

RETIRO DEL SERVICIO – Fuerzas militares / FACULTAD DISCRECIONAL – Retiro del servicio por llamamiento a calificar servicios / INCAPACIDAD PERMANENTE – Suboficial

El Decreto 094 de 1989 (vigente para la época) por medio del 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. Una interpretación armónica de las preceptivas mencionadas, permite colegir a la Sala que si bien el legislador no condiciona el ejercicio de la facultad discrecional que tiene la administración para retirar del servicio a dichos militares, por “llamamiento a calificar servicios”, no es dable hacer uso de esa atribución sustrayéndose de la situación de salud del Oficial o Suboficial, cuando la misma lo pone en un estado de incapacidad permanente para laborar, motivante de otorgamientos continuos, de incapacidades médicas prolongadas en el tiempo, pues la ley prevé en tal evento, la conducta a seguir por la administración. Ascendió hasta el grado de Suboficial 3, siendo retirado del servicio activo por llamamiento a calificar servicios sin someterse a los exámenes médicos a fin de evaluar su capacidad psicofísica de conformidad con el Decreto 094 de 1989, como quiera que desde 1990 presentaba quebrantos de salud que eran de conocimiento de la Dirección de Sanidad Militar, pues fue sometido a varias intervenciones quirúrgicas y le brindaban tratamiento médico y se le realizó la Junta médica laboral con posterioridad al retiro.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1790 DE 2000- ARTICULO 103 / DECRETO 1790 DE 2000- ARTICULO 106

RETIRO DEL SERVICIO – Sin evaluar la capacidad psicofísica de conformidad con el Decreto 094 de 1989 / EXPEDICION ACTO DE RETIRO – La situación de sanidad no estaba definida / ACTA DE LA JUNTA MEDICO LABORA – Proferida con posterioridad al retiro / INCAPACIDAD RELATIVA Y PERMANENTE – Acta de la junta medico laboral / ACTO DE RETIRO DE SERVICIO – Situación de sanidad fue resuelta con posterioridad al acto de retiro / ACTO DE RETIRO – Omisión en el procedimiento

Se colige, que al momento de la expedición del acto demandado (29 de mayo de 2001), la situación de sanidad del actor no estaba definida, debido a que el Acta 129-2001 de la Junta Médico- Laboral, fue proferida con posterioridad (de 25 de octubre de 2001), en la cual se determinó una incapacidad relativa y permanente, motivo por el cual fue declarado no apto para el servicio. Igualmente consagraba la posibilidad de convocar al Tribunal Médico Laboral de Revisión, es decir, fue resuelta su situación de sanidad con posterioridad al acto de retiro. Al tomar esa clase de determinaciones, la administración no puede escudarse exclusivamente en lo preceptuado en una disposición, olvidando o desconociendo lo que otros preceptos legales le ordenan, por cuanto en su actuar el nominador está obligado a observar lo previsto en el ordenamiento normativo regulador de la función pública, cuya aplicación debe ser armónica y congruente con las situaciones y eventualidades que se presentan en cada caso. No podía entonces el Comando de la Armada Nacional recurrir a la causal de retiro por “llamamiento a calificar servicio”, para desvincular al demandante y mucho menos justificar ese proceder en su propia omisión. Admitir este planteamiento, como lo pretende la entidad demandada, sería avalar el manejo arbitrario y censurable de la situación detectada, pues simplemente se afirma que se recurrió a dicha causal de retiro, porque no se había constatado el estado de incapacidad para laborar del

demandante, a la vez que se auspiciaría el incumplimiento de regulaciones que gobiernan el manejo del recurso humano de las Fuerzas Militares, las cuales deben aplicarse de manera integral y armónica.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1790 DE 2000 / DECRETO 094 DE 1989

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: DR. ALFONSO VARGAS RINCÓN

Bogotá, D. C., veintidós (22) de noviembre de dos mil doce (2012).

Radicación número: 13001-23-31-000-2001-01260-01(1963-11)

Actor: ALBERTO ENRIQUE HERNÁNDEZ CASTRO

Demandado: NACION - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - ARMADA NACIONAL

Autoridades Nacionales

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia de 27 de mayo de 2011 proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar.

ANTECEDENTES

ALBERTO ENRIQUE HERNÁNDEZ CASTRO por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo demandó del Tribunal Administrativo de Bolívar la nulidad de la Resolución 0224 de 29 de mayo de 2001, expedida por el Comandante de la Armada Nacional, mediante la cual lo retiró del servicio activo en forma temporal con pase a la reserva y por llamamiento a calificar servicios, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 99, 100, literal a) numeral 3 y 103 del Decreto 1790 de 2000.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho solicita se ordene a la Armada Nacional a reintegrarlo al grado que venía desempeñando, sin solución de continuidad o al que corresponda dentro del escalafón militar, y al pago del valor de los salarios, primas y demás derechos laborales dejados de devengar desde la fecha de su retiro, hasta el momento del reintegro. Que se dé cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículos 176 a 178 del Código Contencioso Administrativo.

Como hechos en que sustenta sus pretensiones señala:

El actor ingresó a la Armada Nacional a la carrera de Suboficial en la Escuela Naval de la ciudad de Barranquilla en el año de 1984, en la cual cumplió con los requisitos para obtener su grado como Suboficial.

Desde el año de 1990, cuando ostentaba el grado de Suboficial 3, con ocasión del servicio presentó una anomalía en su oído derecho, pues estaba expuesto a ruidos, temblores y movimientos intensos comoquiera que su especialidad dentro de la entidad demandada era la de motorista.

A raíz de esta situación, en el mes de abril de 1991 fue sometido a su primera intervención quirúrgica en el Hospital Naval, ordenando las incapacidades las atenciones y los cuidados necesarios. Posteriormente le fueron practicadas otras cirugías, tal y como consta en la Historia Clínica 039095.

Para el momento de su retiro del servicio activo tenía que someterse a los exámenes médicos a fin de evaluar su capacidad sicofísica de conformidad con el Decreto 094 de 1989, empero, le fue comunicado el acto de retiro por llamamiento a calificar servicios, sin tener en cuenta el trámite administrativo que se estaba adelantando en la Dirección de Sanidad.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

- Constitución Política: Artículos 2, 29 y 217.
- Decreto 094 de 1989: Artículos 1, 15, 17 y 27.

Como concepto de violación contra las normas invocadas expresa:

Con la expedición de la Resolución 0224 de 29 de mayo de 2001 fue vulnerado su derecho fundamental al debido proceso, pues no se respetó el procedimiento administrativo establecido en el Decreto 094 de 1989, por no haber realizado la valoración de sanidad para obtener un diagnóstico definitivo de su anomalía.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Bolívar mediante providencia de 27 de mayo de 2011 denegó las súplicas de la demanda, por considerar que el acto demandado se encuentra ajustado a derecho y por no se desvirtuarse su presunción de legalidad, pues fue expedido por el Comandante de la Armada Nacional con el lleno de las exigencias legales requeridas para retirar suboficiales del servicio por llamamiento a calificar servicios, sin que por este aspecto se haya configurado la vulneración del debido proceso.

La situación de salud del actor no tiene la virtualidad de afectar la facultad discrecional del nominador para hacer uso del llamamiento a calificar servicios, pues no constituye un requisito previo para que el nominador pueda hacer ejercicio de su facultad discrecional de retirar a miembros del servicio activo bajo aquella causal.

El trámite médico laboral que se aplica al personal de las Fuerzas Militares tiene como propósito establecer las lesiones que sufre un funcionario, señalar su grado de disminución de la capacidad laboral y sus índices de lesión para efectos indemnizatorios, indistintamente si la persona se encuentra activa o retirada, ésta es independiente del llamamiento a calificar servicios puesto que no existe nexo de causalidad alguno.

FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante, interpuso recurso de apelación en el que solicita revocar la sentencia del Tribunal Administrativo de Bolívar.

Para el efecto, reitera los argumentos de la demanda, en especial señala que el procedimiento a seguir para retirarlo del servicio activo era la convocatoria de una Junta Médico-laboral Militar para que, previa calificación y clasificación de su incapacidad, definiera su situación médica y así determinar su retiro absoluto del servicio, como lo estatuye el literal b) del artículo 129 del Decreto 1211 de 1990, en concordancia con el artículo 16 del Decreto 094 de 1990; de suerte que al retirarlo por llamamiento a calificar servicio, no obstante su situación de incapacidad, con el acto impugnado se configuró desviación de poder, ya que si bien el Comandante de la Armada tenía la facultad discrecional de desvincularlo, la situación de salud del actor le impedía retirarlo por calificación de servicios y le imponía recurrir al otro procedimiento señalado en la ley para esos casos.

Para resolver, se

CONSIDERA

Estima el Suboficial Alberto Enrique Hernández Castro que la Resolución 0224 de 29 de mayo 2001, expedida por el Comandante de la Armada Nacional, por medio de la cual lo retiró del servicio en forma temporal y con pase a la reserva y por llamamiento a calificar servicios, no se inspiró en razones del buen servicio, sino que ella adolece de falsa motivación y desviación de poder.

Advierte que al momento de expedirse el acto demandado no había culminado el procedimiento iniciado por la Dirección de Sanidad señalado en el Decreto 094 de 1989, lo que le impedía al Comando de la Armada Nacional retirarlo por llamamiento a calificar servicios.

En orden a adoptar la decisión a que haya lugar, se hacen las siguientes precisiones:

El acto de retiro acusado se expidió con fundamento en las previsiones contenidas en el artículo 103 del Decreto 1790 de 2000, precepto que confiere a la autoridad competente la facultad para retirar de la institución por llamamiento a calificar servicios a los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares después de haber cumplido quince (15) años o más de servicios.

Teniendo en cuenta que para la fecha en que se produjo su desvinculación con base en dicha causal, el actor había laborado en la Armada Nacional un lapso superior al previsto en tales normas, en principio, no habría reproche alguno a la determinación demandada.

Sin embargo, el artículo 106 del mismo Decreto, acerca del retiro por la disminución de la capacidad sicofísica dispone lo siguiente:

Los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares que no reúnan las condiciones sicofísicas determinadas por las disposiciones vigentes sobre la materia, deben ser retirados del servicio activo en las condiciones señaladas en este Decreto.

En ese sentido, esta Corporación¹ ha señalado que para establecer su legalidad no basta analizarla desde la óptica de dichos presupuestos por cuanto se hace necesario detenerse a considerar las circunstancias específicas que rodearon el asunto, en virtud de la situación de salud del demandante y el manejo médico-administrativo que se había dado a la misma.

El Decreto 094 de 1989 (vigente para la época) por medio del cual se reforma el estatuto de la capacidad sicofísica, 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 en su artículo 16 dispone lo siguiente:

“...Términos para las incapacidades temporales, las incapacidades relativa temporal y absoluta temporal, pierden su carácter de temporales a los tres (3) meses de evolución de la lesión o enfermedad lapso que se cuenta desde la fecha en que el respectivo servicio de la sanidad Militar o de Policía tiene conocimiento del caso. Este debe ser informado y el Oficial de Sanidad o Médico tratante dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de iniciación de la incapacidad relativa temporal o absoluta, se practicará al paciente una junta médica científica la cual pueda ser el carácter provisional o definitiva, según el caso .

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 19 de octubre de 2.000, Consejero Ponente doctora Ana Margarita Olaya Forero, Número Interno 3184-99 Actor: Luis Carlos Saavedra Suaza.

Si es encontraren habilidades de recuperación del paciente, la junta será provisional y podrán ampliar el término de la incapacidad hasta por doce meses (12) meses, en el al esta última se denominará “ incapacidad prolongada “. si no existieren las posibilidades y, por consiguiente no se ampliare el término de la incapacidad , la Junta Médica practicada después de los tres (3) meses será definitiva y deberá , por tanto, determinar las lesiones o secuelas y fijar correspondiente como límite máximo para determinar la incapacidad de manera definitiva , cuando hubiere lugar a ello...”

Una interpretación armónica de las preceptivas mencionadas, permite colegir a la Sala que si bien el legislador no condiciona el ejercicio de la facultad discrecional que tiene la administración para retirar del servicio a dichos militares, por “llamamiento a calificar servicios”, no es dable hacer uso de esa atribución sustrayéndose de la situación de salud del Oficial o Suboficial, cuando la misma lo pone en un estado de incapacidad permanente para laborar, motivante de otorgamientos continuos, de incapacidades médicas prolongadas en el tiempo, pues la ley prevé en tal evento, la conducta a seguir por la administración.

DEL ASUNTO CONCRETO

ALBERTO ENRIQUE HERNÁNDEZ CASTRO mediante Resolución 0317 de 13 de septiembre de 1984 expedida por el Comandante de la Armada Nacional fue ascendido al grado de Marinero de la Armada Nacional de Colombia.

Ascendió hasta el grado de Suboficial 3, siendo retirado del servicio activo por llamamiento a calificar servicios sin someterse a los exámenes médicos a fin de evaluar su capacidad sicofísica de conformidad con el Decreto 094 de 1989, como quiera que desde 1990 presentaba quebrantos de salud que eran de conocimiento de la Dirección de Sanidad Militar, pues fue sometido a varias intervenciones quirúrgicas y le brindaban tratamiento médico y se le realizó la Junta médica laboral con posterioridad al retiro.

Para el efecto, obra en el expediente el siguiente material probatorio:

1.- Copia de la historia clínica 39015 donde le determina lo siguiente:

“...Para el año 2001 paciente presenta además hipoacusia conductiva (secundaria a patología ya descrita) en oído derecho, con deterioro auditivo en 90% y 16.5% en oído izquierdo,,,” (folio 93 del expediente.

2.- Acta 129-2001 de 25 de octubre de 2001, expedida por la Dirección de Sanidad Militar, donde le determina una incapacidad relativa y permanente no apto para el servicio, con una disminución de la capacidad laboral del 19.5%, junto con la constancia de notificación, el cual trae como conclusiones las siguientes:

A. Diagnóstico Positivo de lesiones o afecciones

DX 1. HIPOACAUSIA CONDUCTIVA OIDO DERECHO A) PÉRDIDA AUDITIVA 60DB DX2. TRAUMA POR APLASTAMIENTO 5º DEDO MANO IZQ DE IMPOSIBILIDAD PARA FLEXIÓN ACTIVA DE LA FALANGE DISTAL

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

LE DETERMINA UNA INCAPACIDAD RELATIVA Y PERMANENTE NO APTO PARA EL SERVICIO (...) (folio 85 del expediente)

3.- Solicitud de exámenes físicos realizados al actor con ocasión del retiro del servicio activo.

4.- Resolución 0224 de 29 de mayo de 2001, mediante la cual se le retira del servicio activo en forma temporal con pase a la reserva y por llamamiento a calificar servicios, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 99, 100, literal a) numeral 3 y 103 del Decreto 1790 de 2000.

De lo anterior se colige, que al momento de la expedición del acto demandado (29 de mayo de 2001), la situación de sanidad del actor no estaba definida, debido a que el Acta 129-2001 de la Junta Médico-Laboral, fue proferida con posterioridad (de 25 de octubre de 2001), en la cual se determinó una incapacidad relativa y permanente, motivo por el cual fue declarado no apto para el servicio. Igualmente consagraba la posibilidad de convocar al Tribunal Médico Laboral de Revisión, es decir, fue resuelta su situación de sanidad con posterioridad al acto de retiro.

Al tomar esa clase de determinaciones, la administración no puede escudarse exclusivamente en lo preceptuado en una disposición, olvidando o desconociendo

lo que otros preceptos legales le ordenan, por cuanto en su actuar el nominador está obligado a observar lo previsto en el ordenamiento normativo regulador de la función pública, cuya aplicación debe ser armónica y congruente con las situaciones y eventualidades que se presentan en cada caso.

De acuerdo con lo anterior y dado que la Institución tenía pleno conocimiento del estado de salud del actor, tal y como se desprende de la Historia Clínica 39015 y como lo admite la propia institución le brindó al actor desde 1984 el tratamiento y las intervenciones quirúrgicas, el Comando de la Armada Nacional estaba obligado a seguir el trámite previsto en el Decreto 094 de 1989, para definir su situación médico-laboral y, de esta manera, determinar la viabilidad de separarlo del servicio con base en la causal prevista en el literal b), numeral 1° del artículo 100 del Decreto 1790 de 1990 –incapacidad absoluta y permanente o gran invalidez, que comportan por sí solas causales del retiro del servicio, frente a las cuales se establece un procedimiento diferente que la administración no debe desconocer.

No podía entonces el Comando de la Armada Nacional recurrir a la causal de retiro por “llamamiento a calificar servicio”, para desvincular al demandante y mucho menos justificar ese proceder en su propia omisión.

Admitir este planteamiento, como lo pretende la entidad demandada, sería avalar el manejo arbitrario y censurable de la situación detectada, pues simplemente se afirma que se recurrió a dicha causal de retiro, porque no se había constatado el estado de incapacidad para laborar del demandante, a la vez que se auspiciaría el incumplimiento de regulaciones que gobiernan el manejo del recurso humano de las Fuerzas Militares, las cuales deben aplicarse de manera integral y armónica.

Finalmente, no se accederá al ascenso solicitado por el actor, por cuanto conforme lo ha venido expresando la Sala, no es posible librar una orden judicial en ese sentido al carecer de competencia, pues debe la entidad demandada, comprobar si el actor cumple a cabalidad los requisitos para acceder al grado solicitado.

En las anteriores condiciones, se revocará la sentencia proferida el 27 de mayo de 2011 por el Tribunal Administrativo de Bolívar que denegó las pretensiones de la

demanda formulada por el señor Alberto Enrique Hernández Castro y en su lugar se accederá a las pretensiones.

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

FALLA

REVÓCASE la sentencia de 27 de mayo de 2011 proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar que negó las pretensiones de la demanda formulada por Alberto Enrique Hernández Castro contra la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Armada Nacional.

En su lugar, se dispone:

DECLÁRASE la nulidad de la Resolución 0224 del 29 de mayo de 2001, proferida por el Comandante de la Armada Nacional, en cuanto al retiro del servicio activo en forma temporal con pase a la reserva y por llamamiento a calificar servicios del Suboficial Alberto Enrique Hernández Castro.

Como consecuencia de la nulidad decretada, se ordena a la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, reintegrar al actor al servicio activo de la Armada Nacional en el grado que ostentaba al momento de su retiro, así como al pago de los sueldos, prestaciones y demás emolumentos dejados de devengar desde la fecha del retiro y hasta que se haga efectivo el reintegro.

El pago de los salarios y demás prestaciones que resulten a favor del actor se ajustarán en su valor, de conformidad con el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, hasta la fecha de ejecutoria de la presente providencia, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el actor desde la fecha en que fue desvinculado del servicio en virtud del acto acusado, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago).

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada salarial y prestacional teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

DECLÁRASE para todos los efectos que no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios por parte de Alberto Enrique Hernández Castro.

No habrá lugar a realizar los descuentos de las sumas de dinero que hubiere recibido el actor en el evento de que haya celebrado otra u otras vinculaciones laborales durante el tiempo de retiro del servicio.

Dar cumplimiento a este fallo en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

DENIÉGASE la pretensión relativa al ascenso solicitado por el señor Alberto Enrique Hernández Castro, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CÚMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.-

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

