



Cartagena de Indias D.T. y C., doce (12) de abril de dos mil dieciocho (2018)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO

Medio de control	ACCIÓN DE TUTELA. – IMPUGNACIÓN -
Radicado	13-001-33-33-008-2018-00037-01
Demandante	DAIRO MANUEL BARBOZA GAVIRIA
Demandado	NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – ARMADA NACIONAL – DIRECCIÓN DE PRESTACIONES SOCIALES – DIVISIÓN ADMINISTRATIVA DE PERSONAL.
Magistrado Ponente	ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS.
Tema	Petición

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver la impugnación presentada por el actor, contra la sentencia de tutela del adiada 14 de marzo de 2018, proferida por el Juzgado Octavo (08) Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se resolvió negar por improcedente la acción, en cuanto a los derechos fundamentales a la vida digna, igualdad, mínimo vital, trabajo, seguridad social en salud, protección de personas en estado de debilidad manifiesta y a la estabilidad laboral reforzada y tutelo el derecho fundamental de petición del actor.

III.- ANTECEDENTES

- Pretensiones. (Fls. 4-8)

Que se proteja los derechos fundamentales a la seguridad social, a la igualdad, al trabajo, al pago oportuno y completo, al debido proceso, a la vida en condiciones dignas, al respeto de los derechos adquiridos, a la vida en condiciones dignas, a la salud, a la prevalencia del derecho sustancial, al mínimo vital, dignidad humana, a la protección de las personas en estado de debilidad manifiesta y a la estabilidad reforzada.

Y como consecuencia de tal protección, se dé respuesta a la petición, se ordene la entrega del expediente administrativo, incluyendo el dictamen médico laboral de revisión y de policía n° M 16-415-TML 16-1-610 de fecha 2 de enero de 2017, que se ordene el Ministerio de Defensa – Armada Nacional – Dirección de Prestaciones Sociales, reintegre o reincorpore al servicio activo como infante de Marina Profesional de la Armada Nacional de Colombia, o se disponga su reubicación laboral de conformidad con el grado de escolaridad, habilidades y destrezas del señor Barboza; sin solución de continuidad y el



pago de salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir desde la fecha de desvinculación y hasta que se haga efectivo el reintegro o reincorporación.

- Hechos (Fl. 1-2)

El tutelante expone como hecho que el señor DAIRO MANUEL BARBOZA GAVIRIA, nació el día 06 de junio de 1985, que desde el año 2007 se vinculó en la Armada Nacional prestando sus servicios, inicialmente como soldado regular y luego como soldado profesional desde el 04 de abril de 2009.

Que al señor Barboza se le adelantó valoración por la Junta Médico Laboral por la práctica de un examen de capacidad psicofísica en el cual se encontraron lesiones. La referida junta calificó al actor con un 48.83% de pérdida de capacidad laboral, al igual que clasificaron las lesiones determinándolas como una incapacidad permanente no apto y recomendó reubicación laboral.

El actor manifiesta que no tiene conocimiento del dictamen del Tribunal médico Laboral de Revisión y de Policía n° M 16-415-TML- 16-1-610 de fecha 02 de enero de 2017.

Así mismo, la orden administrativa de personal n° 0092 del 30 de enero de 2017, ordena en su artículo 1: retirar del servicio activo de la armada nacional en forma temporal con pase de reserva por disminución de la capacidad psicofísica al infante de marina profesional.

El actor manifiesta que nunca se reconoció la prima o bonificación de orden público, a la que tiene derecho, a pesar de que fue herido como consecuencia de la acción directa del enemigo el 25 de agosto de 2010.

Que elevó petición ante el Ministerio de Defensa Nacional – Armada Nacional – Direccion de Prestaciones Sociales en el mes de noviembre de 2017, solicitando su reintegro al servicio activo de la Armada Nacional, que mediante escrito n° 20180423310024441 de fecha 25-01-2018, expedido por el capitán de fragata, en su condición de jefe de la división administrativa de personal de la armada nacional, niega la solicitud de reintegro.

Expone que su núcleo familiar compuesto por sus hijos y su compañera permanente, se han visto afectados por la situación económica sobreviniente a su retiro del servicio, toda vez que depende económicamente de él.



Manifiesta que tiene la capacidad para desempeñar funciones distintas a las de un soldado profesional.

- CONTESTACIÓN

Ministerio de Defensa Nacional – Armada Nacional. (fls. 83-111)

En el informe presentado el día 13 de marzo de 2018, expone que la institución no ha conculcado los hechos invocados por el accionante, todo lo contrario, se ha actuado con total apego a la Constitución y la ley, por lo que solicita la declaratoria de improcedencia de la presente acción.

- Sentencia de Primera Instancia (Fl. 112-121)

El Juzgado Octavo (08) Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de fecha 14 de marzo de 2018, negó por improcedente la acción en cuanto a los derechos fundamentales a la vida digna, mínimo vital, trabajo, seguridad social en salud, protección de las personas en estado de debilidad manifiesta y a la estabilidad reforzada y tuteló el derecho fundamental de petición, con el argumento que luego de analizar las pruebas y los planteamiento presentados en la acción, llegó a la conclusión que la misma resulta improcedente, en cuanto a los derechos fundamentales a la vida digna, igualdad, mínimo vital, trabajo, seguridad social en salud, protección de las personas en estado de debilidad manifiesta y a la estabilidad laboral reforzada del señor Barboza.

Argumenta además que la acción de tutela no es el mecanismo en principio procedente para solicitar el reintegro y/o reubicación laboral de un trabajador y para que se le paguen los salarios y prestaciones sociales que supuestamente no le ha sido cancelados, pues para ello, la ley establece unos mecanismos ordinarios, vale decir, el proceso laboral ante el juez laboral y el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho ante el juez contencioso administrativo.

Y que en el caso particular advirtió que se promovió con desconocimiento del principio de inmediatez, debido a que el actor fue retirado del servicio por la armada nacional a través del orden administrativo de personal n° 0092 del 30 de enero de 2017 y tan solo el día 15 de noviembre de 2017, solicitó a la entidad accionada su reintegro laboral, luego de que transcurrieron, más de 9 meses desde la decisión de retirarlo del servicio, y solo hasta el día 1 de marzo de 2018, promovió la presente acción.



En lo respectivo a l derecho de petición del señor Darío Manuel Barboza Gaviria, luego que reviso el expediente encontró que la accionada no había dado respuesta a su petición elevada el día 20 de noviembre d e2017, por tal motivo amparo este derecho.

La impugnación. (Fls.124-133)

El tutelante impugna la decisión manifestando que el juzgado poco o nada le interesó la trasgresión de los derechos fundamentales invocados, que tampoco le interesó al juez la violación que existe al derecho de la igualdad jurisprudencial.

Que la inmediatez no se puede utilizar como excusa para no tutelar los derechos fundamentales al actor, igualmente cabe agregar que no se puede sacrificar un derecho fundamental y sustancial.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Conforme lo prevé el artículo 207 del CPACA, se hace control de legalidad sobre el cumplimiento de las reglas del debido proceso en esta etapa del diligenciamiento, advirtiéndose por la Sala que no se evidencian vicios que puedan acarrear nulidad.

V.- CONSIDERACIONES

- COMPETENCIA

El Tribunal Administrativo de Bolívar es competente para resolver la impugnación de la presente acción, con base en la Constitución Política y lo desarrollado en el Decreto 2591 de 1991.

- PROBLEMA JURÍDICO.

De conformidad con lo anterior, en el caso que nos ocupa esta Corporación debe establecer si con la actuación de la accionada vulnera o no los derechos fundamentales, invocados por el actor, a fin de determinar si debe ser confirmada o revocada la sentencia de primera instancia.

- TESIS

La Sala considera pertinente confirmar la sentencia impugnada, debido la sentencia de primera instancia fue proferida con base en la ley y la jurisprudencia que regula el tema.

- MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Código: FCA - 008 Versión: 02 Fecha: 18-07-2017





DE LA ACCIÓN DE TUTELA.

Los artículos 86 de la Constitución Política y 1° del Decreto 2591, establecen que toda persona, por sí misma ó por quien actúe en su nombre, podrá ejercer acción de tutela para reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares. En este último caso, en los eventos señalados en la Ley.

Sin embargo, no debe perderse de vista que esta acción es de carácter residual y subsidiaria, es decir, que sólo procede en aquellos eventos en los que no exista un instrumento constitucional o legal diferente que le permita al actor solicitar, ante los jueces ordinarios, la protección de sus derechos, salvo que se pretenda evitar un perjuicio irremediable.

CONTENIDO Y ALCANCE DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE PETICIÓN.

Para resolver el asunto debatido, se considera necesario explicar, que el derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política preceptúa que, toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas y a obtener pronta resolución.

La Corte Constitucional en Sentencia T-237/16, dispuso el contenido y el alcance del derecho fundamental de petición en el sentido que:

"El derecho fundamental de petición está consagrado en el artículo 23 de la Carta Política, en donde se consagra la posibilidad de presentar peticiones respetuosas ante las autoridades por cualquier persona, ya sea con motivos de interés general o particular y, además, de obtener una respuesta pronta.

(...)

En este sentido, la Sentencia T-377 de 2000[3] analizó el derecho de petición y estableció nueve características del mismo, las cuales se citan a continuación:

"a) El derecho de petición es fundamental y determinante para la efectividad de los mecanismos de la democracia participativa. Además, porque mediante él se garantizan otros derechos constitucionales, como los derechos a la información, a la participación política y a la libertad de expresión. b) El núcleo esencial del derecho de petición reside en la resolución pronta y oportuna de la cuestión, pues de nada serviría la posibilidad de dirigirse a la autoridad si ésta no resuelve o se reserva para sí el sentido de lo decidido. c) La respuesta debe cumplir con estos requisitos: 1. oportunidad 2. Debe resolverse de fondo, clara, precisa y de manera congruente con lo solicitado 3. Ser puesta en conocimiento del peticionario. Si no se cumple con estos requisitos se incurre en una vulneración del derecho constitucional fundamental de petición. d) Por lo anterior, la respuesta no implica aceptación de lo solicitado ni tampoco se concreta siempre en una respuesta escrita. e) Este derecho, por regla general, se aplica a entidades estatales, esto es, a quienes ejercen autoridad. Pero, la Constitución lo extendió a las organizaciones privadas cuando la ley así lo determine. f) La Corte ha considerado que cuando el derecho de petición se formula ante particulares, es necesario separar tres situaciones: 1. Cuando el particular presta un servicio público o cuando realiza



funciones de autoridad. El derecho de petición opera igual como si se dirigiera contra la administración. 2. Cuando el derecho de petición se constituye en un medio para obtener la efectividad de otro derecho fundamental, puede protegerse de manera inmediata. 3. Pero, si la tutela se dirige contra particulares que no actúan como autoridad, este será un derecho fundamental solamente cuando el Legislador lo reglamente. g). En relación con la oportunidad de la respuesta, esto es, con el término que tiene la administración para resolver las peticiones formuladas, por regla general, se acude al artículo 6° del Código Contencioso Administrativo que señala 15 días para resolver. De no ser posible, antes de que se cumpla con el término allí dispuesto y ante la imposibilidad de dar una respuesta en dicho lapso, la autoridad o el particular deberá explicar los motivos y señalar el término en el cual se realizará la contestación. Para este efecto, el criterio de razonabilidad del término será determinante, puesto que deberá tenerse en cuenta el grado de dificultad o la complejidad de la solicitud. Cabe anotar que la Corte Constitucional ha confirmado las decisiones de los jueces de instancia que ordena responder dentro del término de 15 días, en caso de no hacerlo, la respuesta será ordenada por el juez, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes. h) La figura del silencio administrativo no libera a la administración de la obligación de resolver oportunamente la petición, pues su objeto es distinto. El silencio administrativo es la prueba incontrovertible de que se ha violado el derecho de petición. i) El derecho de petición también es aplicable en la vía gubernativa, por ser ésta una expresión más del derecho consagrado en el artículo 23 de la Carta" (negrita fuera del texto).

De lo anterior se colige que la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha ocupado de fijar tanto el sentido como el alcance del derecho de petición. Como consecuencia de ello, ha reiterado que las peticiones respetuosas presentadas ante las autoridades o ante particulares, deben ser resueltas de manera oportuna, completa y de fondo, y no limitarse a una simple respuesta formal.

(...)

Partiendo de lo descrito anteriormente, y, teniendo en cuenta la naturaleza y alcance de este derecho, tenemos que su núcleo fundamental está constituido por: i) el derecho que tiene el peticionario a obtener una respuesta de fondo, clara y precisa y, ii) la pronta respuesta de parte de la autoridad solicitada. Por esto, resulta vulnerada esta garantía si la administración omite su deber constitucional de dar solución oportuna y de fondo al asunto que se somete a su consideración." (Negritas de la Sala).

PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA ACTOS DE DESVINCULACIÓN DE LAS FUERZAS MILITARES.

"El artículo 86 de la Constitución Política consagra que la acción de tutela es procedente cuando se emplea como mecanismo para la defensa de un derecho fundamental que se encuentra vulnerado o amenazado, independientemente de que se trate de una acción u omisión que provenga de una autoridad pública o de un particular. No obstante, consiste en una herramienta subsidiaria, carácter que pretende evitar que se suplanten los caminos ordinarios para resolver controversias jurídicas y se convierta en un instrumento alternativo cuando no se han empleado oportunamente dichos medios, como si se tratase de un mecanismo alternativo.[3]

Para el caso que ocupa a esta Corte vale recordar que de modo excepcional procede su interposición contra actos administrativos de carácter particular, siempre y cuando se busque evitar la configuración de un perjuicio irremediable, toda vez que para controvertir su contenido existe en principio el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.



De manera que la solicitud de amparo procede contra actos administrativos cuando no exista otro mecanismo de defensa judicial o cuando existiendo no resulte idóneo y eficaz para impedir que se configure un perjuicio irremediable. Las características del perjuicio irremediable han sido descritas por esta Corporación así:

"En relación a la procedencia excepcional de la acción de tutela cuando se está frente a un perjuicio irremediable, esta Corte ha precisado que se considera un perjuicio de esa índole cuando: en primer lugar, el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. En segundo lugar, el perjuicio ha de ser grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica. En tercer lugar, deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable."[4]

Han sido varias las oportunidades en que esta Corporación ha señalado como procedente la acción de tutela cuando se trata de miembros de las fuerzas militares que solicitan el amparo de sus derechos, presuntamente vulnerados por el acto mediante el cual se les desvincula de la institución.[5]

Así por ejemplo, en sentencia T-503 de 2010 la Corte Constitucional explicó que, aunque no exista un derecho fundamental que asegure a los empleados la conservación del trabajo o su permanencia en él, la tutela procede como mecanismo definitivo para el reintegro laboral cuando se requiera con urgencia la protección de los derechos fundamentales de quien se encuentre en situación de debilidad manifiesta o que ostente una estabilidad laboral reforzada.

En sentencia T-459 de 2012 se resolvió el caso de un soldado profesional que estuvo vinculado por aproximadamente 8 años al Ejército Nacional. Como consecuencia de un accidente mientras patrullaba sufrió fractura del húmero proximal, momento a partir del cual, y durante 18 meses más, se desempeñó como conductor de una camioneta. Posteriormente fue valorado por la Junta Médico Militar, la cual estableció que el accionante tenía una disminución de sus capacidades psicofísicas en un porcentaje de 15%. Esta determinación fue modificada parcialmente por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, que consideró que la pérdida de capacidad laboral era de 11%. Finalmente, mediante orden administrativa fue retirado del Ejército Nacional al no ser apto para seguir desempeñando su labor como soldado profesional. En esta ocasión la Corte consideró procedente la acción al establecer que:

"(...)

Sin embargo, resulta igualmente claro que el actor merece especial protección constitucional dado que se trata de una persona que sufrió una mengua en sus capacidades para trabajar mientras ejercía su labor. De la misma manera, es importante anotar que el peticionario no cuenta con una formación académica que le permita continuar su vida profesional, ya que toda su experiencia es exclusivamente militar. Además, tal y como lo afirma en la demanda de tutela, no cuenta con otros ingresos económicos para lograr la manutención de su esposa e hija menor de edad por lo que resulta necesaria la intervención del juez de tutela."

En otro caso, en sentencia T-843 de 2013, la Corte declaró la procedencia de la acción de tutela instaurada por un miembro del Ejército Nacional que fue retirado del servicio activo debido a la disminución de su capacidad psicofísica y bajo el argumento de no contar con las capacidades aprovechables en actividades



administrativas, docentes o de instrucción en la misma institución. La Sala consideró que a pesar de existir otros mecanismos de defensa judicial, no resultaban idóneos para proteger sus derechos fundamentales considerando lo siguiente:

"5.2. De acuerdo a la situación actual del señor Juan Carlos Contreras Osorio, la Sala considera que la presente acción de tutela resulta procedente, a pesar de existir otros mecanismos de defensa judicial, pues estos no resultan idóneos para proteger sus derechos fundamentales considerando lo siguiente: (i) El actor es un sujeto de especial protección constitucional si se tiene en cuenta que la Junta Médica Laboral No. 46618 determinó que tiene una disminución de la capacidad laboral del 46.16% debido a los golpes sufridos en actos del servicio, además de padecer de taquicardia y gastritis; (ii) según los hechos del escrito de tutela, el actor es el responsable del sustento económico de su hijo de 7 años, de su compañera permanente, quien se encuentra en estado de embarazo, calificado de alto riesgo, y de sus padres, quienes ya no cuentan con sustento económico alguno debido a que dependían de los ingresos del actor como soldado profesional; sumado a ello, (iii) ni el actor ni su familia gozan de servicios médicos debido al retiro del servicio activo."

En sentencia T-382 de 2014 la Corte consideró procedente la acción de tutela para establecer si el Ejército Nacional de Colombia había vulnerado los derechos fundamentales al trabajo, al mínimo vital, a la igualdad, a la protección especial de las personas disminuidas físicamente y a la seguridad social del accionante, al ser retirado del servicio militar activo en su calidad de soldado profesional, por haber sufrido una pérdida en su capacidad laboral del 43.12%, aun cuando desde el momento de la calificación siguió prestando su servicios a la institución.

Lo anterior, al evidenciar, que el accionante y su familia se encontraban en una situación económica precaria y que tanto su esposa como sus dos hijos menores dependían de los ingresos que percibía como soldado profesional. En concreto, la Corte recordó que en múltiples ocasiones se ha referido a la improcedencia de la acción de tutela para solicitar reintegros laborales por existir otros medios de defensa judicial; no obstante, se acepta la viabilidad del amparo de forma excepcional cuando se evidencia que aquellos mecanismos no son idóneos o se requiere la urgente intervención del juez de tutela para evitar la configuración de un perjuicio irremediable. La Corte recordó lo siguiente:

"En conclusión, la Corte reitera 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.

En relación con el caso concreto, concluyó:

"En el caso sub-judice la acción de tutela se erige como el mecanismo procedente para reclamar el reintegro del señor Helmer Rodríguez Quintero. Lo expuesto se basa en que el accionante es una persona en situación de vulnerabilidad manifiesta, como quiera que tiene una disminución de su capacidad laboral, determinada en un 43.12%. Además, la única fuente de ingresos del actor era la remuneración proveniente de su trabajo, por lo que carece de recursos para suplir sus necesidades y las de su núcleo familiar, conformado por su esposa y sus dos menores hijas. Por último, las medidas de protección del derecho al trabajo y al mínimo vital del petente son urgentes, teniendo en cuenta además, que en este caso, el demandante requiere de afiliación al sistema de seguridad social para tratar las afecciones en su estado de salud. Por tanto, se observa que en el presente caso se reúnen los requisitos de



procedencia de la acción de tutela, como mecanismo definitivo para la protección de los derechos fundamentales invocados."

De conformidad con lo anterior, se observa que son varios los escenarios en que se considera procedente la acción de tutela para controvertir el contenido de un acto administrativo que retira del servicio a un miembro de las fuerzas militares¹".

LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD COMO SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL.

"4.1. La Constitución Política consagra y confiere una especial protección a todas aquellas personas que por encontrarse en una situación de discapacidad en razón de una disminución física, sensorial o psicológica se hallan en circunstancias de debilidad manifiesta.

El artículo 13 de la Carta impone al Estado la obligación de amparar a todas estas personas, ya sea por su condición física, mental o económica, en procura del respeto al derecho a la igualdad.

En concordancia con la anterior disposición, el artículo 47 señala que el Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para todos aquellos que sufran disminución en sus capacidades físicas, sensoriales y síquicas, a quienes se prestará además la atención especial que requieran.

De igual manera, en los artículos 53 y 54 se consignan los principios de estabilidad laboral y la obligación del Estado y de los empleadores de brindar una formación tanto profesional como técnica a quienes lo requieran.

En suma, desde la Norma Superior nace la obligación del Estado de amparar a los asociados que se encuentren en condiciones de desigualdad frente a los demás, con ocasión de las condiciones de debilidad manifiesta en las que puedan hallarse.

4.2. A nivel internacional también se reconoce esta protección especial a las personas en condiciones de discapacidad. Este Tribunal ha señalado algunos de dichos estatutos[6]:

"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 en 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."[7]

La Corte Constitucional ha atribuido gran importancia a estos instrumentos internacionales, toda vez que imponen a los Estados la obligación de evitar cualquier clase de discriminación en el mercado laboral interno, de las personas con disminuciones físicas, sensoriales o psíquicas al tiempo que promueven un ambiente propicio para quienes que padecen de alguna discapacidad[8].

4.3. En la normatividad interna, la Ley 361 de 1997[9] estableció mecanismos dirigidos a la integración social de las personas en situación de discapacidad, en

¹ Sentencia T-076/16.



el ámbito educativo, del trabajo, de las comunicaciones y del transporte, entre otros.[10]

El artículo 2º reafirmó la obligación del Estado de evitar discriminación alguna en el ordenamiento jurídico[11]. El artículo 4º ordena a la administración central y a las entidades descentralizadas y gubernamentales disponer de los recursos necesarios para el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas en estado de discapacidad. [12] Además, el artículo 26 consagró que bajo ninguna circunstancia la discapacidad que sufra una persona podrá ser un obstáculo para su vinculación laboral, 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. La disposición jurídica establece:

"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."

Se evidencia en la normatividad citada el compromiso del Estado de proteger a quienes sufran alguna discapacidad, a efecto de que puedan participar en todos los aspectos de la vida sin que su condición sea un motivo de rechazo, exclusión o discriminación.

5. Estabilidad laboral reforzada de las personas en situación de discapacidad.

La estabilidad laboral reforzada se instituye como una protección que se ofrece a quienes se hallen en estado de debilidad manifiesta, con la finalidad de que reciban el pago de las incapacidades mientras estén cesantes y para que sus condiciones de vulnerabilidad no puedan constituir la causa de su despido u otra modificación laboral perjudicial. Como en algunos casos no es posible reintegrarlas al cargo en el que se venían desempeñando cuando se presenta la disminución de su capacidad laboral, será necesario verificar el estudio de los requisitos para el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez.[13]

Esta Corte se refirió a la estabilidad laboral reforzada en sentencia C-531 del 2000, en los siguientes términos:

"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" (Subrayado fuera del texto original).



Ahora bien, si una persona no puede seguir cumpliendo con el cabal desarrollo de las actividades para las que fue vinculada tiene derecho a ser reubicada, lo que no significa necesariamente efectuar un cambio de funciones. Al respecto esta Corte se pronunció en sentencia T-1040 de 2001 y precisó:

"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 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." (Subrayas fuera del texto original).

En sentencia T-198 de 2006, por ejemplo, esta Corte estudió el caso de una persona que fue retirada de su trabajo y se encontraba en un estado de debilidad manifiesta, sin que su pérdida de capacidad laboral hubiera sido calificada. La Corte señaló que quienes sufren una mengua durante el desarrollo del contrato laboral deben ser considerados como personas en situación de debilidad manifiesta. Sobre el particular puntualizó lo siguiente:

"La jurisprudencia ha extendido el beneficio de la protección laboral reforzada establecida en la Ley 361 de 1997, a favor, no sólo de los trabajadores discapacitados calificados como tales, sino aquellos que sufren deterioros de salud en el desarrollo de sus funciones (...).

Aquellos trabajadores que sufren una disminución en su estado de salud durante el transcurso del contrato laboral, deben ser considerados como personas que se encuentran en situación de debilidad manifiesta, razón por la cual frente a ellas también procede la llamada estabilidad laboral reforzada, por la aplicación inmediata de la Constitución. La protección legal opera por el sólo hecho de encontrarse la persona dentro de la categoría protegida, consagrando las medidas de defensa previstas en la ley. Por su parte, el amparo constitucional de las personas en circunstancia de debilidad manifiesta permite al juez de tutela identificar y ponderar un conjunto más o menos amplio y variado de elementos fácticos para deducir la ocurrencia de tal circunstancia y le da un amplio margen de decisión para proteger el derecho fundamental amenazado o restablecerlo cuando hubiera sido vulnerado. 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 discapacitados o de invalidez (...)" (Subrayado fuera del texto original).

En este sentido, la discapacidad de una persona no puede ser un obstáculo para su reincorporación laboral, excepto cuando efectivamente el cargo y las circunstancias que rodean a la personas son incompatibles. De igual manera, no puede ser despedida o su contrato terminado con ocasión de su especial situación, a menos que medie autorización de la correspondiente autoridad de trabajo, de conformidad con lo establecido en la Ley 361 de 1997.

Este Tribunal también ha establecido que la protección se brinda a quienes sufren una disminución en su salud que les impida o dificulte desarrollar con normalidad sus funciones. Al respecto ha señalado:

"Bajo tal supuesto, el amparo cubre a quienes sufren una disminución que les dificulta o impide el desempeño normal de sus funciones, por padecer i) deficiencia entendida como una pérdida o anomalía permanente o transitoria, sea psicológica, fisiológica o anatómica de estructura o función; ii) discapacidad, esto es, cualquier restricción o impedimento del funcionamiento de una actividad, ocasionado por un desmedro en la forma o dentro del ámbito considerado normal para el ser humano; o, iii) minusvalidez, que constituye una desventaja humana, al limitar o impedir el cumplimiento de una función que es normal para la persona, acorde con la edad, sexo o factores sociales o culturales." [14]. (Subrayas fuera del texto original).

En sentencia T-503 de 2010 esta Corporación analizó el caso de una persona que ingresó al Ejército Nacional de Colombia como soldado regular el 21 de mayo de 1999, encontrándose en buenas condiciones de salud, quien dos años después, el 8 de enero de 2001, fue nombrado soldado profesional.

En el año 2002, mientras prestaba sus servicios, sufrió una caída que le provocó fractura en la rótula de la pierna derecha, por lo cual tuvo que ser intervenido quirúrgicamente. Adicionalmente, sufrió una exposición crónica al ruido en sus órganos auditivos, lo que le generó secuelas de hipoacusia en su oído izquierdo. En los años 2004 y 2005 estuvo sometido a tratamiento contra la leishmaniasis, enfermedad que le produjo algunas secuelas en su cuerpo.

El Ejército Nacional lo calificó con una pérdida de capacidad laboral de 28.25%, lo declaró no apto para el servicio activo y lo retiró del mismo; decisión que fue apelada por el afectado ante la Junta Médica Laboral de la Dirección de Sanidad del Ejército y el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía.

Al examinar sus sentencias, la Corte indicó que el derecho a la estabilidad laboral reforzada conlleva la garantía para el trabajador en situación de discapacidad de ser reincorporado y reubicado atendiendo sus capacidades, de manera que no se desmejoren sus condiciones laborales, por lo que ordenó la reincorporación del soldado. En el caso concreto señaló:

"En la parte considerativa de esta providencia, la Sala explicó las reglas jurisprudenciales relacionadas con la protección constitucional de la estabilidad laboral reforzada del trabajador que sufre una disminución en su capacidad laboral, lo cual le impide la realización normal de sus actividades. De igual forma,



se señaló 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 sico-física 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.

De igual forma, ha de considerarse 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 relativa no es un obstáculo para seguir, incluso en otros cargos, al servicio y la defensa de su patria."

La Corte concedió el amparo de los derechos fundamentales al trabajo, a la vida digna, al mínimo vital, a la igualdad y a la estabilidad laboral reforzada del accionante y ordenó al Ejército Nacional de Colombia que en el término de cuarenta y ocho horas, contado a partir de la notificación del fallo, incorporara al peticionario en uno de sus programas y en consecuencia, lo reubicara en una actividad que pudiera desempeñar, teniendo en cuenta su grado de escolaridad, habilidades y destrezas.

En suma, la estabilidad laboral es una medida de protección constitucional para todos aquellos que se hallen en estado de debilidad manifiesta por padecer una disminución física, psíquica o sensorial. Esta garantía hace parte del derecho al trabajo y se fundamenta en el contexto de desigualdad en el que se encuentran estas personas en relación con las que sí gozan de un buen estado de salud²".

EL DERECHO A LA PERMANENCIA O REUBICACIÓN DE LOS SOLDADOS QUE VEN DISMINUIDA SU CAPACIDAD LABORAL.

"El presente no es un asunto que trate sobre los trabajadores del régimen común, sino de soldados vinculados al Ejército Nacional, por esta razón es menester hacer alusión al Decreto 1793 de 2000, a través del cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, que en su artículo 1º define al soldado profesional; en los siguientes términos:

"Artículo 1º. Los 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.

PARAGRAFO. Podrá ser ascendido a Dragoneante profesional, el soldado profesional que se distinga por su capacidad de liderazgo y cumpla con los siguientes requisitos:

a. Antigüedad mínima de cinco años.

² ibid



b. Excelente conducta y disciplina.

c. Aprobación del curso para ascenso a dragoneante."

En relación con las causales de retiro del servicio el artículo 8° del mismo estatuto, señala:

"a. Retiro temporal con pase a la reserva

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

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." (Subrayas fuera del texto original).

En relación con la causal dispuesta en el numeral segundo del literal a), el artículo 10° del mismo cuerpo normativo dispone que podrá ser retirado del servicio activo el soldado profesional que no reúna las condiciones de capacidad y aptitud psicofísica requeridas por la Ley:

"Artículo 10. Retiro por disminución 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."

Por su parte, el Decreto 1796 de 2000[15] regula, entre otros aspectos, la evaluación de la capacidad psicofísica y de la disminución de la capacidad laboral de los miembros de la Fuerza Pública. Define en su artículo 2° la capacidad psicofísica y en el artículo 3° las clasificó en diferentes categorías:

"Artículo 2o. Definición. Es 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 criterios laborales y de salud ocupacional, por parte de las autoridades médico-laborales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

Artículo 3o. Calificación de la capacidad psicofísica. La capacidad psicofísica 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 psicofísicas 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.

Parágrafo. 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."

Ahora bien, aun cuando estas disposiciones indican que los soldados profesionales pueden ser retirados del servicio activo cuando presenten disminución en su capacidad psicofísica, esta facultad no opera automáticamente en detrimento de sus garantías y derechos constitucionales. Es por esto que la Corte ha sostenido que si la discapacidad se adquiere con ocasión del servicio o como producto directo del mismo, las Fuerzas Militares deben hacerse cargo de la atención médica del afectado. En concreto, en providencia T-516 de 2009 señaló lo siguiente[16]:

"Cuando la lesión o enfermedad (i) es producida durante o por ocasión de la prestación del servicio y (ii) es generada como producto directo de la actividad desempeñada o (iii) es la causa de la desincorporación de las fuerzas militares o de policía, las fuerzas militares o de policía deberán hacerse cargo de la atención médica."[17]

Vale aclarar que este Tribunal, al referirse a la reincorporación de los soldados que se encuentran en dicha situación, de manera alguna exige su reintegro a desarrollar labores incompatibles con sus capacidades; contrario sensu, ha señalado que deberán tenerse en cuenta tanto su grado de escolaridad como sus habilidades o destrezas[18].

En la sentencia T-081 de 2011 esta Corporación estudió el caso de un soldado profesional al que calificaron como no apto para continuar en servicio activo, debido a que lo calificaron con una pérdida laboral del 32.57%, al ser víctima de una mina antipersona durante la actividad militar. En esa ocasión la Corte ordenó reintegrar al accionante "en uno de sus programas, ya sea en el que se venía desempeñando o en otro afín, tomando en cuenta para ello el grado de escolaridad, habilidades y destrezas del demandante."

En esa providencia la Corte desaprobó que los soldados que han sido instruidos para manejar armas sean retirados de la institución con ocasión de una disminución en sus capacidades laborales, bajo el argumento de que ya no son útiles para desarrollar las labores propias de la entidad. Dijo entonces:

"En el mismo sentido es importante destacar que la desvinculación del demandante de la fuerza castrense lo deja desprovisto de un trabajo que le permita desarrollarse de manera efectiva en la sociedad, este retiro desconoce los preceptos trazados por la Organización Internacional del Trabajo en materia de integración social, por ello es vital comprender que a pesar de que las personas que hacen parte de un cuerpo institucional armado son formadas para la guerra y su trabajo está dado dentro del conflicto, no por ello cuando por curso de éste se ven transgredidas en su integridad física o síquica dejan de ser útiles en su labor y para la sociedad. Por consiguiente, no deben ser desvinculadas sin que medien formas de contrarrestar el daño ocasionado." (Subrayado fuera del texto original).

En otro caso similar, en sentencia T-459 de 2012, la Corte Constitucional también ordenó el reintegro de un soldado que estuvo vinculado al Ejército Nacional alrededor de 8 años, quien fue calificado con una pérdida de capacidad laboral del 11% como consecuencia de un accidente, y retirado del servicio activo bajo el argumento de no ser apto para seguir desempeñando su labor como soldado profesional.



En esa ocasión el Ejército Nacional sostuvo que el despido obedeció a lo dispuesto en el artículo 10° del Decreto 1793 de 2000[19]. Manifestó que la labor militar implica una exigencia física mínima que requiere de personal plenamente capaz, condición con la que no contaba el soldado debido a su disminución física. La Corte, sin embargo, manifestó lo siguiente:

"5.3. Bajo estos hechos, la Sala advierte que el Ejército Nacional desconoció su obligación de proteger a quienes han luchado por defender la Nación, dejando a un lado los deberes de solidaridad y de dar un trato preferencial a aquellas personas que se encuentran en situación de debilidad manifiesta. Adicionalmente, la desvinculación del soldado resulta reprochable, puesto que se fundamenta en la disminución de su capacidad física, sin evaluar a fondo si éste podía continuar prestando sus servicios como conductor, así como lo hizo durante un año y medio o en otra dependencia de la institución.

Resulta preocupante la afirmación realizada por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía según la cual el actor no "posee capacitaciones, destrezas o habilidades aprovechables", toda vez que desconoce los mandatos constitucionales de dar un trato preferente a quienes han sufrido mengua en su capacidad física con el objeto de lograr una igualdad real.

Por esta razón, y como lo ha decidido esta Corporación en las sentencias T-503 de 2010 y T-081 de 2011, se procederá a inaplicar por inconstitucional el artículo 10° del Decreto 1793 de 2000 que consagra la disminución de capacidad laboral como causal de retiro de la institución demandada. De lo contrario, se prolongaría la vulneración de los derechos fundamentales del señor Pabón Moreno a la estabilidad laboral reforzada, la igualdad, el trabajo, la salud, la dignidad humana y la seguridad social." [20]

Para otorgar el amparo solicitado en el caso referido, la Corte ordenó a la Jefatura de Desarrollo Humano de la Dirección de Personal del Ejército Nacional que reintegrara de inmediato al accionante en uno de sus programas.

En otro caso, sentencia T-843 de 2013, el soldado fue retirado del Ejército Nacional debido a una disminución de su capacidad psicofísica y, en parecer de la institución, por no contar con las capacidades aprovechables en actividades administrativas, docentes o de instrucción en la misma institución. La Corte Constitucional, después de establecer que ingresó al Ejército en óptimas condiciones de salud, ordenó a la institución su reintegro en un programa igual o mejor al que se venía desempeñando o en otro acorde con su grado de escolaridad, habilidades y destrezas, inaplicando el artículo 10° del Decreto 1793 de 2000 en lo atinente a la disminución de capacidad laboral como causal de retiro. En concreto concluyó:

"En ese sentido, resulta inconstitucional aplicar a la situación del actor la consecuencia jurídica establecida en el artículo 10 ° del Decreto 1793 de 2000 que señala que "[e]l soldado profesional que no reúna las condiciones de capacidad y aptitud psicofísica determinadas por las disposiciones legales vigentes, podrá ser retirado del servicio", si se tiene en cuenta la obligación constitucional del Estado colombiano de proteger de manera especial a las personas que se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta, y los compromisos internacionales que invocan, por un lado, la prohibición de la discriminación por motivos de discapacidad en las relaciones laborales a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y por otro, el deber de procurar acciones legislativas y judiciales coherentes para su protección.

5.5. Al mismo tiempo, la Sala considera reprochable la actitud desplegada por el Ejército Nacional al proferir la orden de retiro definitivo del servicio activo del señor [...] con sujeción al dictamen de la Junta Médica Laboral, ya que a pesar de que allí no se recomendó su reubicación en labores administrativas, docentes o de instrucción el tutelante venía ejerciendo labores en las oficinas de quejas y reclamos,



y de archivo, entre otros cargos del Ejército Nacional, mientras se determinaba la pérdida de su capacidad psicofísica.

5.6. De otro lado, la Sala de Revisión observa que si bien la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, confirmó el amparo del derecho fundamental a la salud reconocido mediante la sentencia proferida por la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la que se ordenó al Ejército Nacional vincular al actor al sistema de salud y al de Atención al Personal Militar Herido o uno similar, también lo es que tal medida no resulta suficiente para garantizar los otros derechos fundamentales del actor." (RTF).

Más recientemente, mediante sentencia T-382 de 2014, esta Corte ordenó al Ejército Nacional el reintegro de un soldado profesional que fue retirado del servicio activo por haber sufrido una pérdida de capacidad laboral del 43.12%, y el pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde la fecha del retiro del servicio hasta la de expedición de la providencia, inaplicando lo dispuesto en el artículo 10º del Decreto 1793 de 2000. Lo anterior, teniendo en cuenta lo siguiente:

"En el caso sub-judice la acción de tutela se erige como el mecanismo procedente para reclamar el reintegro del señor [...]. Lo expuesto se basa en que el accionante es una persona en situación de vulnerabilidad manifiesta, como quiera que tiene una disminución de su capacidad laboral, determinada en un 43.12%. Además, la única fuente de ingresos del actor era la remuneración proveniente de su trabajo, por lo que carece de recursos para suplir sus necesidades y las de su núcleo familiar, conformado por su esposa y sus dos menores hijas. Por último, las medidas de protección del derecho al trabajo y al mínimo vital del petente son urgentes, teniendo en cuenta además, que en este caso, el demandante requiere de afiliación al sistema de seguridad social para tratar las afecciones en su estado de salud. Por tanto, se observa que en el presente caso se reúnen los requisitos de procedencia de la acción de tutela, como mecanismo definitivo para la protección de los derechos fundamentales invocados.

4.4. De otro lado, considera la Sala de Revisión que el accionante merece una protección constitucional especial, puesto que se trata de una persona que sufrió una mengua en sus capacidades para trabajar mientras ejercía su labor; se encuentra en un situación de vulnerabilidad, por cuanto no posee ninguna fuente de ingresos adicional que permita suplir sus necesidades y las de su familia; y requiere de atención médica para sus padecimientos. De igual manera, es importante destacar que el peticionario cuenta con una formación académica que le permite continuar con su vida profesional."

De este modo, aun cuando existe un régimen especial para los soldados que permite su retiro del servicio activo cuando disminuya su capacidad psicofísica, la Corte ha considerado que en atención al contexto específico de cada caso, la aplicación de esta causal puede ocasionar la vulneración de los derechos fundamentales del soldado desvinculado³."

Con base en las características definidas por la Honorable Corte Constitucional que hay que tener en cuenta cuando se trate de derecho de petición y retiro de servicio de las fuerzas militares por disminución física, procede la Sala a solucionar el caso concreto.

³ Ibid.



3.1. CASO CONCRETO

Del material probatorio obrante en la presente acción se tiene que:

En Resolución n° 0092 de 30 de enero de 2017, por la cual se retiró del servicio activo por disminución de la capacidad psicofísica a un infante de Marina Profesional de la Armada Nacional, al actor.

En oficio n° 20180423310024441/MD-CGFM-CARMA-SECAR-JEDHU-DIPER-DIAPE-CIM-1.10, el Capitán de Fragata, Jefe División Administración de Personal Armada Nacional, dio respuesta a la solicitud de reintegro de fecha 17 de enero de 2018, manifestando que el Tribunal Médico Laboral n° M16-415-TML-16-1-610 de fecha 02 de enero de 2017, se declaró no apto, sin sugerencia de reubicación laboral.

Mediante oficio n° 20170042360005813/MDN-CGFM-CARMA-SECAR-JEDHU-DPSOC-1.10, el Capitán de Navío, Director Prestaciones Sociales Armada Nacional, da traslado de la petición al Jefe de Desarrollo Humano y Familia de la Armada Nacional de la solicitud de reintegro del actor.

Se encuentra probado que por medio de junta médico laboral n° 115 registrada en la Dirección de Sanidad Armada Nacional, determinó incapacidad permanente parcial no apto – se recomienda reubicación laboral, con una capacidad laboral de 48.83%.

Oficio n° 20180423330075071/MDN-CGFM-CARMA-SECAR-JEDHU-DIPER-DINOM-1.9, el Jefe División de Nomina Armada Nacional, dio respuesta a los puntos 1 y 2, a la petición radica bajo el n° 201700412606688412.; que respecto a los puntos 3, 4, 5 y 7, que fueron remitidos por competencia al Grupo de prestaciones sociales del Ministerio de Defensa y a la segunda petición, que dio respuesta mediante oficio n° 2080423310024441 MDN-CGFM-CARMA-SECAR-JEDHU-DIPER-DIAPE-CIM-1.10 de fecha 25 de enero de 2018.

Previo a realizar un análisis de fondo para establecer si se presentó o no vulneración alguna de los derechos fundamentales del accionante, esta Sala verificará si la tutela es procedente, atendiendo a que el juez de primera instancia negó el amparo bajo el argumento de no cumplirse con el principio de inmediatez.

La Corte Constitucional ha expresado que la inmediatez es un principio orientado a la protección de la seguridad jurídica y los intereses de terceros, y no una regla o término de caducidad, posibilidad opuesta a la literalidad del artículo 86 de la Constitución. La satisfacción del requisito debe analizarse bajo el concepto de plazo razonable y en atención a las circunstancias de cada caso concreto. Esa razonabilidad se relaciona con la finalidad de la acción,



que supone a su vez la protección urgente e inmediata de un derecho constitucional fundamental.

Así las cosas, se tiene que por medio de orden administrativa de personal n° 0092 del 30 de enero de 2017, se dispuso retirar en forma temporal con pase de reserva por disminución de la capacidad psicofísica al infante de marina hoy actor, por el cual elevó petición el día 17 de enero de 2018, solicitando el reintegro.

Por medio de oficio n° 20180423310024441, que data del 25 de enero de 2018, le fue negada su solicitud y el día 01 de marzo de 2018, interpuso acción de tutela por medio de apoderado judicial.

Por consiguiente, se tiene que la situación jurídica al actor se le resolvió, el día 30 de enero de 2017, y este elevó petición de reintegro el día 17 de enero de 2018, por lo que al haber transcurrido 11 meses con 18 días calendario, nos indica que supera el plazo de razonabilidad de la inmediatez del que pregonó la Corte, por lo cual esta colegiatura se encuentra de acuerdo con los argumentos expuestos por el a-quo respecto a la procedencia de la tutela cuando no se cumple el requisito de la inmediatez.

Lo que se vislumbra en la presente acción es que se quiere revivir términos caducados, en el sentido de que tenía como mecanismo eficaz el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho⁴, contra el acto que lo retiró del servicio activo por disminución psicofísica.

De acuerdo a la jurisprudencia constitucional, el principio de inmediatez constituye un requisito de procedibilidad de la acción de tutela, por lo que su interposición debe ser oportuna y razonable con relación a la ocurrencia de los hechos que originaron la afectación o amenaza de los derechos fundamentales invocados. La petición ha de ser presentada en un tiempo cercano a la ocurrencia de la amenaza o violación de los derechos.

Por lo tanto, la inactividad o la demora del accionante para ejercer las acciones ordinarias, cuando éstas proveen una protección eficaz, impide que resulte procedente la acción de tutela. Del mismo modo, así mismo si se trata de la interposición tardía de la tutela, igualmente es aplicable el principio de inmediatez, según el cual la falta de ejercicio oportuno de los medios que la ley ofrece para el reconocimiento de sus derechos no puede alegarse para el beneficio propio del sujeto de la omisión o la tardanza.

⁴ 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.



Por lo que la Sala encuentra acertada del Juez de primera instancia, en declarar improcedente la presente tutela, por no cumplir los principios de inmediatez, y así se dirá en la parte Resolutiva de esta providencia.

Y en lo que respecta al derecho de petición presentado por el actor, el cual fue enviado por correo certificado el 17 de noviembre y recibido por la Armada el día 20 de mismo mes y año, con radicado 20170041280868412, Sala del análisis de las pruebas obrantes en el proceso considera que no se les ha dado respuesta a todos los puntos peticionados en la solicitud.

Debido que en el oficio n° 20180423330075071/MDN-CGFM-CARMA-SECAR-JEDHU-DIPER-DINOM-1.9, el Jefe División de Nómina Armada Nacional, dio respuesta a los puntos 1 y 2, a la petición antes mencionada; que respecto a los puntos 3, 4, 5 y 7, le fueron remitidos por competencia al Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa.

Es así que está pendiente las respuestas de los puntos que fueron trasladados a otra dependencia de la misma entidad, por lo cual al no estar solucionada su petitoria conforme a los lineamientos estipulados en la ley 1755 de 2015 y en la jurisprudencia⁵, la Sala llega a la conclusión (de la misma forma)de confirmar el numeral segundo de la providencia impugnada.

Por lo anteriormente expuesto la Sala Fija n° 1 del Tribunal Administrativo de Bolivar, administrando justicia y por autoridad de la ley,

IV- FALLA

PRIMERO. CONFÍRMASE la sentencia de 14 de marzo de 2018, proferida por el Juzgado Octavo (08) Administrativo del Circuito Judicial de Cartagena, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. Notifíquese esta providencia a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

⁵ Sentencia T-149/13

*"Esta Corporación ha precisado que el derecho de petición consagrado en el Artículo 23 de la Constitución Política, es una garantía fundamental de aplicación inmediata (C.P. art. 85), cuya efectividad resulta indispensable para la consecución de los fines esenciales del Estado, especialmente el servicio a la comunidad, la garantía de los principios, derechos y deberes consagrados en la misma Carta Política y la participación de todos en las decisiones que los afectan; así como el cumplimiento de las funciones y los deberes de protección para los cuales fueron instituidas la autoridades de la República (C.P. art. 2). De ahí, que el referido derecho sea un importante instrumento para potenciar los mecanismos de democracia participativa y control ciudadano; sin dejar de mencionar que mediante su ejercicio se garantiza la vigencia de otros derechos constitucionales, como los derechos a la información y a la libertad de expresión. La garantía real al derecho de petición radica en cabeza de la administración una responsabilidad especial, sujeta a cada uno de los elementos que informan su núcleo esencial. La obligación de la entidad estatal no cesa con la simple resolución del derecho de petición elevado por un ciudadano, es necesario además que dicha solución remedie sin confusiones el fondo del asunto; **que este dotada de claridad y congruencia entre lo pedido y lo resuelto; e igualmente, que su oportuna respuesta se ponga en conocimiento del solicitante, sin que pueda tenerse como real, una contestación falta de constancia y que sólo sea conocida por la persona o entidad de quien se solicita la información.**" (Negrillas de la Sala)*



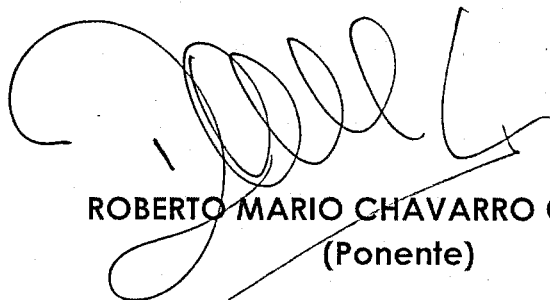
TERCERO. Por secretaria envíese copia de la presente providencia al Juzgado de instancia anterior.

CUARTO: Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, y envíese copia de la misma al despacho de origen.

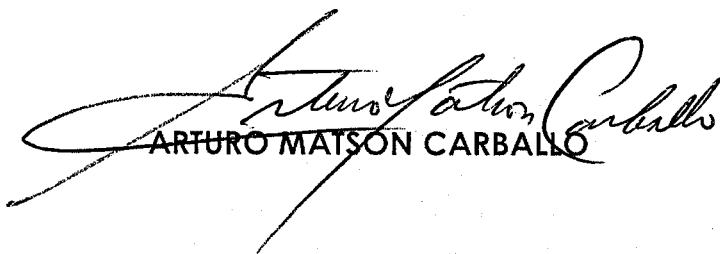
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado en sesión de Sala de la fecha.

LOS MAGISTRADOS,



ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS.
(Ponente)



ARTURO MATSON CARBALLO



CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

