

RETIRO DEL SERVICIO DE SOLDADO PROFESIONAL / DISMINUCIÓN DE LA CAPACIDAD PSICOFÍSICA / RECOMENDACIÓN DE REUBICACIÓN LABORAL DE LA JUNTA MEDICA LABORAL / ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE LAS PERSONAS INCAPACITADAS

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.(...) Si bien, el numeral 2 del artículo 15 del Decreto Ley 1796 de 2000, no impone la obligación a la Junta Médica de recomendar la reubicación laboral, sino que es una facultad potestativa, esta función debe ser interpretada y aplicada de conformidad con la protección laboral reforzada que la jurisprudencia ha reconocido a los soldados profesionales afectados por la pérdida de la capacidad de trabajo en servicio activo, siendo éste, el caso del demandante.(...) Conforme a lo anterior, en el asunto bajo análisis la Junta Médica debió estudiar el conjunto de destrezas y habilidades del actor para recomendar su reubicación laboral, ante la imposibilidad de desempeñar funciones militares, atendiendo la pérdida de la capacidad laboral del 14% del accionante.

FUENTE FORMAL: LEY 578 DE 2000 / DECRETO LEY 1793 DE 2000 / DECRETO LEY 1796 DE 2000 / LEY 361 DE 1997 - ARTÍCULO 26 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 47 / CONVENIO 159 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO / LEY 82 DE 1988 / LEY 1346 DE 2009

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Bogotá, D.C., primero (1) de diciembre de dos mil dieciséis (2016).

Radicación número: 68001-23-31-000-2010-00220-01(2122-13)

Actor: YENER ACOSTA SIERRA

Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL

Asunto: Retiro del servicio de soldado profesional

Segunda instancia – Decreto 01 de 1984

=====

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 13 de septiembre de 2012, proferida por el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER EN DESCONGESTIÓN**, a través de la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

La demanda

El señor Yener Acosta Sierra, a través de apoderado, en ejercicio de la acción prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo solicitó la nulidad de la **orden administrativa 1659 del 30 de octubre de 2009**, proferida por el jefe de desarrollo humano del Ejército Nacional, mediante la cual se ordenó su retiro del servicio activo por disminución de la capacidad psicofísica.

Como restablecimiento del derecho reclamó:

1. Que se ordene a la entidad demandada reintegrar al actor al cargo que desempeñaba o a uno de mejor jerarquía.
2. Que se declare que no existió solución de continuidad en la prestación del servicio hasta que el demandante sea reintegrado.
3. Que se reconozcan y paguen los salarios y prestaciones dejados de percibir.
4. Que se reconozcan y paguen los perjuicios materiales y morales, objetivos y subjetivos causados por el acto de retiro del servicio, cuantificados en \$20.000.000 y 250 SMMLV, respectivamente.
5. Que se reconozcan y paguen los perjuicios fisiológicos en el monto de 200 SMMLV.

También solicitó que la sentencia se cumpla en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del CCA.

Los hechos en que se fundan las pretensiones de la demanda son los siguientes:

Manifestó que el señor Yener Acosta Sierra aprobó todos los exámenes físicos y psicológicos requeridos, por los cuales fue considerado apto para la prestación del servicio militar obligatorio, siendo posteriormente incorporado como soldado profesional.

Agregó que el demandante estuvo vinculado laboralmente al Ejército Nacional durante más de 12 años.

Resaltó que, con ocasión de la prestación del servicio como soldado profesional, el actor sufrió unas lesiones, por las cuales la Junta Médica Laboral decretó una disminución de la capacidad laboral del 14% y lo declaró no apto para la actividad militar.

Narró que el Tribunal Médico Laboral revisó el acta de la Junta Médica Laboral decidiendo confirmarla. En consecuencia, el Ejército Nacional a través de la **orden administrativa 1659 del 30 de octubre de 2009**, decidió retirar del servicio activo al demandante.

Indicó que la esposa y la hija menor de edad del accionante dependen económicamente de él.

Destacó que el acto por el cual se retiró del servicio al demandante le causó graves perjuicios materiales y morales.

Normas violadas y concepto de violación

En la demanda se citaron como normas vulneradas las siguientes:

De la Constitución Política, los artículos 1, 2, 11, 13, 25 y 47.

Del Código Contencioso Administrativo, los artículos 2 y 3.

Del Decreto 1791 de 2000, los artículos 10 y 59.

Como concepto de violación expresó que el acto demandado violó sus derechos a la dignidad, a la vida y a la igualdad, puesto que dedicó 12 años al servicio del Ejército Nacional para salir finalmente de la institución «desprotegido».

Adujo que el Ejército Nacional desconoció la situación de debilidad manifiesta en que se encontraba el actor, ocasionada por la disminución de su capacidad laboral.

Indicó que la afectación física sufrida por el demandante fue ocasionada por las actividades propias del servicio como soldado profesional.

Manifestó que la Corte Constitucional, en la sentencia T-504 de 2008¹, consideró que quien por su condición física se encuentra en una situación de debilidad manifiesta, goza de una protección laboral reforzada, en el entendido que tiene derecho a ser reubicado en un empleo en el que pueda potenciar su capacidad productiva, al señalar:

“Puede colegirse, entonces, que la jurisprudencia constitucional ha extendido el beneficio de protección laboral reforzada a favor, no solo de los empleados discapacitados calificados como tales, sino a todos aquéllos que padecen de deterioros en su estado de salud que comprometen su desenvolvimiento funcional. En efecto, en virtud de la aplicación directa de la Constitución, constituye un trato discriminatorio el despido de un empleado en razón de la enfermedad por él padecida, frente a la cual procede la tutela como mecanismo de protección.

Ahora bien, el derecho a la estabilidad laboral reforzada de los trabajadores no puede ser entendido como la simple imposibilidad de retirar a un trabajador que ha sufrido una merma en su estado de salud, sino que comporta el derecho a la reubicación en un puesto de trabajo en el que el discapacitado pueda potencializar su capacidad productiva y realizarse profesionalmente, no obstante la discapacidad que le sobrevino, de forma que se concilien los intereses del empleador de maximizar la productividad de sus funcionarios y los del trabajador en el sentido de conservar un trabajo en condiciones dignas”.

¹ M.P. Rodrigo Escobar Gil

Contestación de la demanda

El Ministerio de Defensa se opuso a las pretensiones de la demanda, con fundamento en los siguientes razonamientos (fols. 52 a 54):

Señaló que la facultad discrecional no se ejerció de forma arbitraria, sino que el retiro del servicio del señor Acosta Sierra se enmarcó en la lógica, la racionalidad, la justicia y las razones del buen servicio.

Igualmente expresó que la orden administrativa 1659 del 30 de octubre de 2009, por la cual se retiró del servicio al demandante, se ajusta a lo ordenado por el Decreto 1796 de 2000.

La sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Santander, en sentencia del 13 de septiembre de 2012, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda. Declaró la nulidad del acto acusado y dispuso que como resultado de la evaluación de las destrezas del señor Yener Acosta Sierra fuera reintegrado a un cargo del mismo rango o superior al que desempeñaba antes de ser retirado del servicio. Esta decisión se fundamentó en las siguientes razones (fols. 97 a 201):

Explicó que, en principio, el acto demandado se ajusta al artículo 10 del Decreto 1793 de 2000, que prevé la facultad discrecional del Ejército Nacional para retirar del servicio a los soldados profesionales, cuando no reúnen las condiciones de capacidad y aptitud psicofísica. Sin embargo, la motivación del acto de retiro también debió tener en cuenta que la disminución del 14% de la capacidad física del demandante le impedía desempeñarse en labores estrictamente militares, propias de los soldados profesionales, pero no en otras *dependencias* donde no se necesitaran las actividades castrenses.

Agregó que, debido a su incapacidad laboral, el accionante se encuentra en un estado de debilidad manifiesta y de desigualdad para competir en el mercado laboral.

Destacó que, según la sentencia de tutela del Consejo de Estado del 17 de marzo de 2011², la entidad, antes de retirar del servicio a quien sufre una disminución de su capacidad laboral, debe estudiar la posible reubicación en otra dependencia, para respetar el derecho a la estabilidad laboral.

En consecuencia, el *a quo* concluyó que el acto por el cual se retiró del servicio al señor Yener Acosta Sierra estaba viciado de nulidad por desconocer los principios constitucionales. Por consiguiente ordenó el reintegro del accionante previa evaluación de unos criterios objetivos, así:

“Se considera por último, que es procedente, de conformidad con la protección al derecho a la estabilidad laboral, ordenar a la parte demandada, que reintegre al actor, previa evaluación que determine con exactitud, atendiendo su grado de escolaridad, habilidades y destrezas, y de acuerdo con los resultados obtenidos, a un cargo del mismo rango o superior y con la misma remuneración o superior, atendiendo sus capacidades físicas” (fol. 101 cuad. ppal).

También condenó al pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir, desde el 30 de octubre de 2009, fecha del retiro, hasta cuando el demandante sea reintegrado; así como al pago de aportes a las entidades de seguridad social.

El Tribunal Administrativo de Santander negó el reconocimiento y pago de los perjuicios por el daño fisiológico y los morales.

² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, M.P. Alfonso Vargas Rincón, proceso con radicado 66001-23-31-000-2011-00024-01.

Recurso de apelación

La parte demandada interpuso recurso de apelación contra el anterior fallo, en el que expuso las siguientes razones (fols. 106 a 108 cuad. ppal):

Consideró que la orden administrativa 1659 de 2009, mediante la cual se retiró del servicio activo al actor, fue expedida cumpliendo los requisitos legales previstos en el artículo 8 del Decreto 1793 de 2000, Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de los Soldados Profesionales de la Fuerzas Militares, que establece como causal de retiro la disminución de la capacidad psicofísica.

Resaltó que el Tribunal Administrativo de Santander en la sentencia apelada, realizó una apreciación subjetiva, al analizar circunstancias ajenas a la propia finalidad de la institución militar, desconociendo que la función del soldado profesional es la ejecución de operaciones militares para el restablecimiento del orden público.

Alegatos de conclusión

Mediante auto del 11 de febrero de 2014 se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que presentaran los alegatos de conclusión (fol. 126 cuad. ppal).

Las partes guardaron silencio.

Ministerio Público

La Procuradora Segunda Delegada ante el Consejo de Estado conceptuó a favor del accionante, al considerar que se debe confirmar el fallo del Tribunal Administrativo de Santander, así (fols. 128 a 135 cuad. ppal):

Señaló que el artículo 8 del Decreto 1793 de 2000 «Por el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares» clasifica las causales de retiro para éstos, incluyendo en el

numeral segundo la disminución de la capacidad psicofísica (fols. 128 a 135 cuad. ppal).

Sostuvo que la orden administrativa por la cual se ordenó el retiro del servicio del demandante como soldado profesional, solamente señaló que la desvinculación era por disminución de la capacidad psicofísica del 14%; sin embargo, para el Ministerio Público esa calificación no le impedía desempeñar labores diferentes de la actividad militar, donde se pudiera desenvolver con eficiencia, aptitud y diligencia.

Expuso que si bien el artículo 10 del Decreto 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; la disminución de la capacidad laboral debía ser de tal entidad que resultara imposible la realización del servicio, hecho que estimó no se acreditó, pues la pérdida de la capacidad laboral del actor es del 14%.

Advirtió que el acto acusado desconoce el artículo 1 del Decreto Ley 1793 de 2000, que define al soldado profesional como un varón entrenado con la finalidad principal de combatir en las Fuerzas Militares y demás misiones que le sean asignadas, disposición que permite el desempeño de funciones que no sean únicamente militares.

Explicó que la Junta Médica está facultada por el artículo 15 del Decreto 1796 de 2000 para recomendar la reubicación laboral como resultado del estudio de las incapacidades psicofísicas.

Anotó que, según esta Corporación³, el Estado tiene la obligación de asegurar una debida protección de las personas que sufren una discapacidad en la prestación del servicio, sobre todo cuando se ordena el retiro del servicio, sin que previamente exista un concepto razonado que determine la imposibilidad de realizar nuevas funciones.

Así mismo señaló que según el Convenio 159 de la OIT y la Ley 1346 de 2009, que fue declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-293 de

³ Sección Segunda, Subsección A, M.P. Alfonso Vargas Rincón, proceso con radicado 66001-23-31-000-2011-00024-01 (AC).

2010⁴, indica que los Estados deben promover la readaptación profesional de las personas con discapacidad.

Estimó que el demandante tenía derecho a permanecer en el servicio, toda vez que la disminución del 14% de su capacidad laboral no impedía que fuera asignado a otro tipo de misiones.

II. CONSIDERACIONES

Problema jurídico

La Sala establecerá si la orden administrativa 1659 del 30 de octubre de 2009 proferida por el jefe de desarrollo humano del Ejército Nacional, que ordenó el retiro del servicio del actor por disminución de la capacidad psicofísica, está viciada de nulidad por desconocer el derecho a la estabilidad laboral reforzada del accionante, quien al desempeñarse como soldado profesional sufrió unas lesiones físicas, por las cuales perdió el 14% de su capacidad laboral.

Con este propósito, la Sala abordará los siguientes temas: 1) Los soldados profesionales y la protección constitucional ante la disminución de la capacidad psicofísica; 2) Hechos probados; 3) Acto administrativo demandado; y 4) Caso concreto.

1) Los soldados profesionales y la protección constitucional ante la disminución de la capacidad psicofísica

El Presidente de la República, en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió la Ley 578 de 2000, expidió el Decreto Ley 1793 de 2000, por el cual se regula el régimen de carrera y el estatuto de personal de los soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

El artículo 1 del Decreto Ley 1793 de 2000 indica que los soldados profesionales son «los varones entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar en las unidades de combate y apoyo de combate de las Fuerzas Militares, en la

⁴ M.P. Nilson Pinilla Pinilla

ejecución de operaciones militares, para la conservación, restablecimiento del orden público y demás misiones que le sean asignadas».

En el artículo 7 *ídem* se establece que los soldados profesionales mediante acto administrativo, pueden ser retirados del servicio por las causales señaladas en el artículo 8 de la misma disposición.

“[...]”

- a. Retiro temporal con pase a la reserva
 1. Por solicitud propia.
 2. Por disminución de la capacidad psicofísica.
 3. <Numeral INEXEQUIBLE>
- b. Retiro absoluto
 1. Por inasistencia al servicio por más de diez (10) días consecutivos sin causa justificada.
 2. Por decisión del Comandante de la Fuerza.
 3. Por incapacidad absoluta y permanente o gran invalidez.
 4. Por condena judicial.
 5. Por tener derecho a pensión.
 6. Por llegar a la edad de 45 años.
 7. Por presentar documentos falsos, o faltar a la verdad en los datos suministrados al momento de su ingreso.
 8. Por acumulación de sanciones”.

Por su parte, el artículo 10 *ibídem* regula el retiro por disminución de la capacidad psicofísica, en los siguientes términos:

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

La capacidad psicofísica es definida por el artículo 2 del Decreto Ley 1796 de 2000 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 sicofísica del personal de que trata el presente decreto será valorada con criterios laborales y de salud ocupacional, por parte de las autoridades médico-laborales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional”.

Igualmente, el artículo 3 *ibídem* describe cómo se califica dicha capacidad:

“CALIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD PSICOFÍSICA. La capacidad sicofísica para ingreso y permanencia en el servicio del personal de que

trata el presente decreto, se califica con los conceptos de apto, aplazado y no apto.

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

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

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

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

El numeral 2 del artículo 15 ídem prescribe las funciones de la Junta Médica Laboral, entre las que se encuentra «Clasificar el tipo de incapacidad sicofísica y aptitud para el servicio, pudiendo recomendar la reubicación laboral cuando así lo amerite».

Por otra parte, la Ley 361 de 1997, por la cual se establecen mecanismos de integración para las personas en situación de discapacidad, indica en el artículo 26 que «[e]n 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».

La Corte Constitucional en la sentencia C-458 del 22 de julio de 2015⁵ al pronunciarse sobre la constitucionalidad de algunos artículos de Ley 361 de 1997 expuso, sobre el modelo de protección a las personas en situación de discapacidad, lo siguiente:

“Este enfoque, entonces, ha abierto nuevos horizontes en el entendimiento de este fenómeno y en el diseño de herramientas para enfrentar los obstáculos de este colectivo en el goce de sus derechos. Entre otras cosas, por ejemplo, esta nueva aproximación no solo ha tenido la virtud de enfatizar el status de las personas con discapacidad como titulares de derechos, sino que también ha promovido un “giro” en las políticas públicas relativas a la discapacidad, enfatizando en la importancia de

⁵ M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

replantear la estructuras económicas, políticas, sociales y culturales, para hacer posible la inclusión de este segmento social”.⁶

Sobre la estabilidad laboral reforzada, en el fallo T-076 de 2016⁷ la Corte Constitucional explicó que las personas en situación de discapacidad, en razón de una disminución física, sensorial o psicológica se encuentran en un estado de debilidad manifiesta, que impone al Estado la obligación de ampararlos para garantizarles su derecho a la igualdad. Entonces, resalta la Corte, que según el artículo 47 de la Carta Política, el Estado debe adelantar las políticas de previsión, rehabilitación e integración social destinadas a quienes sufren una disminución de sus capacidades, lo que incluye la estabilidad laboral, de conformidad con los artículos 53 a 54 *ídem*.

Igualmente, la protección laboral reforzada de quien sufre una discapacidad se concreta en la obligación del empleador de procurar su reubicación laboral, de modo que el trabajador tenga la posibilidad de conservar su empleo y progresar en el mismo. En este sentido, el Convenio 159 de la OIT aprobado por la Ley 82 de 1988 prescribe que los Estados deben formular una política nacional destinada a asegurar que existan medidas adecuadas sobre readaptación profesional y promoción del empleo de las personas en situación de discapacidad.

En este mismo sentido, la Ley 1346 de 2009 que aprobó la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, establece en el artículo 27 como principio general, el derecho de las personas con discapacidad a tener un empleo que les permita procurarse su sustento y la necesidad de garantizar el derecho al trabajo de las personas que adquieran una discapacidad mientras tienen un empleo. Disposición que fue declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-293 de 2010.⁸

2) Hechos probados

⁶ El fundamento 45 ha sido retomado de la ponencia original presentada por el Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez

⁷ M.P. Jorge Iván Palacio Palacio

⁸ M.P. Nilson Pinilla Pinilla

El 6 de octubre de 2007, el señor Yener Sierra Acosta en su condición de soldado profesional del Ejército Nacional, en desarrollo de una misión militar tuvo una caída que le ocasionó la luxación del hombro izquierdo, según consta en el informe administrativo por lesiones visible a folio 56 del cuaderno principal, así:

“De acuerdo al informe rendido por el señor TE. NÚÑEZ CHARRIS ORLANDO JULIO, Comandante de Compañía; el día 06 de octubre de 2007 siendo aproximadamente las 09:45 horas en desarrollo de la operación Majestad, Misión Táctica Omega, cuando el segundo pelotón de la Compañía Cazador se encontraba efectuando un reconocimiento de ruta sobre el terreno en área general de la Ciénaga Sabacoru del Municipio de San Pablo Bolívar en Coordenadas 07° 27' 50" 73° 58' 10" sobre un terreno quebrado; el SLP ACOSTA SIERRA YENER CM. 91466291 sufrió una caída desde su propia altura, lo cual le ocasionó luxación del hombro izquierdo, inmediatamente se prestaron los primeros auxilios y posteriormente fue evacuado al dispensario médico de esta unidad táctica para su respectivo tratamiento.”

Según el acta de la Junta Médica Laboral núm. 27374 del 28 de octubre de 2008, de la Dirección de Sanidad del Ejército Militar (fols. 5 a 6 cuad. ppal) se practicó el examen de capacidad psicofísica al señor Yener Sierra Acosta, concluyéndose que perdió el 14% de la capacidad laboral, por causa y razón del servicio; al respecto, se indicó:

“A. Diagnóstico positivo de las lesiones o afecciones:

1). Luxación recidivante hombro izquierdo valorado y tratado por ortopedista que deja como secuela A). Limitación de la movilidad de hombro izquierdo (...).

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

Incapacidad permanente parcial
No apto para actividad militar”.

El Tribunal Médico Laboral del Ministerio de Defensa, el 6 de octubre de 2009 ratificó lo considerado por la Junta Médica Laboral y determinó:

“Revisados los conceptos de ortopedia y analizando los conceptos de la Junta Médica Laboral y al correlacionarla con los hallazgos encontrados en la valoración médica por este organismo médico laboral se encuentra que la afección fue calificada de acuerdo a lo establecido en el Decreto 094/89 por lo que unanimidad (sic) RATIFICAR.” (fols. 10 a 12 cuad. ppal.)

Mediante la orden administrativa 1659 del 30 de octubre de 2009, el jefe de desarrollo humano del Ejército Nacional, dispuso el retiro del servicio activo del señor Yener Acosta Sierra como soldado profesional (fols. 2 a 3 cuad. ppal).

3) Acto administrativo demandado

En la orden administrativa 1659 del 30 de octubre de 2009, proferida por el jefe de desarrollo humano del Ejército Nacional, se ordenó el retiro del servicio del soldado profesional Yener Acosta Sierra, con fundamento en el artículo 10 del Decreto 1793 de 2000 (fols. 2 a 3 cuad. ppal).

4) Caso concreto

En el asunto bajo estudio, el señor Yener Acosta Sierra, soldado profesional del Ejército Nacional, fue retirado del servicio por disminución del 14% de la capacidad psicofísica como resultado de la lesión que sufrió el hombro izquierdo, ocurrida en cumplimiento de sus funciones militares.

El accionante solicitó la nulidad del acto por el cual fue retirado del servicio y el reintegro a un cargo de igual o mejor jerarquía. Como fundamento de la demanda indicó que se encontraba en un estado de debilidad manifiesta ocasionado por las lesiones sufridas durante sus funciones como soldado profesional y, por consiguiente, gozaba de un estado de protección laboral reforzada.

El Tribunal Administrativo de Santander declaró la nulidad del acto administrativo por el cual se retiró del servicio al demandante, al considerar que la pérdida del 14% de la capacidad laboral del actor no le impedía realizar otras actividades diferentes a las militares al interior del Ejército Nacional.

En el recurso de apelación, la entidad demandada plantea que el Tribunal Administrativo de Santander en la sentencia de primera instancia, desconoció que las labores del soldado profesional consisten en ejecutar operaciones militares y que, en consecuencia, en aplicación del artículo 8 del Decreto Ley 1793 de 2000, ante la disminución de su capacidad psicofísica, el accionante debía ser retirado del servicio activo.

Pues bien, quedó acreditado que el actor se desempeñó como soldado profesional en el Ejército Nacional, estando vinculado al servicio militar durante 12 años y en ejercicio de actividades oficiales padeció una lesión en su hombro izquierdo, producto de la cual, la Junta Médica Laboral de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional le dictaminó una pérdida de la capacidad laboral del 14%.

En esa acta de la Junta Médica Laboral del 28 de octubre de 2008, se determinó que el señor Yener Acosta Sierra no era apto para la actividad militar, dictamen ratificado por el Tribunal Médico Laboral del Ministerio de Defensa, el 30 de octubre de 2009. Con fundamento en ésta el actor fue retirado del servicio por disminución de la capacidad psicofísica.

De acuerdo con las consideraciones que se expusieron en acápites anteriores, es evidente que el señor Yener Acosta Sierra, como soldado profesional con una pérdida de la capacidad laboral del 14%, es un sujeto de especial protección del Estado con estabilidad laboral reforzada.

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

“Si bien le asiste razón a la entidad demandada cuando afirma que para cumplir con la misión como Soldado Profesional del Ejército Nacional se requiere plena capacidad 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.⁹” (Resaltado fuera de texto)

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 17 de marzo de 2011, M.P. Alfonso Vargas Rincón, proceso con radicado 66001-23-31-000-2011-00024-01 AC

También, el Consejo de Estado ha precisado en el caso de un soldado profesional, que «Las personas en situación de discapacidad cuentan con una serie de acciones afirmativas, que buscan reducir los obstáculos que deben soportar día a día.»¹⁰, y que las personas «en situación de discapacidad o con graves trastornos en su salud¹¹ tienen derecho a la estabilidad laboral reforzada»¹², así:

“Por esta razón, los artículos 47 y 54 de la Constitución Política consagran expresamente que el Estado debe adelantar *“una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran”*¹³ y, particularmente en materia laboral, que *“El Estado debe (...) garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud”*¹⁴.

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

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

En el *sub judice* la Junta Médica Laboral calificó la disminución del 14% de la capacidad laboral del actor e indicó que no era apto para la actividad militar,

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Cuarta, M.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, proceso con radicado 25000-23-41-000-2015-01836-01 AC

¹¹ La Corte Constitucional ha establecido que la estabilidad laboral reforzada no abarca únicamente a las personas en situación de discapacidad, sino también a aquellas que presenten serias afecciones en su salud. En la sentencia T-198 de 2006 indicó: “En materia laboral, la protección especial de quienes por su condición física están en circunstancia de debilidad manifiesta se extiende también a las personas respecto de las cuales esté probado que su situación de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite su condición de discapacitado”.

¹² Consejo de Estado, Sección Cuarta, M.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, proceso con radicado 25000-23-41-000-2015-01836-01 AC

¹³ Constitución Política. Artículo 47.

¹⁴ Constitución Política. Artículo 54.

decisión que fue confirmada por el Tribunal Médico Laboral de la entidad accionada. Sin embargo, la Junta no estudió si el demandante podría ser reubicado dentro del Ejército con funciones diferente a las militares, de conformidad con sus capacidades. Esta función de la Junta Médica Laboral está prevista en el numeral 2 del artículo 15 del Decreto Ley 1796 de 2000, que establece:

“ARTICULO 15. JUNTA MÉDICO-LABORAL MILITAR O DE POLICÍA. Sus funciones son en primera instancia:

1 Valorar y registrar las secuelas definitivas de las lesiones o afecciones diagnosticadas.

2 Clasificar el tipo de incapacidad sicofísica y aptitud para el servicio, pudiendo recomendar la reubicación laboral cuando así lo amerite.

3 Determinar la disminución de la capacidad psicofísica.

4 Calificar la enfermedad según sea profesional o común.

5 Registrar la imputabilidad al servicio de acuerdo con el Informe Administrativo por Lesiones.

6 Fijar los correspondientes índices de lesión si hubiere lugar a ello.

7 Las demás que le sean asignadas por Ley o reglamento”. (Resaltado fuera de texto).

Si bien, el numeral 2 del artículo 15 del Decreto Ley 1796 de 2000, no impone la obligación a la Junta Médica de recomendar la reubicación laboral, sino que es una facultad potestativa, esta función debe ser interpretada y aplicada de conformidad con la protección laboral reforzada que la jurisprudencia ha reconocido a los soldados profesionales afectados por la pérdida de la capacidad de trabajo en servicio activo, siendo éste, el caso del demandante.

Así mismo, la Sala recuerda que la obligación de la entidad demandada de reubicar laboralmente al accionante encuentra sustento en la aplicación del Convenio 159 de 1983 de la OIT relativo a la readaptación profesional y el empleo de personas en situación de discapacidad, aprobado por la Ley 82 de 1988.

Este convenio indica en el numeral 2 del artículo 1 que «todo Miembro deberá considerar que la finalidad de la readaptación profesional es la de permitir que la persona inválida obtenga y conserve un empleo adecuado y progrese en el mismo, y que se promueva así la integración o la reintegración de esta persona en la sociedad.»

A su turno, el artículo 3 de la parte II del citado convenio establece que la política nacional sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas está

destinada «a asegurar que existan medidas adecuadas de readaptación profesional al alcance de todas las categorías de personas inválidas y a promover oportunidades de empleo para las personas inválidas en el mercado regular del empleo».

Por su parte, la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006, aprobada por la Ley 1346 de 2009, prescribe que los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar en igualdad de condiciones con los demás y que se deben «Promover programas de rehabilitación vocacional y profesional, mantenimiento del empleo y reincorporación al trabajo dirigidos a personas con discapacidad» (literal k del numeral 1 del artículo 27).¹⁵

Conforme lo anterior, en el asunto bajo análisis la Junta Médica debió estudiar el conjunto de destrezas y habilidades del actor para recomendar su reubicación laboral, ante la imposibilidad de desempeñar funciones militares, atendiendo la pérdida de la capacidad laboral del 14% del accionante.

De ahí que no resulte acertada la afirmación de la entidad demandada en el recurso de apelación, pues la Sala considera que las funciones de un soldado profesional no son solamente militares, tal como se desprende del contenido del artículo 1 del Decreto Ley 1793 de 2000, según el cual la ejecución de operaciones militares si bien es su finalidad principal, no es la única, al prever que puede desempeñar las demás misiones que le sean asignadas, al señalar:

“ARTÍCULO 1. SOLDADOS PROFESIONALES. Los soldados profesionales son los varones entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar en las unidades de combate y apoyo de combate de las Fuerzas Militares, en la ejecución de operaciones militares, para la conservación, restablecimiento del orden público y demás misiones que le sean asignadas”. (subrayado fuera de texto).

Conforme a esta disposición, en concordancia con el numeral 2 del artículo 15 del Decreto 1796 de 2000, el Convenio 159 de la OIT y la Convención sobre los derechos

¹⁵ Mediante la sentencia C-293 de 2010, M.P. Nilson Pinilla Pinilla, la Corte Constitucional declaró exequible la Ley 1346 de 2009.

de las personas con discapacidad de las Naciones Unidas, aprobados por las Leyes 82 de 1988 y 1346 de 2009, la Junta Médica debió estudiar la reubicación laboral del señor Yener Acosta Sierra, toda vez que los soldados profesionales sí pueden desempeñar funciones diferentes a las militares. Por consiguiente, la orden administrativa por la cual se retiró del servicio al actor es nula como lo consideró el fallador de primera instancia, pues no respetaron las normas en que debía fundarse.

En este orden de ideas, se comparte la decisión del *a quo* de declarar la nulidad del acto demandado y ordenar el reintegro del actor, debido a la protección laboral reforzada de que goza el soldado profesional por la disminución de su capacidad laboral ocasionada por la prestación del servicio.

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

F A L L A

CONFIRMAR la sentencia del 13 de septiembre de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander en Descongestión, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esa sentencia.

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

Esta providencia se estudió y aprobó en sesión de la fecha.

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CARMELO PERDOMO CUÉTER