus aptitudes.

Igualmente, resalta que el Consejo de Estado “*ha señalado que en tratándose de soldados profesionales que sufren una discapacidad en la prestación del servicio, el Estado debe asegurarles una debida protección, que se materializa en el derecho del soldado a ser reubicado para que cumpla otras funciones según su habilidades y destrezas, configurándose un evento de estabilidad laboral reforzada, frente a lo cual aclaró, que si bien de conformidad con el artículo 10º del Decreto Ley 1793 de 2000, la entidad puede retirar al soldado por disminución de su capacidad psicofísica, dicha facultad debe restringirse a aquellos casos en los que definitivamente no pueda ser reubicado laboralmente el uniformado.*”

Conforme a lo anterior, concluyó que la entidad accionada no protegió el derecho del accionante a la estabilidad reforzada, quebrantando de esta manera lo dispuesto en los artículos 2, 13, 25, 47, 53 y 54 de la Constitución Política; así como los artículos 3 y 4 de la Ley 82 de 1988, por la cual se aprobó el Convenio No. 159 de 1983 de la OIT y el numeral 2º del artículo 15 del Decreto 1796 de 2000, razón por la cual la Orden Administrativa de Personal No. 1367 del 15 de julio de 2009 adolece del vicio de infracción de las normas en comento. En consecuencia, declaró la nulidad del acto demandado, ordenó el reintegro y el pago de los emolumentos salariales dejados de percibir.

6. Recurso de apelación.

Inconforme con la decisión del *a quo*, el apoderado de la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional interpuso recurso de apelación (fls. 389-394 C-2), solicitando que se revoque la sentencia proferida el 29 de mayo de 2019, señalando que el retiro del demandante del servicio, en virtud de la orden administrativa de personal No. 1367 del 15 de julio de 2009, obedeció a una potestad discrecional que se deriva de la facultad de la administración de manejo del personal a cargo de la institución que no cumple con las condiciones para el desempeño de las funciones.

De acuerdo con la descripción normativa, reitera que el acto impugnado es el resultado de la facultad que tiene el Comandante de la Fuerza para retirar a los soldados profesionales que no reúnan las condiciones especiales de salud

indispensables para asumir las funciones de defensa y soberanía nacional; por lo que resulta imposible ordenar el reintegro y reubicación del demandante.

Afirmó, que la decisión de retirar del servicio, al demandante, tuvo como única motivación que la salud del señor José Ilvar Salas Alarcón no continuara deteriorándose debido a las altas exigencias que implica la prestación del servicio; que tampoco resultaba procedente una reubicación en razón a que la vinculación oficial como soldado profesional y la naturaleza de sus funciones lo impiden; pues sus labores son estrictamente operacionales y la merma de la capacidad laboral que aqueja al demandante no le permite desarrollarlas.

7. Trámite procesal.

Mediante proveído del 22 de octubre de 2019⁶, al reunir todos los requisitos de ley, se admitió el recurso de apelación promovido por la entidad enjuiciada. Así mismo, a través de auto del 26 de noviembre de 2019⁷ se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión, oportunidad dentro de la cual, *la parte demandante* replicó en los argumentos en la demanda⁸. La entidad demandada y el Ministerio Público, guardaron silencio.

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia.

Es competente este Tribunal para conocer de la presente apelación de conformidad con el numeral 1° del artículo 133 del C.C.A., modificado por el artículo 41 de la Ley 446 de 1998; el cual será revisado en los puntos alegados por la parte demandante, teniendo en cuenta que este constituye el parámetro de estudio del *ad-quem*, toda vez que en el recurso de apelación operan tanto el principio de congruencia de la sentencia como el principio dispositivo, es decir que las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo.

2. Oportunidad para promover el medio de control.

La caducidad de la acción es un fenómeno de creación legal, por cuyo efecto, el simple paso del tiempo implica la pérdida de oportunidad para reclamar por vía judicial los derechos que se consideren vulnerados por causa de la actividad del Estado.

Así las cosas, tratándose de la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, como la que aquí se promovió, el artículo 136 del Código Contencioso

⁶ Folio 3, cuaderno de segunda instancia.

⁷ Folio 9, *ibídem*.

⁸ Folios 9-11 *ibídem*.

Administrativo (modificado por el artículo 23 del Decreto 2304 de 1989 y por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998) establece como término de caducidad el plazo de cuatro (04) meses, contados a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto según el caso, señalando como excepción los actos que reconozcan prestaciones periódicas, los cuales podrán demandarse en cualquier tiempo por la administración o por los interesados, sin que haya lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe.

Hecha la precisión de carácter normativo antes citada, se observa en el *sub examine*, que la parte demandante pretende la nulidad de la orden administrativa de personal No. 1367 del 15 de julio de 2009, mediante la cual la entidad lo retiró del servicio, notificada el 14 de julio del 2016⁹-. Ahora bien, teniendo en cuenta que el 11 de noviembre de 2009¹⁰, se presentó la solicitud de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría 193 Judicial I para Asuntos Administrativos y con ello la suspensión del término¹¹ - conforme al artículo 21 de la Ley 640 de 2001 -, que se reanudó a partir del 20 de enero de 2010 con la expedición del acta de no acuerdo¹², y que el 20 de enero de 2010¹³ fue instaurada la demanda, se concluye que ocurrió dentro del plazo previsto en el artículo 136 de CCA

3. Problema Jurídico.

Se contrae a determinar si la orden administrativa de personal No. 1367 del 15 de julio de 2009, proferida por el jefe de desarrollo humano del Ejército Nacional, que ordenó el retiro del servicio del actor por disminución de la capacidad psicofísica, está viciada de nulidad por desconocer el derecho a la estabilidad laboral reforzada del señor José Ilvar Salas Alarcón, quien en el ejercicio de sus funciones como soldado profesional le fue calificada una pérdida de la capacidad laboral de 13.%.

Una vez planteado lo anterior, procede la Sala a delimitar el *sub examine* teniendo en cuenta lo siguiente:

4. Régimen jurídico que regula el retiro del servicio de los soldados profesionales por disminución de la capacidad psicofísica.

Los miembros de la Fuerza Pública gozan de un régimen prestacional especial cuyo fundamento se soporta en los artículos 217 y 218 de la Constitución Política, a partir de los cuales el legislador creó una serie de derechos y prerrogativas laborales teniendo en cuenta las funciones que le fueron asignadas constitucionalmente, como la defensa de la soberanía nacional y el mantenimiento del orden público.

⁹ Folios 25 a 28 del cuaderno 1 de primera instancia.

¹⁰ Folio 41 *ibídem*.

¹¹ Faltándole tres (3) días para que operara el fenómeno de caducidad.

¹² *Ibídem*.

¹³ Folio 45 del cuaderno 1 de primera instancia.

El Decreto 1793 de 2000, mediante el cual se expidió el régimen de carrera y estatuto de soldados profesionales de las Fuerzas Militares, reguló entre otros aspectos las causales del retiro del servicio en los artículos 7, 8 y 10, los cuales disponen:

“ARTICULO 7. RETIRO. Es el acto mediante el cual el Comandante de la Fuerza respectiva, dispone la cesación del servicio de los soldados profesionales.

ARTICULO 8. CLASIFICACIÓN. El retiro del servicio activo de los soldados profesionales, según su forma y causales, se clasifica así:

a. Retiro temporal con pase a la reserva

1. Por solicitud propia.

2. Por disminución de la capacidad psicofísica.

3. (...)

ARÍCULO 10. RETIRO POR DISMINUCIÓN DE LA CAPACIDAD PSICOFÍSICA. El soldado profesional que no reúna las condiciones de capacidad y aptitud psicofísica determinadas por las disposiciones legales vigentes, podrá ser retirado del servicio. “

De otra parte, el Decreto 1796 de 2000, que regula la evaluación de la capacidad psicofísica y de la disminución de la capacidad laboral de los miembros de la Fuerza Pública, establece en el artículo 3º la calificación de la capacidad psicofísica para el ingreso y permanencia en el servicio de los soldados profesionales, en el artículo 7,º determina, la vigencia de los exámenes practicados a los miembros de la Fuerza Pública y del concepto de la valoración psicofísica, para permanecer en servicio activo.

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

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

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

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

PARÁGRAFO. - Esta calificación será emitida por los médicos que la Dirección de Sanidad de la respectiva Fuerza o de la Policía Nacional autoricen para tal efecto.

ARTICULO 7. VALIDEZ Y VIGENCIA DE LOS EXÁMENES DE CAPACIDAD PSICOFÍSICA. Los resultados de los diferentes exámenes médicos, odontológicos, psicológicos y paraclínicos practicados al personal de que trata el artículo 1º del presente decreto, tienen una validez de dos (2) meses, contados a partir de la fecha en que le fueron practicados.

El concepto de capacidad psicofísica se considera válido para el personal por un término de tres (3) meses durante los cuales dicho concepto será aplicable para todos los efectos legales; sobrepasado este término, continúa vigente el concepto de aptitud hasta cuando se presenten eventos del servicio que impongan una nueva calificación de la capacidad psicofísica.

El examen de licenciamiento para el personal de tropa deberá ser practicado dentro de los sesenta (60) días anteriores a su desacuartelamiento. El control de este término será responsabilidad directa de la Dirección de Personal u Oficina que haga sus veces en la respectiva Fuerza y en la Policía Nacional."

Así las cosas, es posible inferir que si bien una de las causales de retiro de los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, es la disminución de la capacidad psicofísica, la misma disposición estableció un término de tres (3) meses para que a dicho concepto pueda dársele efectos legales. Superado dicho plazo continúa vigente el concepto de aptitud hasta cuando se presenten eventos del servicio –artículo 4º *ibídem*- que impongan una nueva calificación.

5. De la protección constitucional ante el retiro del servicio de los soldados profesionales por disminución de la capacidad psicofísica.

Como se indicó en precedencia, el Decreto 1793 de 2000, establece en el artículo 10 la posibilidad de retirar del servicio a los soldados profesionales que no reúnan las condiciones de capacidad y aptitud psicofísica para pertenecer a la institución castrense, esto es, 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...”¹⁴.

No obstante, debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con el examen de constitucionalidad realizado a dicha previsión normativa, la Corte Constitucional en sentencia C-063 de 2018¹⁵ declaró la exequibilidad condicionada del numeral 2 de literal a) de los artículos 8 y 10, respectivamente, en el entendido que el retiro del servicio del soldado profesional, por disminución de la capacidad psicofísica, solamente procedía, cuando: *i.*) el concepto de la Junta Médico Laboral no es favorable frente a la reubicación del evaluado; y *ii.*) las capacidades del miembro

¹⁴ Artículo 2º del Decreto 1796 de 2020.

¹⁵ Corte Constitucional Sentencia C-068 de 2018 del 13 de junio de 2018.

de la Fuerza Pública, no pueden ser aprovechadas en otras actividades administrativas, mantenimiento o de instrucción.

En la sentencia antes mencionada, la Corte Constitucional explicó que los regímenes especiales de las Fuerzas Militares deben responder al criterio de razón suficiente, el cual encuentra sustento en el artículo 217 de la Constitución Política, en la *“medida en que a través de las entidades que las conforman, el Estado procura el monopolio de la fuerza y de las armas, la seguridad e independencia nacionales y el orden institucional. De esta manera, el sistema especial de carrera que adopte el Legislador para quienes estén vinculados a las Fuerzas Militares, debe contribuir eficazmente al cumplimiento de tales funciones.”* Del mismo modo precisó esa Corporación que estos regímenes especiales deben procurar el respeto por los derechos fundamentales.

En la misma providencia, frente a la causal de retiro por disminución de la capacidad psicofísica, contenida en el numeral 2º del literal a de los artículos 8 y 10 del Decreto 1793 de 2000, indicó que el Estado está en la obligación de adoptar medidas dirigidas a favorecer a determinados grupos de personas con la finalidad de eliminar o excluir cualquier tipo de acción que vaya en contravía de los derechos, en razón a su diversidad funcional o cualquier tipo de condición, con la finalidad de evitar que se generen actos de marginalidad, discriminación y, en especial, para eliminar barreras que no les permitan su inclusión social y laboral de las personas que sufren una merma de la capacidad laboral.

Al respecto, la Corte Constitucional señaló:

“En concordancia con lo anterior, la jurisprudencia de esta Corporación ha entendido que cuando se omite implementar acciones afirmativas en favor de este grupo se incurre en una forma de discriminación, debido a que tal omisión perpetúa la estructura de exclusión social e invisibilidad a la que han sido sometidas históricamente las personas en condición de discapacidad, y obstaculiza el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales¹⁶.

*40. Ahora bien, la mayoría de obligaciones que se encuentran en cabeza del Estado frente a este grupo poblacional, se dirigen a la remoción de barreras que impidan su plena inclusión social, campo donde cobran especial relevancia los deberes derivados de la perspectiva desde el cual se entienda el manejo del tema, que según lo ha indicado la Corte recientemente¹⁷, es el **modelo social de la discapacidad**.*

Como lo ha verificado este Tribunal con anterioridad, han existido modelos o perspectivas desde los cuales, en distintos momentos históricos, se ha abordado la situación de las

¹⁶ C-401 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

¹⁷ C-035 de 2015 M. P. María Victoria Calle Correa, C-458 de 2015 y C-147 de 2017 M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

personas en situación de disminución psicofísica o en condiciones de discapacidad¹⁸, tales como el de prescindencia¹⁹, de marginación²⁰, rehabilitador o médico²¹ y **social**.

El enfoque “social” asocia la condición de discapacidad o disminución psicofísica de una persona a la reacción social o a las dificultades de interacción con su entorno, derivadas de esa condición. Tal reacción es el límite a la autodeterminación de la persona en situación de discapacidad y le impide integrarse adecuadamente a la comunidad. Por tal razón, este abordaje propende por medidas que:

“(i) permitan al mayor nivel posible el ejercicio de la autonomía de la persona [en condición de] discapacidad; (ii) aseguren su participación en todas las decisiones que los afecten; (iii) garanticen la adaptación del entorno a las necesidades de la persona con discapacidad; y (iv), **aprovechen al máximo las capacidades de la persona, desplazando así el concepto de “discapacidad” por el de “diversidad funcional”**.²²

Así, el modelo social erige a la dignidad humana como un presupuesto ineludible para que las personas en situación de discapacidad puedan aportar a la sociedad, y junto con ello, sentirse parte de la misma sin ser excluidos por sus condiciones. En este sentido, las medidas estatales y sociales deben dirigirse a garantizar el mayor nivel de autonomía posible del individuo, mediante ajustes razonables requeridos por su condición, que no se concibe como limitación sino como diversidad funcional. En este orden de ideas, las personas con algún tipo de disminución psicofísica o en condición de discapacidad son reconocidas a partir de su diferencia.

41. Teniendo en cuenta esta perspectiva, es importante establecer que el artículo 54 de la Constitución consagra que es obligación del Estado y de los empleadores ofrecer formación y habilitación profesional y técnica a quienes lo requieran. Así mismo, que el Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar y garantizar a quienes se encuentren en situación de discapacidad el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud o, en otras palabras, acorde a su diversidad funcional.

¹⁸ La sentencia C-035 de 2015 M. P. María Victoria Calle Correa, reiterada en la sentencia C-458 de 2015, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado, retomó la jurisprudencia sobre los distintos enfoques adoptados históricamente para la comprensión de la situación de las personas en condición de discapacidad: de prescindencia”, “de marginación”, “rehabilitador (o médico)”, y “social”. En la segunda se indicó:

“Cada perspectiva responde, sin duda, a un momento histórico y deriva de la comprensión de los derechos que ha imperado en cada época, de los cuales algunos ya resultan inaceptables. Estos modelos son marcos de comprensión útiles e ilustrativos que revelan los debates actuales sobre la materia, en distintos niveles, y que permiten entender de mejor manera la situación de los sujetos en condición de discapacidad. Evidentemente no se trata de modelos estáticos o inmutables, por el contrario, constituyen tendencias en constante transformación, tal como lo está la sociedad a la que deben ser integrados estos sujetos de especial protección.”

¹⁹ Entiende la discapacidad desde una perspectiva sobrenatural y propone, como medida para enfrentarla, la eliminación o aislamiento de la persona que la padece; lo cual claramente desconoce la dignidad humana.

²⁰ Considera anormales y dependientes a las personas con discapacidad, por tanto deben ser tratadas como objeto de caridad y sujetos de asistencia cuyo aislamiento es legítimo.

²¹ Concibe la discapacidad como la manifestación de diversas condiciones físicas, fisiológicas o psicológicas que alteran la normalidad orgánica, por eso las medidas adoptadas se centran en el tratamiento de la condición médica que se considera constitutiva de la discapacidad. Esta visión, en principio respeta la dignidad humana pero ha tenido manifestaciones incompatibles con el respeto por los derechos humanos, como el internamiento forzado, o la facultad de los médicos de decidir sobre los aspectos vitales del sujeto en situación de discapacidad.

²²T-109 de 2012. M.P. María Victoria Calle. Dicho argumento fue recogido posteriormente por la sentencia C-765 de 2012. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

*En desarrollo de dicho mandato, el artículo 4º de la Ley 361 de 1997²³ impuso al Estado el deber de poner a disposición todos los recursos necesarios para la protección de las personas en situación de discapacidad, entre otros, con el fin de conseguir su **integración laboral**. La Corte ha desarrollado el concepto de integración, el cual implica una ubicación laboral acorde a las condiciones de salud y el acceso efectivo a los bienes y servicios básicos para la subsistencia y el sostenimiento de la familia²⁴.”*

*En particular, el ámbito laboral constituye un espacio trascendental para el cumplimiento del objetivo de integración social de las personas en situación de discapacidad. En consecuencia, cuando se analiza la relación laboral de trabajadores con capacidades diferenciadas, opera el **principio de estabilidad en el empleo**, que consiste en la garantía de no ser desvinculado del mismo con motivo de la condición de discapacidad. Así, los principios de integración laboral y de estabilidad en el empleo han sido consagrados con el objetivo de lograr “... una igualdad real entre este grupo poblacional y el resto de las personas”²⁵.*

Del marco jurídico y constitucional antes referido, en el cual se analizó la constitucionalidad de la facultad conferida a los comandantes de las Fuerzas Militares de retirar los soldados profesionales, como consecuencia de la disminución de la capacidad psicofísica, la Sala concluye que dicha facultad se fundamenta en el principio de razón suficiente; sin embargo, dicha potestad legal no puede desconocer los derechos de igualdad y estabilidad laboral reforzada de la cual son titulares las personas que presentan una diversidad funcional, lo que conlleva que previo a la materialización de la desvinculación del servicio, por esa causa, la entidad considere su reubicación en un nuevo puesto de trabajo y de esa manera se eliminen las barreras sociales de ingreso y permanencia en el empleo.

Frente al caso específico del retiro de los soldados profesionales por disminución de la capacidad psicofísica, la Corte²⁶ concluyó:

“44. De lo expuesto se puede concluir que la jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido, pacífica y reiteradamente, que los derechos a la igualdad y a la estabilidad laboral reforzada son vulnerados cuando se retira del servicio a un soldado profesional, como consecuencia de la disminución psicofísica y no se evalúa la posibilidad de reubicarlo de conformidad con sus condiciones de salud. Así mismo, que existen criterios de reubicación que deben ser evaluados por el Ejército Nacional para evitar incurrir en conductas discriminatorias. Entonces, si bien existen normas que permiten al Ejército válidamente retirar a sus miembros cuando estos presentan tal disminución, también lo es que esta Corte ha decidido aplicar la excepción de inconstitucionalidad respecto de los artículos que le atribuyen dicha competencia, puesto que en algunos casos estas disposiciones pueden acarrear la vulneración de los derechos fundamentales.”

²³ “Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones.”

²⁴ C-531 de 2000 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

²⁵ T-770 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Esta sentencia señaló además: “En este orden de ideas, cuando se habla del deber estatal de dar un trato diferenciado a las personas discapacitadas para proteger su derecho al trabajo, se tiene como finalidad que, así como las otras personas en la sociedad, este grupo pueda desarrollarse en el ejercicio de una labor que le permita ser útil en el conglomerado social”

²⁶ *Ibidem*.

Así las cosas, la aplicación de la causal de retiro de los soldados profesionales, como consecuencia de la disminución de la capacidad psicofísica, consagrada en el artículos 8 y 10 del Decreto 1793 de 2000, conlleva que previamente se estudie y se verifiquen las capacidades del militar frente a la posibilidad de una reubicación dentro de la institución, pues también es claro que al interior de la entidad se ejecutan actividades de tipo administrativo, logístico o de instrucción que pueden ser realizadas por los soldados profesionales que por condiciones de salud no tienen la capacidad de hacer parte de las unidades de combate, de lo contrario se estaría vulnerando sus derechos de igualdad y estabilidad laboral reforzada.

Por su parte, el Consejo de Estado de Estado, al analizar un caso similar al que ocupa la atención de la Sala, señaló que el ejercicio de la facultad prevista en el artículo 10 del Decreto 1793 de 2020, debe ser aplicada en armonía con el derecho de la estabilidad laboral reforzada, a la que tienen derecho los soldados profesionales que padecen una discapacidad o graves trastornos en la salud con ocasión al servicio prestado.

Al respecto, explicó:

“En efecto, esta Corporación ha considerado que se debe proteger al soldado profesional que sufre una discapacidad en la prestación del servicio. Así, la Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado, en sede de tutela, en fallo del 17 de marzo de 2011, estimó:

*“Si bien le asiste razón a la entidad demandada cuando afirma que para cumplir con la misión como Soldado Profesional del Ejército Nacional se requiere plena capacidad psicofísica, no puede perderse de vista que **el Estado debe asegurar una debida protección a las personas que han sufrido una discapacidad en la prestación del servicio**, más aún, cuando sin mediar concepto razonado sobre la imposibilidad de nuevas funciones, la entidad procedió a retirarlo.*

En asuntos como el presente, tratándose de persona que durante el desempeño de su labor ha sufrido una disminución de la capacidad laboral, la Ley dispone el retiro, no obstante, si obtiene concepto favorable de la Junta Médico Laboral sobre reubicación, su trayectoria profesional lo hace merecedor y sus capacidades pueden ser aprovechadas, la entidad puede mantenerlo en el servicio activo.²⁷” (Resaltado fuera de texto)

También, el Consejo de Estado ha precisado en el caso de un soldado profesional, que «Las personas en situación de discapacidad cuentan con una serie de acciones afirmativas, que buscan reducir los obstáculos que deben soportar día a día.»²⁸, y que

²⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 17 de marzo de 2011, M.P. Alfonso Vargas Rincón, proceso con radicado 66001-23-31-000-2011-00024-01 AC

²⁸ Consejo de Estado, Sección Cuarta, M.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, proceso con radicado 25000-23-41-000-2015-01836-01 AC

las personas «en situación de discapacidad o con graves trastornos en su salud²⁹ tienen derecho a la estabilidad laboral reforzada»³⁰, así:

“Por esta razón, los artículos 47 y 54 de la Constitución Política consagran expresamente que el Estado debe 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”³¹ y, particularmente en materia laboral, que “El Estado debe (...) garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud”³².

En síntesis, la protección especial del soldado profesional que sufre de un trastorno grave de salud, con ocasión de sus funciones, se concreta en una estabilidad laboral reforzada, como lo han establecido la Corte Constitucional y el Consejo de Estado. Protección que se materializa en el derecho del soldado profesional a ser reubicado para que cumpla otras funciones de conformidad con sus habilidades y destrezas.

*Así las cosas, como el artículo 10 del Decreto Ley 1793 de 2000 dispone que « El soldado profesional que no reúna las condiciones de capacidad y aptitud psicofísica determinadas por las disposiciones legales vigentes, **podrá ser retirado del servicio**», para la Sala, la administración debe ejercer esta facultad en armonía con el derecho a la estabilidad reforzada desarrollado por la jurisprudencia, de modo que la aplicación del retiro debe ser restringida para aquellos casos en los cuales definitivamente no proceda la reubicación laboral.”*

Así las cosas, se concluye que la Sala deberá verificar si la entidad accionada al momento de expedir el acto administrativo de retiro del servicio, por disminución de la capacidad laboral, del soldado profesional tuvo en cuenta los derechos de igualdad y estabilidad laboral reforzada, así como las subreglas definidas por la Corte Constitucional C-063 de 2018, esto es, “cuando el concepto de la Junta Médico Laboral sobre reubicación no sea favorable y sus capacidades no puedan ser aprovechadas en otras actividades administrativas, de mantenimiento o de instrucción, entre otras.”

Bajo las anteriores consideraciones, se impone a la Sala resolver el asunto que es objeto de análisis.

6. Caso Concreto.

²⁹ La Corte Constitucional ha establecido que la estabilidad laboral reforzada no abarca únicamente a las personas en situación de discapacidad, sino también a aquellas que presenten serias afecciones en su salud. En la sentencia T-198 de 2006 indicó: “En materia laboral, la protección especial de quienes por su condición física están en circunstancia de debilidad manifiesta se extiende también a las personas respecto de las cuales esté probado que su situación de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite su condición de discapacitado”.

³⁰ Consejo de Estado, Sección Cuarta, M.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, proceso con radicado 25000-23-41-000-2015-01836-01 AC

³¹ Constitución Política. Artículo 47.

³² Constitución Política. Artículo 54.

Se encuentra demostrado que el señor José Ilvar Salas Alarcón, prestó sus servicios como Soldado Profesional al Ejército Nacional y que en la actualidad se encuentra retirado del servicio, desde el 15 de julio de 2009 y para la fecha de retiro contaba con 6 años, 7 meses y 7 meses de servicio. (fl. 272 C-2)

Así mismo, se tiene que mediante acta de Junta Médica Laboral No. 26028 del 26 de agosto de 2008, le fue calificada su capacidad psicofísica de la siguiente manera:

“VI. CONCLUSIONES:

A. DIAGNÓSTICO POSITIVO DE LAS LESIONES O AFECCIONES: 1) TRAUMA LUMBAR QUE FUE VALORADO Y TRATADO POR ORTOPEDIA Y NEUROCIRUGÍA, QUE DEJA COMO SECUELA: A) LUMBALGIA CRÓNICA QUE SE AGUDIZA AL PORTAR PESO”.

B. Clasificación de las lesiones o afecciones y calificación de la capacidad psicofísica para el servicio. “INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL – NO APTO PARA LA ACTIVIDAD MILITAR.

C. Evaluación de la disminución de la capacidad psicofísica laboral. LE PRODUCE UNA DISMINUCIÓN DE LA CAPACIDAD LABORAL DEL TRECE POR CIENTO (132%).

D. Imputabilidad del servicio. LESIÓN I. OCURRIÓ EN EL SERVICIO POR CAUSA RAZÓN DEL MISMO LITERAL B) DE ACUERDO Z IZL 006/08” (fl. 34 y 35 C-1)

Mediante acta del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía No. 3772 Registrada, al folio No. 183 de libro del Tribunal Móvil, ratificó de manera unánime la decisión de la Junta Médica Laboral contenida en el Acta No. 26028 del 26 de agosto de 2008, en cuanto al porcentaje de disminución de la capacidad laboral, teniendo en cuenta los siguientes aspectos:

“II. ANTECEDENTES:

A. Antecedentes – Lesiones – Afecciones – Secuelas.

1. TRAUMA LUMBAR QUE FUE VALORADO Y TRATADO POR ORTOPEDIA Y NEUROCIRUGÍA, QUE DEJA COMO SECUELA: A) LUMBALGIA CRÓNICA QUE SE AGUDIZA AL PORTAR PESO”.

B. Clasificación de las lesiones o afecciones y calificación de la capacidad psicofísica para el servicio.

“INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL – NO APTO PARA LA ACTIVIDAD MILITAR.

C. Evaluación de la disminución de la capacidad psicofísica laboral de:

LE PRODUCE UNA DISMINUCIÓN DE LA CAPACIDAD LABORAL DEL TRECE POR CIENTO (132%).

VI. (...)

V. *CONSIDERACIONES.*

Teniendo en cuenta que fue calificado con el Decreto 091 de 1989 y con la secuela que presenta corroborada con el examen físico se decide por unanimidad ratificar.

VI. *DECISIONES.*

*De acuerdo a lo establecido en el Decreto 094/89, los miembros del Tribunal Médico Laboral por unanimidad deciden **RATIFICAR** las conclusiones de la **JML No. 26028.**"*

El anterior porcentaje fue ratificado por la Junta de Calificación de invalidez del Meta, el dictamen que le practicó al señor José Ilvar Salas Alarcón para calificar la pérdida de la capacidad laboral determinándole la misma calificación establecida por la Junta Médica Laboral del *TRECE POR CIENTO (13%)*. (fl. 230 y 231).

El asunto se definió en primera instancia, accediendo a las pretensiones de la demanda, disponiendo la nulidad del acto administrativo orden administrativa de personal No. 1367 del 15 de julio de 2009, ordenando el reintegro del demandante, para que fuera reubicado en un cargo del mismo rango o superior, con la misma remuneración o superior, atendiendo sus capacidades físicas; así mismo, dispuso el reconocimiento de salarios, prestaciones y demás emolumentos salariales desde la desvinculación hasta cuando sea efectivamente reintegrado a la institución.

Por su parte, el apoderado de la entidad demandada inconforme con la decisión del *a quo* en el recurso de apelación manifestó que la decisión de retiro del servicio del demandante encuentra fundamento en los artículos 7, 8 y 10 del Decreto 1793 de 2000, que faculta a los comandantes para retirar del servicio activo a los soldados profesionales por disminución de la capacidad laboral. Razón por la cual considera que es absolutamente imposible que se disponga el reintegro a la Fuerzas Militares del demandante, en el entendido que las labores propias de su vínculo laboral como soldado profesional, son estrictamente operacionales y no administrativas.

Al respecto, la Sala encuentra que en principio le asiste razón al apoderado de la entidad demandada, en cuanto a que los artículos antes mencionados prevén como causal de retiro de los soldados profesionales la disminución de la capacidad psicofísica, como claramente ocurrió en el presente asunto. No obstante, debe recordarse que la aplicación del numeral 2º del literal a de los artículos 8 y 10 del Decreto 1793 de 2000 están condicionados a la verificación de las subreglas establecidas por la Corte Constitucional en sentencia C-063 de 2018, esto es, "*cuando el concepto de la Junta Médico Laboral sobre reubicación no sea favorable y sus capacidades no puedan ser aprovechadas en otras actividades administrativas, de mantenimiento o de instrucción, entre otras.*"

En este punto, precisa la Sala que de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado la aplicación de la causal de retiro del servicio de los soldados profesionales por disminución de la capacidad laboral, debe estar armonizada con las garantías de los derechos fundamentales a la igualdad y de estabilidad laboral reforzada que amparan a las personas a quienes se le ha determinado una discapacidad.

Al respecto debe mencionarse que el derecho a la estabilidad laboral reforzada consiste en: “ (i) el derecho a conservar el empleo; (ii) a no ser despedido en razón de la situación de vulnerabilidad; (iii) a permanecer en el empleo hasta que se requiera y siempre que no se configure una causal objetiva que conlleve la desvinculación del mismo y; (iv) a que la autoridad laboral competente autorice el despido, con la previa verificación de la estructuración de la causal objetiva, no relacionada con la situación de vulnerabilidad del trabajador, que se aduce para dar por terminado el contrato laboral, so pena que, de no establecerse, el despido sea declarado ineficaz”³³

En el caso particular, se tiene que la Junta Medica Laboral 26028 del 26 de agosto de 2008 y el Tribunal Médico laboral No. 3772 del 16 de abril de 2009, determinaron que el señor José Ilvar Salas Alarcón “NO ES APTO PARA LA ACTIVIDAD MILITAR” determinándole una disminución de la capacidad laboral del 13% (fls. 24 y 28), sin embargo, revisada la orden administrativa de personal No. 1367 de 2009, a través de la cual se retiró del servicio al demandante, no se observa que la entidad haya realizado un análisis sobre las capacidades del demandante para atender otras labores distintas a las militares y de combate, que igualmente se desarrollan en la institución, como son todas aquellas de carácter administrativo, logístico o de instrucción, decisión que claramente vulnera los derechos del demandante en tanto que no le garantiza su derecho a la estabilidad laboral reforzada, dado el grado de disminución de la capacidad laboral que le fue calificado.

Ahora, de acuerdo con lo señalado en el hecho 3 de la demanda, en donde se señala que mientras se definía la situación médico laboral, el señor José Ilvar Salas Alarcón fue reubicado como “Estafeta” del Batallón No. 38 Centauros del Llano; de lo cual, es posible colegir que el demandante estaba capacitado para desarrollar actividades distintas a las militares que ejecutaba, como soldado profesional, en la institución; en ese contexto era posible que la entidad verificara las capacidades del demandante y así establecer si podían ser aprovechadas en otras actividades de manera que se garantizara la estabilidad laboral a la que tiene derecho el señor Salas Alarcón.

Sustento fáctico que no fue controvertido por la entidad demandada, pues debe recordarse que el Ejército Nacional no contestó la demanda.

³³ Corte Constitucional T-320 de 2016

De otra parte, se observa que al no garantizarse la estabilidad laboral reforzada por parte del Ejército Nacional, otros derechos fundamentales como la salud, el mínimo vital y trabajo están siendo afectados, pues se advierte que el señor José Ilvar Salas Castro presenta una disminución de la capacidad laboral que alcanza el 13%, que de acuerdo con la calificación de la Junta Médica Laboral y el Tribunal Médico Laboral no lo hace apto para la actividad militar, pero que tampoco puede acceder al beneficio pensional por invalidez, como quiera que la ley exige un porcentaje del 50% de merma laboral. En esas condiciones, la entidad demandada no está generando espacios de inclusión para que el señor José Ilvar Salas Castro pueda continuar vinculado con la institución en virtud de la estabilidad laboral reforzada, que lo ampara, esto es, a no ser desvinculado de la entidad en razón a su condición de salud y su derecho a permanecer en la institución desarrollando actividades distintas a las de combate.

La jurisprudencia ha señalado que los militares a quienes se les haya determinado una disminución de la capacidad psicofísica inferior al 50%, no pueden ser retirados del Ejército sin que previamente se haya analizado si pueden desarrollar laborales distintas a las operaciones militares o de combate para las cuales fueron incorporados, teniendo en cuenta que el artículo 1º del Decreto 1793 de 2000³⁴ determina que los soldados profesionales son vinculados a la institución para actuar en las unidades de combate y las otras misiones que le sean encomendadas, por lo que puede entenderse que también desarrollan actividades distintas a las militares.

Al respecto, la Corte Constitucional³⁵ explicó:

“Con fundamento en lo expuesto, una persona con disminución de su capacidad psicofísica (no superior al 50%) no podrá ser retirada del Ejército por ese sólo motivo si se demuestra que se encuentra en condiciones de realizar alguna otra labor administrativa, de mantenimiento o de instrucción, entre otras. Lo anterior no implica que exista un derecho absoluto para los soldados profesionales, pues esta Corte también ha indicado que cuando se desborda la capacidad del empleador la medida de reubicación laboral no puede ser oponible a este. En efecto, la sentencia T-1040 de 2001³⁶, precisó que se trata de un derecho cuyo ejercicio se encuentra condicionado por 3 aspectos relacionados entre sí: (i) el tipo de función que desempeña el trabajador, (ii) la naturaleza jurídica del cargo y (iii) la capacidad del empleador. Al respecto, esa providencia dijo:

“Si la reubicación desborda la capacidad del empleador, o si impide o dificulta excesivamente el desarrollo de su actividad o la prestación del servicio a su cargo, el derecho a ser reubicado debe ceder ante el interés legítimo del empleador. Sin embargo,

³⁴ “Decreto 1793 de 2000. – Artículo 1. **SOLDADOS PROFESIONALES.** Los soldados profesionales son los varones entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar en las unidades de combate y apoyo de combate de las Fuerzas Militares, en la ejecución de operaciones militares, para la conservación, restablecimiento del orden público y demás misiones que le sean asignadas”.

³⁵ Sentencia C-063 de 2018 – Mp. Gloria Stella Ortiz Delgado del 13 de junio de 2018.

³⁶ M. P. Rodrigo Escobar Gil.

éste tiene la obligación de poner tal hecho en conocimiento del trabajador, dándole además la oportunidad de proponer soluciones razonables a la situación.”

70. Por ello es imprescindible que la autoridad técnica especializada (Junta Médica Militar) que realice una valoración médica e integral al individuo que tenga alguna disminución en su capacidad psicofísica, revise a partir de criterios técnicos, objetivos y especializados la posibilidad de que dicha persona sea reubicada en labores acorde a sus capacidades. Solamente después de realizada la valoración correspondiente y siempre que se concluya que el Ejército Nacional no tiene una fuente de empleo para que esa persona desarrolle alguna actividad acorde con sus capacidades dentro de la institución, podrá ser retirada del Ejército Nacional. Esa autoridad, conforme a lo indicado en los fundamentos jurídicos 26 a 31, es la Junta Médico Laboral. No puede dejarse tal atribución a la mera liberalidad del superior o a cuestiones eminentemente subjetivas.”

En este sentido, es pertinente hacer alusión a lo señalado en el artículo 27³⁷ de la Ley 1346 de 2009, por medio de la cual se aprobó la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, que establece que los Estados Partes deberán proteger y promover el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, adoptando medidas de permanencia en el empleo con entornos inclusivos y accesibles.

En un pronunciamiento más reciente, el Consejo de Estado³⁸, en sede de tutela, reiteró sobre la necesidad que la institución militar, antes de retirar del servicio a los soldados profesionales como consecuencia de la disminución de la capacidad laboral, deben estudiar el conjunto de destrezas y habilidades del militar con el fin de determinar la reubicación laboral.

Al respecto, señaló:

“107. En otras palabras, si bien el ordenamiento jurídico consagra la posibilidad de retirar del servicio activo a los soldados profesionales que se ven afectados por una enfermedad mental o disminución de la capacidad psicofísica, lo cierto es que la aplicación de dichas normas a los casos particulares no puede, en desconocimiento de la Constitución, el bloque de constitucionalidad y la interpretación que acorde a la norma superior le ha dado la Corte Constitucional, ser meramente objetiva, formal y genérica,

³⁷ ARTÍCULO 27. TRABAJO Y EMPLEO.

1. 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, entre ellas:

a) 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;

b) (...)”

³⁸ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta del 3 de diciembre de 2020 Rad. 11001031500020200017001(AC)

sino que, por el contrario, requiere un estudio material en aplicación del principio a la igualdad y, por ende, un desarrollo probatorio y argumentativo preciso relacionado con la imposibilidad de reubicar al soldado, es decir, una evaluación adecuada sobre la posibilidad de reubicación en la institución.

108. Esta posición ha sido igualmente adoptada por el Consejo de Estado en la sentencia del 1º de septiembre de 2016 proferida por la Subsección B de la Sección Segunda con número de radicado 68001-23-31-000-2010-00220-01(2122-13), en la cual, así como lo ha establecido la Corte Constitucional, y como lo alegó el tutelante, se indicó que “la Junta Médica debió estudiar el conjunto de destrezas y habilidades del actor para recomendar su reubicación laboral, ante la imposibilidad de desempeñar funciones militares, atendiendo la pérdida de la capacidad laboral del 14% del accionante.”

109. Si bien en dicha ocasión esta Corporación resolvió un caso de lesiones sufridas por un soldado profesional con ocasión de sus funciones, lo cierto es que el fundamento constitucional aplicado, concretamente la sentencia C-063 de 2018 que estudió la constitucional del artículo 10 del Decreto Ley 1793 de 2000 y el Convenio 159 de 1983 de la OIT relativo a la readaptación profesional y el empleo de personas en situación de discapacidad, aprobado por la Ley 82 de 1988, no hacen diferencia en relación al origen de la lesión, sumado al hecho de que en el sub iudice, la pérdida de capacidad laboral se imputó a una lesión sufrida durante la prestación del servicio.”

Postura que fue reiterada por el Consejo de Estado, en sentencia de tutela del 24 de junio de 2021,³⁹ mediante la cual amparó los derechos fundamentales invocados por el accionante que había sido desvinculado de la entidad por disminución de la capacidad laboral y le ordenó a esta Corporación emitir una providencia atendiendo los lineamientos en el fallo, en el que dispuso que la entidad “*al momento de analizar la legalidad de un acto administrativo que desvinculó a un soldado con un porcentaje de capacidad laboral menor al 50%, debe verificarse si existe otra alternativa de reubicación en donde pueda desempeñar funciones administrativas, de docencia o de instrucción, para lo cual, la Junta Médico Laboral y el Tribunal Laboral de Revisión Militar y de Policía deberán apreciar su capacidad psicofísica y rendir un concepto técnico en el que se evalúen sus habilidades, y determinen específicamente si la persona física y mentalmente podría desarrollar otras funciones.*”

De acuerdo con lo anterior, la Sala encuentra que la entidad demandada desvinculó del servicio al soldado profesional José Ilvar Salas Alarcón, con ocasión a la disminución de la capacidad laboral, sin que previamente se le haya realizado un estudio de destrezas y habilidades, con el fin de garantizar el derecho de estabilidad laboral reforzada que protege al demandante, máxime si se tiene en cuenta que el Tribunal Médico Laboral determinó que las afecciones y lesiones que presenta el demandante, son imputables al servicio, como se deduce del respectivo acta de Junta Médica Laboral que en parte pertinente señala: “*D. Imputabilidad del servicio. LESIÓN I. OCURRIÓ EN EL SERVICIO POR CAUSA RAZÓN DEL MISMO*

³⁹ Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección A – sentencia del 24 de junio de 2021 – Rad. 11001-03-15-000-2021-0252-00 – Mp. Gabriel Valbuena Hernández.

LITERAL B) DE ACUERDO Z IZL 006/08", pero nada indicó sobre la posibilidad de reubicación del demandante para realizar otras actividades –administrativas, de instrucción u operativas- diferentes a las militares. (fl. 34 y 35 C-1).

De este modo, previo a la desvinculación del servicio del militar a quien se le haya determinado una disminución de la capacidad laboral inferior al 50% la entidad, en este caso el Ejército Nacional, a través de la Junta Médica Laboral y el Tribunal Médico Laboral debió establecer: *i.)* si la persona física y mentalmente está en capacidad de desarrollar labores administrativas –*aspecto subjetivo*-, docentes o de instrucción dentro del institución; y *ii.)* la disponibilidad o existencia del cargo en la institución –*aspecto objetivo*- en donde pueda ser ubicado el militar que padece la disminución de la capacidad laboral, acorde con la preparación y capacitación del militar. En la misma forma, en el acto administrativo de desvinculación se debe realizar un mínimo de motivación sobre la posibilidad o imposibilidad de lograr la reubicación del soldado profesional que presenta la disminución de la capacidad laboral, bien sea a partir del análisis de lo indicado en las actas de la Junta Médica o el Tribunal, o a partir de un estudio que determine que no existe un cargo dentro de la institución que permita la reubicación del mismo.

7. Del restablecimiento del derecho.

Debe mencionarse en este punto, que en el fallo recurrido se dispuso que a título de restablecimiento del derecho la entidad demandada debía reintegrar al señor José Ilvar Salas Alarcón en el grado que ostentaba al momento de su retiro, reubicándolo en un cargo del mismo rango o superior, con la misma remuneración o superior atendiendo sus capacidades físicas y le ordenó pagar todos los *sueldos, prestaciones sociales y emolumentos dejados de percibir desde el momento del retiro hasta su reincorporación.."*

No obstante, en atención a que el recurso de apelación se encamina a la revocatoria de la totalidad de la sentencia de la primera instancia, es posible analizar el aspecto de la condena en esta instancia, teniendo en cuenta los parámetros fijados por la Corte Constitucional en la Sentencias SU-556 del 24 de julio de 2014. En este punto, la Sala pone presente que el Consejo de Estado⁴⁰ ha concluido que en los casos de retiro del servicio por disminución de la capacidad laboral no se aplica el precedente jurisprudencial respecto del límite indemnizatorio fijado en la sentencia SU-556 DE 2014, el cual se hizo extensivo a los miembros de la Fuerza Pública en la providencia SU-053 de 2015, en el entendido que los casos allí analizados corresponden a personal de la Policía Nacional que fue retirado de la institución a través de actos administrativos de retiro discrecional, circunstancia que difiere de la aquí estudiada que obedeció a la disminución de la capacidad laboral del demandante.

⁴⁰ Consejo de Estado – Sección Primera – sentencia del 4 de octubre de 2018 – Rad. 11001-03-15-000-2018-1327-01 - Mp. Hernándo Sánchez Sánchez.

No obstante, explicó que el precedente establecido en la sentencia SU-556 de 2014 resultaba aplicable, exclusivamente para establecer los montos a descontar en virtud de las sumas que por cualquier concepto laboral público o privado, independiente o dependiente haya recibido la persona desde el momento que fue desvinculada y hasta cuando se haga el reintegro. Pues *“independientemente de la expectativa de permanencia en el cargo o de la estabilidad que se predica en mayor o en menor medida en una u otra clase de vinculación, la premisa sigue siendo la misma, esto es, que el reintegro se realice sin solución de continuidad, con el pago de los salarios y prestaciones efectivamente dejados de percibir, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la persona, indemnizando de ese modo el daño realmente causado.”*

Postura que fue reiterada por la misma Corporación en sentencia de tutela del 16 de enero de 2019⁴¹, en la que se concluyó que el precedente jurisprudencial SU-053 de 2015 no era aplicable en los casos de retiro por disminución de la capacidad psicofísica, en razón a que los topes indemnizatorios se *“previeron para los miembros de la Fuerza Pública retirados en ejercicio de la facultad discrecional y no para aquellos retirados por disminución de su capacidad psicofísica.”*

De igual manera, esta Corporación, en sentencia del 26 de agosto de 2021,⁴² al resolver asunto similar concluyó que en los eventos en los cuales se ordenaba el reintegro de miembros de la Fuerza Pública que han sido retirados por disminución de la capacidad laboral, era procedente aplicar el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional SU-556 de 2014 a efectos de ordenar los descuentos que por cualquier concepto haya recibido el militar durante el lapso de tiempo que estuvo desvinculado de la institución. Al respecto indicó:

“En este punto se precisa que el H. Consejo de Estado en sentencia de tutela del 4 de octubre de 2018⁴³ señaló que el precedente fijado en la sentencia SU- 556 de 2014 de la Corte Constitucional, en lo que atañe al tope a pagar por concepto de los salarios y prestaciones dejados de percibir, no resulta aplicable en los casos de retiro por disminución de la capacidad psicofísica; no obstante, se estipuló que sí es procedente la aplicación de dicha sentencia de unificación en lo que respecta al descuento de las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, independiente o dependiente, se hayan recibido, toda vez que la esencia del restablecimiento del derecho es retrotraer las cosas a su estado inicial, luego de hacer cesar los efectos jurídicos del acto administrativo que lesionó los derechos del ciudadano y, por consiguiente, ese tipo de condenas están dirigidas a reintegrar al funcionario al cargo que venía desempeñando y al pago de los salarios y las prestaciones dejados de percibir, creando una ficción jurídica de que aquel nunca fue retirado del servicio.”

⁴¹ Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B – sentencia del 16 de enero de 2019 – Rad. 11001-03-15-000-2018-04124-00 - Mp. César Palomino Cortés

⁴² Tribunal Administrativo del Meta – Sentencia del 26 de agosto de 2021 – Rad. 500013333002-2015-00424-01 – Mp. Héctor Enrique Rey Moreno.

⁴³ *Radicado No 11001-03-15-000-2018-01327-01(AC), C.P. HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ.*

Adicionalmente, debe la Sala precisar que las razones subyacentes al descuento ordenado en las sentencias SU 556 de 2014 y SU 053 de 2015 resultan aplicables al presente asunto, toda vez que las mismas hacen relación a indemnizar el daño efectivamente causado, es decir, la pérdida de ingresos como consecuencia del retiro, razón por la cual los valores que se devengaron una vez que el demandante se retiró del servicio, deben ser deducidos del valor establecido en el periodo ordenado en la decisión, pues, en los términos de la Corte Constitucional, de esta forma se garantiza que la indemnización se centre en el daño efectivamente padecido.

Conforme a lo indicado y al precedente jurisprudencial, la Sala considera viable a título de restablecimiento del derecho ordenar el reintegro del señor José Ilvar Salas Alarcón en el grado que ostentaba al momento de su retiro, reubicándolo en un cargo del mismo rango o superior, con la misma remuneración o superior atendiendo sus capacidades físicas y de acuerdo con las recomendaciones que realice la Junta Médica Laboral y el Tribunal Médico Laboral; así mismo, a que se le pague el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido durante dicho lapso de tiempo; así como las deducciones de ley a que haya lugar.

El pago de los salarios y demás prestaciones que resulten a favor del actor se ajustará en su valor, conforme la siguiente fórmula:

$$R = RH \times \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH) que es lo dejado de percibir por el demandante, por el guarismo que resulte de dividir el Índice final del precio al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), entre el índice inicial vigente a la fecha en que debió hacerse el pago.

De conformidad con lo anterior, es pertinente indicar que el ordinal cuarto de la sentencia de primera instancia, proferida el 29 de mayo de 2019, deberá ser modificado con los parámetros analizados en este acápite.

8. Otras determinaciones.

Finalmente, observa la Sala que se configura la causal de interrupción del proceso prevista en el numeral segundo del artículo 168 del C.P.C. que se produce «2. *Por muerte o enfermedad grave del apoderado judicial de alguna de las partes, o por exclusión del ejercicio de la profesión de abogado o suspensión en él.*», toda vez que el apoderado

principal del demandante -HENRY DÍAZ CUBÍDES-, se encuentra sancionado con la exclusión del ejercicio de la profesión de abogado desde el 01 de marzo de 2018, como consta en la consulta de antecedentes disciplinarios⁴⁴.

En consecuencia, se da por finalizado el poder de sustitución conferido al abogado HENRY STEWARD DÍAZ RINCÓN, quien se reconoció así mediante auto del 18 de agosto de 2019 (fl. 218), y de conformidad con lo previsto en el artículo 169 *ibídem*, habrá de citarse al demandante JOSÉ ILVAR SALAS ALARCÓN, para que comparezca al proceso mediante apoderado judicial, dentro de los diez (10) días siguientes a su comunicación, surtido lo cual, se reanudará el proceso.

Debe precisarse que es perfectamente viable jurídicamente que la parte actora confiera el poder a quien en estos momentos actúa como sustituto, pues en este momento el vínculo de este apoderado no deviene del actor sino del apoderado principal, quien, se reitera, fue excluido de la profesión.

Conforme a lo anterior se adicionarán los ordinales octavo y noveno a la sentencia de primera instancia.

9. Condena en costas

Referente a la condena en costas, la Sala no condenará a la entidad demandada conforme lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, modificatorio del artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, en razón a que no existe prueba dentro del plenario que acredite la existencia de una conducta grave o temeridad⁴⁵.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO. - MODIFICAR el ordinario **CUARTO** de la sentencia proferida el 29 de mayo de 2019 por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Villavicencio el cual quedará de la siguiente manera:

“CUARTO.- CONDENAR a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL a reconocer y pagar al señor José Ilvar Salas Alarcón, todos los salarios y prestaciones dejados de percibir desde el retiro del servicio hasta cuando

⁴⁴ 004. CSJ - Consulta de Antecedentes Disciplinarios - <https://antecedentesdisciplinarios.ramajudicial.gov.co/>

⁴⁵ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez., en sentencia del 5 de agosto de 2010 señala:

“CONDUCTA TEMERARIA O MALA EN EL PROCESO – Existencia.

Son deberes y responsabilidades de las partes y sus apoderados, proceder con lealtad y buena fe en todos sus actos, y obrar sin temeridad en sus pretensiones o defensa y en el ejercicio de los derechos procesales (artículo 71 del C.P.C- numerales 1º y 2º) Se considera que ha existido temeridad o mala fe cuando por cualquier otro medio se entorpezca reiteradamente el desarrollo normal del proceso (artículo 74 numeral 5º ibídem)”

se haga el reintegro, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la demandante en ese mismo lapso, así como las deducciones de ley a que haya lugar.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula debe aplicarse mes por mes, para cada mensualidad, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos, incluyendo los reajustes reconocidos periódicamente, para deducir la indexación que afecta las sumas causadas”.

SEGUNDO.- ADICIONAR los ordinales OCTAVO Y NOVENO a la sentencia de primera instancia, los cuales quedarán de la siguiente manera:

“OCTAVO.- TENER por finalizado el poder de sustitución otorgado al abogado HENRY STEWARD DÍAZ RINCÓN, con ocasión de la sanción impuesta al abogado HENRY DÍAZ CUBÍDES quien fungía como apoderado principal.

En consecuencia, DECLARAR la interrupción del proceso, de conformidad con el numeral segundo del artículo 168 del C.P.C., la cual tendrá lugar a partir de la notificación de esta providencia; advirtiéndose que durante la interrupción no correrán los términos y no podrá ejecutarse ningún acto procesal.

NOVENO.- Por Secretaría, COMUNÍQUESE AL DEMANDANTE para que en el término de DIEZ (10) DÍAS contados a partir del recibo de la respectiva comunicación, comparezca al proceso por conducto de apoderado, de conformidad con lo previsto en el artículo 169 del C.P.C.”

TERCERO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida el 29 de mayo de 2019 por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Villavicencio, de conformidad con los motivos expuestos en esta providencia.

CUARTO.- Sin condena en costas en esta instancia.

QUINTO.- Una vez ejecutoria la presente providencia, por Secretaría envíese el expediente al Juzgado de origen.

Esta providencia fue discutida y aprobada en Sala de fecha veintidós (22) de septiembre de dos mil veintiuno (2021) según consta en el Acta No. 063 de la misma fecha.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

Carlos Enrique Ardila Obando
Magistrado
Mixto 002

Tribunal Administrativo De Villavicencio - Meta

Hector Enrique Rey Moreno
Magistrado
Mixto 003
Tribunal Administrativo De Villavicencio - Meta

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **3986350fcb10bbbf7b6afac372855bf412237198b26d5f8047677232a02d94**
Documento generado en 24/09/2021 11:04:43 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>