



Magistrado Ponente: LUIS NORBERTO CERMEÑO

Arauca, Arauca, veintiséis (26) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Radicado : 81001 3331 001 2017 00476 01
Demandante : Luis Martín Lozada Hernández
Demandado : Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional
Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho
Providencia : Auto que decide

Resuelve el Tribunal Administrativo de Arauca el recurso de apelación que presentó la parte demandada, en contra de la decisión que en primera instancia declaró la medida cautelar de suspensión provisional.

ANTECEDENTES

1. Luis Martín Lozada Hernández presentó demanda (a.01) en contra de la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

2. El proceso le correspondió al Juzgado Primero Administrativo de Arauca, que adoptó la decisión que se impugna.

3. La providencia apelada. Mediante auto del 5 de noviembre de 2020 (a.06) la primera instancia decidió adoptar como medida cautelar, la suspensión provisional de la OAP 2243 del 26 de septiembre de 2016 expedida por el Comandante del Comando de Personal del Ejército Nacional; dentro de sus consideraciones, expuso que el fundamento de la decisión de desvincular al demandante estribó en *«el retiro por disminución de la capacidad psicofísica causal consagrada en el artículo 8 literal A, numeral 2 artículo 10 del Decreto Ley 1793 de 2000»*, y así, *“Pues bien, a partir de todo lo expuesto el juzgado arriba a la consideración anticipada de la virtual infracción a reglas superiores, en la medida que se contempló el retiro del demandante únicamente por razones objetivas, lo cual sería comprensible siempre y cuando se hubiera estudiado el caso del demandante para determinar que no tenía aptitudes, instrucción o capacidades para continuar vinculado al Ejército Nacional realizando otras actividades, administrativas, de mantenimiento o de instrucción, entre otras. Por cuanto conforme la línea jurisprudencial constitucional como del Consejo de Estado tiende a proteger al discapacitado para reforzar su estabilidad laboral”*.

En el mismo sentido, consideró que *“Sin duda el retiro del demandante puso en tensión la función pública encomendada a las Fuerzas Militares (de interés general) con el derecho a la igualdad, trabajo y protección especial al disminuido físico del actor (de interés particular), lo que conminaba a la administración a determinar, si se podía mantenerlo en servicio activo*

realizando otras actividades fuera del ámbito propiamente bélico, antes de acudir a la medida de última instancia, de desvincularlo de la Entidad."

Agregó que *"Haciendo esa ponderación, el Juzgado colige por ahora, que **la decisión carece de ese razonamiento**, en tanto todo indica que se satisfizo el interés general con un sacrificio muy alto de los derechos subjetivos del soldado profesional LUÍS MARTÍN LOZADA HERNÁNDEZ, al sacarlo del servicio después de servirle por más de 11 años a las fuerzas militares, sin estudiar más allá de lo puramente médico, la posibilidad de continuar sirviéndole a FF.AA desde otro ámbito: administrativo, servicios generales, mecánica., etc"*.

4. El recurso de apelación. La demandada presentó recurso de apelación (a.08), en el que expresa luego de referirse a los dictámenes de las autoridades médicas militares que le fijaron al hoy demandante una disminución de la capacidad laboral del 22.56%, que en ambas decisiones se plasma que el actor, además de no encontrarse apto para la actividad militar no es susceptible de reubicación laboral pues se *"considera que en concordancia con lo anteriormente expuesto y las secuelas que presenta el calificado, le impiden desarrollar la labor para la cual fue incorporado a la institución, toda vez que la **patología psiquiátrica** le impide permanecer en este tipo de instituciones que generan estresores que **pueden agravar su patología; aunado a su falta de preparación y conocimientos, en áreas de apoyo a la actividad operacional**; además, el permanecer en un medio jerarquizado, en donde tiene acceso al armamento puede generar un riesgo para su salud, sus compañeros y para la comunidad que legalmente está llamada a proteger y hacen que médica y legalmente no sea apto para la Vida Militar, por tanto se despacha en forma negativa la reubicación laboral ..."*. Negrilla es del original.

Agrega que lo anterior desestima la tesis del Juzgado, pues con las conclusiones del Tribunal Médico, es notable que el demandante no acreditó capacidades en áreas diferentes a las de mero combate, que hicieran viable una posible reubicación en otra labor y cita la Ley 923 de 2004 en cuanto a que el organismo médico laboral recomendó la no reubicación, con lo que sí se hizo el análisis de las condiciones del militar, y de ahí que se opone a su reintegro debido a que la incapacidad física-síquica no le permite un desarrollo satisfactorio y por el contrario le traería consigo graves consecuencias en su integridad ya que no solo se pone en peligro su derecho fundamental a la vida e integridad personal, sino también los mismos derechos fundamentales que recaen en el resto de integrantes de la fuerza pública y personal civil, y anota que la protección reforzada es restringida cuando no procede la reubicación laboral.

5. El traslado del recurso. Surtido este trámite (a.10), la parte demandante no se pronunció, y se concedió el recurso para ante el Tribunal Administrativo de Arauca (a.11, a.12).

CONSIDERACIONES

1. Competencia. El Tribunal Administrativo de Arauca es competente para resolver el recurso de apelación planteado, pues se trataba al momento de su radicación, de un auto susceptible de este medio de impugnación (Artículos 153, 243.2, CPACA) y se decide por la Sala (Artículo 125, CPACA), de plano como lo determinaba el artículo 244.3, CPACA¹.

2. Problema jurídico: ¿Procede revocar la providencia apelada, en los términos planteados por la demandada?

3. Pruebas. En el expediente está demostrado:

a. El demandante hizo parte del Ejército Nacional, y su último rango fue el de Soldado Profesional (pág. 94, a.01).

b. En el Acta de Junta Médica Laboral 85241 del 14 de abril de 2016 y entre otras conclusiones, se le evalúa al Soldado Profesional Luis Martín Lozada Hernández la disminución de la capacidad laboral en el 22.56%, y no se sugiere su reubicación laboral (pág. 90-93, a.01).

Ante su inconformidad, el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía en el Acta M16-487 del 29 de agosto de 2016, entre otras decisiones, ratifica la calificación e índices de la Junta Médica Laboral así como la negativa de reubicación laboral (pág. 72-79, a.03).

c. Mediante la Orden Administrativa de Personal (OAP) 2243 de 2016, se retiró al hoy demandante del Ejército Nacional (pág. 122-124, a.01).

4. Caso concreto

Consiste en dilucidar si se revoca la decisión que en primera instancia declaró la medida cautelar de suspensión provisional de la Orden Administrativa de Personal (OAP) 2243 de 2016, mediante la cual se retiró al hoy demandante del Ejército Nacional.

4.1. Sobre el tema en discusión, se hace necesario precisar que de manera expresa, concreta y taxativa, se cuestiona el retiro del demandante y se busca su reintegro a la entidad, a través de la posibilidad de reubicación.

4.2. Respecto de la causal de retiro que se adujo para desvincular al hoy demandante y la naturaleza jurídica de las actas médico laborales en la Fuerza Pública, el Consejo de Estado (M. P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, 1 de agosto de 2019, rad. 25000234200020150115102, 0623-19) consagra:

¹ Es el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

"26. La capacidad sicofísica se define como el conjunto de condiciones físicas, síquicas y mentales que le permiten a una persona desempeñarse como miembro activo de la fuerza pública, y que son verificables al momento del ingreso al servicio, para la permanencia o ascenso, y para definir la situación medico laboral y las consecuencias prestacionales y asistenciales que ello provoque.

27. El Decreto 1790 de 2000, en sus artículos 100 y 106, dispone como causal de retiro del servicio la disminución de la capacidad sicofísica. A su vez, el Decreto 1796 de 2000, regula la evaluación de la capacidad sicofísica y de la disminución de la capacidad laboral de los miembros de fuerza pública.

28. De la revisión de las normas indicadas, se infiere que las evaluaciones de la capacidad sicofísica de un militar, que es realizada por la Junta Médico Laboral y/o el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía de las Fuerzas Militares o de Policía, corresponden a decisiones preparatorias o de trámite, comprendidas dentro de una actuación administrativa que entre otras consecuencias, puede derivar en el retiro del servicio del uniformado o en un reconocimiento prestacional".

Sin embargo, es de aclarar que cuando se trata de decidir la pensión de invalidez, sí pueden ser justiciables en caso de no contener el porcentaje mínimo de disminución de la capacidad laboral para obtener la prestación, pues la misma sentencia precisa que *"impiden seguir adelante con la actuación administrativa en la medida en que no permite al afectado solicitar el reconocimiento de la pensión de invalidez, de manera que son susceptibles de demanda ante ésta jurisdicción"*. Lo cual no se discute en este proceso, como se advirtió.

Como se observa, el criterio jurisprudencial permite establecer que en el presente caso, las actas de las autoridades médico laborales que dictaminaron sobre el hoy demandante, son meros actos de trámite o preparatorios y en forma consecencial, y por ello no demandables; corrobora lo anterior, que tales documentos no contienen decisiones, solo determinan el porcentaje de disminución de la capacidad laboral del entonces militar y se limitan a consignar que *"No se **sugiere** reubicación laboral"*. Resaltado fuera del original. De manera que el contenido de los documentos permite determinar, se reitera, que no son actos administrativos, ya que no adoptan una decisión de fondo, no crean, ni modifican, ni extinguen por sí solos una situación jurídica propia, aun cuando sí permiten adoptar decisiones en dos campos: El prestacional respecto de la regulación de la pensión de invalidez o indemnizatorio, y el administrativo, sobre la causal de retiro del servicio.

En cuanto al segundo de ellos, las autoridades médico laborales se limitaron a hacer una recomendación, la cual no surte efectos jurídicos definitivos sobre la situación del Soldado; esto es, no contiene la decisión de retirarlo, pues se restringe a declararlo no apto para el servicio y a sugerir que no se le reubique. Significa que la recomendación pasa a otro órgano de la Institución, que puede acoger o apartarse de aquella. Razón que ratifica que las actas de los organismos médico laborales son apenas actos de trámite.

Sin embargo y de ahí las anteriores consideraciones, ello no impide que se valoren para determinar si los respectivos actos administrativos demandados que las tuvieron de fundamento, están incurso en razón de ellas en las causales de nulidad que se les endilgan, a aquellos (Corte Constitucional, sentencias T-166 de 2016 y SU-053 de 2015 y Consejo de Estado, M. P. William Hernández Gómez, 7 de abril de 2016, rad. 05001-23-31-000-2002-02975-01, 0738-13).

4.3. Para decidir, se resalta que en este momento procesal el debate judicial apenas está comenzando, por lo que no es dable abordar el asunto con estudio de fondo; de ahí que no procede un análisis profundo de la normativa aplicable ni de los criterios jurisprudenciales referidos al tema; y por ello, se restringe el pronunciamiento a la decisión impugnada y a los cargos de la apelación.

El *a quo* adoptó la medida de suspensión provisional del acto administrativo que decidió el retiro del hoy demandante, al considerar que la entidad no contempló otras aptitudes o capacidades para que continuara a su servicio en aras de la protección al discapacitado mediante la asignación de actividades diferentes a las bélicas, por lo que coligió que *"la decisión carece de ese razonamiento"*.

Por su parte, la apelante cuestiona la decisión afirmando que dicho análisis sí se hizo desde los dictámenes de las autoridades médicas militares que establecieron que el hoy demandante no era susceptible de reubicación laboral con las respectivas sustentaciones.

La Sala encuentra claro que la decisión de retirar al entonces Soldado Profesional Lozada Hernández se adoptó por una causal legal, la disminución de la capacidad sicofísica, contenida en norma jurídica aplicable, el Decreto 1793 de 2000 en sus artículos 7, 8 y 10, dentro de lo que prescribió esta última disposición: *"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"*.

No obstante, este artículo 10 fue condicionado en su aplicación por la Corte Constitucional (Sentencia C-063 de 2018): *"siempre y cuando se entienda que el retiro por disminución de la capacidad psicofísica de los soldados profesionales del Ejército Nacional sólo procede cuando el concepto de la Junta Médico Laboral sobre reubicación no sea favorable y sus capacidades no puedan ser aprovechadas en otras actividades administrativas, de mantenimiento o de instrucción, entre otras"*. Previamente, la misma Alta Corte y el Consejo de Estado se habían pronunciado en igual sentido y sobre la necesidad de brindarle protección laboral reforzada a quienes presentaran disminución de su capacidad laboral, incluso adoptando a veces la inaplicación del citado artículo 10; entre otras providencias: T-305-10, T-843/13, M.P. Luis Rafael Vergara Quintero, 3 de agosto de 2011,

rad. 2011-01118, M.P. Alfonso Vargas Rincón, 17 de marzo de 2011, rad. 2011-00024.

En el tema también se debe tener presente la función que se le impone a la Junta Médico Laboral Militar y Policía en el numeral 2 del artículo 15 del decreto 1796 de 2000 de "*Clasificar el tipo de incapacidad sicofísica y aptitud para el servicio, pudiendo recomendar la reubicación laboral cuando así lo amerite*", mientras que en el artículo 21 establece que "*El Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía conocerá en última instancia de las reclamaciones que surjan contra las decisiones de las Juntas Médico-Laborales y en consecuencia podrá ratificar, modificar o revocar tales decisiones. (...)*".

De manera que de conformidad con las normas jurídicas y los criterios jurisprudenciales, la sola disminución de la capacidad sicofísica del militar o del policía no impone su automática desvinculación; para decidir su retiro, se requiere además de la declaratoria de no apto y de la asignación de un porcentaje inhabilitante, que las autoridades médico laborales de la Fuerza Pública no recomienden su reubicación laboral, en concepto que debe estar debidamente motivado.

En el expediente se encuentra que contrario al fundamento que adujo el *a quo* para ordenar la suspensión provisional, los dictámenes de las autoridades médico laborales militares, sí contemplaron otras aptitudes o capacidades del entonces Soldado Profesional y expusieron sus razonamientos para sugerir la no reubicación laboral.

Así, la Orden Administrativa de Personal (OAP) 2243 de 2016, por la que se retiró al hoy demandante del Ejército Nacional, se sustentó en el "*Acta Médico Tribunal M16-487*" del 29 de agosto de 2016 (pág. 123, a.01).

A su vez, el Acta de Junta Médica Laboral 85241 del 14 de abril de 2016, registró que Luis Martín Lozada Hernández informó "*no estar laborando desde hace 10 meses por incapacidad de psiquiatría*" (pág. 91, a.01), emite calificación de "*Incapacidad permanente parcial*" y de "*No apto para actividad militar. No se sugiere reubicación laboral*", asigna un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 22.56% y motiva la sugerencia de no reubicación laboral en que "*SE DA DE FORMA NEGATIVA YA QUE PRESENTA PATOLOGÍA DE ORDEN MENTAL Y EN CASO DE PERMANECER EN LA FUERZA EXPUESTO A LOS FACTORES ESTRESORES PROPIOS DE LA ACTITUD Y ENTORNO MILITAR PODRÍA PONER EN PELIGRO NUEVAMENTE LA SALUD Y BIENESTAR DEL PACIENTE*" (pág. 92, a.01).

Mientras que el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía en el Acta M16-487 del 29 de agosto de 2016, entre otras decisiones, ratifica la calificación e índices y porcentaje de la Junta Médica Laboral así como la negativa de reubicación (pág. 72-79, a.03), la que sustenta: "*Respecto a la reubicación laboral esta Instancia evidencia y considera que en concordancia a lo anteriormente expuesto y las secuelas que presenta el*

calificado le impiden desarrollar la labor para la cual fue incorporado a la Institución, toda vez que la patología psiquiátrica le impide permanecer en este tipo de instituciones que genera estresores que pueden agravar su patología; aunado a su falta de preparación y conocimientos en áreas de apoyo a la actividad operacional; además, el permanecer en un medio jerarquizado, en donde tiene acceso a armamento puede generar un riesgo para su salud, sus compañeros y para la comunidad que legalmente está llamado a proteger y hacen que médica y legalmente no sea apto para la vida Militar, por tanto se despacha en forma negativa la reubicación laboral”.

Como se aprecia, sí se expusieron los razonamientos que extrañó el *a quo*, los que incluyeron además de los puramente médicos, sus criterios sobre otros ámbitos del servicio (Áreas de apoyo, actividad operacional) a los que no recomienda vincularlo, y agrega que la sola permanencia en la Institución, por las circunstancias propias de la vida militar, se puede agravar su situación de salud y además de ponerse en riesgo él mismo, el peligro se extiende a sus compañeros y a la comunidad en general.

A lo anterior se agrega que las condiciones propias que padece en su fisiología el hoy demandante, ratifican que no es jurídico acoger la pretensión de reintegro, lo que se produciría si queda en firme la decisión apelada. Así, él mismo informó *“no estar laborando desde hace 10 meses por incapacidad de psiquiatría”* (pág. 91, a.01). Y resulta por lo menos contradictorio que Lozada Hernández pida su reingreso, cuando además también se le había otorgado una incapacidad por 30 días *“para no permanecer en la unidad militar”* (Hecho 22, pág. 14, a.01) y protestaba por el porcentaje de incapacidad laboral asignado del 22.56%, *“a pesar de los serios daños psiquiátricos sufridos por mi cliente”* (Hecho 24, pág. 14, a.01), por lo que inconforme pidió *“la realización del Tribunal Médico Laboral”* (Hecho 25, pág. 16, a.01), para que *“se incremente el porcentaje total de la discapacidad laboral de mi cliente ... asimismo, pensionar al SLP LOZADA HERNÁNDEZ, a causa del incremento del porcentaje de discapacidad como resultado de la valoración hecha por el Tribunal Médico”* (pág. 72, a.03); y reconoce que *“ha tenido un notable deterioro a causa del Trauma lumbar que padece, que a todas luces es una enfermedad degenerativa ... tenga una disminución más notoria en su capacidad psicofísica”* Hecho 26, pág. 17, a.01).

Significa que el mismo Lozada Hernández reconoce que la gravedad de su situación de salud no es la adecuada para reintegrarse a la vida militar, y es la confesión que hace en la demanda (Prueba de confesión por apoderado judicial, artículos 194, 195, 197, C. P. C., 193, CGP, y Consejo de Estado, M. P. Marta Nubia Velásquez Rico, 3 de julio de 2020, rad. 05001-23-33-000-2016-01009-01, 60676, M. P. Marta Nubia Velásquez Rico, 8 de mayo de 2020, rad. 25000-23-36-000-2019-00563-01, 65209, M. P. María Adriana Marín, 24 de septiembre de 2020, rad. 20001-23-39-003-2015-00513-01, 60724 y M.P. Alberto Montaña Plata, 3 de abril de 2020, rad. 05001-23-31-000-2010-01736-01, 45876.

Por lo tanto, prospera el recurso de apelación pues se demostró en este momento procesal, que la decisión de la entidad sí analizó las diferentes circunstancias que concurrían en el entonces Soldado Profesional para no optar por su reubicación dentro de la Institución militar, lo cual concordaba con otras pruebas que a hoy se han aportado al proceso.

No obstante, se deja claro que una situación de fondo solo podrá ser adoptada al término del proceso, cuando las partes hayan presentado todo su respectivo acervo probatorio y sus consideraciones jurisprudenciales y doctrinales sobre el tema objeto del debate judicial.

5. Por lo expuesto y probado, se responde ante el problema jurídico que se planteó, que procede revocar la providencia apelada.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Arauca,

RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR la medida cautelar que se adoptó en la providencia de primera instancia, proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Arauca, el 5 de noviembre de 2020.

SEGUNDO. ORDENAR que en firme la presente providencia, se devuelva el expediente al Despacho de origen, previas las anotaciones de rigor.

La presente providencia fue aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIS NORBERTO CERMEÑO
Magistrado


YENITZA MARIANA LÓPEZ BLANCO
Magistrada


LIDA YANNETTE MANRIQUE ALONSO
Magistrada