



Referencia: Expediente T- 7.136.911

Acción de tutela interpuesta por César Augusto Domínguez Torres, a través de su apoderado Nelson Iván Zamudio Arenas, en contra del Ministerio de Defensa Nacional – Armada Nacional.

Magistrada Ponente:
CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Bogotá D.C., veinticinco (25) de junio de dos mil diecinueve (2019).

La Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Cristina Pardo Schlesinger –quien la preside-, José Fernando Reyes Cuartas y Alberto Rojas Ríos, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, profiere la siguiente:

SENTENCIA

En el trámite de revisión de los fallos de tutela proferidos el tres (3) de septiembre de dos mil dieciocho (2018), por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en primera instancia, y el dieciséis (16) de octubre del mismo año, por la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá D.C., en segunda instancia, dentro de la acción de tutela instaurada por el señor César Augusto Domínguez Torres, a través de su apoderado Nelson Iván Zamudio Arenas, contra el Ministerio de Defensa Nacional – Armada Nacional.

I. ANTECEDENTES

De acuerdo con lo dispuesto en la Constitución Política (arts. 86 y 241-9), el Decreto 2591 de 1991 (art. 33) y el Acuerdo 02 de 2015 (art. 55), la Sala de Selección Número Uno de la Corte Constitucional escogió, para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia¹. De conformidad con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, la Sala procede a dictar la sentencia correspondiente.

1. De los hechos y la demanda

¹ Sala de Selección Número Uno, conformada por los magistrados José Fernando Reyes Cuartas y Antonio José Lizarazo Ocampo. Auto Sala de Selección del 28 de enero de 2019, notificado el 11 de febrero de 2019.

1.1. El 21 de agosto de 2018 el señor César Augusto Domínguez Torres, a través de su apoderado Nelson Iván Zamudio Arenas, interpuso la acción de tutela por considerar que se le habían vulnerado sus derechos fundamentales a la dignidad humana, la vida, la igualdad, al debido proceso, al mínimo vital, al trabajo, la estabilidad laboral reforzada, la profesión, la carrera administrativa especial y la salud. Lo anterior, por cuanto el Ministerio de Defensa Nacional – Armada Nacional lo retiró del servicio activo de las Fuerzas Militares, a pesar de habersele determinado una incapacidad laboral y, por ende, recomendado la reubicación laboral en una Junta Médico-Laboral.

1.2. El accionante tiene 36 años de edad, se encuentra casado con la señora Jenny Esperanza Silva Ballén, es padre de familia de dos menores de edad, su familia depende económicamente de él para su sustento y se encuentra en un grave estado de vulnerabilidad, puesto que se le determinó una incapacidad permanente parcial, por haber sido diagnosticado con hipertensión arterial, retinopatía hipertensiva grado I y obesidad (enfermedades de origen común).

1.3. Narró que el 2 de diciembre de 2005 el señor Domínguez Torres finalizó y aprobó los estudios reglamentarios para ser Oficial de las Fuerzas Militares en la Armada Nacional. Una vez culminados dichos estudios, ingresó al referido cuerpo en el Grado de Subteniente de Infantería de Marina.

1.4. Señaló que el 26 de agosto de 2009 la Junta Médico-Laboral emitió el Acta No. 202, registrada en la Dirección de Sanidad Armada Nacional, en la que se indicó que el accionante tiene una *“INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL. NO APTO. PUEDE SER REUBICADO LABORALMENTE”*² y se le determinó una disminución en su capacidad laboral del 21.50%³; concepto que fue notificado el 29 de septiembre de 2009.

Interesado en viabilizar la posibilidad de la reubicación laboral, sostuvo que se sometió a tratamientos médicos, a través de la toma de medicamentos para la hipertensión y de la realización de entrenamiento físico para la obesidad, y que presuntamente realizó unos cursos requeridos para optar por otra Especialidad de Inteligencia.

1.5. El 3 de diciembre de 2009 el tutelante ascendió al grado de Teniente de Infantería de Marina. Sin embargo, expresó que para el año 2013, en el cual debió haber sido ascendido al grado de Capitán, dicho cambio no ocurrió. Ello, por cuanto no se le clasificó para ascenso por no cumplir el requisito de capacidad psicofísica; afirmación que se sustentó en el Acta de la Junta Médico-laboral antes mencionada. Como consecuencia de ello y de que no había sido reubicado, el accionante radicó un memorial a inicios de septiembre de 2013, con el cual puso de presente su particular situación; documento que fue apoyado favorablemente por el Comandante Específico de San Andrés y Providencia y

² Ver folio 13 del segundo cuaderno.

³ Ver folios 3 y 13 del segundo cuaderno.

el Comandante Comando Específico de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

1.6. Afirmó que el 5 de septiembre de 2013 se llevó a cabo un Comité de Reubicación Laboral, en el que se definió que no sería acogida la solicitud de reubicación del accionante, *“teniendo en cuenta que la patología que presenta ocasiona una causal de no aptitud de acuerdo al Decreto 094 de 1989”*⁴. Insistió que la entidad pública omitió atender a la recomendación de reubicarlo laboralmente, dada por la Junta Médico-Laboral, y asimismo impidió su ascenso al grado de Capitán. También destacó que no le practicaron nuevos exámenes médicos ni se realizó una nueva Junta en la que se evaluara su estado de salud, puesto que la anterior ya había perdido su vigencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 7 del Decreto 1796 de 2000.

1.7. El 13 de mayo de 2015 nuevamente procedió a elevar otra solicitud, en la que pedía el cambio de especialidad a la de Inteligencia Naval, la cual fue apoyada por su superior directo. No obstante, no le dieron respuesta a su requerimiento; razón por la cual, se vio en la necesidad de reiterar su solicitud el 14 de marzo de 2016, fecha en la cual tampoco le contestaron.

1.8. Indicó que el 2 de mayo de 2018 le fue notificada la expedición de la Resolución No. 2565 del 20 de abril de 2018, *“Por la cual se retira del servicio activo de las Fuerzas Militares a un Oficial de la Armada Nacional”*. El motivo de la referida decisión fue haber sobrepasado la edad correspondiente al grado, según lo previsto en el artículo 100, literal a, numeral 4 (modificado por el artículo 5 de la Ley 1792 de 2016) y el 105 del Decreto Ley 1790 de 2000⁵.

Aclaró que el accionante se encontraba en el grado de Teniente de Infantería de Marina para el momento en que cumplió los 35 años de edad, y, por ello, se adujo que se había configurado la causal del retiro forzoso aludida anteriormente.

1.9. Manifestó que, pese a su diagnóstico médico y la necesidad de ser reubicado laboralmente, continuó desempeñándose como Oficial de Infantería de Marina sin ningún inconveniente de salud hasta la fecha de su retiro.

1.10. Aseveró que su retiro forzoso conlleva la pérdida de su ingreso económico, del cual se sustenta su familia, y de la atención en salud, colocándolo en una situación de debilidad manifiesta y, por ende, afirmó que requiere de la protección urgente de sus derechos fundamentales.

1.11. Con fundamento en lo expuesto, el accionante solicitó: (i) el amparo de los derechos fundamentales invocados y que, por lo tanto, (ii) se ordenara a la accionada reintegrarlo al servicio activo, cancelarle los emolumentos dejados de percibir en el interregno entre el retiro y su reincorporación, una vez

⁴ Ver folio 4 del segundo cuaderno.

⁵ Ver folio 4 del segundo cuaderno. El apoderado explicó brevemente en la acción de tutela que, de conformidad con los artículos mencionados, es forzoso el retiro de las Fuerzas Militares de la persona que cumpla los 35 años de edad estando en el grado de Teniente o Teniente de Fragata.

realizado lo anterior, se le ascienda al grado de Capitán y se le reubique laboralmente, teniendo en cuenta sus condiciones de salud.

2. Traslado y contestación de la demanda

2.1. Admisión de la demanda

Mediante Auto del 23 de agosto de 2018, el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá D.C. admitió la tutela y corrió traslado al Ministerio de Defensa Nacional – Armada Nacional para que, en el término de un (1) día contado a partir del recibo de la notificación, se pronunciara respecto de los hechos y pretensiones de la tutela. Indicó que se tendría como elementos de prueba los allegados por el accionante en el escrito de tutela y los enunciados en aquél.

2.2. Respuestas de la entidad accionada

John Carlos Flórez Beltrán, en su calidad de Vicealmirante y Jefe del Desarrollo Humano y Familia de la Armada Nacional, solicitó que se declarara improcedente la acción de tutela por dos razones: (i) al no haber existido ninguna vulneración de los derechos fundamentales del accionante y (ii) debido a que la tutela no es el mecanismo idóneo para ordenar el reintegro del accionante, puesto que la Resolución Ministerial 2565 del 20 de abril de 2018 goza de presunción de legalidad.

Luego de hacer una síntesis de los hechos de la presente tutela, procedió a realizar las siguientes precisiones jurídicas sobre el caso concreto:

(i) Aseveró que la acción de tutela era improcedente, toda vez que el accionante cuenta con otros mecanismos de defensa judicial, tales como los establecidos ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, como lo es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Señaló que el principio de legalidad de un acto administrativo puede ser desvirtuado precisamente ante dicha jurisdicción y no a través de la acción de tutela. Advirtió que, de declararse procedente la tutela, el juez constitucional estaría “*desplazando o incluso sustituyendo al juez ordinario (...) en la litis que la ley claramente ha señalado el juez y el trámite procesal propio a seguir*”⁶. En el mismo sentido, afirmó que el accionante también puede acudir a la Revocatoria Directa del acto administrativo, siempre y cuando aún no haya caducado la acción. En ese mismo sentido, indicó que el accionante nunca objetó o recurrió las repuestas negativas que se le dieron.

(ii) Afirmó que no observó la existencia de un perjuicio irremediable, habida cuenta que, en su opinión, no hubo un elemento de juicio que demostrara la posibilidad de su existencia. Señaló que no se acreditó el aludido perjuicio dentro del expediente y que el accionante se limitó únicamente a mencionarlo sin probarlo. De otra aparte resaltó que, al buscar en la base de datos de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en

⁶ Ver folio 41 del segundo cuaderno.

Salud –ADRES –, la señora Jenny Esperanza Silva Ballén, esposa del accionante, aparece como afiliada a la E.P.S. Sanitas desde el 12 de enero de 2016, dentro del régimen contributivo en calidad de cotizante; por lo cual, arribó a la suposición de que su núcleo familiar no depende exclusivamente del accionante y que cuentan con los servicios de salud. Destacó que la Armada Nacional no es *“la única fuente de empleo en todo el país”*⁷ y que *“al accionante se le liquidarán sus cesantías y demás prestaciones a las que tenga derecho por el tiempo de servicio que llevaba en la Armada Nacional. Liquidación y cancelación de prestaciones que dan lugar a una estabilidad económica mientras adquiera una fuente de empleo que le permita obtener ingresos”*⁸.

(iii) Respecto de la causal de retiro forzoso aludida en la Resolución de la entidad accionada, indicó que en ningún momento se desconoció el procedimiento previsto en la ley, sino que, por el contrario, se le dio cumplimiento a la norma, de conformidad con lo sentado en la jurisprudencia constitucional.

(iv) Sobre la reubicación laboral solicitada por el accionante, explicó que existen unos requisitos mínimos contemplados en el Decreto Ley 1790 de 2000, *“los cuales no son garantía automática de ascenso”*⁹. Resaltó que la decisión de no ascenderlo fue tomada con base en una circunstancia objetiva, pues el literal d del artículo 53 del Decreto Ley 1790 del 2000 exige como requisito para poder ser ascendido el acreditar una aptitud psicofísica de acuerdo al reglamento vigente. En su opinión, lo anterior no fue acreditado, *contrario sensu*, era claro que al accionante le notificaron desde el mes de octubre de 2013 su carencia de aptitud para ascender; determinación tomada por la Junta Médico-Laboral No. 202. Sostuvo que, a pesar de no ser apto para el ascenso, durante ocho años, antes de cumplir los 35 años de edad, el accionante no se capacitó o formó académicamente para poder aspirar a una reubicación, pese a encontrarse en condiciones para poder hacerlo. Ello llevó a que el actor incurriera en la causal de retiro forzoso, pues era imposible realizar un ascenso, así como también hacer la reubicación laboral.

(v) En relación con los derechos fundamentales invocados por el accionante expresó lo siguiente. Estimó que no se vulneró el derecho al mínimo vital y móvil, teniendo en cuenta que el retiro no afecta la liquidación y pago de sus derechos prestacionales derivados del vínculo laboral que existió, y que ello garantiza en un amplio margen la subsistencia propia y la de su familia. Sobre el derecho al trabajo y la dignidad humana, indicó nuevamente que la Armada Nacional no es el único empleador de Colombia y que el accionante tiene la posibilidad de buscar otro trabajo en el que pueda desempeñarse sin problema, a pesar de su diagnóstico médico. Agregó que en la sentencia C-179 de 2006 la Corte Constitucional aseveró que el retirar a un miembro de las Fuerzas

⁷ Ver folio 42 del segundo cuaderno.

⁸ Ver folio 42 del segundo cuaderno.

⁹ Ver folio 43 del segundo cuaderno.

Armadas no afecta su derecho al trabajo, ya que estas personas no tienen un derecho adquirido sobre el cargo.

(vi) Finalmente, reiteró que el accionante busca que se evalúe la ilegalidad del contenido de la Resolución Ministerial No. 2526 del 20 de abril de 2018, interponiendo la tutela para que lo reintegren y asciendan; situación que, de aceptarse, implicaría generar un desplazamiento o exclusión del juez natural de la administración para tales efectos.

3. Decisiones judiciales objeto de revisión

3.1. Primera Instancia

El Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante sentencia del 3 de septiembre de 2018, resolvió: (i) negar la solicitud de amparo constitucional del derecho a la estabilidad laboral reforzada invocada por el accionante y (ii) declarar improcedente la tutela de los demás derechos fundamentales invocados.

En primera medida, se pronunció respecto de la procedencia de la tutela. Aseveró que, si bien existen otros mecanismos ante los cuales el accionante podría ventilar su controversia, por tratarse de un caso en el que se alega estar en condiciones de debilidad manifiesta, se habilita la posibilidad de estudiar el asunto de fondo en sede de tutela, con el objetivo de evitar la consumación de un perjuicio irremediable. Agregó que, por encontrarse involucrados los servicios de salud, no puede exigírsele al accionante que se someta a un trámite ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Ahora bien, respecto al fondo del asunto, estimó que no es parte del resorte del juez de tutela definir si efectivamente existe o no el derecho al reintegro laboral del accionante a su cargo, *“en la medida que esa tarea es propia de la jurisdicción de cada ramo”*¹⁰.

Estimó que, contrario a lo señalado por el apoderado sobre la posibilidad de que el accionante sea reubicado y le practiquen los exámenes para acceder al ascenso, existen ya dos comités en los cuales se estudiaron y rechazaron dichas solicitudes, respecto de lo cual el actor no realizó ninguna reclamación ante el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, con la que hubiera manifestado su desacuerdo. En el mismo sentido, destacó que *“obran misivas emitidas por el Director de la Junta Clasificadora comunicando la decisión de no acceder al ascenso para las novedades fiscales de junio del 2017 y para diciembre de la misma data, respecto de las cuales tampoco hubo reproche”*¹¹.

De otra parte, en relación con el curso tomado por el accionante para poder habilitar la posibilidad de ser reubicado, el juez señaló que al expediente no se anexó ninguna prueba que lo acreditara y que, no obstante lo anterior, la referida

¹⁰ Ver folio 129 del segundo cuaderno.

¹¹ Ver folio 130 del segundo cuaderno.

formación no era suficiente para acceder al cambio de especialidad; tal y como fue indicado en la decisión del 13 de abril de 2016, emitida por el Comité de Reubicación Laboral. Frente a esta decisión tampoco manifestó ningún reproche o desacuerdo y, con base en ello, el juez de primera instancia concluyó que debía negarse la tutela del derecho a la estabilidad laboral reforzada, *“al no evidenciarse que la desvinculación obedeció o fue producto del estado de salud del quejoso máxime si se tiene que mantuvo una actitud pasiva frente al estado mismo de su salud, pues a pesar de propender a la revisión del Tribunal Médico no hizo uso de reclamación alguna”*¹². En lo que respecta a los demás derechos fundamentales invocados, aseveró que la acción era improcedente por existir otro mecanismo idóneo para su protección y por no evidenciarse la existencia de un perjuicio irremediable.

3.2. Impugnación

La decisión adoptada por el *a quo* fue impugnada por el apoderado del accionante el 10 de septiembre de 2018, con el fin de que fuera revocada en su integridad para que, en su lugar, fueran amparados los derechos fundamentales invocados en la acción de tutela.

Afirmó que al reintegrarlo al cargo que venía desempeñando se le garantizaría la protección constitucional a sus derechos, posición que ha sido sostenida en la jurisprudencia y que no fue tomada en cuenta por el juez de primera instancia. Como ejemplo, citó la sentencia C-063 de 2018, en la que se estudió la exequibilidad del ordinal 2, literal a, de los artículos 8 y 10 del Decreto Ley 1793 de 2000, *“[p]or el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares”*. En el referido pronunciamiento, se estableció que solamente podrá retirarse a una persona del Ejército Nacional cuando la Junta Médico-Laboral: (i) haya llevado a cabo la valoración correspondiente y (ii) haya concluido que el Ejército no tiene una fuente de empleo para que la persona pueda *“desarrollar alguna actividad acorde con sus capacidades dentro de la institución”*¹³.

Adicionalmente, destacó que contra las decisiones tomadas por los Comités de Reubicación Laboral no existe ningún recurso por tratarse de un procedimiento que no se encuentra reglado legalmente. Agregó que la convocatoria del Tribunal Médico de Revisión Militar y de Policía no procede en este caso, toda vez que ello no es previsto dentro de su competencia y procedimiento, el cual se encuentra regulado en los Decretos 1796 de 2000 y 094 de 1989; normas en las cuales no se prevé ningún recurso contra las decisiones de los Comités antes mencionados.

3.3. Sentencia de segunda instancia

El 16 de octubre de 2018, la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. decidió confirmar el fallo

¹² Ver folio 131 del segundo cuaderno.

¹³ Ver folio 136 del segundo cuaderno.

impugnado por las siguientes razones. En primera medida, señaló que el presente asunto no debe ser resuelto mediante la acción de tutela pues, en su opinión, existen otros medios de defensa judicial para ello, tal como los que se adelantan ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Agregó que, al estudiar la posibilidad de que la tutela procediera como mecanismo transitorio para evitar la consumación de un perjuicio irremediable, encontró que el perjuicio aludido en el caso *sub examine* no cumplía con las características de ser cierto, determinado y debidamente comprobado y, por ello, no podía entrarse a estudiar de fondo.

4. Pruebas que obran en el expediente

4.1. Información allegada por el señor Nelson Iván Zamudio Arenas (apoderado del accionante):

- Copia del poder especial debidamente otorgado por el señor César Augusto Domínguez Torres al señor Nelson Iván Zamudio Arenas¹⁴.
- Copia del Acta de Junta Médico-Laboral No. 202 del 26 de agosto de 2009¹⁵.
- Copia de la notificación del Acta Médico-Laboral con fecha del 29 de septiembre de 2009¹⁶.
- Copia de la petición del 11 de septiembre de 2013¹⁷.
- Copia del Oficio No. 421 del 12 de septiembre de 2013¹⁸.
- Copia del Oficio No. 422 del 12 de septiembre de 2013¹⁹.
- Copia del Acta No. 112 del Comité de Reubicación Laboral del 5 de septiembre de 2013.
- Copia de la petición del 13 de mayo de 2015.
- Copia del Oficio No. 0355 del 13 de mayo de 2015
- Copia del Oficio No. 0356 del 13 de mayo de 2015.
- Copia de la petición del 14 de marzo de 2016.
- Copia de la comunicación de la Resolución No. 2565 del 20 de abril de 2018.
- Copia de la Resolución No. 2565 del 20 de abril de 2018, *“Por la cual se retira del servicio activo de las Fuerzas Militares a un Oficial de la Armada Nacional”*.
- Copia del Registro Civil de Nacimiento de los menores Samuel David y Jacobo, hijos del accionante.
- Copia del Registro Civil de Matrimonio
- Acta de declaración con fines extraprocesales sobre dependencia económica y estado de vulnerabilidad.

4.2. Información allegada por el señor John Carlos Flórez Beltrán (entidad accionada):

¹⁴ Ver folio 1 del segundo cuaderno.

¹⁵ Ver folios 11-14 del segundo cuaderno.

¹⁶ Ver folio 15 del segundo cuaderno.

¹⁷ Ver folio 17 del segundo cuaderno.

¹⁸ Ver folio 18 del segundo cuaderno.

¹⁹ Ver folio 19 del segundo cuaderno.

- Copia del Acta de la Junta Médico-Laboral No. 202 del 26 de agosto de 2009.
- Copia de la constancia de notificación personal del Acta de Junta Médico-Laboral No. 202 del 26 de agosto de 2009.
- Copia del Acta No. 112 del 5 de septiembre de 2013 del Comité de Reubicación Laboral de la Jefatura de Desarrollo Humano, en el Acta No. 112 del 5 de septiembre de 2013.
- Copia del Oficio No. 15486 del 15 de octubre de 2013 del Director de la Junta Clasificadora.
- Copia del Oficio No. 07977 del 14 de abril de 2014 del Director de la Junta Clasificadora.
- Copia del Oficio No. 19838 del 14 de octubre de 2014 del Director de la Junta Clasificadora.
- Copia del Oficio No. 20150042370009123 del 23 de abril del 2015 del Director de la Junta Clasificadora.
- Copia del Oficio No. 1020 del 13 de octubre de 2015 del Director de la Junta Clasificadora.
- Copia del Oficio No. 001 del 3 de enero de 2016 suscrito por el accionante.
- Copia del Oficio No. 002 del 14 de marzo de 2016 suscrito por el accionante.
- Copia del Acta No. 021 del 14 de abril de 2016 del Comité de Reubicación Laboral de la Jefatura de Desarrollo Humano.
- Copia del Oficio No. 20160423310212311 del 4 de mayo de 2016, mediante el cual se remitió el Acta No. 021 del 14 de abril de 2016.
- Copia del Oficio No. 044 del 20 de abril de 2016 del Director de la Junta Clasificadora.
- Copia del Oficio No. 409 del 13 de octubre de 2016 del Director de la Junta Clasificadora.
- Copia del Oficio No. 450 del 28 de abril de 2017 del Director de la Junta Clasificadora.
- Copia del Oficio No. 735 del 1 de octubre de 2017 del Director de la Junta Clasificadora.
- Copia de la Resolución Ministerial 2565 del 20 de abril de 2018, por la cual se retiró del servicio activo “por sobrepasar la edad correspondiente al grado” al teniente de I.M. César Augusto Domínguez Torres.
- Copia de la constancia de notificación del acto administrativo de retiro.
- Copia de la Directiva Permanente No. 0028 del 29 de octubre de 2015.
- Copia de la certificación expedida por la Administradora de Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES –.

5. Actuaciones adelantadas en Sede de Revisión

5.1. Solicitud de revisión de tutela

El 11 de enero de 2019 la Secretaría General de esta Corporación recibió un escrito presentado por el señor Nelson Iván Zamudio Arenas, como apoderado del señor César Augusto Domínguez Torres, mediante el cual solicitó la revisión de la presente acción de tutela, por su evidente relevancia constitucional y por existir una necesidad de proteger los derechos fundamentales presuntamente conculcados.

Afirmó que los jueces de primera y segunda instancia desconocieron el precedente sentado en la jurisprudencia constitucional, respecto de situaciones con similitud fáctica, en las que se está frente a un sujeto de especial protección constitucional, por encontrarse en un estado de vulnerabilidad al tener una discapacidad física y, por tanto, ser personas que gozan del derecho a la estabilidad laboral reforzada. Aseveró que las decisiones de los jueces de tutela, lejos de proteger los derechos fundamentales del accionante, agravaron la situación de vulnerabilidad y desprotección tanto de aquél como de su familia.

Finalmente, señaló que la importancia de este caso se centra en la necesidad de exigir el cumplimiento del precedente jurisprudencial, de propender por la protección material de los derechos fundamentales relacionados con la dignidad humana y de unificar la jurisprudencia constitucional en aspectos tales como: *“1. La imposibilidad de retirar del servicio activo a Oficiales de las Fuerzas Militares en condición de discapacidad cuando no alcancen el 50% de disminución de su capacidad laboral para tener derecho a una pensión de invalidez. 2. La obligación de reubicación laboral cuando el Oficial de las Fuerzas Militares sea valorado con una discapacidad inferior al 50% de la pérdida de su capacidad laboral que no le permita alcanzar una pensión de invalidez. 3. La procedencia de la acción de tutela en casos como el que nos ocupa, al tratarse de una persona con protección constitucional especial, con estabilidad laboral reforzada, y en estado de vulnerabilidad. 4. El reintegro al servicio activo como medida de protección constitucional en eventos como el que nos atañe; y demás asuntos conexos”*²⁰.

5.2. Auto de Pruebas

5.2.1. Mediante Auto del 7 de marzo de 2019, la Magistrada sustanciadora dispuso que, a través de la Secretaría General de esta Corporación:

- (i) Se ordenara a la E.P.S. Sanitas que, en el término de tres (3) días hábiles contados a partir del recibo de la comunicación del auto, indicara el estado actual de afiliación en salud de la señora Jenny Esperanza Silva Ballén, su Ingreso Base de Cotización – IBC durante los últimos 24 meses y si la señora tiene afiliados como beneficiarios a miembros de su núcleo familiar.
- (ii) Se ordenara al señor César Augusto Domínguez Torres o a su apoderado Nelson Iván Zamudio Arenas que, en el término de tres (3) días hábiles contados a partir del recibo de la comunicación del auto, indicara el estado actual de salud en el que se encuentra, la evolución

²⁰ Ver folio 4 del cuaderno principal.

y tratamientos de sus diagnósticos médicos de hipertensión, retinopatía hipertensiva grado 1 y obesidad y remitiera copia de exámenes médicos y cualquier otro documento con el que pudiera comprobar su estado de su salud actual.

5.2.2. Respuesta E.P.S. Sanitas. La Coordinadora de Gestión de la Afiliación de Sanitas, Yiseth Johanna Corredor Ospina, dio respuesta al auto de pruebas, mediante Oficio OPTB-540 de 2019, recibido por la Secretaría General el día 19 de marzo del presente año, allegando la información solicitada. Se indicó que el estado de afiliación de la señora Jenny Esperanza Silva Ballén es “activo”, que ha cotizado 177 semanas en Sanitas y que tiene tanto a sus dos hijos menores de edad como a su esposo como beneficiarios de su servicio de salud. Adicionalmente, se allegó un cuadro en el que se indicó el ingreso base de cotización de los últimos 24 meses, del cual se puede destacar que el ingreso ha variado mes a mes, siendo el menor monto de \$2.695.000 mil pesos y el mayor de \$5.474.528 mil pesos, y el último devengado ascendió a la suma de \$4.499.615.

5.2.3. Respuesta de la parte actora. El apoderado de César Augusto Domínguez Torres dio repuesta al auto de pruebas mediante Oficio OPTB-636 de 2019, recibido por la Secretaría General de esta Corporación el día 15 de marzo del mismo año. En el referido documento se indicó que el estado actual de los padecimientos de salud del accionante es “*en tratamiento con picos de desestabilización*”. En este mismo sentido, afirmó el apoderado que “*desde que le fueron terminados los servicios médicos propios de su calidad de miembro activo de las Fuerzas Militares su enfermedad continua con picos de agravamiento, esto es que la discapacidad padecida permanece, tal y como fue diagnosticada al interior de las Fuerzas Militares como Permanente, justo por lo cual DOMÍNGUEZ TORRES, a la fecha, no ha podido ubicarse laboralmente y permanece desempleado*”²¹. Para fundamentar lo afirmado, remitió copia de los exámenes de retiro practicados al accionante, en los cuales se determinó su estado de salud y su enfermedad, así como también copia de las consultas realizadas con posterioridad.

Por otro lado, hizo hincapié en la grave condición económica en la que se encuentra la familia del actor pues, pese a contar con el ingreso devengado por su esposa, dichos recursos económicos no son suficientes para suplir las necesidades del hogar.

Agregó que desde que ocurrió el retiro del servicio militar, tanto él como sus dos hijos, fueron afiliados como beneficiarios de su cónyuge al servicio de salud.

De los resultados de los exámenes realizados, se logra establecer con claridad que el diagnóstico del accionante es hipertensión esencial (primaria) con órgano blanco cerebro no controlada y obesidad grado 1. En el último registro clínico allegado, de fecha 13 de marzo de 2019, se advierte que el accionante se

²¹ Ver folios 28 y 29 del cuaderno de revisión.

encontraba teniendo una crisis hipertensiva, lo que permite concluir que su estado de salud no ha mejorado desde que fue retirado del servicio activo de las Fuerzas Militares.

5.2.4. Intervención de la entidad accionada. La Secretaría General de la Corte recibió un Oficio del Vicealmirante Ricardo Hurtado Chacón, Jefe de Desarrollo Humano y Familia de la Armada Nacional, durante el término establecido para poner en conocimiento de las partes las respuestas recibidas como consecuencia del auto de pruebas para que, de considerarlo necesario, se pronunciaran respecto de ellas.

En dicho documento, se reiteró que el accionante no fue retirado de la institución por su situación médica, sino en aplicación de la causal objetiva forzosa, prevista en el artículo 105 del Decreto 1790 de 2000, en el cual se reguló el retiro por sobrepasar la edad correspondiente al grado. En este mismo sentido, se volvió a indicar que no fue posible realizar el ascenso por cuanto no cumplía los requisitos exigidos para ello, como el de la acreditación de aptitud psicofísica. Asimismo, nuevamente se arguyó que el accionante contó con más de ocho años para capacitarse y así poder ser reubicado y que, no obstante, actuó negligentemente por no haberlo hecho. Citó el Acta No. 021 del Comité de Reubicación Laboral del 5 de septiembre de 2016, en el que se señaló que “(...) evaluando su hoja de vida no posee algún tipo de capacitación formal que le permita el desempeño en cargo, empleo y funciones diferentes (...)”²².

Finalmente, solicitó que se mantuvieran las decisiones tomadas en primera y segunda instancia, en aras de proteger la seguridad jurídica requerida al interior de las Fuerzas Militares para la debida aplicación del régimen de carrera de su personal, “*puesto que en el presente caso está demostrado que el señor CÉSAR AUGUSTO DOMÍNGUEZ TORRES, contó con el tiempo suficiente para haber llevado a cabo una capacitación formal que le hubiera permitido cumplir no sólo con la reubicación laboral sino de igual manera con los requisitos para aspirar a los respectivos ascensos en la carrera militar, pero como quiera que no lo hizo, es claro que la Institución no hizo cosa distinta que aplicar la ley dando trámite al retiro forzoso por haber superado la edad máxima permitida en el grado*”²³.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar los fallos de tutela proferidos dentro del trámite de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86, inciso 3°, y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

²² Ver folio 46 del cuaderno de revisión.

²³ Ver folio 48 del cuaderno de revisión.

2. Cuestiones previas

2.1. Procedencia de la tutela

Corresponde a esta Sala verificar si en el presente asunto resulta procedente la acción de tutela a la luz de los requisitos establecidos en el Decreto 2591 de 1991.

2.1.1. Invocación de afectación de un derecho fundamental

El accionante invocó la protección de los derechos fundamentales a la dignidad humana, la vida, la igualdad, al debido proceso, al mínimo vital, al trabajo, a la estabilidad laboral reforzada y a la salud.

En el caso *sub examine*, el accionante aseveró que los referidos derechos se vieron vulnerados al no haberle reubicado laboralmente y por retirarle del servicio de la Armada Nacional pese a su situación de debilidad manifiesta, por haber sido calificado con una disminución en su capacidad laboral del 21.50%; situación que lleva a considerarlo como un sujeto de especial protección constitucional. Por tanto, puede concluirse que la presente acción de tutela se encuentra encaminada a lograr la protección de derechos de carácter fundamental, lo que implica una controversia de orden constitucional, y por tanto, se cumple con el requisito de trascendencia *iusfundamental*.

2.1.2. Legitimación en la causa por activa

En virtud del artículo 86 de la Constitución Política y el Decreto 2591 de 1991, *“La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante.”*²⁴

En el caso *sub lite*, el señor César Augusto Domínguez Torres interpuso la acción de tutela por intermedio de su apoderado, el señor Nelson Iván Zamudio Arenas, habida cuenta que es a él a quien presuntamente le vulneraron sus derechos fundamentales. Dentro del expediente se encuentra allegado el poder especial debidamente otorgado por el accionante a su apoderado²⁵, en el que le da facultad para actuar en su nombre y representación. Por estos motivos, se entiende satisfecho el requisito de legitimación en la causa por activa.

2.1.3. Legitimación en la causa por pasiva

²⁴ Decreto 2591 de 1991: *“Artículo 10. Legitimidad e interés. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos. También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud. También podrán ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.”*

²⁵ Ver folio 1 del segundo cuaderno.

La acción de tutela fue dirigida contra el Ministerio de Defensa – Armada Nacional, institución en la que el accionante trabajaba como Teniente de Infantería de Marina para el momento en que fue retirado. Ahora bien, dice la ley que *“La acción se dirigirá contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental. (...)”*²⁶.

Conforme a lo expuesto por el accionante, la Armada Nacional fue la presunta responsable de la vulneración de sus derechos fundamentales, al no haberle reubicado laboralmente y retirarle del servicio activo. Por tal razón, se puede concluir que dicha autoridad pública se encuentra legitimada en la causa por pasiva.

2.1.4. Inmediatez

La Corte ha señalado en varios de sus pronunciamientos que: *“Como requisito de procedibilidad, la acción de tutela también exige que su interposición se haga dentro de un plazo razonable, contabilizado a partir del momento en el que se generó la vulneración o amenaza de un derecho fundamental, de manera que el amparo responda a la exigencia constitucional de ser un instrumento judicial de aplicación inmediata y urgente (CP art. 86), con miras a asegurar la efectividad concreta y actual del derecho objeto de violación o amenaza. Este requisito ha sido identificado por la jurisprudencia de la Corte como el principio de inmediatez.”*²⁷

La acción de tutela interpuesta por el señor César Augusto Domínguez Torres, por intermedio de su apoderado, satisface el requisito de inmediatez, porque el demandante fue notificado de la decisión de retiro el 2 de mayo de 2018 y la demanda de tutela fue presentada el 21 de agosto del mismo año, es decir, 3 meses y 18 días después de la notificación del acto administrativo de retiro; término que la Corte encuentra razonable.

2.1.5. Subsidiaridad

La acción de tutela tiene un carácter residual y subsidiario, en virtud de lo consagrado en el artículo 86 de la Carta Política, del Decreto 2591 de 1991 y la jurisprudencia constitucional²⁸. Esta acción puede proceder de forma excepcional como mecanismo definitivo o transitorio, dependiendo de las particularidades de cada caso.

²⁶ Decreto 2591 de 1991: *“Artículo 13. Personas contra quien se dirige la acción e intervinientes. La acción se dirigirá contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental. Si uno u otro hubiesen actuado en cumplimiento de órdenes o instrucciones impartidas por un superior, o con su autorización o aprobación, la acción se entenderá dirigida contra ambos, sin perjuicio de lo que se decida en el fallo. De ignorarse la identidad de la autoridad pública, la acción se tendrá por ejercida contra el superior. Quien tuviere un interés legítimo en el resultado del proceso podrá intervenir en él como coadyuvante del actor o de la persona o autoridad pública contra quien se hubiere hecho la solicitud.”*

²⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-712 de 2017, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

²⁸ Ver sentencias T-119 de 2015, T-250 de 2015, T-446 de 2015 y T-548 de 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; y T-317 de 2015, M.P. María Victoria Calle Correa.

Cuando el presunto afectado no cuenta con ningún otro mecanismo de defensa judicial para la protección de sus derechos fundamentales o, en caso de existir uno, aquel carece de idoneidad y eficacia para lograr una protección adecuada, oportuna e integral de los derechos invocados en el caso concreto, la acción de tutela procederá de forma definitiva.

De otra parte, cuando lo que se busca es evitar la consumación de un perjuicio irremediable de los derechos fundamentales del accionante, en el interregno comprendido entre la presentación de la tutela y el fallo proferido por un juez ordinario, procederá la tutela como un mecanismo transitorio de protección. En este evento, se tendrían que dar las siguientes hipótesis para que la tutela pueda ser procedente: “(i) que se trate de un hecho cierto e inminente; (ii) que las medidas a tomar deben ser urgentes; (iii) que la situación a la que se enfrenta la persona es grave; y finalmente (iv) que las actuaciones de protección han de ser impostergables”²⁹.

Ahora bien, la Corte Constitucional ha establecido que, en principio, una acción de tutela no es procedente contra actos administrativos de contenido particular y concreto. Aun así, existen excepciones a esta regla de procedencia, tales como cuando se acude a ella para evitar la consumación de un perjuicio irremediable³⁰.

Dentro de aquellos casos excepcionales en los que la acción de tutela se torna procedente, se encuentran los relacionados con los miembros de las fuerzas militares que solicitan la protección o amparo de sus derechos fundamentales, los cuales han sido presuntamente vulnerados por un acto administrativo que ordena su desvinculación laboral de la institución por existir una disminución en su capacidad psicofísica. La Corte ha considerado que la tutela es procedente en este escenario por tratarse de sujetos de especial protección constitucional, al ser personas que tienen alguna discapacidad; ello lleva a concluir que los mecanismos ordinarios no son lo suficientemente eficaces para proveer una protección urgente de sus derechos fundamentales.

En la sentencia T-382 de 2014, esta Corporación afirmó que: “*aunque no existe un derecho fundamental que asegure a los empleados la conservación del trabajo o su permanencia en él por un tiempo indeterminado, no obstante, debido a la urgencia de conjurar una vulneración irreversible de los derechos fundamentales de un empleado en circunstancias de debilidad manifiesta y, adicionalmente, presentar una estabilidad laboral reforzada, en virtud de su especial condición física o laboral, la tutela procede como mecanismo definitivo para el reintegro laboral*”³¹.

²⁹ Respecto del perjuicio irremediable, ha precisado ésta Corte que debe cumplir con los siguientes requisitos: “(i) que se trate de un hecho cierto e inminente; (ii) que las medidas a tomar deben ser urgentes; (iii) que la situación a la que se enfrenta la persona es grave; y finalmente (iv) que las actuaciones de protección han de ser impostergables.” Ver Sentencia T-896 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

³⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-597 de 2017, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

³¹ Corte Constitucional, Sentencia T-382 del 2014, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

En el asunto bajo estudio, el señor César Augusto Domínguez Torres se encuentra legitimado para solicitar el amparo de sus derechos fundamentales presuntamente vulnerados por la Armada Nacional, como se dijo ya anteriormente. Es preciso destacar que, a pesar de que el accionante cuenta con otros mecanismos de defensa, como lo sería la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el accionante: (i) se encuentra en un estado de debilidad manifiesta, al haberse visto afectado por la disminución en su capacidad laboral desde antes de haber sido retirado de las fuerzas armadas; y (ii) se formó específicamente para la vida militar, lo cual es un obstáculo para acceder con facilidad al mercado laboral y cuyo resultado es la afectación de su mínimo vital y el de su núcleo familiar. Adicionalmente, el actor no hizo uso de la tutela como una forma de suplantar las vías judiciales de defensa ordinaria, como lo afirmó la entidad accionada, sino por encontrarse en las circunstancias referidas. Por consiguiente, sería desproporcionado exigirle al afectado que acuda y espere a que se surtan los trámites ante la jurisdicción ordinaria.

Esta misma postura ha sido tomada por la Corte en distintas sentencias, como es el caso de la T-440 de 2017, en la que se aseveró que:

“La acción de nulidad y restablecimiento del derecho no es el mecanismo efectivo para proteger los derechos presuntamente vulnerados, porque durante su trámite, puede agravarse la vulneración al mínimo vital del demandante, de su esposa y de su hija menor de edad, quienes dependían del salario que el actor recibía como soldado profesional. Ciertamente, durante el trámite de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el accionante puede solicitar la suspensión provisional del acto administrativo de retiro, como medida provisional. Sin embargo, se insiste, el otorgamiento de la suspensión provisional de la decisión de retiro, es una medida facultativa del juez que conozca del asunto.

Además, esta Sala advierte que, dadas las particularidades del presente caso, no puede someterse al accionante, persona en condición de discapacidad, y por ende sujeto de especial protección constitucional, a que espere el tiempo que dure el trámite ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, para saber si es reintegrado o no al Ejército Nacional, y para saber si tiene derecho o no a recibir un salario, que le permita salvaguardar su mínimo vital y el de su núcleo familiar, en el que se encuentra una menor de edad. Tampoco puede someterse al actor, al alea de si el juez de lo Contencioso Administrativo decreta o no, la suspensión provisional del acto administrativo de retiro. Las anteriores son cargas que el accionante no tiene por qué soportar, y el Estado tiene la obligación de evitarlo.

De lo anterior se sigue que el medio de control de nulidad y

restablecimiento del derecho, en el caso particular del señor Cardona García, no excluye la procedencia de la acción de tutela, porque no salvaguarda de manera eficaz los derechos fundamentales invocados. En consecuencia, corresponde al juez constitucional estudiar el caso, y establecer si la decisión de retirar y abstenerse de reubicar a un sujeto que merece especial protección constitucional, vulnera sus derechos fundamentales.”³²
(Subrayado fuera del texto)

En ese mismo sentido, en la sentencia T-382 de 2014, esta Corporación concluyó que *“en el caso de las personas que se encuentran en estado de debilidad manifiesta, como lo son quienes están en situación de discapacidad, los mecanismos de defensa ordinarios no son idóneos para lograr el reintegro o reubicación a su puesto de trabajo, haciéndose necesaria la intervención del juez de tutela para lograr la protección efectiva de los derechos fundamentales involucrados, puesto que este grupo de personas, al ser desvinculados de la actividad que constituía su fuente de ingresos y no contar con la posibilidad de acceder fácilmente al mercado laboral en razón de su situación de discapacidad, ve amenazado de igual forma no sólo su derecho fundamental al mínimo vital, sino también, cuando el peticionario es el único proveedor económico de su núcleo familiar, los derechos fundamentales de éstos”*³³.

Para sintetizar, esta Sala considera que debe concederse de manera definitiva la protección a los derechos fundamentales del accionante, habida cuenta que la controversia del caso *sub examine* gira en torno a establecer si el retiro del servicio activo del actor respetó las garantías constitucionales que protegen a las personas que se han visto afectadas por una disminución en su capacidad laboral. Ello evidencia que se está ante una discusión de carácter constitucional, que no podría ser desarrollada adecuadamente dentro de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho. Lo anterior, por cuanto el referido proceso tendría como finalidad determinar si el acto administrativo, fuente de la vulneración, se enmarca o no en alguna de las causales de nulidad consagrados en el inciso 2 del artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, según lo consagrado en el artículo 138 de la misma normatividad, restándole importancia y énfasis al análisis del derecho a la reubicación laboral de los miembros de las Fuerzas Militares en estado de discapacidad; situación que no fue prevista en la norma que sustenta la decisión de retiro forzoso del servicio al accionante, esto es, el artículo 100, literal a, numeral 4 (modificado por el artículo 5 de la Ley 1792 de 2016) y el 105 del Decreto Ley 1790 de 2000.

Finalmente, es preciso aclarar que, a pesar de que la cónyuge del accionante devenga un salario que varía mes a mes, dicha circunstancia no torna improcedente la acción de tutela, toda vez que el monto del ingreso no puede considerarse como el suficiente para poder sufragar todas las necesidades

³² Corte Constitucional, Sentencia T-440 de 2017, M.P. Diana Fajardo Rivera.

³³ Corte Constitucional, Sentencia T-382 de 2014, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; en la cual se hizo referencia a las sentencias T-503 de 2010, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T-081 de 2011 y T-461 de 2012, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

básicas de todo su núcleo familiar, es decir, de dos menores de edad y de su cónyuge en condición de discapacidad, quien requiere atención especial en salud. Además, el retiro del accionante no sólo lo afecta a él, por su estado de salud, sino también a sus hijos, todos ellos sujetos de especial protección constitucional; circunstancia que hace necesaria la intervención del juez constitucional.

En este orden de ideas, con base en lo expuesto en los párrafos precedentes, la acción de tutela instaurada cumple el requisito de subsidiaridad.

2.2. Planteamiento del problema jurídico y metodología de resolución del caso

Con base en los antecedentes expuestos, a la Sala de Revisión le corresponde resolver el siguiente problema jurídico:

¿La Armada Nacional vulneró los derechos fundamentales a la seguridad social, a la salud, al trabajo, a la vida digna, a la igualdad y a la estabilidad laboral reforzada del señor César Augusto Domínguez Torres por retirarlo del servicio, al no haber podido ascender y, por tanto, haber sobrepasado la edad correspondiente a su grado, ya que su evaluación médica arrojó que no era apto para desarrollar su cargo, empleo o función, como consecuencia de la disminución de su capacidad psicofísica, y por no reubicarlo, argumentando que carecía de los estudios y experiencia requeridos para ejecutar labores en la Armada?

Para resolver el problema jurídico planteado, a continuación se estudiarán los siguientes temas: (i) las personas con discapacidad como sujetos de especial protección constitucional; (ii) el alcance del derecho a la estabilidad laboral reforzada de las personas con discapacidad o en condición de debilidad; (iii) el alcance del derecho a la permanencia o reubicación de personas que ven disminuida su capacidad laboral; (iv) el régimen legal de las fuerzas militares y el derecho de permanencia o reubicación de oficiales de la Armada Nacional por disminución de la capacidad psicofísica; y (v) resolución del caso concreto.

2.3. Sujetos de especial protección constitucional: Personas con discapacidad – reiteración jurisprudencial –

La Constitución Política de Colombia previó como obligación del Estado amparar a todas las personas, teniendo en consideración las condiciones físicas, mentales o económicas, para garantizar el respeto al derecho a la igualdad. De ahí que pueda entenderse que la Carta ha conferido una protección especial a toda aquella persona que se encuentre en una situación de discapacidad, bien sea física, sensorial o psicológica, y que la ponga en una circunstancia de debilidad manifiesta. En este mismo sentido, los artículos 53 y 54 consagran el principio de la estabilidad laboral y la obligación de proveer formación

profesional y técnica, tanto por parte del Estado como de los empleadores, a quienes lo requieran.³⁴

Esta protección ha sido reconocida no sólo a nivel nacional sino también a nivel internacional, pues en varios tratados se ha reconocido la importancia de la protección de personas con discapacidad.

A nivel nacional, se expidió la Ley 361 de 1997 dirigida a crear mecanismos para lograr una integración social de personas que se encuentran en una situación de discapacidad. Se estableció que estas medidas fueran aplicables a diferentes ámbitos de la vida cotidiana, tales como al educativo, al laboral, al de las comunicaciones, al del transporte, etc.³⁵

Cabe resaltar lo consagrado en los artículos 2³⁶, 4³⁷ y 26 de la referida ley, pues en ellos se: (i) recalca la obligación que tiene el Estado de hacer lo posible por evitar la presencia de cualquier manifestación de discriminación dentro del ordenamiento jurídico; (ii) da la orden a las entidades centrales, descentralizadas y gubernamentales de aplicar los recursos que sean necesarios para garantizar el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales de las personas discapacitadas; y (iii) establece que la discapacidad no puede significar un obstáculo para que las personas puedan vincularse laboralmente, *“a menos que se demuestre que efectivamente el ejercicio del cargo en cuestión es realmente incompatible con las circunstancias de salud en las que se halle”*³⁸. En términos literales, el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 consagró lo siguiente:

³⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-076 de 2016, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

³⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-076 de 2016, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; en la cual se destacó lo siguiente: *“Mediante sentencia C-458 de 2015 se estudió la constitucionalidad de algunas expresiones contenidas en algunas normas por considerar que el lenguaje podía tener implicaciones inconstitucionales, toda vez que podría ser entendido y utilizado con fines discriminatorios. Se estableció que el uso de algunas expresiones como parte del lenguaje técnico jurídico pretende definir una situación legal y no hacer una descalificación subjetiva de ciertos individuos. En ese sentido, varias expresiones fueron declaradas exequibles por los cargos analizados en esta oportunidad y otras exequibles condicionadamente. El término discapacitado se reemplazó por “persona en situación de discapacidad”. Por su parte, las definiciones legales y lexicográficas de las expresiones “discapacitado”, “inválido”, “sordo”, “minusválido”, “persona con limitaciones” y “limitados”, se declararon exequibles al considerar que estaban desprovistas de los componentes peyorativos que los demandantes les atribuyeron.”*

³⁶ Ley 361 de 1997, *“Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas en situación de discapacidad y se dictan otras disposiciones”*: *“Artículo 2. El Estado garantizará y velará por que en su ordenamiento jurídico no prevalezca discriminación sobre habitante alguno en su territorio, por circunstancias personales, económicas, físicas, fisiológicas, síquicas, sensoriales y sociales.”*

³⁷ Ley 361 de 1997, *“Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas en situación de discapacidad y se dictan otras disposiciones”*: *“Artículo 4. Las ramas del poder público pondrán a disposición todos los recursos necesarios para el ejercicio de los derechos a que se refiere el artículo 1o. de la presente Ley, siendo obligación ineludible del Estado la prevención, los cuidados médicos y psicológicos, la habilitación y la rehabilitación adecuadas, la educación apropiada, la orientación, la integración laboral, la garantía de los derechos fundamentales económicos, culturales y sociales. Para estos efectos estarán obligados a participar para su eficaz realización, la administración central, el sector descentralizado, las administraciones departamentales, distritales y municipales, todas las corporaciones públicas y privadas del país.”*

³⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-76 de 2016, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

“Artículo 26. No discriminación a persona en situación de discapacidad. En ningún caso la discapacidad de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha discapacidad sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona en situación de discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

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

En definitiva, se evidencia la intención de que el Estado garantice a las personas en estado de discapacidad la posibilidad de desarrollar su vida con normalidad, sin que su condición implique un motivo de rechazo, exclusión o discriminación.

2.4. Alcance del derecho a la estabilidad laboral reforzada de personas en estado de discapacidad – reiteración jurisprudencial –

Como ya se mencionó con anterioridad, el artículo 13 de la Constitución Política consagró el derecho a la igualdad y le encargó al Estado procurar que el ejercicio de este derecho sea real y efectivo; en especial para los casos de personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en un estado de debilidad manifiesta, lo que los hace sujetos de especial protección constitucional.

Asimismo, ya se señaló que a nivel internacional se ha hablado de esta protección en varios tratados internacionales, tales como en *“la Declaración de los derechos del deficiente mental aprobada por la ONU en 1971, la Declaración de los derechos de las personas con limitación, aprobada por la Resolución 3447 de 1975 de la ONU, la Resolución 48/96 del 20 de diciembre de 1993 de la Asamblea General de Naciones Unidas, sobre ‘Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad’, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, la Recomendación 168 de la OIT, el Convenio 159 de la OIT, la Declaración de Sund Berg de Torremolinos de la UNESCO en 1981, la Declaración de las Naciones Unidas para las personas con limitación de 1983, entre otras”*³⁹.

³⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-597 de 2017, M.P. Cristina Pardo Schlesinger; en la cual se recomienda ver la sentencia T-198 de 2006, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Ahora bien, respecto de este derecho, la Constitución Política dispuso en su artículo 53 una protección reforzada para aquellos trabajadores que por sus condiciones personales podrían verse gravemente afectados en caso de que fueran desvinculados de forma abusiva.

La Corte ha establecido que los titulares de la figura de la “*estabilidad laboral reforzada*” son: (i) las mujeres embarazadas⁴⁰, (ii) las personas en estado de discapacidad o en situación de debilidad manifiesta con ocasión de su salud; (iii) los aforados sindicales; y (iv) en ciertos casos, las madres o los padres cabeza de hogar.⁴¹ Estos grupos de personas contarán con dicha protección con dos objetivos, a saber, para: (i) poder recibir el pago de incapacidades mientras se encuentren cesantes y (ii) que su condición especial no pueda ser el motivo de despido o modificación laboral que pueda llegar a perjudicarles.⁴²

En palabras de la Corte Constitucional, con la estabilidad laboral reforzada se busca garantizar a los sujetos en estado de discapacidad “*la permanencia en el empleo del discapacitado luego de haber adquirido la respectiva limitación física, sensorial o psicológica, como medida de protección especial y de conformidad con su capacidad laboral*”⁴³. Es preciso aclarar que la estabilidad laboral se aplica también a las personas a las que se le comprueba que su situación de salud les ha obstaculizado definitivamente el desempeño de sus labores en condiciones normales, sin ser necesaria la existencia de una calificación previa, la cual acreditaría la discapacidad⁴⁴.

En este contexto, frente a personas en estado de discapacidad, el despido o desvinculación que se les haga, como consecuencia de su condición especial, deviene ineficaz debido a la estabilidad laboral reforzada de la cual gozan. Esta Corporación ha indicado que “[e]l sustento normativo de esta protección especial se encuentra en los principios de Estado Social de Derecho⁴⁵, la igualdad material⁴⁶ y la solidaridad social, consagrados en la Constitución

⁴⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-597 de 2017, M.P. Cristina Pardo Schlesinger; en la cual se recomienda ver, entre otras, las sentencias T-141 de 1993, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; T-568 de 1996 y T-119 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-426 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-961 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett; T-291 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda; T-898A de 2006, M.P. Marco Gerardo Monroy; T-699 de 2010, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza; T-1097 de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva (AV. SV. Mauricio González Cuervo).

⁴¹ Corte Constitucional, Sentencia T-597 de 2017, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

⁴² Corte Constitucional, Sentencia 076 de 2016, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁴³ Corte Constitucional, Sentencia 076 de 2016, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; en la que se hace alusión a la sentencia C-531 de 2000, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

⁴⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-597 de 2017, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

⁴⁵ Constitución Política, artículo 1º: “*Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general*”.

⁴⁶ Constitución Política, artículo 13: (...) “[Inciso 2] El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. [Inciso 3º] El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

Política”⁴⁷. Ello lleva a concluir que, cuando se evidencie la existencia de un trato diferente o discriminatorio a personas en situación de debilidad manifiesta por su estado de salud o en condición de discapacidad, se estarían desconociendo los preceptos constitucionales y los principios de igualdad y solidaridad⁴⁸.

Adicionalmente, el artículo 47 de la Constitución Política estableció la obligación del Estado de implementar políticas de “*previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos*”; así como también, el artículo 54 le impuso tanto al Estado como a los empleadores la responsabilidad de ofrecer la formación profesional y técnica a los trabajadores que lo requieran, como en el caso de los que se encuentran en un estado de discapacidad o indefensión debido a su salud, para que puedan ser reubicados y, de esa manera, se les garantice la estabilidad laboral.⁴⁹

La Corte Constitucional reiteró la anterior posición en la sentencia C-531 de 2000, en la que aseveró que: “*Con esa estabilidad laboral reforzada se garantiza la permanencia en el empleo del discapacitado luego de haber adquirido la respectiva limitación física, sensorial o psicológica, como medida de protección especial y en conformidad con su capacidad laboral. Para tal fin deberán adelantarse los programas de rehabilitación y capacitación necesarios que le permitan alcanzar una igualdad promocional en aras del goce efectivo de sus derechos. La legislación nacional no puede apartarse de estos propósitos en favor de los discapacitados cuando quiera que el despido o la terminación del contrato de trabajo tenga por fundamento la disminución física, mental o psicológica*”.

De otra parte, es preciso mencionar que el trabajo es una forma de lograr una efectiva integración social de las personas, toda vez que permite garantizar el desarrollo personal y viabiliza la productividad económica de personas en condiciones especiales a raíz de su estado de salud; el trabajo es una herramienta esencial que permite la obtención de bienes y servicios necesarios para la subsistencia de cada persona y su familia. Por ello, en la Ley 361 de 1997 se ordenó crear una política pública dirigida a lograr la rehabilitación e integración social y procurar la atención especializada de personas con discapacidad o en estado de debilidad manifiesta, de acuerdo a sus necesidades.

En síntesis, el derecho a una estabilidad laboral reforzada se integra por los siguientes elementos: “*(i) el derecho a conservar el empleo, (ii) a no ser despedido en razón a su situación de vulnerabilidad, (iii) a permanecer en él hasta que se configure una causal objetiva que amerite la desvinculación laboral y (iv) a que el inspector de trabajo o la autoridad que haga sus veces, autorice el despido con base en la verificación previa de dicha causal, a fin de que el mismo pueda ser considerado eficaz*”⁵⁰.

⁴⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-597 de 2017, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

⁴⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-597 de 2017, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

⁴⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-440 de 2017, M.P. Diana Fajardo Rivera.

⁵⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-382 de 2014, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

2.5. El alcance del derecho a la permanencia o reubicación de personas que ven disminuida su capacidad laboral – reiteración jurisprudencial –

Esta Corporación ha enfatizado que, cuando una persona en estado de discapacidad no cuenta con la posibilidad de continuar desarrollando las actividades para las cuales fue vinculada, tendrá el derecho a la reubicación laboral. Dicha prerrogativa implica: *“desempeñar trabajos y funciones acordes con sus condiciones de salud que le permitan acceder a los bienes y servicios necesarios para su subsistencia; obtener su reubicación laboral en un trabajo que tenga los mismos o mayores beneficios laborales al cargo que ocupaba antes; recibir la capacitación necesaria para el adecuado desempeño de las nuevas funciones; obtener de su empleador la información necesaria en caso de que su reubicación no sea posible, a fin de que pueda formularle las soluciones que estime convenientes”*⁵¹.

Del derecho a la reubicación laboral también se desprende que *“cuando el empleador conoce el estado de salud de su empleado y tiene la posibilidad de situarlo en un nuevo puesto de trabajo, deberá reubicarlo. En caso de que no lo haga, y lo despida, se presume que el despido se efectuó como consecuencia de su condición, y que el empleador abusó de una facultad legal para legitimar una conducta omisiva”*⁵².

Al respecto, en la sentencia T-1040 de 2001 la Corte Constitucional estimó que:

“El alcance del derecho a ser reubicado por condiciones de salud tiene alcances diferentes dependiendo del ámbito en el cual opera el derecho. Para tales efectos resultan determinantes al menos tres aspectos que se relacionan entre sí: 1) el tipo de función que desempeña el trabajador, 2) la naturaleza jurídica y 3) la capacidad del empleador. 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, éste tiene la obligación de poner tal hecho en conocimiento del trabajador, dándole además la oportunidad de proponer soluciones razonables a la situación.

(...)

En algunos casos, el derecho a la reubicación en un cargo compatible con las condiciones de salud del trabajador no se limita al simple cambio de funciones. Para garantizar el ejercicio real de este derecho, la reubicación debe estar acompañada de la capacitación necesaria para que el trabajador se desempeñe

⁵¹ Corte Constitucional, Sentencia T-440 de 2017, M.P. Diana Fajardo Rivera; en la que se cita la sentencia T-487 de 2016, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

⁵² Corte Constitucional, Sentencia T-440 de 2017, M.P. Diana Fajardo Rivera; en la que se cita la sentencia T-928 de 2014, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

adecuadamente en su nueva labor. Así, el artículo 54 de la constitución se refiere específicamente a las obligaciones que le competen al Estado y a los empleadores en lo que se refiere a la habilitación profesional y técnica y a la obligación de garantizar a los disminuidos físicos el derecho al trabajo de acuerdo con sus condiciones de salud. Por supuesto, una persona que ha sido reubicada de su puesto normal de trabajo como consecuencia de una disminución física requiere capacitación para desempeñar sus nuevas funciones. De tal modo que, en este caso, la demandante requería ser capacitada para su nueva labor.”⁵³ (Subrayado fuera del texto)

De igual modo, en la sentencia T-198 de 2006, en la que se estudió un caso similar, la Corte puntualizó que el estar en estado de discapacidad no puede convertirse en un obstáculo o barrera para poder reincorporarse laboralmente; salvo en los casos en que el cargo y las circunstancias que rodean a la persona no sean compatibles para poder lograr una protección efectiva.⁵⁴

En varios pronunciamientos de esta Corporación se ha indicado que el derecho a la estabilidad laboral reforzada no sólo implica que una persona en condición de discapacidad pueda ser reincorporada, sino también la posibilidad de ser reubicada, teniendo en cuenta sus capacidades y garantizándole que no le sean desmejoradas las condiciones laborales que venía disfrutando.⁵⁵ Al respecto, en la sentencia T-503 de 2010 se consideró que:

“(…) es obligación del empleador reubicar al trabajador en el desarrollo de nuevas funciones que no impliquen un riesgo para su salud.

(…)

Considera la Sala que, si bien le asiste razón al accionado con respecto a que para cumplir la misión constitucional encomendada, se requiere la plena capacidad sicofísica de un soldado profesional, al mismo tiempo, no debe perderse de vista, tal como se explicó, que el Estado debe asegurar una debida protección a las personas que han sufrido una discapacidad en actos relacionados con el servicio, como es el caso de los soldados profesionales.”⁵⁶

Con base en lo anterior, se concluye que el derecho a la estabilidad laboral reforzada no sólo significa garantizarle a la persona en estado de discapacidad o debilidad manifiesta su permanencia sino también su reubicación laboral, en

⁵³ Corte Constitucional, Sentencia T-1040 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁵⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-076 de 2016, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; en la que se hace referencia a la sentencia T-198 de 2006, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁵⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-076 de 2016, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁵⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-503 de 2010, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

un ambiente y condiciones en las que pueda desarrollar actividades laborales sin atentar contra su integridad.

2.6. Régimen legal de las Fuerzas Militares y derecho a la permanencia o reubicación de los militares que ven disminuida su capacidad laboral – reiteración jurisprudencial –

La Constitución Política estableció un régimen especial prestacional, disciplinario y de carrera para las Fuerzas Militares en su artículo 217⁵⁷. El régimen está regulado por las Leyes 923 de 2004⁵⁸ y 1792 de 2016⁵⁹ y los Decretos 094 de 1989⁶⁰, 1796⁶¹ y 1790⁶² de 2000, 4433 de 2004⁶³ y 1070 de 2015⁶⁴. En las referidas disposiciones se ha fijado el régimen de acceso, permanencia y retiro de los soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

El Decreto 1790 de 2000 fue expedido para regular el régimen especial de la carrera profesional de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares⁶⁵. En su artículo 1 se definió a las Fuerzas Militares como *“las organizaciones instruidas y disciplinadas conforme a la técnica militar y constitucionalmente destinadas a la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional. Están constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea”*⁶⁶.

⁵⁷ Constitución Política, artículo 217: *“La Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional. La Ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio.”*

⁵⁸ *“Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política”.*

⁵⁹ *“Por medio de la cual se modifican algunos artículos de los Decretos-ley 1790 y 1791 de 2000, modificados por la Ley 1405 de 2010 y se dictan otras disposiciones.”*

⁶⁰ *“Por el cual se reforma el estatuto de la capacidad psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía nacional, soldados, Grumetes, Agentes, Alumnos de las Escuelas de Formación y personal civil del Ministerio de defensa y la Policía Nacional”.*

⁶¹ *“Por el cual se regula la evaluación de la capacidad psicofísica y de la disminución de la capacidad laboral, y aspectos sobre incapacidades, indemnizaciones, pensión por invalidez e informes administrativos por lesiones, de los miembros de la Fuerza Pública, Alumnos de las Escuelas de Formación y sus equivalentes en la Policía Nacional, personal civil al servicio del Ministerio de Defensa Nacional y de las Fuerzas Militares y personal no uniformado de la Policía Nacional vinculado con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993”.*

⁶² *“Por el cual se modifica el Decreto que regula las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.”*

⁶³ *“Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública”.*

⁶⁴ *“Por el cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Defensa”.*

⁶⁵ Decreto 1790 de 2000, *“Por el cual se modifica el Decreto que regula las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.”*, artículo 2.

⁶⁶ Decreto 1790 de 2000, *“Por el cual se modifica el Decreto que regula las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.”*, artículo 1.

La Armada Nacional es la fuerza naval de las Fuerzas Militares de Colombia. Es responsable de la protección de las zonas marítimas del Pacífico y del Caribe, las zonas fluviales del interior del país y algunas áreas terrestres. La Armada se compone de dos grupos: (i) el cuerpo naval y (ii) el cuerpo de Infantería de Marina.⁶⁷

La estructura jerárquica de esta institución está conformada por tres categorías, a saber: (i) Oficiales, (ii) Suboficiales e (iii) Infantes de Marina Profesionales. A su turno, cada una de aquellas categorías se subdivide en grados, diferenciándose entre ellos los que son navales de los que son de Infantería de Marina.

En el caso de la categoría de los Oficiales, encontramos los siguientes grados (en orden - del mayor al de menor jerarquía): (i) Almirante - General de Infantería de Marina, (ii) Vicealmirante - Mayor General de Infantería de Marina, (iii) Contralmirante - Brigadier General de Infantería de Marina, (iv) Capitán de Navío - Coronel de Infantería de Marina, (v) Capitán de Fragata - Teniente Coronel de Infantería de Marina, (vi) Capitán de Corbeta - Mayor de Infantería de Marina, (vii) Teniente de Navío - Capitán de Infantería de Marina, (viii) Teniente de Fragata - Teniente Efectivo de Infantería de Marina y (ix) Teniente de Corbeta - Subteniente de Infantería de Marina.⁶⁸

A continuación, se analizarán temas específicos del régimen de las Fuerzas Militares, necesarios para poder resolver el caso *sub examine*.

2.6.1. Del retiro de los miembros de las Fuerzas Militares

En el Decreto 1790 de 2000 se señaló que el “*retiro*” de las Fuerzas Militares es aquella situación que hace cesar la obligación de los oficiales y suboficiales de prestar servicios en actividad, como consecuencia de una disposición de la autoridad competente. Así, para retirar a un Oficial es necesario un concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares, salvo en los casos en los cuales se trate de un Oficial General o de Insignia o haya inasistencia al servicio sin causa justificada. La figura del retiro no excluye la posibilidad de reincorporación, llamamiento especial al servicio o movilización.⁶⁹

⁶⁷ Ministerio de Defensa Nacional, “*Logros de la Política de Consolidación de la Seguridad Democrática*” del 1 de noviembre de 2009.

⁶⁸ Decreto 1790 de 2000, “*Por el cual se modifica el Decreto que regula las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares*”, artículo 6, modificado por el artículo 1 de la Ley 1792 de 2016. Fuerzas Militares, información institucional, creado el 25 de junio de 2012, consultada el 6 de marzo de 2019 en la URL: <https://www.fuerzasmilitares.org/opinion/69-colombia/informacion-institucional/884-grados-militares-en-la-armada-colombiana.html>

⁶⁹ Decreto 1790 de 2000, “*Por el cual se modifica el Decreto que regula las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares*”, artículo 90: “*Retiro. Retiro de las Fuerzas militares es la situación en la que los oficiales y suboficiales, sin perder su grado militar, por disposición de autoridad competente, cesan en la obligación de prestar servicios en actividad. El retiro de los oficiales en los grados de oficiales Generales y de insignia, Coronel o Capitán de Navío, se hará por decreto del Gobierno; y para los demás grados incluyendo los suboficiales, por resolución ministerial, facultad que podrá delegarse en el Comandante General o Comandantes de Fuerza. Los retiros de oficiales deberán someterse al concepto previo de la Junta Asesora del*

La Ley 1792 de 2016 modificó el artículo 100 del Decreto 1790 de 2000, en el que se establecieron las causales de retiro del servicio activo para Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares. Dichas causales fueron clasificadas de acuerdo a su forma de la siguiente manera:

“Artículo 100. Causales Del Retiro. <Artículo modificado por el artículo 5 de la Ley 1792 de 2016. El nuevo texto es el siguiente:> El retiro del servicio activo para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares se clasifica, según su forma y causales, como se indica a continuación:

a) Retiro temporal con pase a la reserva:

- 1. Por solicitud propia.*
- 2. Por cumplir cuatro (4) años en el Grado de General o Almirante, salvo lo dispuesto en el artículo 102 de este decreto.*
- 3. Por llamamiento a calificar servicios*
- 4. Por sobrepasar la edad correspondiente al grado.*
- 5. Por disminución de la capacidad psicofísica para la actividad militar.*
- 6. Por inasistencia al servicio sin causa justificada de acuerdo con el tiempo previsto en el Código Penal Militar para el delito de abandono del servicio.*
- 7. Por incapacidad profesional de conformidad con el artículo 108 literal a) de este decreto.*
- 8. Por retiro discrecional de acuerdo con el artículo 104 de este decreto.*
- 9. Por no superar el período de prueba;*

b) Retiro absoluto:

- 1. Por invalidez.*
- 2. Por conducta deficiente.*

Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares, excepto cuando se trate de oficiales generales o de insignia, e inasistencia al servicio sin causa justificada, de acuerdo con lo previsto en el Código Penal Militar para el delito de abandono del servicio. El retiro se producirá sin perjuicio de la posibilidad de reincorporación, llamamiento especial al servicio o movilización, previstos en este Decreto”.

3. Por haber cumplido la edad máxima permitida para los servidores públicos de acuerdo con la ley.

4. Por muerte.

5. Por incapacidad profesional de conformidad con el artículo 108 literales b) y c) del presente decreto.

6. Por fuga del personal privado de la libertad por orden de autoridad judicial, sin perjuicio de la acción penal y disciplinaria que corresponda.” (Subrayado fuera del texto)

Haciendo énfasis en la causal consagrada en el numeral cuarto del literal a, el artículo 105 del mismo decreto estableció las edades en las que sería forzoso el retiro en cada uno de los grados de Oficiales y Suboficiales:

“Artículo 105. Retiro Por Edad. Es forzoso el retiro de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, con pase a la reserva, cuando cumplan las siguientes edades en sus grados:

a. Oficiales

*Subteniente o teniente de corbeta
30 años*

*Teniente o teniente de fragata
35 años*

*Capitán o teniente de navío
40 años*

*Mayor o capitán de corbeta
45 años*

*Teniente coronel o capitán de fragata
50 años*

*Coronel o capitán de navío
55 años*

*Brigadier general o contraalmirante
58 años*

*Mayor general o vicealmirante
61 años*

*General o almirante
65 años*

b. Suboficiales

Cabo Tercero, marinero segundo y aerotécnico
30 años

Cabo segundo, marinero primero o técnico cuarto
34 años

Cabo primero, suboficial tercero o técnico tercero
38 años

Sargento segundo, suboficial segundo o técnico segundo
43 años

Sargento viceprimero, suboficial primero o técnico primero
49 años

Sargento primero, suboficial jefe o técnico subjefe
55 años

Sargento mayor, suboficial jefe técnico o técnico jefe
60 años

(...)” (Subrayado fuera del texto)

No obstante lo anterior, el artículo 107 indicó que, pese a lo dispuesto en el artículo 105, para el caso de Oficiales, el Gobierno Nacional podrá mantener en servicio activo a los miembros de las Fuerzas Militares que lo merezcan por sus calificaciones y *“cuando sus capacidades puedan ser aprovechadas en determinadas actividades militares”*⁷⁰.

2.6.2. De la capacidad psicofísica

En los Decretos 094 de 1989 y 1796 de 2000 se regula lo relacionada a la capacidad psicofísica exigida a todos los miembros de las Fuerzas Militares. Ésta se definió como *“el conjunto de habilidades, destrezas, aptitudes y potencialidades de orden físico y psicológico que deben reunir las personas a quienes se les aplique el presente decreto, para ingresar y permanecer en el servicio, en consideración a su cargo, empleo o funciones. La capacidad psicofísica del personal de que trata el presente decreto será valorada con*

⁷⁰ Decreto 1790 de 2000, Decreto 1790 de 2000, *“Por el cual se modifica el Decreto que regula las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares”*, artículo 107: *“Excepción A Los Artículos Anteriores. No obstante lo dispuesto en los artículos 105 y 106 de este Decreto, el Gobierno Nacional para el caso de oficiales y el Ministro de Defensa Nacional, o los Comandantes de las Fuerzas cuando en ellos se delegue, para los suboficiales, podrán mantener en servicio activo a aquellos miembros de las Fuerzas Militares que por sus calificaciones lo merezcan y cuando sus capacidades puedan ser aprovechadas en determinadas actividades militares. Cuando se trate de oficiales se requerirá concepto previo de la junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares.”*

criterios laborales y de salud ocupacional, por parte de las autoridades médico-laborales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional”⁷¹.

La capacidad psicofísica es calificada con los conceptos de “*apto, aplazado y no apto*”. Para el caso *sub judice* es preciso enfatizar en la calificación de “*no apto*”, que se da cuando una persona “*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*”⁷².

Ahora bien, para poder determinar dicha capacidad, a los miembros de las Fuerzas Militares se les realizan unos exámenes médicos y paraclínicos en los siguientes casos:

“1. Selección alumnos de escuelas de formación y su equivalente en la Policía Nacional.

2. Escalafonamiento.

3. Ingreso personal civil y no uniformado.

4. Reclutamiento.

5. Incorporación.

6. Comprobación.

7. Ascenso personal uniformado.

8. Aptitud psicofísica especial.

9. Comisión al exterior.

10. Retiro.

11. Licenciamiento.

12. Reintegro.

⁷¹ Decreto 1796 de 2000, "Por el cual se regula la evaluación de la capacidad psicofísica y de la disminución de la capacidad laboral, y aspectos sobre incapacidades, indemnizaciones, pensión por invalidez e informes administrativos por lesiones, de los miembros de la Fuerza Pública, Alumnos de las Escuelas de Formación y sus equivalentes en la Policía Nacional, personal civil al servicio del Ministerio de Defensa Nacional y de las Fuerzas Militares y personal no uniformado de la Policía Nacional vinculado con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993", artículo 2.

⁷² Decreto 1796 de 2000, "Por el cual se regula la evaluación de la capacidad psicofísica y de la disminución de la capacidad laboral, y aspectos sobre incapacidades, indemnizaciones, pensión por invalidez e informes administrativos por lesiones, de los miembros de la Fuerza Pública, Alumnos de las Escuelas de Formación y sus equivalentes en la Policía Nacional, personal civil al servicio del Ministerio de Defensa Nacional y de las Fuerzas Militares y personal no uniformado de la Policía Nacional vinculado con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993", artículo 3.

13. Definición de la situación médico-laboral.

14. Por orden de las autoridades médico-laborales.”⁷³

Respecto a la vigencia de los exámenes médicos y el concepto de calificación de la capacidad psicofísica, el artículo 7 del Decreto 1796 de 2000 consagró que los primeros tendrán una validez de dos meses, contados desde la fecha de su práctica, y los segundos serán válidos para el personal por un término no mayor a tres meses, dentro de los cuales dicho concepto “*será aplicable para todos los efectos legales*” y, vencido aquel término, continuará vigente hasta cuando sobrevenga una nueva situación que haga necesaria una nueva calificación de la capacidad psicofísica.⁷⁴

Ahora bien, son autoridades médico-laborales los integrantes de las Juntas Médico-Laborales Militar o de Policía, entre otros más. A la Junta Médico-Laboral le corresponden las siguientes funciones: (i) “*Valorar y registrar las secuelas definitivas de las lesiones o afecciones diagnosticadas*”; (ii) “*Clasificar el tipo de incapacidad psicofísica y aptitud para el servicio, pudiendo recomendar la reubicación laboral cuando así lo amerite*”; (iii) “*Determinar la disminución de la capacidad psicofísica*”; (iv) “*Calificar la enfermedad según sea profesional o común*”; (v) “*Registrar la imputabilidad al servicio de acuerdo con el Informe Administrativo por Lesiones*”; (vi) “*Fijar los correspondientes índices de lesión si hubiere lugar a ello*”; y (vii) “*Las demás que le sean asignadas por Ley o reglamento*”.⁷⁵ (Subrayado fuera del texto)

⁷³ Decreto 1796 de 2000, “Por el cual se regula la evaluación de la capacidad psicofísica y de la disminución de la capacidad laboral, y aspectos sobre incapacidades, indemnizaciones, pensión por invalidez e informes administrativos por lesiones, de los miembros de la Fuerza Pública, Alumnos de las Escuelas de Formación y sus equivalentes en la Policía Nacional, personal civil al servicio del Ministerio de Defensa Nacional y de las Fuerzas Militares y personal no uniformado de la Policía Nacional vinculado con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993”, artículo 4.

⁷⁴ Decreto 1796 de 2000, “Por el cual se regula la evaluación de la capacidad psicofísica y de la disminución de la capacidad laboral, y aspectos sobre incapacidades, indemnizaciones, pensión por invalidez e informes administrativos por lesiones, de los miembros de la Fuerza Pública, Alumnos de las Escuelas de Formación y sus equivalentes en la Policía Nacional, personal civil al servicio del Ministerio de Defensa Nacional y de las Fuerzas Militares y personal no uniformado de la Policía Nacional vinculado con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993”, artículo 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.”

⁷⁵ Decreto 1796 de 2000, “Por el cual se regula la evaluación de la capacidad psicofísica y de la disminución de la capacidad laboral, y aspectos sobre incapacidades, indemnizaciones, pensión por invalidez e informes administrativos por lesiones, de los miembros de la Fuerza Pública, Alumnos de las Escuelas de Formación y sus equivalentes en la Policía Nacional, personal civil al servicio del Ministerio de Defensa Nacional y de las Fuerzas Militares y personal no uniformado de la Policía Nacional vinculado con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993”, artículo 15.

Por otro lado, según el artículo 27 del Decreto 1796 de 2000, la “*incapacidad*” es aquella disminución o pérdida de la capacidad psicofísica que afecta el desempeño de las actividades laborales de los miembros de las Fuerzas Militares.⁷⁶ La incapacidad puede clasificarse en: (i) temporal y (ii) permanente parcial. Cuando la incapacidad permanente parcial sea igual o superior al 75%, se considerará que la persona se encuentra en estado de invalidez.⁷⁷

Finalmente, es preciso destacar que el Decreto 094 de 1989 les impuso a los organismos de Sanidad de las Fuerzas Militares la responsabilidad de cumplir con las funciones de “*prevención, protección y rehabilitación*” en beneficio de todos los miembros de dicha institución⁷⁸. Por “*prevención*” se entiende “*el conjunto de medidas encaminadas a eliminar o neutralizar las causas determinadas de cualquier tipo de incapacidad*”. Ahora, la “*protección*” incluye “*el conjunto de medidas orientadas específicamente a disminuir la posibilidad de lesiones o afecciones originadas en riesgos de tipo profesional*”⁷⁹. Por último, cuando se habla de “*rehabilitación*” se está haciendo referencia a:

“(…) aquellos procesos que tienden a capacitar en el mayor grado posible, física o síquicamente a un incapacitado con miras a su adecuado desempeño en una actividad lucrativa o de provecho general. La rehabilitación se busca por medio de:

- a) Reeducación de los órganos lesionados.
- b) Sustitución o complemento de órganos mutilados, mediante aparatos protésicos u ortopédicos, con su correspondiente sustitución y/o mantenimiento vitalicio, siempre y cuando las lesiones hayan sido ocasionadas en actos inherentes al servicio.

⁷⁶ Decreto 1796 de 2000, “Por el cual se regula la evaluación de la capacidad psicofísica y de la disminución de la capacidad laboral, y aspectos sobre incapacidades, indemnizaciones, pensión por invalidez e informes administrativos por lesiones, de los miembros de la Fuerza Pública, Alumnos de las Escuelas de Formación y sus equivalentes en la Policía Nacional, personal civil al servicio del Ministerio de Defensa Nacional y de las Fuerzas Militares y personal no uniformado de la Policía Nacional vinculado con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993”, artículo 27.

⁷⁷ Decreto 1796 de 2000, “Por el cual se regula la evaluación de la capacidad psicofísica y de la disminución de la capacidad laboral, y aspectos sobre incapacidades, indemnizaciones, pensión por invalidez e informes administrativos por lesiones, de los miembros de la Fuerza Pública, Alumnos de las Escuelas de Formación y sus equivalentes en la Policía Nacional, personal civil al servicio del Ministerio de Defensa Nacional y de las Fuerzas Militares y personal no uniformado de la Policía Nacional vinculado con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993”, artículo 28.

⁷⁸ Decreto 094 de 1989, “Por el cual se reforma el estatuto de la capacidad psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, soldados, Grumetes, Agentes, Alumnos de las Escuelas de Formación y personal civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional”, artículo 38, 39 y 40.

⁷⁹ Decreto 094 de 1989, “Por el cual se reforma el estatuto de la capacidad psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, soldados, Grumetes, Agentes, Alumnos de las Escuelas de Formación y personal civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional”, artículo 38, 39 y 40.

c) Reeducación profesional.

d) *Se considera inherente al servicio de Rehabilitación de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional, en contacto y la coordinación permanente con las Bolsas Oficiales y Privadas de Trabajo, en procura de cargos u oficios para el personal rehabilitado que no quedare con pensión o sueldos de retiro.*⁸⁰
(Subrayado fuera del texto)

2.6.3. Del cambio de fuerza, arma, cuerpo y/o especialidad

El Decreto 1790 de 2000 previó la posibilidad de que los oficiales, hasta el grado de mayor o capitán de corbeta, y los suboficiales, hasta el grado de sargento primero, suboficiales jefe o suboficiales técnico subjefe, puedan solicitar el cambio de arma, cuerpo o especialidad dentro de sus respectivas fuerzas o poder hacer un cambio de una fuerza a otra. Los cambios de los oficiales se disponen mediante resolución ministerial y los de suboficiales por orden administrativa del Comando General de las Fuerzas Militares.⁸¹

El artículo 9 del Decreto 1495 de 2002⁸² estableció los requisitos generales que deben ser acreditados por los Oficiales y Suboficiales para efecto de obtener la autorización correspondiente para el cambio de fuerza, arma, cuerpo y/o especialidad. Dentro de estos requisitos se encuentran los siguientes:

“a) Capacidad psicofísica para la nueva Fuerza, Arma, Cuerpo y/o Especialidad;

b) Presentación del Título Profesional, Técnico o Tecnológico, que acredite la idoneidad del Oficial o Suboficial para desempeñarse en la nueva actividad, cuando sea del caso;

c) No haber sido sancionado penal ni disciplinariamente durante los últimos tres (3) años de servicio y estar clasificado en lista 1, 2 o 3;

d) Concepto del jefe inmediato y del Jefe de Recursos Humanos o Desarrollo Humano de la Fuerza;

e) Cuando se trate de cambio de Fuerza, concepto previo de los Comandos de Fuerza interesados.”

2.6.4. De la reubicación de los miembros de las Fuerzas Militares

⁸⁰ Decreto 094 de 1989, “*Por el cual se reforma el estatuto de la capacidad psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, soldados, Grumetes, Agentes, Alumnos de las Escuelas de Formación y personal civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional*”, artículo 41.

⁸¹ Decreto 1790 de 2000, “*Por el cual se modifica el Decreto que regula las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares*”, artículo 25.

⁸² Decreto 1495 de 2002, “*Por el cual se reglamentan algunas disposiciones del Decreto Ley 1790 de 2000*”.

Esta Corporación ha reiterado sobre la protección que se les debe otorgar a las personas que se encuentran en estado de discapacidad. En este sentido, también ha aseverado que la facultad de retirar del servicio activo a los miembros de las Fuerzas Militares no opera de forma automática cuando hayan sufrido de alguna disminución de su capacidad psicofísica, pues podría generarse una vulneración a sus garantías y derechos constitucionales. Se ha precisado que para estos eventos es necesaria una valoración de las condiciones de salud, habilidades, destrezas y capacidades del afectado, para así poder definir si existe o no alguna actividad que pueda ser desarrollada por aquel dentro de la misma institución, de tal suerte que pueda ser reubicado en otro cargo.

En un caso similar, la Corte estimó que: *“el soldado profesional constituye un activo valioso de las fuerzas armadas, no es reclutado sino que pertenece al Ejército por vocación, de modo que su compromiso con la misión militar es más auténtico y fuerte. Su entrenamiento para permanecer y ser eficiente en el servicio es más serio. Además, en el presente caso está de por medio la voluntad decisiva y fuerte del soldado de seguir en sus funciones por considerar que su incapacidad no es un obstáculo para seguir, incluso en otros cargos, al servicio y la defensa de la patria”*⁸³. Dicho análisis es aplicable al caso *sub examine*, pues se está frente a un oficial perteneciente a la Armada Nacional, quien no fue reclutado sino que ingreso por vocación propia y quien manifestó su interés en seguir sirviendo, por considerar que su estado de salud no es un impedimento para ello, máxime cuando pudo continuar desempeñándose como Teniente de la Infantería de Marina por varios años posteriores a su calificación de disminución de la capacidad psicofísica.

Asimismo, la Corte ha señalado que omitir el deber de protección de personas que se encuentran en un estado de debilidad manifiesta supone un trato discriminatorio injustificado, habida cuenta que toda persona discapacitada tiene derecho a ser tratado en condiciones de igualdad, de tal forma que efectivamente se le dé el trato diferente al que tiene derecho por sus circunstancias personales especiales, por mandato constitucional.⁸⁴

Con fundamento en lo anterior, es preciso destacar que la Corte Constitucional ha venido protegiendo el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada de miembros de las fuerzas militares de una manera pacífica, para los casos en que han sido retirados del servicio activo como consecuencia de la disminución en su capacidad laboral y por haber sido calificados como *“no aptos”* para ejecutar actividades militares; pues de no conceder el amparo, se estaría desconociendo la obligación del Estado de proteger a personas en estado de discapacidad. Por ello, en estos eventos la Corte se ha inclinado por ordenar la reincorporación y reubicación de los militares en actividades que puedan ser desarrolladas de acuerdo a sus destrezas y formación académica y a prestar la

⁸³ Corte Constitucional, Sentencia T-597 de 2017, M.P. Cristina Pardo Schlesinger; en la cual se citó la sentencia T-503 de 2010, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁸⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-597 de 2017, M.P. Cristina Pardo Schlesinger; en la cual se citó la sentencia T-910 de 2011, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

atención médica necesaria.⁸⁵ De igual manera, el Consejo de Estado ha concedido la misma protección en sede de nulidad y restablecimiento del derecho; casos en los que ha afirmado que:

“La protección especial del soldado profesional que sufre de un trastorno grave de salud, con ocasión de sus funciones, se concreta es 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”. (Subrayado fuera del texto)

En relación con la posibilidad de reincorporar al militar al servicio, también se ha aclarado que ello no tiene que ser necesariamente en el mismo cargo que venía desempeñándose.⁸⁶

Reiterando las ideas que se han venido exponiendo a lo largo de éste acápite, la Corte Constitucional ha desaprobado que el retiro de los militares, cuya capacidad psicofísica se ha visto disminuida, se motive argumentando que “*ya no son útiles para desarrollar las labores propias de la entidad*”. Al respecto, en la sentencia T-834 de 2013, la Corte ordenó el reintegro de un soldado que fue retirado del Ejército Nacional por una disminución en su capacidad psicofísica y que no fue reubicado pues, según la opinión de la institución, no tenía capacidades aprovechables en actividades administrativas, docentes o de instrucción.⁸⁷

Adicionalmente, esta Corte ha afirmado que el retiro absoluto de un militar sólo será procedente cuando la Junta Médico-Laboral, o en su defecto el Tribunal Médico-Laboral, “*concluyan que sus condiciones de salud no son suficientes ni puede ser capacitado para desempeñar alguna actividad*”⁸⁸ dentro de las Fuerzas Militares; pues en ese caso, lo constitucionalmente correcto sería designarle al militar una disminución de su capacidad igual o superior al 50%, para así poder reconocerle una pensión de invalidez. A *contrario sensu*, de tener una calificación menor al 50%, la medida a tomar no puede ser, en principio, el retiro. Verbigracia, la Corte ha indicado que:

⁸⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-597 de 2017, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

⁸⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-382 de 2014, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁸⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-382 de 2014, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁸⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-440 de 2017, M.P. Diana Fajardo Rivera.

“(…) si la Junta y/o Tribunal Médico Laboral atribuyen al soldado profesional una disminución de capacidad laboral inferior al 50%, lo procedente es reconocerle su derecho a la reubicación laboral y en consecuencia, (i) darle la oportunidad de desempeñar trabajos acordes con sus condiciones de salud, que le permitan acceder a los bienes y servicios necesarios para su subsistencia; (ii) obtener su reubicación laboral en un trabajo que tenga los mismos o mayores beneficios laborales del cargo que ocupaba antes; (iii) recibir la capacitación necesaria para el adecuado desempeño de las nuevas funciones; (iv) 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”.⁸⁹
(Subrayado fuera del texto)

Con fundamento en lo anterior, la Corte ha concluido que, pese a tratarse de un régimen especial en el que se permite el retiro cuando haya disminución o pérdida de la capacidad psicofísica, ha considerado que ello podría suponer la vulneración de derechos fundamentales, dependiendo de las características especiales de cada caso.⁹⁰

Las sentencias T-928 de 2014 y T-487 de 2016 de la Corte Constitucional permiten hacer una síntesis de las reglas jurisprudenciales aplicables a casos similares al estudiado en esta providencia. A saber:

- “(…)”*
- *En desarrollo del derecho a la igualdad material, las personas en situación de discapacidad son sujetos de especial protección constitucional, titulares de los derechos a la integración social, a la integración y la reubicación laboral.*
 - *El derecho a la reubicación laboral implica: (i) Desempeñar trabajos y funciones acordes con sus condiciones de salud que le permitan acceder a los bienes y servicios necesarios para su subsistencia; (ii) obtener su reubicación laboral en un trabajo que tenga los mismos o mayores beneficios laborales al cargo que ocupaban antes; (iii) recibir la capacitación necesaria para el adecuado desempeño de las nuevas funciones; (iv) 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.*
 - *Las Fuerzas Militares deben evaluar la posibilidad de reubicar al soldado profesional que ha sufrido una limitación física sensorial o psicológica, incluso si ello implica capacitarlo para ejercer una nueva función.*
 - *Es razonable que el régimen normativo de las Fuerzas Militares considere que se requiere plena capacidad y aptitud psicofísica*

⁸⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-440 de 2017, M.P. Diana Fajardo Rivera.

⁹⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-382 de 2014, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

por parte de un soldado profesional, para el adecuado cumplimiento de la misión constitucional que a ellos se les encomienda, pero, de esto no se sigue que los soldados profesionales puedan ser retirados de las Fuerzas Militares cuando adquieren una limitación física, sensorial o psicológica, pues ello supondría un incumplimiento del deber de protección especial a favor de las personas en condición de discapacidad.

- *El hecho de que un soldado profesional sea calificado como no apto para la actividad militar, no implica que no pueda seguir desempeñándose en esa labor, pero no excluye que el militar desarrolle otra actividad dentro de la institución.*
- *Antes de dar aplicación a las normas sobre desvinculación de soldados por razón de las condiciones de salud, las habilidades, las destrezas y las capacidades del afectado, a fin de establecer si existen actividades que podría cumplir dentro de la institución, de manera que sea posible disponer su reubicación en otro cargo.*
- *Los derechos a la igualdad y al trabajo son vulnerados, cuando se retira del servicio a un soldado profesional, como consecuencia de la pérdida de capacidad laboral, y no se evalúa la posibilidad de reubicarlo de algún modo en la institución.*⁹¹ (Subrayado fuera del texto)

3. Resolución del caso concreto

La Corte considera que la protección constitucional es procedente, por cuanto: (i) se trata de una persona cuya capacidad psicofísica se vio disminuida y, por ello, tiene derecho a una protección especial y reforzada de su salud y su estabilidad laboral; (ii) se le retiró del servicio activo de las Fuerzas Militares por exceder la edad máxima del grado que desempeñaba, consecuencia de no haber sido ascendido ni reubicado por dicha disminución en su capacidad laboral; y (iii) se está ante una posible vulneración de los derechos al trabajo y estabilidad laboral, que tienen la capacidad de garantizarle al accionante y su núcleo familiar el mínimo vital y una adecuada atención médica para sus patologías.

En primera medida, esta Sala considera que no puede dejarse de lado que, por su calidad de militar, ha tenido una trayectoria de aprendizaje y formación exclusivamente enmarcadas en el campo especializado de la vida militar; circunstancia que permite inferir una dificultad u obstáculo para poder adaptarse a desarrollar actividades o funciones que se encuentren por fuera de esa área, así como también, dificultad para vincularse con facilidad al mercado laboral, habida consideración que no cuenta con la misma experiencia que posee en el campo militar. Por consiguiente, con ocasión de su estado de salud y por la

⁹¹ Corte Constitucional, Sentencia T-382 de 2014, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; en la cual se hace referencia a las sentencias T-928 de 2014, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado y T-487 de 2016, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

especificidad de la actividad que ha sido desarrollada por el accionante, se advierte el estado de desempleo en el que se encuentra; situación que puede estar provocando una vulneración a su mínimo vital y el de su núcleo familiar. En esa medida, sería desproporcionado exigirle al afectado que acuda ante la jurisdicción contencioso administrativa, pues en casos como estos los otros mecanismos de defensa judicial pierden eficacia e idoneidad para poder amparar adecuadamente los derechos del actor. Por ende, esta Sala entrará a estudiar el asunto concreto.

En el caso *sub examine*, el ciudadano César Augusto Domínguez Torres, de 36 años de edad, fue diagnosticado con Hipertensión Arterial, Retinopatía Hipertensiva Grado I y Obesidad, motivo por el cual la Junta Médico-Laboral definió que tenía una “*incapacidad permanente parcial*”, lo clasificó como “*no apto*” por tener una disminución de su capacidad psicofísica del 21.50% y recomendó su reubicación laboral. Como consecuencia de ello, la entidad accionada argumentó la imposibilidad de ascenderlo al siguiente grado en orden de jerarquía o de reubicarlo, por ser un requisito exigido para ambos casos el tener dicha capacidad, lo que provocó que el actor sobrepasara la edad correspondiente al cargo (para tenientes la edad máxima es de 35 años) y, por consiguiente, fue retirado; no obstante de haber sido ascendido con posterioridad al concepto realizado por la Junta Médico-Laboral y haber podido continuar prestando su servicio aproximadamente por nueve años más, en el grado de Teniente de Infantería de Marina, sin tener ningún inconveniente por su estado de salud.

De la situación expuesta y especialmente de las actuaciones desplegadas por la Armada Nacional, esta Sala Séptima de Revisión considera menester reiterar el precedente jurisprudencial previamente citado, en aras de proteger los derechos fundamentales del señor César Augusto Domínguez Torres. Por tanto, es preciso señalar que, como ya se analizó en la parte considerativa, el ordenamiento jurídico colombiano y la jurisprudencia de la Corte Constitucional han optado por proteger a las personas en situación de discapacidad, con el objetivo de garantizarles sus derechos a la igualdad y al trabajo.

Pese a que se configuró objetivamente la causal de retiro por sobrepasar la edad del grado correspondiente, la Armada Nacional tuvo alrededor de nueve años para seguir la recomendación estipulada en el artículo 15 del Decreto 1796 de 2000, en el que se contempló la posibilidad de sugerir la reubicación laboral de los miembros de la institución en los casos en que se vean afectados por una disminución en su capacidad psicofísica, de tal forma que se viabilice la materialización del principio de integración laboral, el cual debe regir las actuaciones del Estado respecto de éste grupo de especial protección constitucional.

En el caso *sub lite*, la Sala encuentra que: (i) el porcentaje de disminución de capacidad laboral, determinado por la Junta Médico-Laboral el 26 de agosto de 2009, es del 21.50%; (ii) el Comandante Específico de San Andrés y Providencia emitió un concepto de idoneidad profesional el 12 de septiembre

de 2013, apoyando y recomendando el ascenso del actor⁹²; (iii) el Comandante Comando Específico de San Andrés, Providencia y Santa Catalina emitió concepto viable a la solicitud de cambio de especialidad de Inteligencia Naval presentada por el accionante⁹³; (iv) el último cargo desempeñado por el accionante, durante nueve años con posterioridad a la calificación, fue de Teniente de Infantería de Marina; y (v) no se evidenció que por parte de la accionada se haya adelantado alguna gestión tendiente a capacitar al actor para poder ser reubicado.

Conforme a las denotadas circunstancias, la Armada Nacional debió tener en cuenta la situación particular del accionante y debió valorar sus condiciones de salud, habilidades, destrezas y capacidades, para que así pudieran implementarse las medidas necesarias para garantizarle al accionante su integración profesional; en vez de haber dejado transcurrir el tiempo sin darle ninguna solución a su situación e impidiéndole el ascenso y la reubicación, más aún, al haber quedado demostrado que el porcentaje asignado como disminución de su capacidad laboral no fue un impedimento para que ejerciera sus funciones como teniente dentro de la Armada durante nueve años.

Ahora, es necesario indicar que como bien se dijo anteriormente, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido que a los titulares del derecho a la reubicación laboral les asiste unas prerrogativas. Verbigracia, en este caso el accionante tiene derecho a: (i) desempeñar un trabajo que sea acorde con su estado de salud; (ii) que le permita poder acceder a los bienes y servicios necesarios para la subsistencia tanto de él como la de sus dos hijos menores de edad y su esposa; (iii) ser reubicado en un trabajo con los mismos o mayores beneficios laborales con los que contaba en el cargo que ocupaba antes del retiro; (iv) recibir las capacitaciones requeridas para la ejecución y cumplimiento de las nuevas funciones; y (v) obtener de la Armada Nacional la información necesaria para poder formular las soluciones que estime convenientes, en caso de no ser viable la reubicación laboral.

⁹² Ver folio 19 del segundo cuaderno. En este concepto se señala lo siguiente: “Asunto: Remisión por competencia, novedad para ascenso. Con toda atención, me dirijo al Señor Contralmirante César Augusto Gómez Pinillos, Jefe de Desarrollo Humano Armada Nacional, con el fin de remitir respetuosamente por competencia oficio con número de fecha 11 de septiembre de 2013, suscrito por el Señor Teniente de I.M. César Augusto Domínguez Torres, que trata del informe de las novedades que se han presentado para su ascenso a Capitán de I.M. en las próximas novedades del mes de diciembre de 2013, en atenta solicitud se tenga en cuenta la exposición de antecedentes suministrados por el interesado. De otra parte me permito referenciar al Oficial como un Militar integral, con capacidad de dinamismo y voluntad de servicio, así como Comandante del Comando Específico de San Andrés y Providencia, solicito comedidamente se estudie el caso a la luz de la normatividad vigente en la materia y se considere si a ello hubiere lugar, el Ascenso del tripulante en las próximas novedades para el mes de diciembre del año en curso.”

⁹³ Ver folio 25 del segundo cuaderno. En este concepto se señala lo siguiente: “OBSERVACIONES: Pase con apoyo a la solicitud presentada por el señor Teniente de I.F. César Augusto Domínguez Torres orgánico de esta unidad, que trata a la solicitud voluntaria para cambio a la especialidad de Inteligencia Naval. Teniendo en cuenta que el oficial se ha desempeñado en actividades propias de inteligencia desde el año 2013 hasta la actualidad, destacándose como Jefe del Departamento de Inteligencia del Comando Específico de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, por su compromiso y profesionalismo con la Institución emito concepto viable para que se pueda continuar el proceso de cambio de especialidad.”

En efecto, si la Junta Médico-Laboral o, en general, la Armada Nacional consideró que el señor César Augusto Domínguez Torres no contaba con los estudios o la experiencia requerida para poder autorizar la reubicación laboral dentro de dicha institución, esta entidad accionada debió brindar al accionante la capacitación requerida para el desempeño de las funciones de un cargo en el que hubiera podido ser reubicado, teniendo en consideración su estado de salud y capacidades. Por consiguiente, esta Sala reitera que existe una vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad y al trabajo cuando se retira del servicio a un militar afectado por una disminución en su capacidad psicofísica cuando no se le garantizan las condiciones necesarias para lograr su reubicación laboral.

Con fundamento en lo anterior, el hecho de que la Armada Nacional haya retirado al accionante por haber sobrepasado la edad del grado correspondiente, por no haberlo ascendido, debido a la disminución en su capacidad psicofísica, sin haberle garantizado el derecho a la reubicación laboral, toda vez que según el Comité de Reubicación Laboral el actor carecía de estudios y experiencia suficiente, y sin haberle brindado la capacitación necesaria para que pudiera desempeñarse en un nuevo cargo con funciones no militares, constituye una flagrante vulneración de los derechos del actor a la igualdad material, la protección especial que merece como persona en estado de discapacidad, a la integración social y laboral, al trabajo, a la reubicación laboral y al mínimo vital.

Así las cosas, la Sala considera que la decisión adoptada por la Armada inobservó los mandatos constitucionales de protección a personas en estado de discapacidad, desconoció el precedente jurisprudencial sentado por esta Corte y generó una vulneración al derecho de estabilidad laboral reforzada del señor César Augusto Domínguez Torres, quien se encuentra en estado de debilidad manifiesta con ocasión de la disminución en su capacidad psicofísica. En ese sentido, se ordenará a la Junta Médico Laboral realizar un nuevo examen médico, puesto que el anterior ya no se encuentra vigente, con el objetivo de verificar el estado actual de salud del accionante, que sirva de base para poder definir, según su capacidad psicofísica, en qué cargo o función será reubicado; a su turno, se ordenará a la entidad accionada realizar todos los trámites necesarios para efectos de reincorporar al accionante y reubicarlo, conforme a lo que las autoridades médico-laborales de las Fuerzas Militares consideren prudente, teniendo en cuenta el estado de salud del señor César Augusto Domínguez Torres; con fundamento en la jurisprudencia constitucional, reiterada en la presente providencia.

Finalmente, se debe precisar que el análisis realizado por esta Corporación ante la presente tutela debió ser el mismo efectuado por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en primera instancia, y por la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá D.C., en segunda instancia; quienes por el contrario: (i) negaron la tutela de los derechos fundamentales invocados, aduciendo que no se evidenció que *“la desvinculación obedeció o fue producto del estado de salud del quejoso máxime si se tiene que mantuvo una actitud*

pasiva frente al estado mismo de su salud”⁹⁴; y (ii) declararon improcedente la tutela respecto de los demás derechos fundamentales invocados, argumentando que no se cumplía con el requisito de subsidiaridad al existir otro mecanismo idóneo para su protección y por no evidenciarse la existencia de un perjuicio irremediable. Ello pone en evidencia el error en el que incurrieron los jueces de instancia y, como consecuencia, la Sala decide revocar los fallos proferidos.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la sentencias proferidas el tres (3) de septiembre de dos mil dieciocho (2018) por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en primera instancia, que negó el amparo del derecho a la estabilidad laboral reforzada y declaró improcedente la tutela respecto de los demás derechos invocados, y el dieciséis (16) de octubre del mismo año por la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá D.C., en segunda instancia, que confirmó el fallo del *a quo*, dentro de la acción de tutela formulada por el señor César Augusto Domínguez Torres, por intermedio de su apoderado, contra el Ministerio de Defensa Nacional – Armada Nacional para, en su lugar, **TUTELAR** los derechos fundamentales del accionante al trabajo, al mínimo vital, la salud, la igualdad y la estabilidad laboral reforzada, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO.- ORDENAR a la Armada Nacional dejar sin efectos la Resolución No. 2565 del 20 de abril de 2018, “*Por la cual se retira del servicio activo de las Fuerzas Militares a un Oficial de la Armada Nacional*”, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia.

TERCERO.- ORDENAR a la Junta Médico Laboral realizar un nuevo examen para verificar el estado actual de salud del señor César Augusto Domínguez Torres, dentro de los siguientes cuatro (4) días hábiles contados a partir de la notificación de este fallo; valoración que deberá ser tomada en cuenta por la Armada Nacional para efectos de dar cumplimiento al siguiente numeral.

CUARTO.- ORDENAR a la Armada Nacional que, dentro de los siguientes siete (7) días hábiles contados a partir de la notificación de este fallo, reincorpore y reubique al señor César Augusto Domínguez Torres en una actividad que pueda desempeñar, de conformidad con la valoración realizada por la Junta Médico laboral, ordenada en el numeral tercero, sus habilidades, destrezas y formación académica, y, de ser necesario, capacite al accionante para tales efectos.

⁹⁴ Ver folio 131 del segundo cuaderno.

QUINTO.- ORDENAR a la Armada Nacional cancelar al señor César Augusto Domínguez Torres los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde la fecha del retiro hasta el momento de su reintegro.

SEXTO.- LIBRAR las comunicaciones -por la Secretaría General de la Corte Constitucional-, así como **DISPONER** las notificaciones a las partes a través del juez de tutela de instancia-, previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

CRISTINA PARDO SCHLESINGER
Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS
Magistrado
Con aclaración de voto

ALBERTO ROJAS RÍOS
Magistrado
Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General