

DISCAPACITADOS – Estabilidad Laboral reforzada. Procedencia de la tutela para la protección de sus derechos laborales

Las personas discapacitadas son titulares del derecho a la estabilidad laboral reforzada, que garantiza su permanencia en el empleo luego de haber adquirido la limitación física, sensorial o psicológica, como medida de protección especial. En esas condiciones, en casos excepcionales como el presente, la acción de tutela resulta ser el mecanismo idóneo para obtener el reintegro del trabajador, es decir, que aunque no existe un derecho fundamental que asegure a los empleados la conservación de su trabajo o su permanencia en el por un periodo indeterminado, es procedente la tutela como mecanismo definitivo e integral para la protección de los derechos fundamentales de un empleado disminuido en sus condiciones físicas o mentales.

SOLDADO DISCAPACITADO – Debe analizarse la posibilidad de la reubicación antes del retiro del servicio / DERECHO AL TRABAJO – Vulneración por retiro del servicio de soldado discapacitado / DERECHO A LA IGUALDAD - Vulneración por retiro del servicio de soldado discapacitado / DERECHO A LA VIDA DIGNA - Vulneración por retiro del servicio de soldado discapacitado

En asuntos como el presente, tratándose de persona que durante el desempeño de su labor ha sufrido una disminución de la capacidad laboral, la Ley dispone el retiro, no obstante, si obtiene concepto favorable de la Junta Médico Laboral sobre reubicación, su trayectoria profesional lo hace merecedor y sus capacidades pueden ser aprovechadas, la entidad puede mantenerlo en el servicio activo. En esas condiciones, no bastaba con un simple “NO” a la posibilidad de reubicación, pues cumplidos los requisitos, los méritos y las calidades, y atendiendo a su derecho a la estabilidad reforzada a que antes se hizo mención, la entidad debía emitir concepto motivado si consideraba que no era procedente tal figura. A lo anterior, se agrega que la misma entidad tanto en la contestación de la tutela como en la impugnación, afirma que no desconoce que el retiro de la institución ocasionó al actor un perjuicio para él y su familia. Considera la Sala en consecuencia, que el Ejército Nacional debe adoptar las medidas necesarias para realizarle al actor una evaluación y así determinar con exactitud, atendiendo a su grado de escolaridad, habilidades y destrezas, y de acuerdo con los resultados obtenidos, definir si puede ser beneficiado con el reintegro y posterior reubicación o definitivamente no. Por lo anterior, la Sala confirmará la sentencia del 26 de enero de 2011 proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, en cuanto concedió el amparo de los derechos invocados por LUIS ANTONIO OSORO ACEVEDO y lo modificará en el sentido de ordenar al Comandante del Ejército Nacional, realizar al actor un examen de escolaridad, habilidades y destrezas y de acuerdo con los resultados de dicho examen, defina si puede o no ser reubicado en una actividad diferente a la militar e igualmente se ordenará hacerle una nueva evaluación de calificación de capacidad laboral y clasificación de lesiones o afecciones.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1796 DE 2000

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN “A”

Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCÓN

Bogotá D.C., diecisiete (17) de marzo de dos mil once (2011)

Radicación número: 66001-23-31-000-2011-00024-01(AC)

Actor: LUIS ANTONIO OSORIO ACEVEDO

Demandado: NACION, MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, EJERCITO NACIONAL DE COLOMBIA

Decide la Sala la impugnación interpuesta por la parte actora contra de la providencia del 26 de enero de 2011 proferida por el Tribunal Administrativo del Risaralda.

ANTECEDENTES

LUIS ANTONIO OSORIO ACEVEDO, actuando en nombre propio interpuso acción de tutela con el fin de obtener la protección de sus derechos constitucionales fundamentales al trabajo, a la vida digna, al mínimo vital, a la igualdad y a la estabilidad laboral reforzada, los cuales considera vulnerados por la Nación- Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional de Colombia.

Pretensiones de la acción-

Las concreta así:

“.. Ordenar que en un término no mayor a 48 horas se me vincule nuevamente a la institución y se me reubique en un cargo donde pueda desempeñarme de acuerdo a mis capacidades, toda vez que en la actualidad me encuentro sano sin ninguna limitación para ocuparme en un oficio distinto a las actividades de campo”

Fundamenta su petición en los siguientes HECHOS:

Ingresó al Ejército Nacional como soldado regular el 7 de junio de 2000 en el comando del Batallón San Mateo de Pereira, posteriormente ingresó a la Escuela de soldados profesionales y luego fue trasladado a la Brigada móvil No. 2 de Tolimaida –Tolima.

Dentro de sus funciones como soldado profesional en el campo de batalla, sufrió varios accidentes mientras se encontraba realizando patrullaje y control en el área, entre otros, un golpe por un palo que le cayó encima por el cual debió estar hospitalizado varios días, adquirió leishmaniasis, por la detonación de un explosivo tuvo heridas de esquirlas en las manos y hematomas en varias partes del cuerpo.

Por los accidentes descritos, la Junta Médica Laboral del Ejército lo calificó en el rango de incapacidad permanente parcial, no apto para actividad militar con un porcentaje de 44.76% de disminución de la capacidad laboral.

Afirma que nunca aceptó esa situación, pues considera que su estado de salud es bueno y la calificación de sus superiores en el desempeño de sus funciones militares siempre fue positiva y excelente al igual que su conducta personal.

En varias oportunidades solicitó reubicación a otros oficios en los que pudiera desempeñarse a cabalidad, pero nunca le dieron respuesta a sus solicitudes.

Como consecuencia de esa injusta calificación de incapacidad permanente parcial, le dieron de baja del Ejército el 15 de diciembre de 2010.

De los ingresos que recibía como soldado profesional, dependían su esposa y sus dos hijos menores de edad y también le prestaba una ayuda económica a su madre quien vive sola porque es viuda.

LA CONTESTACIÓN

A folio 28 y siguientes del expediente, obra la respuesta que la entidad demandada dio a la presente tutela, en la que manifiesta lo siguiente:

El Tribunal Administrativo del Huila, mediante sentencia del 14 de diciembre de 2010, rechazó la acción de tutela por improcedente, fundamentando su decisión en lo siguiente:

Luego de hacer un recuento normativo sobre el régimen aplicable a los miembros del Ejército Nacional en relación con el tema debatido, señaló el Ministerio de

Defensa que la institución castrense, teniendo en cuenta la misión a que están llamados los soldados profesionales que son operaciones militares y de apoyo para combate, no puede exponer la vida e integridad del personal que haya sufrido un menoscabo de la capacidad psicofísica, pues de lo contrario se vería en una omisión en el momento en que llegare a pasar algo que atente contra su salud o vida por no dar aplicación a la causal de retiro, máxime, si tiene concepto desfavorable de sugerencia de reubicación laboral.

En esas condiciones, la entidad está dispuesta a brindar el apoyo que ofrece la Oficina de Atención al herido, consistente en darle capacitación y colaboración en procesos de incorporación al mundo laboral, teniendo en cuenta su grado de escolaridad, habilidades y destrezas, una vez el actor manifieste dicho deseo.

De otro lado, afirmó que la acción de tutela está dirigida contra un acto administrativo que contiene la decisión de retiro del actor, por consiguiente resulta improcedente, pues ésta sólo prospera cuando se interpone como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, a diferencia del presente caso en el que contra el acto de retiro proceden las acciones contencioso administrativas, además porque la acción de tutela es esencialmente subsidiaria.

Pone de presente, que la acción de tutela contra actos administrativos solamente procede si éstos revelan manifestaciones contrarias a derecho y solamente frente a esta evidente ilicitud, se puede hablar de vulneración o amenaza de derechos fundamentales y de perjuicio irremediable, es decir, que si dicha contrariedad con disposiciones o normas de orden superior no es manifiesta, no cabría hablar de violación de derecho fundamental alguno ni de perjuicio irremediable, pues ante tal situación, la presunción de legalidad que los ampara se mantendría incólume. Si así no fuera, se estaría desplazando con la acción de tutela la gestión del juez natural, como si ésta fuera un mecanismo ordinario de revisión de legalidad de dichos actos y por ende estaríamos frente a su desnaturalización.

Advirtió que no corresponde al juez de tutela tomar el lugar de las autoridades judiciales a quienes el legislador ha otorgado determinadas atribuciones para conocer de las distintas acciones ordinarias.

Es claro que el retiro de la institución del actor, ocasiona un perjuicio de insolvencia para él y su familia, sin embargo, la calidad de irremediable no puede en manera alguna llegar a afirmarse, pues resulta incontrovertible que el demandante tiene en sus manos varias alternativas para superar la situación creada por el retiro, como es la acción ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en la cual puede solicitar la suspensión del acto administrativo como medida cautelar.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

El Tribunal Administrativo de Risaralda, mediante sentencia del 26 de enero de 2011, accedió a las súplicas de la demanda, fundamentando su decisión en lo siguiente:

De conformidad con lo dicho en reiteradas oportunidades por la Corte Constitucional, la acción de tutela resulta procedente para la protección de los derechos fundamentales de una persona en condiciones de debilidad manifiesta por su condición física laboral siendo el mecanismo idóneo para lograr el reintegro del trabajador despedido en dicha circunstancia.

En relación con el caso concreto, si bien es cierto los soldados profesionales deben cumplir con una serie de requisitos físicos, psicológicos, tanto para ingresar como para mantenerse en la carrera militar, también lo es que Colombia por ser un Estado Social de Derecho, debe regirse por los principios que se desprenden de éste, como lo son la solidaridad e igualdad, obligándose de esta forma a propender por la protección de los grupos más vulnerables.

En esas condiciones, si el Estado debe proteger los derechos de las personas, especialmente las que se encuentren en situación de indefensión, no puede ser el mismo Estado el que resulte vulnerando dichos derechos, al agravar la situación de un soldado profesional que sufrió una pérdida de capacidad laboral con ocasión del servicio, retirándolo del mismo y dejándolo sin empleo.

En el presente caso, la entidad demandada no tuvo en cuenta la calidad que ostentaba el actor, pues al ser parte de las Fuerzas Armadas de Colombia, desempeñaba funciones que lo exponían constantemente a múltiples peligros

constantemente y al haber adquirido discapacidad en cumplimiento de esas labores, era destinatario de la especial protección que debe brindar el Estado.

De acuerdo con lo señalado en el expediente, encontró el Tribunal que el actor fue calificado tanto por la Junta como por el Tribunal médico laboral como no apto para actividad militar, lo que hizo que la entidad considerara no viable su reubicación, a pesar de la solicitud del demandante, tal como obra a folio 4.

Al respecto consideró que el Decreto 1793 de 2000, por el cual se expide el régimen de carrera y estatuto del personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares, fue objeto de control a través de la sentencia C- 381 de 2005, en la que declaró la constitucionalidad condicionada de los artículos en el entendido de que el retiro del servicio por disminución de la capacidad psicofísica sólo era procedente cuando el concepto de la Junta Médico Laboral sobre reubicación no fuera favorable y las capacidades del militar no puedan ser aprovechadas en actividades administrativas, docentes o de instrucción.

Precisa que según la situación fáctica presentada, el actor obtuvo calificaciones positivas de servicio durante todo el tiempo de servicio prestado, incluso en fecha posterior a la calificación de incapacidad permanente parcial.

En consecuencia, consideró que la entidad demandada, omitió el deber constitucional de proteger al demandante, dada su especial condición física adquirida en actos relacionados con el servicio, pues es inaceptable que encontrándose el actor en tal situación la entidad demandada lo retire, sin tener en cuenta el buen servicio que prestó mientras estuvo activo, desconociendo la obligación de propender por el bienestar de una persona que ha servido al Estado y la obligación de reubicarlo en una actividad en la que pueda desempeñarse de acuerdo a sus capacidades.

RAZONES DE LA IMPUGNACIÓN

En memorial visible a folio 81 del expediente, obra la impugnación interpuesta por la parte demandada contra la providencia del 26 de enero de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, en la que además de reiterar los argumentos

de defensa expuestos en la contestación de la presente tutela, se destacan las siguientes razones de inconformidad:

Para la prosperidad de la acción de tutela, no basta con afirmar la vulneración de preceptos fundamentales, sino que se debe demostrar así sea sumariamente, pues la competencia del juez de tutela se concreta en su garantía y sólo cuando es indudable su amenaza o vulneración, resulta viable por esta vía ordenar el reconocimiento de una situación dirimible por otro medio de defensa judicial.

En conclusión, para la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio, deben concurrir dos presupuestos a saber: **i)** que esté en inminencia de causarse un perjuicio irremediable y **ii)** que el perjuicio tenga como causa eficiente una acción u omisión de una autoridad pública que vulnere o ponga en peligro derechos fundamentales, presupuestos que no se observan en la presente acción.

CONSIDERACIONES

LUIS ANTONIO OSORIO ACEVEDO, invoca la protección de sus derechos constitucionales fundamentales al trabajo, a la vida digna, al mínimo vital, a la igualdad y a la estabilidad laboral reforzada, que considera vulnerados por el Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional.

Fundamenta la vulneración de sus derechos en que la entidad lo retiró del servicio activo por disminución de la capacidad psicofísica, sin tener en cuenta que podía ser reubicado.

Para efecto de decidir se tiene lo siguiente:

El artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, señala las causales de improcedencia de la acción de tutela dentro de las cuales establece la existencia de otro recurso o medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Es decir, que en el evento en que el juez a través de una valoración que haga en concreto, en atención a las circunstancias que rodeen el asunto y la situación particular de la persona eventualmente afectada con la acción u omisión,

determine que no existe mecanismo alguno que resulte idóneo para proteger instantánea y objetivamente el derecho que aparece vulnerado o es objeto de amenaza por virtud de una conducta positiva o negativa de una autoridad pública o de particulares en los casos señalados por la ley, procede la acción de tutela.

En el presente asunto, pretende el actor que se ordene al Ejército Nacional reintegrarlo a un cargo en el cual pueda prestar sus servicios de acuerdo con sus capacidades, pues considera que actualmente no sufre limitación alguna para ocuparse en un oficio distinto a las actividades del campo.

Examinada la pretensión, se observa que la acción de tutela resultaría improcedente para los efectos señalados, comoquiera que el actor cuenta con otro medio de defensa judicial idóneo.

En efecto, contra el acto administrativo por medio del cual retiraron al actor del servicio activo del Ejército Nacional, procede la acción de nulidad y restablecimiento del derecho una vez sea agotada la vía gubernativa.

No obstante, el artículo 13 de la Constitución Política consagra que el Estado debe propender por la igualdad material de los asociados, creando las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptando medidas a favor de los grupos marginados y especialmente de aquellos que por su condición física o mental se encuentran en situación de debilidad manifiesta.

En consecuencia, las personas discapacitadas son titulares del derecho a la estabilidad laboral reforzada, que garantiza su permanencia en el empleo luego de haber adquirido la limitación física, sensorial o psicológica, como medida de protección especial.

En esas condiciones, en casos excepcionales como el presente, la acción de tutela resulta ser el mecanismo idóneo para obtener el reintegro del trabajador, es decir, que aunque no existe un derecho fundamental que asegure a los empleados la conservación de su trabajo o su permanencia en el por un periodo indeterminado, es procedente la tutela como mecanismo definitivo e integral para la protección de los derechos fundamentales de un empleado disminuido en sus condiciones físicas o mentales.

Tratándose de soldados profesionales, el Decreto 1793 de 2000, en el artículo 8 señaló las causales de retiro del servicio, así:

“... ”

1. Por solicitud propia.
 2. Por disminución de la capacidad psicofísica.
 3. Por existir en su contra detención preventiva que exceda de sesenta (60) días calendario.
- b. Retiro absoluto...”

Por su parte, el artículo 10 ibidem consagró el retiro por disminución de la capacidad psicofísica. Textualmente, expresa:

“... El soldado profesional que no reúna las condiciones de capacidad y aptitud psicofísica determinadas por las disposiciones legales vigentes, podrá ser retirado del servicio.

El artículo 15 del Decreto 1796 de 2000 indica los organismos y autoridades médico-laborales, Militares y de Policía competentes para calificar la capacidad psicofísica de los soldados profesionales y establece que las Juntas Médico Laborales Militares y de Policía son competentes para **1)** valorar y registrar las secuelas definitivas de las lesiones o afecciones diagnosticadas, **2)** clasificar el tipo de incapacidad psicofísica y aptitud para el servicio, **recomendando eventualmente la reubicación laboral en los casos que lo ameriten,** entre otras.

Caso concreto.-

El actor ingresó al servicio del Ejército Nacional como soldado regular el 7 de junio de 2000 y posteriormente a la Escuela de Soldados Profesionales de donde lo trasladaron a la Brigada Móvil No. 2 de Tolemaida.

Manifiesta que con ocasión del trabajo de campo que desempeñaba, consistente en el control y la vigilancia de la zona sufrió varios accidentes y quebrantos de

salud, como un golpe por un palo que le cayó encima por el cual debió estar hospitalizado varios días, adquirió leishmaniasis, por la denotación de un explosivo tuvo heridas por las esquirlas en las manos y hematomas en varias partes del cuerpo, entre otros.

El 17 de marzo de 2010, el actor formuló al General –Comandante del Ejército solicitud de traslado en razón a que fue declarado no apto para la actividad policial. La petición fue realizada en los siguientes términos:

“... con toda la atención me permito solicitar al señor General Comandante del Ejército Nacional, su apoyo con el fin de ser estudiada la solicitud de traslado por los motivos que a continuación expongo:

1. Realicé Junta médica No. 36312 en la cual fui declarado **NO APTO** para actividad militar.
2. Llevo al servicio de la institución ocho (08) años siendo orgánico durante todo el tiempo de la **BRIGADA MOVIL No. 2**
3. durante el tiempo como soldado profesional he participado en todas las operaciones realizadas por el **BCG NO. 17 MOTILONES** en el cual se ha logrado importantes resultados operacionales para la fuerza y siempre he colocado todo mi empeño y mi experiencia para combatir al enemigo y cumplir con todas las órdenes impuestas por el Comando Superior.
4. solicito a mi General Comandante del Ejército ser tenido en cuenta para el traslado a las siguientes unidades...”

Del mismo modo a folios 5 a 7 del expediente, obran conceptos favorables firmados por tres de sus superiores, respecto de la posibilidad de ser trasladado.

El tenor literal de dichos conceptos es el siguiente:

“Pase con mi apoyo al Comando Superior la solicitud de traslado de la unidad del señor PF **OSORIO ACEVEDO LUIS ANTONIO CM18616404** del Batallón Móvil No. 2, en consecuencia, que el mencionado soldado es considerado como **NO APTO** para el servicio según acta de junta médica No. 36312, cabe resaltar que durante su estadía en esta unidad táctica su comportamiento y disciplina ha sido **EXCELENTE** por lo cual solicito que se apoye favorablemente la solicitud de traslado (sfto)

El mencionado soldado ha permanecido durante **08 AÑOS** de servicio en la Unidad Táctica y su desempeño ha sido **EXCELENTE”**

Obra igualmente en el expediente (fl 9) copia de sus anotaciones y conceptos reportados durante el tiempo que estuvo vinculado a la institución del cual se puede extraer con claridad que en tal documento reposan más de cinco anotaciones de conceptos favorables en diferentes aspectos tales como capacidad en su trabajo, buen comportamiento, cumplimiento de órdenes, obediencia, entre otros.

No obstante lo anterior, fue retirado del servicio por disminución de la capacidad sicofísica, sin ninguna argumentación, a pesar de que como quedó claro el artículo 1º del Decreto 1796 de 2000, dispone que la valoración de la capacidad sicofísica y por ende el concepto de no reubicación debe tener como fundamento criterios laborales y de salud ocupacional por parte de las autoridades médico laborales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

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

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

En esas condiciones, no bastaba con un simple "NO" a la posibilidad de reubicación, pues cumplidos los requisitos, los méritos y las calidades, y atendiendo a su derecho a la estabilidad reforzada a que antes se hizo mención, la entidad debía emitir concepto motivado si consideraba que no era procedente tal figura.

A lo anterior, se agrega que la misma entidad tanto en la contestación de la tutela como en la impugnación, afirma que no desconoce que el retiro de la institución ocasionó al actor un perjuicio para él y su familia.

Considera la Sala en consecuencia, que el Ejército Nacional debe adoptar las medidas necesarias para realizarle al actor una evaluación y así determinar con exactitud, atendiendo a su grado de escolaridad, habilidades y destrezas, y de acuerdo con los resultados obtenidos, definir si puede ser beneficiado con el reintegro y posterior reubicación o definitivamente no.

Por lo anterior, la Sala confirmará la sentencia del 26 de enero de 2011 proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, en cuanto concedió el amparo de los derechos invocados por LUIS ANTONIO OSORO ACEVEDO y lo modificará en el sentido de ordenar al Comandante del Ejército Nacional, realizar al actor un examen de escolaridad, habilidades y destrezas y de acuerdo con los resultados de dicho examen, defina si puede o no ser reubicado en una actividad diferente a la militar e igualmente se ordenará hacerle una nueva evaluación de calificación de capacidad laboral y clasificación de lesiones o afecciones.

No desconoce la Sala que en un pronunciamiento similar al presente, se ordenó la reubicación del actor, sin embargo los dos asuntos son diferentes en cuanto a que en aquél, el demandante ya había sido trasladado y su desempeño en el cargo administrativo en el cual fue reubicado lo hizo merecedor de felicitaciones, lo que sirvió de prueba a la Sala e hizo innecesario el mandato de practicar la evaluación que en este asunto se ordena.

Por 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:

CONFÍRMASE la sentencia proferida el 26 de enero de 2011, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Risaralda en cuanto concedió el amparo de los derechos invocados por LUIS ANTONIO OSORO ACEVEDO.

MODIFÍCASE, en el sentido de ordenar al Comandante del Ejército Nacional, realizar al actor un examen en el que se determine su grado de escolaridad, habilidades y destrezas y de acuerdo con los resultados de dicho examen, decida

si puede o no ser reubicado en una actividad diferente a la militar, tal como dispone el numeral 2° del artículo 15 del Decreto 1796 de 2000.

ORDENASE, realizar una nueva evaluación de calificación de capacidad laboral y clasificación de lesiones o afecciones.

Dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO