

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Sentencia proferida en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho / CONFIGURACIÓN DEL DEFECTO POR DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE / RETIRO DEL SERVICIO ACTIVO DE LOS MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA POR DISMINUCIÓN DE LA CAPACIDAD PSICOFÍSICA / ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA - Soldado profesional retirado por pérdida de capacidad laboral en actos relacionados con el servicio / REINTEGRO DE MIEMBRO DE LA FUERZA PUBLICA - Se debe valorar las habilidades, aptitudes y capacidades del soldado y si es del caso capacitarlo para su reubicación laboral

En sentir de la parte accionante, con la providencia acusada el Tribunal incurrió en un desconocimiento del precedente judicial de su propio lineamiento y de la jurisprudencia desarrollada por la Corte Constitucional y esta Corporación, relacionado con la estabilidad laboral reforzada de los soldados profesionales heridos en razón de su servicio. [...]. [E]l Tribunal Médico Laboral realizó un dictamen en el que declaró una disminución de la capacidad laboral del accionante en un 17.64%, debido a una limitación funcional de la mano izquierda no dominante, por causa de una herida obtenida en razón de su servicio, por lo que decidió clasificarlo como no apto para la actividad militar. Asimismo, sugirió que el señor Gómez Medina no podía ser reubicado teniendo en cuenta la insuficiente preparación profesional para desempeñarse en otras áreas diferentes a las operativas. Por esta razón, la entidad demandada retiró del servicio al hoy demandante. [...]. [S]i bien en el acta del Tribunal Médico Laboral no se sugiere la reubicación laboral por la limitación funcional que padece para poder desempeñar labores administrativas, de oficina o de mantenimiento, en el mismo dictamen se señala que sí puede desempeñar labores de instrucción o docencia, pero que no califica a las mismas por insuficiencia de estudios o experiencia. En este escenario, siguiendo lo señalado en la jurisprudencia, le correspondía al Ejército Nacional, tener en cuenta la situación particular del accionante y valorar las habilidades, aptitudes y capacidades para reubicarlo en dichas áreas y, si es del caso, capacitarlo para dar cumplimiento a los mandatos superiores de protección a personas en situación de discapacidad. Así las cosas, verificados los argumentos que el Tribunal demandado usó para negar el reintegro y la reubicación laboral del señor Gómez Medina por la disminución de la capacidad psicofísica, en contraste de las sentencias de la Corte Constitucional y de esta Corporación, se logra determinar que este incurrió en desconocimiento del precedente judicial, pues tal como se indicó en las sentencias citadas, la entidad demandada tiene la obligación de buscar la reubicación laboral del soldado profesional afectado por la pérdida de la capacidad de trabajo en servicio activo, en virtud de la protección laboral reforzada que la jurisprudencia ha reconocido. Al respecto, el derecho a la reubicación laboral protege que la persona que sufrió una pérdida de capacidad pueda ser reincorporada a un cargo acorde con sus condiciones actuales y con sus habilidades y destrezas, supuestos que en el presente asunto no se han cumplido.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá D.C., veintiséis (26) de septiembre de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 11001-03-15-000-2019-03784-00(AC)

Actor: ALDEMAR GÓMEZ MEDINA

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA

Tema: Acción de tutela contra providencia judicial/ Retiro del servicio de soldados profesionales de las Fuerzas Militares/ Derecho a la estabilidad reforzada de soldado profesional en situación de discapacidad/ Derecho a la reubicación de soldados profesionales con disminución de capacidad laboral.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Decide la Sala de Subsección la acción de tutela presentada por el señor Aldemar Gómez Medina, actuando por intermedio de apoderado judicial, en contra del Tribunal Administrativo del Cauca, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y estabilidad laboral reforzada con ocasión de la sentencia proferida el 9 de mayo de 2019, la cual revocó la sentencia de primera instancia y negó las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento de derecho, interpuesta por el accionante en contra de la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional.

I. ANTECEDENTES

De la demanda se extraen como relevantes los siguientes:

1. Hechos

- 1.1.** El señor Aldemar Gómez Medina fue incorporado al Ejército Nacional como soldado regular y posteriormente se vinculó a esa institución como Soldado Profesional en el 2008.
- 1.2.** En el ejercicio de sus actividades como soldado profesional, sufrió una herida por proyectil de arma de fuego en su mano izquierda.
- 1.3.** El 25 de febrero de 2010, la Junta Médica Laboral Militar valoró al accionante y le diagnosticó una pérdida de capacidad laboral del 9.5%, una incapacidad permanente parcial y lo declaró apto para el servicio.
- 1.4.** El 17 de febrero de 2014, el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía modificó el porcentaje de pérdida de capacidad laboral del accionante, de tal forma que éste fue fijado en 17.64%. Adicionalmente, fue declarado no apto para la actividad militar y no se recomendó su reubicación laboral.

- 1.5. Mediante Orden Administrativa de Personal No. 1429 del 5 de mayo de 2014, el accionante fue retirado del servicio activo con fundamento en el dictamen médico laboral, decisión que se le notificó el 15 de mayo de 2014.
- 1.6. Como consecuencia de su desvinculación, instauró medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra el Acto Administrativo que lo retiró de su servicio, proceso que correspondió al Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito Judicial de Popayán, el cual, mediante sentencia de 5 de julio de 2016, declaró la nulidad parcial del acto atacado y ordenó reintegrar al señor Gómez Medina a un cargo igual, similar o de superior jerarquía, acorde con su capacidad laboral, con base en que le corresponde a la entidad demandada gestionar la ubicación laboral del accionante ya que la lesión padecida fue adquirida en el servicio.
- 1.7. Apelada la decisión por la entidad demandada, el Tribunal Administrativo del Cauca, en sentencia de 9 de mayo de 2019, revocó lo resuelto por el *a quo*, con el argumento de que los cargos formulados por el demandante de ser reubicado en labores administrativas y asistenciales sin afectar su propia salud no fueron probados, por lo que decidió negar las pretensiones de la demanda.

2. Fundamentos de la acción

En la acción de tutela, el apoderado del accionante indicó que la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, vulneró los derechos fundamentales de su poderdante al ir en contravía de su propia jurisprudencia, pues en casos similares como el del 11 de agosto de 2016 No. 19001333100120100039701, M.P. Pedro Javier Bolaños Andrade, el Tribunal accedió a las pretensiones del demandante en virtud del principio de estabilidad laboral reforzada para los soldados profesionales heridos en razón de su servicio.

De esta manera, considera el accionante que sus derechos fueron vulnerados por su trato desigual ante la autoridad judicial accionada, específicamente por su interpretación y aplicación de la ley.

3. Pretensiones

«**PRIMERA:** Se AMPARE el Derecho Fundamental al DEBIDO PROCESO, LA IGUALDAD, AL TRABAJO, A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA violentados a mi mandante con la sentencia de segunda instancia dictada por el Tribunal Administrativo del Cauca dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho radicado con el No. **19001333100720140038101**.

SEGUNDA: Se garantice el disfrute de los DERECHOS HUMANOS como la protección del DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO, en relación con el empleo y la no discriminación del accionante por su DISMINUCIÓN DE LA CAPACIDAD LABORAL, derechos y garantías violentados por el fallo de segunda instancia dictada por el Tribunal Administrativo del Cauca dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho radicado con el No. **19001333100720140038101**.

TERCERA: Se ORDENA A LA ACCIONADA TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA, proferir nueva sentencia de segunda instancia con fundamento y garantía de los DERECHOS FUNDAMENTALES AL DEBIDO PROCESO, LA IGUALDAD, LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA, el BLOQUE DE

CONSTITUCIONALIDAD, teniendo en cuenta además los convenios y acuerdos de orden internacional que en la condición de disminución de capacidad laboral, protegen al accionante por la discriminación a la que fue sometido con la sentencia de segunda instancia dictada por el Tribunal Administrativo del Cauca dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho radicado con el No. **19001333100720140038101**.(...)»¹

4. Trámite procesal

Mediante auto de 26 de agosto de 2019, se admitió la presente acción constitucional y se ordenó notificar a los magistrados integrantes del Tribunal Administrativo del Cauca como accionados, al Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito Judicial de Popayán y a la Nación – Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, como terceros interesados en las resultas de este proceso, y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, para que en el término de tres (3) días contados a partir de la notificación de la providencia procedieran a rendir el respectivo informe².

5. Informes

5.1. El Ministerio de Defensa³, por intermedio de la coordinadora del Grupo Contencioso Constitucional, solicitó que se rechace por improcedente la acción de la referencia por no cumplir con los requisitos generales y especiales para que proceda la acción de la referencia, toda vez que el accionante pretende es transcribir los argumentos presentados en la demanda ordinaria para revivir interpretaciones que ya fueron debatidas por el juez natural.

Adicionalmente, señaló que del escrito de tutela no es posible llegar a la identificación clara y concreta de los hechos ocasionantes de la vulneración, es decir, que la conducta desplegada por la autoridad judicial accionada se ajustó conforme a derecho.

5.2. El Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito Judicial de Popayán⁴, allegó respuesta en el que informó que la jueza tomó posesión del cargo el 24 de julio de 2018, tiempo después de haber sido proferida la sentencia en cuestión.

5.3. El Tribunal Administrativo del Cauca⁵, por intermedio del magistrado ponente de la sentencia objeto de reproche, señaló que no considera que se haya violado ningún derecho fundamental y que por eso solicita que se rechace por improcedente el amparo.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, el Decreto 2591 de 1991 y el artículo 2 del Acuerdo 377 de 2018, esta Sala de Subsección es competente para conocer sobre el trámite de la acción constitucional de la referencia.

¹ Fol. 5

² Fol. 62

³ Fols. 71-74

⁴ Fols. 76-80

⁵ Fol. 89

2. Problema jurídico

De conformidad con lo expuesto, entiende la Sala de Subsección que el problema jurídico se circunscribe a responder si:

- ¿En el presente asunto se cumplen los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela en contra de providencias judiciales?

De resultar afirmativo el anterior interrogante, se determinará si:

- ¿La sentencia de 9 de mayo de 2019 proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, vulneró los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y estabilidad laboral reforzada del señor Aldemar Gómez Medina?

3. La acción de tutela contra providencia judicial

En términos generales y de acuerdo con la doctrina constitucional vigente⁶ aceptada mayoritariamente por la Sala Plena de esta Corporación⁷, es posible acudir al recurso de amparo para obtener la protección material de los derechos fundamentales, cuando estos resulten amenazados o vulnerados por decisiones judiciales. Ello, atendiendo a que el ejercicio de la judicatura, al igual que sucede con cualquier rama del poder en el Estado democrático, supone la absoluta sujeción a los valores, principios y derechos que la propia Constitución establece y, con esa perspectiva, cualquier autoridad investida de la potestad de administrar justicia, sin importar su linaje, es susceptible de ser controlada a través de ese mecanismo constitucional cuando desborda los límites que la Carta le impone.

Ahora bien, siendo la tutela una acción de carácter excepcional y residual, supone el cumplimiento de ciertas exigencias por parte de quien pretende la protección de sus derechos, en tanto que el ejercicio natural de la jurisdicción se inscribe dentro de procedimientos destinados a la eficacia de los mismos y en esa medida las controversias que allí surjan, son subsanables en el contexto del proceso. De ahí que la Corte Constitucional estructurara después de años de elaboración jurisprudencial, los requisitos generales y especiales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales, que tienen como sano propósito garantizar el delicado equilibrio entre el principio de seguridad jurídica, la autonomía e independencia de los jueces para interpretar la ley y la necesidad de asegurar la vigencia efectiva de los derechos constitucionales fundamentales.

Los presupuestos generales responden al carácter subsidiario de la tutela y por lo mismo deben cumplirse en cualquier evento para su interposición, como son:

«(i) Que el asunto que esté sometido a estudio sea de evidente relevancia constitucional. Sobre este punto, corresponde al juez de tutela, señalar de forma clara y precisa las razones por las cuales el asunto a resolver tiene tal entidad que afecta derechos fundamentales de alguna de las partes.

(ii) Que en el proceso se hayan agotado todos los medios de defensa, tanto ordinarios como extraordinarios que se encuentren al alcance de quien

⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-590-05.

⁷ Sentencia de treinta y uno (31) de julio de dos mil doce (2012). Radicación número: 11001-03-15-000-2009-01328-01(IJ) Actor: Nery Germanía Álvarez Bello. C.P. María Elizabeth García González.

demande el amparo, salvo, claro está, que se busque evitar un perjuicio irremediable.

(iii) Que la presentación de la acción cumpla con el requisito de inmediatez. Esto significa que el término de interposición de la tutela sea “razonable y proporcionado” entre el momento en que se presentó la presunta vulneración y el tiempo de presentación de la acción de tutela. Lo anterior, con el fin de velar por los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica.

(iv) Que la irregularidad procesal devenga en sustancial: cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora. No obstante, de acuerdo con la doctrina fijada en la Sentencia C-591-05, si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio.

(v) Identificación de la situación fáctica que devino en la vulneración de derechos: que quien acciona identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible.

(vi) Que no se trate sentencias de tutela.»

Los requisitos de procedencia en el caso en concreto

En el presente caso, advierte la Sala de Subsección que la pretensión de amparo constitucional es de marcada relevancia constitucional, en la medida en que se contrae a establecer de manera central si el Tribunal Administrativo del Cauca, con la expedición de la sentencia de 9 de mayo de 2019, incurrió en la violación de los derechos fundamentales ya descritos.

Así mismo, se encuentra que la sentencia objeto de tutela carece de recursos ordinarios y extraordinarios para obtener el amparo constitucional.

Advierte igualmente que la interposición del mecanismo se dio en un lapso «razonable y proporcionado» pues la providencia del Tribunal Administrativo del Cauca se profirió el 9 de mayo de 2019, y la acción de tutela fue interpuesta el 14 de agosto del 2019.

Por último, no se trata de irregularidades procesales, ni de una tutela contra tutela.

3.2. Las causales específicas de procedencia

De igual forma, como se explicó en párrafos precedentes, la doctrina constitucional ha desarrollado causales específicas de procedencia de la acción que deben acreditarse para que el amparo prospere, que se concretan en los siguientes eventos:

- a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.
- b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento legal establecido.
- c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.
- d. Defecto material o sustantivo, cuando se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una contradicción entre los fundamentos y la decisión.
- e. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.
- f. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de la órbita funcional del juez.
- g. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance.
- h. Violación directa de la Constitución, que, según la Corte Constitucional⁸, se estructura cuando el juez ordinario adopta una decisión que desconoce la Carta Política, ya sea porque:
 - (i) deja de aplicar una disposición a un caso concreto;
 - (ii) aplica la ley al margen de los dictados de la Constitución.

4. Desconocimiento del precedente judicial

Los artículos 228 y 230 de la Carta Política establecen que el poder judicial es autónomo e independiente y que los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley. Esta regla general de independencia y autonomía del poder judicial no es absoluta, sino que encuentra sus límites en la realización de otros valores constitucionales, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2º de la Constitución⁹.

En materia de decisiones judiciales, se destaca el respeto por el principio de igualdad (artículo 13 de la C.P.) el cual implica no solamente la igualdad ante la ley sino también la igualdad de protección y trato por parte de las autoridades y específicamente la igualdad en la interpretación y aplicación de la ley por parte de las autoridades judiciales, preservándose de esta manera la seguridad jurídica y con ella la certeza que la comunidad tiene de que los jueces van a decidir los

⁸ Sentencia SU 198 de 2013.

⁹ Al respecto ver entre otras las sentencias C-836 de 2001, T-1130 de 2003, T-698 de 2004, T-731 de 2006, T-571 de 2007, T-589 de 2007 y T-014 de 2007.

casos iguales de la misma forma¹⁰. Corolario de esto, surge como límite a la autonomía e independencia de los jueces, el respeto por el precedente.

No obstante lo anterior, el sometimiento al precedente no puede convertirse en una camisa de fuerza para el juzgador. Es por ello que la Corte Constitucional ha sostenido que las autoridades judiciales pueden apartarse válidamente de precedentes previos, bien sean estos verticales u horizontales¹¹, siempre y cuando se justifiquen debidamente las razones para ello.

5. Del caso concreto

En el asunto de la referencia, el señor Aldemar Gómez Medina presentó acción de tutela con el objeto de que se protejan sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y estabilidad laboral reforzada que considera vulnerados con la sentencia de 9 de mayo de 2019, mediante el cual el Tribunal Administrativo del Cauca revocó la sentencia de 5 de julio de 2016, dictada por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito Judicial de Popayán; para en su lugar, negar las pretensiones de la demanda nulidad y restablecimiento del derecho que presentó contra la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional.

En sentir de la parte accionante, con la providencia acusada el Tribunal incurrió en un desconocimiento del precedente judicial de su propio lineamiento y de la jurisprudencia desarrollada por la Corte Constitucional y esta Corporación, relacionado con la estabilidad laboral reforzada de los soldados profesionales heridos en razón de su servicio.

Revisadas las piezas procesales que reposan en el expediente, se observa que el Tribunal Administrativo del Cauca, al resolver el recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia dictada por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito Judicial de Popayán, realizó los siguientes razonamientos:

«(...) La disminución de la capacidad sicofísica de los miembros de la Fuerza Pública es una circunstancia válida para disponer su retiro del servicio.

-Sin embargo, la decisión de retiro es excepcional en tanto está condicionada a que la autoridad médico-laboral conceptúe que el servidor no es apto para para el servicio y que no es procedente su reubicación.

-El concepto de la autoridad médica laboral debe considerar las habilidades del servidor disminuido en su capacidad psicofísica, a fin de establecer si puede o no desarrollar labores administrativas, docentes o de instrucción que, de una parte, puedan ser aprovechadas por la entidad, y de otra, no afecten negativamente la situación de aquel.

-Cuando el concepto de la autoridad médico-laboral sugiera la reubicación laboral, corresponderá a la entidad definir la labor que efectivamente pueda ser asignada, teniendo en cuenta las habilidades del militar, y la existencia y disponibilidad de un cargo que corresponda a los estudios, preparación, y capacitación del sujeto.

¹⁰ Ver entre otras las sentencias C-836 de 2001, T-1130 de 2003, T-698 de 2004, T-731 de 2006, T-571 de 2007, T-808 de 2007, T-766 de 2008 y T-014 de 2009.

¹¹ Se entiende por precedente vertical aquellas decisiones previas promulgadas por un superior jerárquico y que resultan pertinentes para resolver el caso concreto, y por el horizontal aquellas decisiones fijadas por una autoridad judicial de la misma jerarquía y que resultan relevantes para resolver un caso concreto. Al respecto ver la Sentencias T- 589 de 2007.

-Si el concepto no recomienda la reubicación laboral la autoridad deberá disponer el retiro del servidor, teniendo este la posibilidad de cuestionar judicialmente la decisión de desvinculación, con cargo a demostrar la viabilidad de su reubicación y desvirtuar las conclusiones de la autoridad médico-laboral.

En el *sub judice*, el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía determinó declarar al demandante con una incapacidad de 17.64%, estableciendo que no era apto para el servicio, es decir, para seguir desempeñando las labores inherentes a su condición, de soldado profesional, a lo cual adicionó que no era posible su reubicación laboral, amén de la falta de idoneidad y las patologías valoradas dentro de la evaluación.

Luego, existe un dictamen médico laboral en firme, aportado con la demanda, que fue concluyente en indicar que Aldemar Gómez Medina padecía de una incapacidad permanente parcial que le impedía desarrollar cualquier tipo de actividad en el Ejército Nacional, para lo cual este tuvo en cuenta los hallazgos médicos, además de la preparación profesional de aquel, de los cuales concluyó la imposibilidad de reubicación laboral y, por consiguiente, la decisión de retirarlo del servicio por disminución de su capacidad psicofísica.

Frente a ello debe resaltarse que al haberse definido el acta del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía que el actor no podía ser reubicado, tal decisión se constituyó en un acto administrativo definitivo, en la medida que definió el derecho del demandante a permanecer vinculado a la institución.»¹²

La autoridad judicial demandada sostuvo que de conformidad al Decreto Ley 1793 de 2000 los soldados profesionales de las Fuerzas Militares pueden ser retirados del servicio por la disminución de la capacidad psicofísica. Por lo anterior, concluyó, que el señor Gómez Medina al tener un dictamen médico laboral en firme, proferido por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, en el cual se determinaba una incapacidad del 17.64% no era apto para el servicio, por lo que el Ejército Nacional tenía la facultad de ordenar el retiro de su servicio.

Respecto de la estabilidad reforzada de los soldados profesionales en condición de discapacidad o disminución física, la Corte Constitucional en sentencia T-372 de 2018, efectuó la siguiente reflexión:

«(...) (i) Es deber del Estado proteger a los soldados profesionales que adquieren una condición de discapacidad en actos relacionados con el servicio.

(ii) Es razonable que la actividad militar exija que sus miembros cumplan con todas las aptitudes físicas, síquicas y sensoriales para desarrollar su labor.

(iii) El hecho de que un soldado profesional sea calificado como no apto para la actividad militar, no quiere decir que esté imposibilitado para desarrollar otras labores dentro de la institución castrense.

(iv) Previo a dar aplicación a las normas sobre causales de retiro del servicio de los soldados profesionales, le corresponde a la correspondiente

¹² Fol. 39

fuerza, valorar las condiciones de salud, destrezas, aptitudes y capacidades del uniformado, a efecto de determinar si puede ser reubicado a otro cargo.

(v) Para que haya lugar a la reubicación, deben concurrir dos elementos: a) subjetivo: le corresponde a las Juntas Médicas Laborales y el Tribunal Laboral de Revisión Militar y de Policía y consiste en determinar si el soldado profesional está en capacidad de desarrollar labores administrativas, docentes o de instrucción dentro de la institución; y b) objetivo: asignado a las jefaturas o direcciones de personal de la institución y está referido a la definición de la labor que efectivamente pueda ser asignada, teniendo en cuenta la existencia y disponibilidad de un cargo que corresponda a los estudios, preparación y capacitación del uniformado.

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

44. Adicionalmente, esta Corporación ha insistido en que el retiro del servicio a soldados profesionales por pérdida psicofísica no opera automáticamente, sino que es necesario que, previamente, se realice una valoración de las condiciones de salud, habilidades, experticias y capacidades del afectado, a efecto de determinar si puede desarrollar otras actividades o funciones al interior de institución militar.

45. Bajo este derrotero, en las sentencias T-437 de 2009, T-503 de 2010, T-081 y T-910 de 2011, T-459 y T-1048 de 2012, T-843 de 2013, T-928 de 2014 y T-076 y T-141 de 2016, entre muchas otras, la Corte protegió los derechos fundamentales y ordenó el reintegro de soldados profesionales, en programas que les permitieran desempeñar funciones conforme a sus habilidades y escolaridad, cuando fueron retirados del servicio por haber sido calificados con pérdida de la capacidad laboral y no aptos para continuar en el ejercicio militar.

46. En síntesis, la Corte ha protegido el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada de los soldados profesionales retirados del servicio activo por pérdida de su capacidad laboral, cuando los han calificado como no aptos para desarrollar la actividad militar, al considerar que el Ejército Nacional vulneran sus derechos fundamentales al no tener en cuenta la obligación de protección a las personas en condición de discapacidad, pues resulta alejado de los postulados constitucionales, servirse de las habilidades y aptitudes del uniformado y, una vez, sufre

un desmedro en ellas, despedirlo sin ofrecerle otra alternativa. En ese escenario, esta Corporación ha ordenado la reincorporación y la reubicación de dichos servidores en actividades acordes con sus habilidades, aptitudes y formación académica.»¹³

En la sentencia T-440 de 2017 la Corte Constitucional, estudió el caso de un soldado profesional que fue herido por enfrentamientos con grupos guerrilleros, en ese asunto, la Junta Médica Laboral valoró al entonces accionante y le diagnosticó una pérdida de capacidad laboral del 44.50%, además fue declarado no apto para la actividad militar y no se recomendó su reubicación laboral y el Tribunal Laboral

¹³ Corte Constitucional, M.P. José Fernando Reyes Cuartas, Sentencia T-378 de 2018.

de Revisión Militar y Policía modificó la disminución de incapacidad que fue fijado en 49.77%. Mediante acto administrativo, se ordenó retirar al soldado del servicio activo, por lo que éste, interpuso acción de tutela contra el Ejército. Proceso en el que, la Corte consideró lo siguiente:

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

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

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

El análisis anterior permite una interpretación del artículo 10 del Decreto 1793 de 2000, conforme a la protección constitucional especial que merecen las personas en situación de discapacidad. De acuerdo con esta interpretación, el retiro absoluto de un soldado profesional del Ejército Nacional solo procede, cuando la Junta y/o el Tribunal Médico Laboral, concluyan que sus condiciones de salud no son suficientes ni puede ser capacitado para desempeñar alguna actividad dentro del Ejército. En este caso, lo procedente es atribuir al soldado una disminución de capacidad laboral igual o superior al 50%, y reconocerle la pensión de invalidez. Pero si la Junta y/o el Tribunal Médico Laboral atribuyen al soldado profesional una disminución de capacidad laboral inferior al 50% (tal y como sucedió en

el caso del señor Cardona García), lo procedente es reconocerle su derecho a la reubicación laboral.»¹⁴

De la misma manera, esta Corporación ha considerado que se debe proteger al soldado profesional que sufre una discapacidad en la prestación del servicio. Así, esta Subsección, en sede de tutela, en sentencia del 17 de marzo de 2011, precisó:

«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 el 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.»¹⁵ (Resaltado fuera de texto)

De conformidad con lo descrito anteriormente, el Tribunal Médico Laboral realizó un dictamen en el que declaró una disminución de la capacidad laboral del accionante en un 17.64%, debido a una limitación funcional de la mano izquierda no dominante, por causa de una herida obtenida en razón de su servicio, por lo que decidió clasificarlo como no apto para la actividad militar. Asimismo, sugirió que el señor Gómez Medina no podía ser reubicado teniendo en cuenta la insuficiente preparación profesional para desempeñarse en otras áreas diferentes a las operativas. Por esta razón, la entidad demandada retiró del servicio al hoy demandante.

Frente a esto, si bien el Tribunal Administrativo del Cauca consideró que el dictamen médico realizado fue concluyente en señalar que no procedía la reubicación laboral con base en los hallazgos médicos y la formación del señor Gómez Medina, esta Sala de Subsección conforme a las pruebas obrantes en el expediente, no encuentra que el Ejército Nacional haya revisado si el accionante podía desarrollar labores de instrucción, esto, atendiendo a que la información que brinda el Tribunal Médico Laboral es un concepto sobre el cual la institución tiene la facultad de hacer un estudio posterior con el fin de garantizar plenamente los derechos de una persona que ha sido víctima de una lesión por causa y razón del servicio.

En ese sentido, retirar del servicio a un soldado profesional que perdió el 17.64% de su capacidad laboral y fue declarado no apto para la actividad militar sin haber

¹⁴ Corte Constitucional, M.P. Diana Fajardo Rivera, Sentencia T-440 de 2017.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 17 de marzo de 2011, M.P. Alfonso Vargas Rincón

estudiado antes la posibilidad de reubicarlo en otras actividades, es violatorio de sus derechos fundamentales a la igualdad y a la estabilidad laboral reforzada por disminución de capacidad. Si bien es cierto que la reubicación no opera de forma automática, esta debe ser interpretada y aplicada de conformidad con la protección que la jurisprudencia ha reconocido a los soldados profesionales afectados por la pérdida de la capacidad de trabajo en servicio activo.

Ahora, si bien en el acta del Tribunal Médico Laboral no se sugiere la reubicación laboral por la limitación funcional que padece para poder desempeñar labores administrativas, de oficina o de mantenimiento, en el mismo dictamen se señala que sí puede desempeñar labores de instrucción o docencia, pero que no califica a las mismas por insuficiencia de estudios o experiencia.

En este escenario, siguiendo lo señalado en la jurisprudencia, le correspondía al Ejército Nacional, tener en cuenta la situación particular del accionante y valorar las habilidades, aptitudes y capacidades para reubicarlo en dichas áreas y, si es del caso, **capacitarlo para dar cumplimiento a los mandatos superiores de protección a personas en situación de discapacidad**, de conformidad con lo establecido por la sentencia T-372 de 2018 precitada:

«En este escenario, el Ejército Nacional ha debido tener en cuenta la situación particular del accionante y valorar sus condiciones de salud, sus habilidades, sus aptitudes y capacidades, de manera que pudiera implementar medidas que permitieran continuar con la integración profesional del actor, previo a dar aplicación al artículo 8º del Decreto 1793 de 2000 y ordenar su retiro por no reunir condiciones de capacidad y aptitud psicofísica. Empero, como no existe prueba de que se hubiere agotado dicho trámite, hay lugar a que la Corte proteja sus derechos fundamentales y le ordene a la entidad, reincorporarlo y reubicarlo.

A efecto de lo anterior, la institución castrense tendrá que valorar las habilidades, capacidades y formación del actor para reubicarlo en otras funciones acordes con sus aptitudes y, si es del caso, capacitarlo para dar cumplimiento a los mandatos de integración social e igualdad material.»(Resaltado fuera de texto)

Así las cosas, verificados los argumentos que el Tribunal demandado usó para negar el reintegro y la reubicación laboral del señor Gómez Medina por la disminución de la capacidad psicofísica, en contraste de las sentencias de la Corte Constitucional y de esta Corporación, se logra determinar que este incurrió en desconocimiento del precedente judicial, pues tal como se indicó en las sentencias citadas, la entidad demandada tiene la obligación de buscar la reubicación laboral del soldado profesional afectado por la pérdida de la capacidad de trabajo en servicio activo, en virtud de la protección laboral reforzada que la jurisprudencia ha reconocido.

Al respecto, el derecho a la reubicación laboral protege que la persona que sufrió una pérdida de capacidad pueda ser reincorporada a un cargo acorde con sus condiciones actuales y con sus habilidades y destrezas, supuestos que en el presente asunto no se han cumplido.

En ese sentido, en aras de salvaguardar los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y estabilidad laboral reforzada, encontrándose acreditado el desconocimiento del precedente judicial en la providencia objeto de

reproche, se ampararán los derechos fundamentales del señor Aldemar Gómez Medina, se dejará sin efectos la sentencia de 9 de mayo de 2019 del Tribunal Administrativo del Cauca, y en su lugar se ordenará a la misma para que en el término de veinte (20) días contados a partir de la fecha de notificación de la ejecutoria de esta sentencia, dicte una nueva decisión, en la que aplique los argumentos expuestos en la parte motiva, en virtud del principio de integración laboral de las personas en situación de discapacidad.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

IV. FALLA

PRIMERO.- AMPÁRANSE los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y estabilidad laboral reforzada del señor Aldemar Gómez Medina, conforme a lo señalado en la parte motiva de ésta providencia.

SEGUNDO.- DÉJASE SIN EFECTOS la sentencia de 9 de mayo de 2019 proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, conforme con los motivos expuestos en precedencia.

TERCERO.- ORDÉNASE al Tribunal Administrativo del Cauca, para que en un término no mayor a veinte (20) días contados a partir de la ejecutoria de la presente providencia, proceda a dictar una providencia de reemplazo, teniendo en cuenta los argumentos expuestos en la parte motiva, en virtud del principio.

CUARTO. - NOTIFÍQUESE por cualquier medio expedito.

QUINTO.- De no ser impugnada esta providencia, **ENVÍESE** a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Esta sentencia se estudió y aprobó en sesión celebrada en la fecha.

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ