



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISION No. 6

MAGISTRADO PONENTE: FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS

Tunja, 28 NOV 2019

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: EDILBERTO ANTONIO PULIDO TOVAR

DEMANDADO: MINISTERIO DE DEFENSA –POLICÍA NACIONAL

RADICACIÓN No: 150013333 008-2016-00045-01

I. ASUNTO A RESOLVER

El Despacho del Magistrado Ponente avoca nuevamente conocimiento del proceso de referencia y procede a obedecer y cumplir lo ordenado por el Consejo de Estado, Sección Cuarta, en sentencia de tutela 30 de octubre de 2019, en la que se **AMPARÓ** el derecho fundamental al debido proceso del señor Edilberto Antonio Pulido Tovar, y se dispuso **DEJAR SIN EFECTOS** los numerales 3º, 4º Y 5º de la sentencia de 14 de marzo de 2018, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá dentro del proceso de nulidad y restablecimiento de derecho con radicado con número 2016- 00045-01, y se ordenó a ésta Corporación Judicial, proferir una nueva decisión en la que se tenga en cuenta los parámetros establecidos en la sentencia de tutela.

En cumplimiento de lo anterior, procede la Sala a proferir nueva decisión de segunda instancia, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por **EDILBERTO ANTONIO PULIDO TOVAR** en contra del **MINISTERIO DE DEFENSA –POLICÍA NACIONAL**.

II. ANTECEDENTES

2.1. LA DEMANDA: Por conducto de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el señor **EDILBERTO ANTONIO PULIDO TOVAR** solicitó que se declare la nulidad de la Resolución No. 04507 de 05 de octubre de 2015, por medio del cual la entidad demandada lo retiró del servicio por disminución de su capacidad sicofísica. A título de restablecimiento del derecho, pidió que se ordene a la demandada reintegrarlo en una actividad o cargo que pueda desempeñar teniendo en cuenta su grado de escolaridad, sus habilidades y destrezas tanto físicas como académicas. Igualmente, que se ordene el pago debidamente indexado de los salarios, prestaciones sociales, primas, subsidios y demás emolumentos dejados de percibir hasta cuando sea reintegrado, con los respectivos intereses moratorios, y que se declare que no ha existido solución de continuidad. Adicionalmente, solicitó que se ordene a la demandada pagar la suma de 100 SMLMV por concepto de perjuicios morales, y se condene al pago de las costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones, el actor adujo que ingresó al servicio de la Policía Nacional el día 14 de enero de 2010 en el grado de patrullero, y laboró en la subestación de policía ubicada en el corregimiento "El Mango" del Municipio de Argelia Departamento del Cauca, lugar con permanente presencia de grupos subversivos, especialmente de las FARC; lugar que fue objeto de un ataque terrorista el día 20 de septiembre de 2011, dejándolo herido con traumatismo facial, ocular y ruptura de la membrana timpánica, razón por la que el Área de Medicina Legal de la Policía Nacional mediante Acta de Junta Médica Laboral No. 2027 de 01 de octubre de 2014 determinó una disminución de la capacidad laboral del 28.73%, decisión confirmada por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y Policía mediante Acta No. TML 15-1-331 MDNSG-TML-41.1, declarándolo además "no apto" y sin reubicación laboral.

Adicionalmente, señaló que fue trasladado al departamento de Policía de Boyacá, desempeñándose como radioperador u operador del Despacho de

Policía de Boyacá (DEBOY) en la ciudad de Tunja, siendo hospitalizado en varias ocasiones en el Centro de Rehabilitación Integral de Boyacá, y posteriormente retirado del servicio mediante Resolución No. 04507 de 05 de octubre de 2015, por la disminución en la capacidad sicofísica que le fue determinada, decisión que se le notificó por aviso el día 30 de octubre de 2015.

Indicó que es padre cabeza de familia, convive con su esposa y una hija menor de 4 años de edad quienes dependen económicamente de él. Además, expresó que no ha conseguido empleo desde que fue retirado de la Policía quedando desamparado y su familia también, teniendo en cuenta que la disminución de la capacidad laboral asignada es del 28.73%, siendo insuficiente para acceder a la pensión de invalidez.

Finalmente, señaló que se vulneraron sus derechos fundamentales al desvincularlo sin tener en cuenta la estabilidad laboral reforzada y sin aplicación de la excepción de inconstitucionalidad del numeral 3 del artículo 55 del Decreto Ley 1791 de 2000, se le desconoció el derecho a ser reubicado, por lo que considera que es viable que se condene al pago de la indemnización contemplada en el inciso 2º del artículo 26 de la ley 361 de 1997 (fl. 4 a 22).

2.2. LA PROVIDENCIA IMPUGNADA. Se trata de la sentencia proferida el 26 de mayo de 2017 por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, en la que se negaron las pretensiones de la demanda. Para llegar a dicha decisión, la Juez *A quo* señaló que si bien el señor EDILBERTO ANTONIO PULIDO laboró como operador dentro del Centro Automático de Despacho desde el 05 junio de 2012 hasta el 1º de agosto de 2014, lo cierto es que el Tribunal Médico Laboral no recomendó la reubicación laboral teniendo en cuenta que *"curso con una patología mental bajo estresores propios del cargo para el cual fue incorporado que puede desencadenar en reactivación y colocar en riesgo al paciente, sus compañeros y la comunidad, sumado a que no cuenta con otras habilidades aprovechables por la Policía Nacional."*

Afirmó que lo anterior impide ordenar el reintegro del demandante a la

institución, y que al consultar el sistema de información siglo XXI se pudo advertir la existencia de dos procesos en los cuales el demandante tiene como pretensiones el reconocimiento de la pensión de invalidez y el aumento del porcentaje de la pérdida de capacidad laboral, las cuales considera se contradicen con las planeadas en el presente proceso.

Conforme a tales consideraciones, concluyó que el acto demandado se ajusta a derecho conservando la presunción de legalidad que lo ampara, lo que conlleva a negar las súplicas de la demanda (fls. 281 a 292).

2.3. EL RECURSO DE APELACIÓN: Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado judicial de la parte actora la impugnó oportunamente reiterando lo planteado en el escrito de demanda e indicando que la Policía Nacional no solo omitió y desconoció el deber constitucional y legal de dar cumplimiento al principio de la estabilidad laboral reforzada, sino que también omitió el deber de aplicar la excepción de inconstitucionalidad del numeral 3 del artículo 55 del Decreto Ley 1791 de 2000 que contempla como causal de retiro la disminución de la capacidad sicofísica del policía. Igualmente, invocó normas internacionales que amparan el trabajo de las personas en situación de discapacidad, contenidas en el Convenio 159 de la OIT y la Convención de la Naciones Unidas aprobada por la Ley 1346 de 2009.

Adujo que en el procedimiento de retiro del servicio activo no existió autorización del inspector de trabajo o de la autoridad competente, por lo que además del reintegro del actor, es viable que se condene a la demandada al pago de la indemnización contemplada en el inciso 2 del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, teniendo en cuenta que la indemnización que le fue reconocida por la demandada fue destinada para mejorar la salud del demandante.

Adicionalmente, adujo que el Juez de primera instancia decretó pruebas de oficio de manera posterior a la presentación de alegatos de conclusión, dirigidas al Juzgado 13 Administrativo Oral del Circuito de Tunja, y al Tribunal Administrativo de Boyacá, con el fin de que se allegaran los documentos relacionados con demandas instauradas por el demandante y

que cursan en esos despachos, las cuales no se dio la oportunidad de contradecirlas, y que de todas maneras tales demandas no afectan la solicitud de nulidad del acto administrativo de retiro del servicio, debido a que en la demanda presentada en el Tribunal se demandaron las actas expedidas por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, solicitando el aumento de la disminución de la capacidad laboral asignada al demandante, encontrándose amparados por la presunción de legalidad los actos allí demandando, y que en vista de que las demandas no han sido admitidas, no es posible hablar de contradicción, debido a que a la fecha no se le ha reconocido al actor pensión de invalidez (fls. 296 a 306).

2.4. ALEGATOS DE CONCLUSION.

2.4.1. NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL:

La apoderada de la Nación – Ministerio de defensa – Policía Nacional_ solicitó se confirme la sentencia de primera instancia por encontrarse ajustada a los pronunciamientos legales y jurisprudenciales aplicables al caso.

Expresó que la Junta Médico Laboral o el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía son las únicas autoridades médico laborales competentes para determinar la capacidad laboral de los miembros de la Fuerza Pública, y una vez emiten un concepto técnico, objetivo y especializado en el que se declare a un funcionario policial no apto sin sugerencia de reubicación laboral, es deber de la Institución Policial proceder a efectuar el retiro del uniformado mediante la expedición de una acto administrativo de ejecución.

De otra parte, manifestó que el demandante no allegó prueba técnica, objetiva y especializada que controvierta la decisión del Tribunal Médico Laboral para que prosperaran las pretensiones, y no cuenta con destrezas ni habilidades aprovechables por la Policía Nacional, circunstancia que impide ordenar el reintegro, además de existir varias demandas con diferentes sustentos y peticiones que se contradicen, como lo mencionó el Juez de primera instancia, por lo que las pretensiones se deben negar como lo dispuso la Juez A quo (fl. 325 a 344).

2.4.2. PARTE ACTORA: El apoderado del demandante allegó alegatos de conclusión reiterando los fundamentos expuestos dentro del recurso de apelación (fl. 352 a 362).

III. CONSIDERACIONES

3.1 PROBLEMA JURÍDICO:

Se contrae a estudiar la legalidad de la Resolución No. 04507 de 05 de octubre de 2015 expedida por el Director General de la Policía Nacional, y para ello, se deberá determinar si la entidad demandada ejerció correctamente la facultad de retirar al actor del servicio activo por disminución de la capacidad sicofísica.

3.2 Marco Jurídico y Jurisprudencial

3.2.1 Derecho de permanencia o reubicación de los miembros de la fuerza pública que ven disminuida su capacidad laboral.

Para el efecto debemos acudir al Decreto 1791 del año 2000 a través del cual se *"modifican las normas de carrera del Personal de Oficiales, Nivel Ejecutivo, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional"*, en cuyo artículo 54 se define el retiro del servicio como *"la situación por la cual el personal uniformado, sin perder el grado, cesa en la obligación de prestar servicio..."*, y en relación con las causales de retiro, consagra:

"ARTÍCULO 55. CAUSALES DE RETIRO. *El retiro se produce por las siguientes causales:*

1. *Por solicitud propia.*
2. *Por llamamiento a calificar servicios.*
3. *<CONDICIONALMENTE exequible> **Por disminución de la capacidad sicofísica¹.***
4. *Por incapacidad absoluta y permanente o gran invalidez.*
5. *Por destitución.*
6. *Por voluntad del Ministro de Defensa Nacional, o la Dirección General de la Policía Nacional por delegación, para el nivel ejecutivo, los agentes.*
7. *Por no superar la escala de medición del Decreto de Evaluación del Desempeño Policial.*
8. *Por incapacidad académica.*
9. *Por desaparecimiento.*

¹ La Corte Constitucional mediante sentencia C-381 de 2005 lo declaró condicionalmente exequible en el entendido de que el retiro del servicio por disminución de la capacidad psicofísica solo procede cuando el concepto de la Junta Médico Laboral sobre reubicación no sea favorable y las capacidades del policía no puedan ser aprovechadas en actividades administrativas, docentes o de instrucción.

10. *Por muerte.*"

Por su parte, el artículo 2º del Decreto 1796 de 2000², define la capacidad psicofísica 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.*"

Ahora, en lo que respecta a la competencia para determinar la capacidad psicofísica de un soldado, el artículo 15 ibídem prevé que tal estudio está a cargo de las Juntas Médico-Laborales Militares y de Policía a quienes corresponde, en primera instancia, realizar la valoración de las secuelas, clasificar el tipo de incapacidad que se presente y calificar la aptitud para el servicio, "*pudiendo recomendar la reubicación laboral cuando así lo amerite*".

Igualmente, de acuerdo con el artículo 21 ídem, 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 decisiones³.

En relación con la causal dispuesta en el numeral 3º del artículo 55 del Decreto 1791 del año 2000 "*Por disminución de la capacidad sicofísica*", el artículo 59 de la misma codificación señala que se podrán mantener en servicio activo aquellos policiales que habiendo sufrido disminución de la capacidad sicofísica y obtenido concepto favorable de la Junta Médico Laboral sobre reubicación, y sus capacidades, puedan ser aprovechadas en actividades administrativas, docentes o de instrucción.

La Corte Constitucional mediante sentencia C-381/05, haciendo estudio de constitucionalidad al numeral 3º del artículo 55, al artículo 58 y al artículo 59 del Decreto 1791 del año 2000, adujo que es procedente el

²La norma que regula la evaluación de la capacidad psicofísica y la disminución de la capacidad laboral de los miembros de la fuerza pública.
³ARTICULO 21. TRIBUNAL MEDICO-LABORAL DE REVISION MILITAR Y DE POLICIA. 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. Así mismo, conocerá en única instancia la revisión de la pensión por solicitud del pensionado.

retiro del servicio de la Policía Nacional por disminución en la capacidad sicofísica, siempre que se concluya que la persona no tiene capacidad alguna aprovechable, concluyendo que:

*"No podría mantenerse en la Policía todo el grupo de personas que sufran alguna discapacidad, so pretexto de dar aplicación absoluta al principio de estabilidad laboral reforzada, porque se desnaturalizaría su función y se pondría en riesgo sus importantes funciones constitucionales y legales y con ello los derechos de los ciudadanos. Con fundamento en lo expuesto, una persona discapacitada o con disminución de su capacidad sicofísica no podrá ser retirada de la institución por ese sólo motivo **si se demuestra que se encuentra en condiciones de realizar alguna labor administrativa, de docencia o de instrucción**. Por ello es imprescindible que exista una dependencia o autoridad médica especializada que realice una valoración al individuo que tenga alguna disminución en su capacidad sicofísica para que, con criterios técnicos, objetivos y especializados, determine si dicha persona tiene capacidades que puedan ser aprovechadas en actividades administrativas, docentes o de instrucción propias de la institución. **Solamente después de realizada la valoración correspondiente y siempre que se concluya que la persona no tiene capacidad alguna aprovechable para tales tareas, podrá ser retirado de la Policía Nacional.** Esa autoridad, conforme al artículo 59 del Decreto 1791 de 2000, acusado, es la Junta Médico Laboral. No puede dejarse tal atribución a la mera liberalidad del superior o a cuestiones eminentemente subjetivas".*

3.2.2. De la protección constitucional y legal a la población discapacitada.

Frente a éste aspecto, el Consejo de Estado⁴ ha señalado que "A partir de la expedición de la Constitución Política de 1991, se ha venido consolidado en el país un marco jurídico que determina los derechos de la población con discapacidad y al mismo tiempo las obligaciones del Estado y la sociedad para con ellos". En este sentido, se observa que el artículo 13 de la Constitución consagra una cláusula de protección especial en favor de las personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.

Por su parte, el legislador se ha encargado de desarrollar dicha protección especial mediante la Ley 361 de 1997, por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación, y la Ley 762 de 2002, que aprueba la Convención Interamericana para la

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", sentencia de 07 de octubre de 2010, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, radicación No. 76001-23-31-000-2004-05185-01(0319-09).

eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad.

En el ámbito internacional, la Organización Internacional del Trabajo OIT, se ha ocupado del tema de la discriminación laboral contra personas discapacitadas, así se observan, entre otros instrumentos, en el Convenio No. 159 de 1983 sobre adaptación y la readaptación profesionales de los inválidos, ratificado por Colombia el 7 de diciembre de 1989 y en las Recomendaciones Nos. 99 de 1955 y 168 de 1983; mediante las cuales se consideró que la adaptación y la readaptación de estas personas son imprescindibles para que puedan recuperar al máximo posible su capacidad física y mental y reintegrarse a la función social, profesional y económica que puedan desempeñar.

4. CASO CONCRETO

Según se hace constar en informe emitido el día 27 de septiembre de 2011 y dirigido al Comandante del Departamento de Policía del Cauca, el día 20 de septiembre de 2011 "en el Corregimiento el Mango jurisdicción del municipio Argelia- Cauca, siendo aproximadamente las 21:00 horas se presenta un ataque con lanzamiento de artefactos explosivos artesanales (Tatucos y Cilindros) hacia la base de patrulla del personal de la Primera Sección del EMCAR 40 DECAU por parte del 60 frente de las FARC-EP", causando la muerte de dos patrulleros, y lesiones al patrullero EDILBERTO ANTONIO PULIDO TOVAR, precisándose en dicha oportunidad que "presenta traumatismo facial y ocular, ruptura de la membrana timpánica...." (fl. 60).

Ahora, según lo afirma el apoderado del actor y se puede evidenciar en el certificado de tiempo de servicios visible a folio 41 del plenario, luego del referido atentado ocurrido el 20 de septiembre de 2011, el ex patrullero EDILBERTO ANTONIO PULIDO TOVAR fue trasladado al Departamento de Policía de Boyacá, desempeñándose inicialmente en el área de Fuerza Control Territorial desde el 23 de febrero de 2012 hasta el 04 de junio de 2012, y posteriormente como Operador de Despacho del Departamento de Policía de Boyacá del 05 de junio de 2012 al 05 de octubre de 2015 (fl.

5, 102 y 41), fecha en que fue retirado del servicio por medio de Resolución No. 04507 de ésta última calenda, por disminución de la capacidad laboral del 28.73%, de acuerdo con lo previsto en el artículo 7 del Decreto Ley 1796 de 2000, y con fundamento en lo establecido en el Acta del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar No. 15-1-331MDNSG – TML- 41.1. de 14 de agosto de 2015, en la que se calificó la pérdida de la capacidad laboral del ex patrullero EDILBERTO ANTONIO PULIDO TOVAR en un 28.73%, en los siguientes términos (fls. 71 a 76):

"ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN

*Los integrantes del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía procedieron a efectuar examen físico al paciente **encontrándolo en buenas condiciones generales, ingresa por sus propios medios, adecuada presentación personal, signos vitales estables;** ojos: Isocoría normo reactiva a la luz y a la acomodación, **agudeza visual sin corrección 20/20 en ambos ojos, Otoscopia bilateral con conductos auditivos externos permeables, con membranas íntegras y con luminoso presente, no actitud cafótica;** piel cicatrices facial a un centímetro del surco naso labial de 4 centímetros por un centímetro que compromete la estética facial y cicatriz frontal de 2 centímetros, cicatriz trauma de 1,5 centímetros por 2 centímetros en región anterior tercio proximal del brazo izquierdo, **pensamiento lógico** prospección incierta introspección **conservando lenguaje claro, pensamiento lógico juicio y raciocinio debilitados.***
(....)

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

*INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL- **NO APTO** PARA ACTIVIDAD POLICIAL, por artículo 59 c 1 y artículo 68 a y b del Decreto 094 de 1989. No se recomienda reubicación laboral.*

C. Evaluación de la disminución de la capacidad laboral.

Presenta una disminución de la capacidad laboral de:

Actual: VEINTE Y OCHO PUNTO SENTENTA Y TRES POR CIENTO (28.73%)

Total: VEINTE Y OCHO PUNTO SENTENTA Y TRES POR CIENTO (28.73%)

D. Imputabilidad al Servicio

De conformidad con lo establecido en el artículo 15 y 24 de Decreto 1796 de 2000, le corresponde: 1, 2, 3, 4 y 5 Literal C. Ocurrió en el servicio como consecuencia de combate o en accidente relacionado con el mismo, o por acción directa del enemigo, en tareas de mantenimiento o restablecimiento del orden público, o en conflicto internacional por IAL 465/2012 sin fecha DICAR."

Seguidamente, el Área de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa-Policía Nacional, expidió "LIQUIDACIÓN DE INDEMNIZACIÓN POR

INCAPACIDAD RELATIVA Y PERMANENTE” a nombre del ex patrullero EDILBERTO ANTONIO PULIDO TOVAR en los siguientes términos:

“...Que de conformidad con el Decreto 094 de 1989 le corresponde un(os) índices(s) lesionales(es) de 2.2.3.5 con una edad de 26 años y una disminución lesional de 28.73% las lesiones fueron adquiridas EN COMBATE, y de acuerdo con la(s) tablas D, le corresponde una indemnización equivalente a 24.5 meses de salario...”, lo que arrojó un valor de \$38.176.652 (fl. 49).

En este orden de ideas, dirá la Sala que si bien de acuerdo con lo previsto en el artículo 59 del Decreto 1791 del año 2000 y lo señalado por la Corte Constitucional en sentencia C-381/05, en principio podría afirmarse que el acto administrativo de retiro del servicio del actor se encuentra ajustado a derecho, en vista de que el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía definió en concepto No. TML15-1-331 MDNSG- TML-41.1 de 14 de agosto de 2015 que el patrullero EDILBERTO ANTONIO PULIDO TOVAR presentaba “INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL- NO APTO PARA ACTIVIDAD POLICIAL, y que “No se recomienda reubicación laboral”; es del caso señalar que la Corte Constitucional en diferentes oportunidades se ha pronunciado sobre los derechos al trabajo y a la igualdad de los soldados profesionales cuando el Ejército o la Policía Nacional ordena su retiro con pase de reserva, en razón a la pérdida de su capacidad psicofísica.

En dichos pronunciamientos, ha analizado la competencia de la Juntas Médico-Laborales y del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía para determinar la posibilidad de reubicación de los soldados; creando unas reglas aplicables a estos casos, en los siguientes términos:

En la sentencia T-503 de 2010⁵, la Corte Constitucional amparó los derechos fundamentales al trabajo, a la vida digna, al mínimo vital, a la igualdad y a la estabilidad laboral reforzada, de un soldado calificado con el 28.25% de pérdida de capacidad laboral, en consecuencia, **ordenó su reubicación teniendo en cuenta su grado de escolaridad,**

⁵M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

habilidades y destrezas. En esta oportunidad la Corte consideró que el Estado tiene la obligación de asegurar una debida protección a las personas que han sufrido una discapacidad en actos relacionados con el servicio.

En la sentencia T-081 de 2011⁶, la Corte Constitucional amparó los derechos fundamentales al trabajo y a la seguridad social de un soldado profesional víctima de una mina antipersona, que fue desvinculado del Ejército Nacional como consecuencia de la calificación de la Junta Médica Laboral, que determinó una pérdida de capacidad del 32.57%, en consecuencia, ordenó su reubicación teniendo en cuenta su grado de escolaridad, habilidades y destrezas. En este caso, la Corte determinó que el derecho a la estabilidad laboral reforzada de las personas en situación de discapacidad implica la prohibición de retirarlas de la institución en razón de una discapacidad, y la obligación de reubicación del funcionario.

En la sentencia T-910 de 2011⁷, la Corte Constitucional amparó los derechos fundamentales a la vida digna, a la seguridad social, a la salud, a su dignidad humana y a la igualdad real y efectiva, de un soldado profesional que fue desvinculado del Ejército Nacional como consecuencia de la calificación de la Tribunal Médico Laboral, que determinó una pérdida de capacidad del 25.00%, en consecuencia, ordenó al Ministerio de Defensa y al Ejército Nacional que **dispusieran las actuaciones requeridas para que el Tribunal Médico de Revisión Laboral de las Fuerzas Militares de Colombia practicara un examen sicofísico al demandante, a efectos de establecer, objetivamente, la actividad en la que se pudiera desarrollar, y explicaran las razones de la conclusión a la que se llegara, para poder ser reincorporado en una actividad compatible con su nivel de discapacidad.**

Esta providencia sustentó la orden de reubicación del soldado en consideraciones tales como: (i) el papel de los soldados en la sociedad colombiana, (ii) el deber de las fuerzas militares de capacitarlos, y (iii) de

⁶P. Jorge Iván Palacio Palacio. En aquella ocasión la Sala resolvió inaplicar la disposición contenida en el artículo 10° del Decreto 1793 de 2000. Lo anterior por considerar que, a pesar de que el actuar de la entidad se encontraba ajustado a la ley, el accionante era un sujeto que merecía especial protección constitucional y resultaba reprochable cualquier forma de discriminación en su contra. Esta decisión fue reiterada por la misma Sala de Decisión, en la sentencia T-459/12 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).

⁷M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

cómo ante una situación de calificación de la especial protección del soldado se debe preferir su permanencia en la institución con la capacitación requerida antes que su desvinculación.

En la sentencia T-1048 de 2012⁸, muy importante para el presente caso, la Corte Constitucional tuteló los derechos fundamentales de un soldado profesional y un patrullero de la Policía, quienes fueron desvinculados con ocasión de la disminución de su capacidad psicofísica. En esta providencia, la Corte consideró que la competencia tanto de la Junta como del Tribunal Médico Laboral, se debe limitar a definir si las condiciones de salud, físicas y mentales, del personal afectado le permiten o no desarrollar otro tipo de labores y no a efectuar el análisis general y abstracto de la suficiencia de su formación académica.

Finalmente, y recapitulando los precedentes mencionados, en la sentencia T-928 de 2014⁹ se analizó el caso de un soldado profesional valorado por el Tribunal Laboral de Revisión Militar y de Policía declarándolo no apto para la prestación del servicio por su 42.81% de pérdida de capacidad como consecuencia de: (i) trastorno psicótico agudo¹⁰ -de origen común-, (ii) cicatrices por leishmaniasis -de origen profesional-, (iii) gastritis crónica -de origen común-, y (iv) hipoacusia neurosensorial leve bilateral de 20 db -de origen profesional. La Sala protegió los derechos a la igualdad y al trabajo del soldado profesional, quien fue retirado del servicio como consecuencia de su pérdida de capacidad laboral, sin la evaluación adecuada sobre la posibilidad de reubicación en la institución.

Los fundamentos para adoptar la decisión fueron los siguientes:

"(i) El hecho de que un soldado profesional sea calificado como no apto para continuar prestando el servicio, implica que no puede seguir desempeñándose en "esa" labor, pero no excluye que el militar desarrolle otra actividad dentro de la institución.

(ii) Con fundamento en el principio de integración laboral de las personas en situación de discapacidad, el Estado tiene la obligación de reubicar a estos sujetos que merecen especial protección constitucional, en la medida de sus capacidades.

⁸ M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁹ M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹⁰ En el acta de calificación del Tribunal Laboral de Revisión Militar y de Policía (Folio 53 del Cuaderno de primera instancia) se indica que antes de practicarse la valoración, el accionante estaba "hospitalizado en la clínica La Mano de Dios en Sahagún porque intentó autoagredirse".

(iii) Antes de dar aplicación a las normas sobre desvinculación de soldados por razón de la disminución de la capacidad psicofísica, es necesario hacer una valoración de las condiciones de salud, de las habilidades, de las destrezas y de las capacidades del afectado, a fin de establecer si existen actividades que podría cumplir dentro de la institución, de manera que sea posible disponer su reubicación en otro cargo.

(iv) Para determinar la procedencia de la reubicación existen dos elementos que deben tenerse en cuenta: uno **subjetivo**, que refiere a que la persona física y mentalmente esté en capacidad de desarrollar labores administrativas, docentes o de instrucción dentro de la institución; y otro **objetivo**, que se relaciona con la definición de la labor que efectivamente pueda ser asignada, teniendo en cuenta la existencia y disponibilidad de un cargo que corresponda a los estudios, preparación, y capacitación del sujeto.

El primero, deberá ser determinado por las Juntas Médico Laborales y el Tribunal Laboral de Revisión Militar y de Policía, a quienes corresponde apreciar las capacidades psicofísicas de los soldados que son declarados no aptos para continuar desarrollando sus labores. Entonces, deberán rendir un concepto técnico en el que se evalúen sus habilidades, y determinen específicamente qué tipo de actividades pueden desarrollar -tales como labores administrativas, docentes o de instrucción-, y con fundamento en tal valoración, motiven la recomendación de efectuar o no la reubicación.

El segundo, se hará por las jefaturas o direcciones de personal de la institución, quienes, con fundamento en el concepto antes mencionado, se encargarán de definir la labor que efectivamente pueda ser asignada, teniendo en cuenta las habilidades del militar, y la existencia y disponibilidad de un cargo que corresponda a los estudios, preparación, y capacitación del sujeto.

(v) De lo anterior se sigue que la determinación del porcentaje de pérdida de capacidad que hacen las Juntas Médicas y el Tribunal de Revisión debe ser congruente con su recomendación de reubicación, pues si se califica a una persona con una pérdida de capacidad menor del 50% pero se dice que su capacidad psicofísica no es suficiente para desempeñar ninguna actividad, la decisión es incoherente y con ella se impide, al mismo tiempo, que el sujeto sea reubicado y que acceda a una pensión de invalidez.”(Negrilla y resaltado fuera del texto).

Seguidamente, acogiendo los precedentes expuestos, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, en sentencia T-141 de 2016, dentro del **Expediente T-5208261**, al estudiar un caso parecido al que es objeto de estudio, en el que se determinó si el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía y el Batallón Especial Energético y Vial No. 10 “Cr. José A. Concha” vulneraron los derechos fundamentales a la seguridad social, a la salud, al trabajo, a la vida digna y a la estabilidad laboral reforzada del señor Wilfran Andrés Santiago Santiago al considerarlo no apto para desarrollar ninguna actividad en la Fuerza

Pública como consecuencia de la disminución de su capacidad psicofísica -13%- y la ausencia de capacitación, se concluyó lo siguiente:

"80. El hecho de que un soldado profesional sea calificado como no apto para continuar prestando el servicio, implica que no puede seguir desempeñándose en "esa" labor, pero no excluye que el militar desarrolle otra actividad dentro de la institución.

En la decisión en la que se declaró no apto al soldado profesional Santiago Santiago, el Tribunal Médico Laboral determinó que su diagnóstico no le permitía "desarrollar normal y eficientemente la actividad militar, correspondiente a su cargo, grado, empleo o funciones". Dicha motivación, difiere del precedente constitucional citado¹¹, pues no evalúa específicamente si su padecimiento es incompatible con cualquier otro cargo dentro de la institución, parece que solo se refiere al cargo que a la fecha del dictamen ocupaba, y al no tener la capacidad psicofísica para desempeñarlo, da por hecho que en ningún otro oficio físico puede ser reubicado el soldado.

Además, no encuentra la Sala una motivación clara y congruente respecto de cómo la disminución de la capacidad laboral del accionante del 13% pueda impedirle al soldado cumplir sus funciones en alguno de los cargos asumidos por él luego del accidente, específicamente en el área de control de citas en el dispensario médico como archivista (archivaba historias clínicas) o en la entrega de autorizaciones.

(...)

Lo anterior obliga a las Fuerzas Militares de Colombia a motivar de manera clara y precisa el por qué reubicar a una persona con disminución de apenas el 13% de su capacidad laboral, desborda su capacidad de mantener en la institución al soldado profesional.

81. Con fundamento en el principio de integración laboral de las personas en situación de discapacidad, el Estado tiene la obligación de reubicar a estos sujetos que merecen especial protección constitucional, en la medida de sus capacidades.

La calificación de disminución de la capacidad laboral del actor fue del 13%, lo cual indica que cuenta con un amplio porcentaje de capacidad laboral residual para desempeñarse en otro tipo de funciones diferentes a aquellas que podrían incrementar el dolor lumbar. Al respecto, el médico tratante dijo que dicho lumbago obedecía al "sobrecargo de peso frecuente en la carga diaria soportada por su profesión de soldado profesional" y por lo tanto, recomendó "no levantar peso a 10kg, limitación para caminatas largas e imposibilidad para levantar equipo de campaña". Le correspondía entonces al Tribunal Médico Laboral, verificar la posibilidad de reubicación del actor en un cargo donde dicha restricción física no fuere incompatible con las funciones del mismo.

82. Antes de dar aplicación a las normas sobre desvinculación de soldados por razón de la disminución de la capacidad psicofísica, es necesario hacer una valoración de las condiciones de salud, de las

¹¹Sentencia T-928/14 (M.P. Gloria Stella Ortiz Díaz).

habilidades, de las destrezas y de las capacidades del afectado, a fin de establecer si existen actividades que podría cumplir dentro de la institución, de manera que sea posible disponer su reubicación en otro cargo.

(....)

Concluyendo que, el accionante está incapacitado para "realizar actividades físicas intensas y para cargas excesivas." Teniendo en cuenta dicha conclusión, la Sala reitera que sí era procedente que el Tribunal evaluara la posibilidad de reubicación del actor en un lugar de trabajo en el que dicha incapacidad no fuera obstáculo para su ejercicio. De la descripción de la situación, no se desprende una evidencia incontrovertible de que el actor sea no apto para la prestación del servicio, por la lumbalgia padecida.

(....)

En el caso concreto tenemos que el señor Santiago Santiago fue calificado con una disminución de su capacidad laboral del 13%, porcentaje que según el Tribunal Médico lo hace no apto para la prestación del servicio militar ni para ser reubicado, pero que tampoco lo hace merecedor de una pensión de invalidez. Dicha consideración, a juicio de la Sala, conlleva una incoherencia entre la calificación de pérdida de capacidad laboral y la decisión de no reubicación, pues descarta, sin motivación alguna, sus posibilidades para "desarrollar labores que bien pueden resultar útiles, provechosas o meritorias dentro del amplio espectro misional de aquella, en el que no todo es guerra, batalla, combate o escaramuza"¹² y le impide acceder a una pensión de invalidez como consecuencia de su supuesta ineptitud por la cual es retirado del servicio.

85. Por todo lo anterior, la Sala concluye que en este caso el Ejército Nacional vulneró los derechos fundamentales al trabajo y a la igualdad del señor Wilfran Andrés Santiago Santiago, porque dispuso el retiro del soldado en razón a la disminución de su capacidad psicofísica, sin haber hecho una valoración de las condiciones de salud, de las habilidades, de las destrezas y de las capacidades del afectado, a fin de establecer si existen actividades que podría cumplir dentro de la institución, de tal forma que su capacidad laboral sea congruente con el porcentaje de pérdida de capacidad laboral calificada por el Tribunal Médico Laboral correspondiente."

Entonces, de acuerdo con las posturas jurisprudenciales expuestas, se puede colegir que le corresponde a las Juntas Médico Laborales y al Tribunal Laboral de Revisión Militar y de Policía, realizar una valoración **SUBJETIVA**, esto es, **apreciar las capacidades psicofísicas de los soldados que son declarados no aptos para continuar desarrollando sus labores, teniendo el deber de rendir un concepto técnico en el que se evalúen sus habilidades, y determinen específicamente si la persona física y mentalmente**

¹²Ver sentencia T-910/11 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

podría desarrollar funciones tales como labores administrativas, docentes o de instrucción, y con fundamento en tal valoración, motiven la recomendación de efectuar o no la reubicación. Por su parte, a las jefaturas o direcciones de personal de la institución Policial, le corresponde, con fundamento en el concepto antes mencionado, realizar una **EVALUACIÓN OBJETIVA con el fin de definir la labor que efectivamente pueda ser asignada, teniendo en cuenta las habilidades del policía, y la existencia y disponibilidad de un cargo que corresponda a los estudios, preparación, y capacitación del sujeto.**

Aunado a lo anterior, es importante tener presente que la determinación del porcentaje de pérdida de capacidad que hacen las Juntas Médicas y el Tribunal de Revisión debe ser congruente con su recomendación de reubicación, pues si se califica a una persona con una pérdida de capacidad menor del 50% pero se dice que su capacidad psicofísica no es suficiente para desempeñar ninguna actividad, la decisión es incoherente y con ella se impide, al mismo tiempo, que el sujeto sea reubicado y que acceda a una pensión de invalidez¹³.

Bajo dichas precisiones, y analizando el caso bajo estudio, encuentra la Sala que en los conceptos emitidos por la Junta Médica Laboral 1 de la Policía Nacional (fls. 91 y 92), y por el Tribunal Médico de Revisión Militar (fls. 72 a 76), se evidencian incongruencias en el "**ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN**" del expatrullero EDILBERTO ANTONIO PULIDO TOVAR con respecto al "**porcentaje de disminución de la capacidad laboral**", y la "**Calificación de las Lesiones o afecciones y calificación de capacidad de servicio**", pues, a pesar que del dictamen emitido por PSIQUIATRÍA el 29/09/2014, se dejó establecido que "(...) *Hace un mes se encuentra que presenta habilidades y destrezas para realizar actividades administrativas cumpliendo recomendaciones médicas, no porte de armamento, no turno nocturno, no utilizar uniformes*" (fl. 72 y 91 anverso), y que en el "Análisis de la Situación", de ambos conceptos, coincidieron en afirmar que el paciente es encontrado en buenas condiciones generales, que no tienen ideas de auto o heteroagresión,

¹³Así lo concluyó la Corte Constitucional en Sentencia T-141/16

lenguaje espontáneo y lógico, juicio de realidad conservado, signos vitales estables, "agudeza visual sin corrección 20/20 en ambos ojos, Otoscopia bilateral con conductos auditivos externos permeables, con membranas íntegras y cono luminoso presente, no actitud cifótica.." (fl. 74), extrañamente y sin fundamento alguno se le calificó con **INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL- NO APTO PARA ACTIVIDAD POLICIAL, y "No se recomienda reubicación laboral"**.

Lo anterior permite a la Sala colegir que la Resolución No. 04507 de 05 de octubre de 2015 se encuentra viciada de nulidad por FALSA MOTIVACIÓN, en la medida que en la misma se dispuso retirar del servicio activo de la Policía Nacional al Patrullero EDILBERTO ANTONIO PULIDO TOVAR, por Disminución de la Capacidad Sico-física, tomando como fundamento el acta emitida de forma irregular por el Tribunal Médico de Revisión Militar, en la que se calificó al paciente con INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL- NO APTO PARA ACTIVIDAD POLICIAL, y "No se recomienda reubicación laboral", debido a que en dicha acta no se **dejó constancia de que se le haya realizado previamente al actor un análisis SUBJETIVO que valore sus habilidades, destrezas y capacidades-** para que se pudiera llegar a esa conclusión, pues para la Sala resulta incoherente que se le califique al actor con un porcentaje del 28.73% de pérdida de la capacidad laboral, y al tiempo se establezca que no tiene capacidad para desempeñar ninguna actividad policial, determinaciones con las que evidentemente se deja desprotegido al actor, como quiera que le impide ser reubicado y acceder a una pensión de invalidez, actuación que va en contravía de las normas constitucionales que brindan especial protección constitucional a las personas que han sufrido disminución en sus capacidades psicofísicas y/o discapacidad con ocasión de los servicios prestados, así como del principio de solidaridad que debe gobernar en la Policía Nacional y a las Fuerzas Militares de Colombia.

En este punto es importante traer a colación las consideraciones realizadas en la sentencia T-910 de 2011 en la que se resaltó el deber que les asiste a la Policía Nacional y a las Fuerzas Militares de Colombia, de proteger, acorde con las normas constitucionales y legales, a los

integrantes de sus filas, y en virtud del principio de solidaridad, es su deber incorporar en sus políticas, planes de atención y tratamiento del personal y capacitaciones, medidas concretas tendientes a permitir que aquellos soldados que sufren percances, en cumplimiento de sus funciones, superen sus afecciones físicas y/o psicológicas en la misma Institución a la cual decidieron servir, **siendo la desvinculación la última alternativa posible y, ante la cual, deberá corresponder una pensión de invalidez.**

En consecuencia, y al evidenciarse que el acto administrativo acusado se encuentra afectado de ilegalidad por falsa de motivación, ésta Sala **REVOCARA** la sentencia de primera instancia y en su lugar **(i)** declarará la nulidad de la Resolución No. 04507 de 05 de octubre de 2015 por la cual el Ministerio de Defensa- Policía Nacional retiró del servicio activo al accionante; y como consecuencia de lo anterior, **(ii)** ordenará al Ministerio de Defensa- Policía Nacional que reintegre al señor **EDILBERTO ANTONIO PULIDO TOVAR** en un cargo que pueda desempeñar teniendo en cuenta su grado de escolaridad, así como sus habilidades y destrezas tanto físicas como académicas. Igualmente, que se le paguen los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde que fue retirado del servicio y hasta que se produzca su reintegro, y se declarara que durante dicho termino no ha existido solución de continuidad.

En este orden de ideas, al haber prosperado la pretensión principal de reintegro y pago de salarios y prestaciones sociales dejados de percibir, no resulta procedente reconocer la pretensión de reconocimiento de indemnización de perjuicios realizada.

5. COSTAS.

La Sala impondrá condena en costas de segunda instancia a la entidad demandada por ser la parte vencida en el proceso, y por encontrarse causadas, conforme lo establece el numeral 1º del artículo 365 del C.G.P. Para su fijación y liquidación se procederá conforme al artículo 366 del C.G.P.

VI. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 6 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: REVOCAR en todas sus partes la sentencia proferida el 26 de mayo de 2017 por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito judicial de Tunja, en la que se negó las pretensiones de la demanda. En su lugar,

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad de la Resolución No. 04507 de 05 de octubre de 2015 por la cual el Ministerio de Defensa- Policía Nacional retiró del servicio activo al accionante, por las razones expuestas en la parte motiva de ésta providencia.

TERCERO: ORDENAR al MINISTERIO DE DEFENSA- POLICÍA NACIONAL, REINTEGRAR al señor **EDILBERTO ANTONIO PULIDO TOVAR** en un cargo que pueda desempeñar teniendo en cuenta su grado de escolaridad, así como sus habilidades y destrezas tanto físicas como académicas.

CUARTO: Declarar que no ha habido solución de continuidad desde la fecha en que fue retirado del servicio el señor **EDILBERTO ANTONIO PULIDO TOVAR**, y hasta que se haga efectivo su reintegro.

QUINTO: ORDENAR al MINISTERIO DE DEFENSA- POLICÍA NACIONAL, PAGAR al señor **EDILBERTO ANTONIO PULIDO TOVAR**, los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir, correspondientes al cargo que venía desempeñando, desde la fecha en que fue retirado del servicio y hasta la calenda en que se produzca su reintegro, debiéndose hacer los descuentos legales correspondientes por concepto de aportes pensionales en el porcentaje que corresponde, los cuales deberán ser consignados en el fondo de pensiones al que estaba afiliado el actor.

SEXTO: Negar las demás pretensiones de la demanda.

SÉPTIMO: Condenar en costas de segunda instancia a la entidad demandada por ser la parte vencida en el proceso, y por encontrarse causadas, conforme lo establece el numeral 1º del artículo 365 del C.G.P. Para su fijación y liquidación se procederá conforme al artículo 366 del C.G.P.

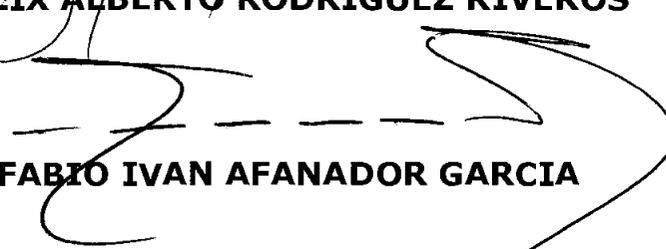
OCTAVO: Una vez en firme la presente providencia, por secretaría envíese las presente providencia al despacho de origen.

NOVENO: Por Secretaría de ésta Corporación Judicial, envíese copia de la presente providencia a la Sección Cuarta del Consejo de Estado, dentro de la acción de tutela radicada bajo el No. 11001-03-15-000-2019-03769-01, Consejero Ponente: Milton Chaves García, a efectos de demostrar el cumplimiento de la sentencia proferida el 30 de octubre de 2019.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados:

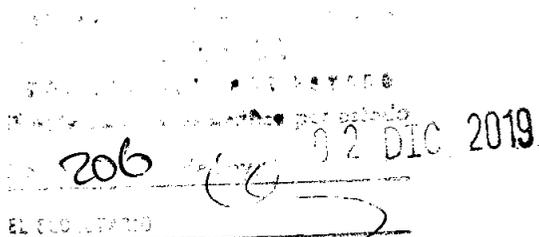

FELIX ALBERTO RODRIGUEZ RIVEROS


FABIO IVAN AFANADOR GARCIA

Ausente
LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA

HOJA DE FIRMAS

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: EDILBERTO ANTONIO PULIDO TOVAR
DEMANDADO: MINISTERIO DE DEFENSA -POLICÍA NACIONAL
RADICACIÓN No: 150013333 008-2016-00045-01


 206
 9 2 DIC. 2019.
 EL SECRETARIO



127

Radicado: 11001-03-15-000-2019-03769-01
Demandante: Edilberto Antonio Pulido Tovar

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA**

CONSEJERO PONENTE: MILTON CHAVES GARCÍA

Bogotá D.C., treinta (30) de octubre de dos mil diecinueve (2019)

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
Radicado: 11001-03-15-000-2019-03769-01
Demandante: EDILBERTO ANTONIO PULIDO TOVAR
Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
Temas: Tutela contra providencia judicial

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide la impugnación presentada por el señor Edilberto Antonio Pulido Tovar contra la sentencia del 29 de agosto de 2019, dictada por la Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado, que negó el amparo.

ANTECEDENTES

1. Pretensiones

El señor Edilberto Antonio Pulido Tovar ejerció acción de tutela contra el Tribunal Administrativo de Boyacá, por considerar vulnerados los derechos fundamentales al debido proceso, de defensa y contradicción y de acceso a la administración de justicia. En consecuencia, formuló las siguientes pretensiones:

"Pretensiones principales"

Se deje sin efectos los numerales tercero o séptimo de la parte resolutive del fallo de segunda instancia, igualmente la parte motiva que justifica o sustenta dichos numerales, proferido por el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión No. 6, dentro del expediente de medio de control y restablecimiento del derecho radicado bajo el radicado (sic) 15001 33 33 008 2016 00045 00 (01), y se ordene a la sentencia de segunda instancia, por medio del cual se reemplace los numerales en cuestión de la siguiente manera:

Se corrijan las órdenes dadas para el restablecimiento de mis derechos, entre ellos se le ordene al demandado:

- i) Mi reintegro a la Policía Nacional en una actividad o cargo que pueda desempeñar.*
- ii) El pago debidamente indexado de los salarios, prestaciones sociales, primas, subsidios y demás emolumentos dejados de percibir por el suscrito desde la fecha de mi desvinculación de la Policía Nacional hasta cuando sea reintegrado al servicio activo de la misma, igualmente que se declare que no ha habido solución de continuidad.*
- iii) Se condene a la Policía Nacional al pago de los intereses moratorios sobre las sumas que deberá cancelarme por concepto de pago de salarios, prestaciones sociales, primas, subsidios y demás emolumentos dejados de*



percibir por parte del suscrito desde la fecha de mi desvinculación de la Policía Nacional hasta cuando sea reintegrado al servicio activo de la misma.

Pretensiones subsidiarias:

(...)

Se ratifique: i) la revocatoria de la sentencia de primera instancia, y también; ii) la declaratoria de nulidad del acto administrativo demandado.

Pero igualmente se corrijan las órdenes dadas para el restablecimiento de mis derechos (...)¹

2. Hechos:

De la demanda de tutela se indican como hechos relevantes, los siguientes:

El señor Edilberto Antonio Pulido Tovar ingresó al servicio de la Policía Nacional el 14 de enero de 2010, en el grado de patrullero, en la subestación de Policía del corregimiento de El Mango, municipio de Argelia, departamento del Cauca.

El 20 de septiembre de 2011, dicha estación de policía fue objeto de un ataque terrorista en el que el señor Pulido Tovar quedó herido con traumatismo facial, ocular y ruptura de la membrana timpánica.

En consecuencia, el Área de Medicina Legal de la Policía Nacional profirió el Acta de Junta Médica Laboral No. 2027 de 1 de octubre de 2014, en la que determinó una disminución de la capacidad laboral del 28.733 %, decisión confirmada por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y Policía mediante Acta No. TML 15-1-331 MDNSG-TML-41.1, declarándolo no apto y no recomendó la reubicación laboral.

Así mismo, el Área de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa – Policía Nacional expidió “Liquidación de indemnización por incapacidad relativa y permanente” a nombre del señor Pulido Tovar, por un valor de \$ 38.176.652.

El 5 de octubre de 2015, mediante Resolución No. 04507, fue retirado del servicio por la disminución de la capacidad psicofísica que le fue determinada. Su último cargo fue el de radioperador del despacho de la Policía de Boyacá. Esa decisión le fue notificada por aviso el 30 de octubre de 2015.

El señor Pulido Tovar interpuso demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra el Ministerio de Defensa – Policía Nacional, en el que solicitó que se declarara la nulidad de la Resolución No. 04507 de 2017. A título de restablecimiento del derecho, solicitó que se ordenara el reintegro en una actividad o cargo que pueda desempeñar, teniendo en cuenta su grado de escolaridad, y sus habilidades físicas y académicas. Además, que se ordenara: i) el pago de los emolumentos dejados de percibir y; ii) el reconocimiento de perjuicios morales.

El fundamento de la demanda consistió en que la entidad demandada no tuvo en cuenta la estabilidad laboral reforzada de la que era beneficiario por su condición y

¹ Folio 19 del expediente de tutela.



tampoco aplicó la constitucionalidad condicionada del numeral 3 del artículo 55 del Decreto 1791 de 2000, esto es, la posibilidad de reubicación en la institución.

El 26 de mayo de 2017, el Juzgado Octavo Administrativo de Tunja negó las pretensiones de la demanda porque: i) el Tribunal Médico Laboral no recomendó la reubicación del señor Pulido Tovar, pues sufría de una patología mental que podía ser reactivada debido a los estresores del cargo y poner en riesgo al paciente, sus compañeros y la comunidad y que no contaba con otras habilidades aprovechables para la Policía Nacional; ii) que consultó el Sistema de Información Siglo XXI y advirtió la existencia de dos procesos de nulidad y restablecimiento del derecho, interpuesto por el actor contra la Policía Nacional, en los que el demandante solicitó el reconocimiento de la pensión de invalidez y el aumento del porcentaje de la pérdida de capacidad laboral, pretensiones que se contradicen con las planteadas en el asunto *sub examine*.

El actor apeló dicha decisión con fundamento en los mismos supuestos expuestos en la demanda. Además, anotó que: i) en el procedimiento de retiro del servicio no existió autorización del inspector del trabajo o de la autoridad competente; ii) debía condenarse a la entidad demandada al pago de la indemnización prevista en el inciso 2 del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, máxime si se tenía en cuenta que la indemnización reconocida fue destinada para mejorar la salud del señor Pulido Tovar; iii) el juzgador de primera instancia no estaba facultado para decretar pruebas de oficio de forma posterior a la presentación de los alegatos de conclusión. Al respecto, aclaró que el *a quo* requirió al Juzgado 13 Administrativo de Tunja y al Tribunal Administrativo de Boyacá para que allegaran los documentos de las otras demandas instauradas por el actor. No obstante, no contó con la posibilidad de controvertir esos medios probatorios y que, en caso de discusión, no afectan la discusión del presente asunto porque no habían sido resueltas.

El 14 de marzo de 2019, el Tribunal Administrativo de Boyacá revocó la sentencia de primera instancia, con sustento en los siguientes argumentos:

Adujo que el precedente proferido por la Corte Constitucional en este tipo de eventos establece que el Tribunal Médico Laboral debe motivar de manera clara y congruente porqué el padecimiento es incompatible con cualquier otro cargo dentro de la institución y por ello la imposibilidad de reubicación.

Resaltó que en los casos en los que la pérdida de la capacidad laboral es menor al 50 %, la posibilidad de reubicación debía ser especialmente estudiada, pues esa determinación debe ser coherente con el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral.

Señaló que en el presente caso existen incongruencias entre los conceptos emitidos por la Junta Médica Laboral y el Tribunal Médico de Revisión Militar, porque, a pesar de que en el dictamen emitido por psiquiatría el 29 de septiembre de 2014 se expresó que el actor podía cumplir actividades administrativas, se recomendó la no reubicación del mismo. Por ello, afirmó que la resolución demandada se encuentra viciada por falsa motivación, pues se sustentó en el acta emitida por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar, que no realizó un análisis **subjectivo** de la condición del actor, en el que se valoraran las habilidades y destrezas que podían ser aprovechadas en otro cargo y, así, proceder a la reubicación del señor Pulido Tovar.



En consecuencia: i) declaró la nulidad de la resolución demandada; ii) ordenó al Ministerio de Defensa – Policía Nacional que dispusiera lo necesario para que el Tribunal Laboral de Revisión Militar analizara nuevamente la situación del actor y, en el evento de considerarlo no apto para la prestación del servicio, determiné si está capacitado para realizar labores administrativas, docentes o de instrucción. Además, previó que esas conclusiones debían estar debidamente soportadas en las condiciones físicas y mentales evaluadas; iii) advirtió que la determinación del porcentaje de pérdida de la capacidad laboral debía ser congruente con la recomendación de reubicación y, en caso de concluir que no tiene capacidad psicofísica para desempeñar ninguna actividad, debía proceder a recalificar el porcentaje de pérdida con el fin de determinar si era posible acceder o no a la pensión de invalidez.

El 19 y el 21 de marzo de 2019, el apoderado del actor solicitó la adición y aclaración de la sentencia, de la siguiente forma: i) pidió que se aclare o adicione el numeral 6 de la parte resolutive de la sentencia, en lo atinente al reconocimiento de la pensión de invalidez, en el sentido de establecer que esta prestación, de ser reconocida, debía cancelarse a partir de la fecha en la que el actor fue retirado de la Policía Nacional; ii) solicitó que se adicionara el literal 5, en el entendido que se indicara que de haber lugar al reintegro, se declarara que no hubo solución de continuidad.

El 11 de abril de 2019, el Tribunal Administrativo de Boyacá no accedió a la solicitud de adición del numeral sexto, porque consideró que, si hubiera lugar a la pensión de invalidez, la fecha de reconocimiento debía ser determinada por la Junta Médico Laboral.

De otro lado, accedió a la adición del numeral 5, en el entendido de establecer que no existía solución de continuidad, en el caso de ser procedente el reintegro.

El 24 de abril de 2019, el actor radicó un nuevo memorial ante el Tribunal demandado, en el que advirtió que la entidad demandada incumplió con lo ordenado en la sentencia, porque, si bien el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía profirió una nueva acta en la que se declaró al demandado no apto para la actividad policial y que no se recomendaba la reubicación laboral, se decretó una pérdida de la capacidad laboral del 27.58 %, esto es, inferior a la inicialmente determinada. Así mismo, advirtió que esa acta estaba fundamentada en el concepto por la especialidad de psiquiatría inicialmente realizada, es decir, no se realizó una nueva valoración por esa especialidad.

El 12 de julio de 2019, el Tribunal Administrativo de Boyacá no accedió a la solicitud de adición de sentencia.

3. Argumentos de la tutela

A juicio del actor, la autoridad judicial demandada vulneró el derecho fundamental al debido proceso porque en la sentencia trasgredió el principio de congruencia, pues no tenía facultad para proferir los numerales tercero al sexto², de la forma en

² Los referidos numerales señalan lo siguiente:

“Tercero: Ordenar al Ministerio de Defensa – Policía Nacional que disponga lo necesario para que dentro del término de treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia (...) el Tribunal Laboral de Revisión Militar y de Policía analice nuevamente la situación del señor Edilberto Antonio



que lo hizo y, por el contrario, debió apegarse a lo solicitado por la parte actora en la demanda, esto es, la declaratoria de nulidad del acto administrativo, el reintegro a la Policía Nacional y el pago de los emolumentos dejados de percibir.

Al respecto, explicó que al juez de la causa solo le es permitido pronunciarse respecto a lo pretendido, lo probado y lo excepcionado dentro del mismo y no efectuar un análisis sobre temas que no hacen parte de la litis, pues esto conlleva a que a que el fallo sea *extra* o *ultra petita*.

4. Oposiciones

El **Tribunal Administrativo de Boyacá** contestó la acción de tutela y solicitó que se negaran las pretensiones de la acción de tutela. Para tal efecto, se remitió a los argumentos expuestos en la providencia controvertida.

5. Intervenciones

El **Ministerio de Defensa – Policía Nacional** consideró que el accionante no cumplió con la carga argumentativa que le corresponde, porque no expresó el defecto específico de procedibilidad de tutela contra providencia judicial. De modo que debía negarse el amparo solicitado.

Manifestó que la autoridad judicial demandada, al emitir la decisión judicial, falló conforme a derecho, porque estuvo basada en los hechos probados de la demanda. Así mismo, expresó que si bien es cierto el actor allegó solicitudes de adición y aclaración de la providencia cuestionada, estas no estuvieron

Pulido Tovar (...) y, en el evento de considerarlo no apto para la prestación del servicio como patrullero, determine si medicamente está o no capacitado para desarrollar labores administrativas, docentes o de instrucción en la Policía Nacional y si, en consecuencia, es o no aconsejable su reubicación, con la advertencia de que esta conclusión debe estar soportada exclusivamente en sus condiciones de salud físicas y mentales.

Se ha de advertir, que la determinación del porcentaje de pérdida de capacidad realizada por el Tribunal Médico Laboral debe ser congruente con su recomendación de reubicación; por lo tanto, si se concluye que el señor Edilberto Antonio Pulido Tovar no tiene capacidad psicofísica suficiente para desempeñar ninguna actividad, se deberá recalificar su pérdida de capacidad, con el fin de determinar si puede acceder a la pensión de invalidez.

Cuarto: En caso del análisis subjetivo realizado por el Tribunal Laboral de Revisión Militar y de Policía, se determine la posibilidad de reubicación del señor Edilberto Antonio Pulido Tovar, en atención a sus condiciones de salud físicas y mentales, el Ministerio de Defensa – Policía Nacional, a través de las jefaturas o direcciones de personal de la institución policial, dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha en que es emitido el referido concepto (...) deberá realizar evaluación objetiva con el fin de determinar la labora que efectivamente puede ser asignada, teniendo en cuenta las habilidades del actor, y la existencia y disponibilidad de un cargo que corresponda a los estudios, preparación y capacitación del sujeto.

Quinto: Efectuada tal evaluación, y de ser viable la reubicación del señor Edilberto Antonio Pulido Tovar, a título de restablecimiento del derecho, ordenar al Ministerio de Defensa – Policía Nacional que proceda a:

- a) Reintegrarlo y reubicarlo de manera inmediata, y*
- b) A cancelarle (...) los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir, correspondientes al cargo que venía desempeñando, desde la fecha en que fue retirado del servicio y hasta la calenda en que se produzca su reintegro.*

Sexto: Si de los estudios subjetivo y objetivo se concluye que no es viable la reubicación por pérdida de la capacidad laboral superior al 50 %, ordenar al Ministerio de Defensa – Policía Nacional que dé trámite el reconocimiento de la pensión de la pensión de invalidez (...)"



encaminadas a controvertir la decisión que ordenó una nueva valoración por parte del Tribunal Médico de Revisión Militar y de Policía.

Resaltó que acató lo ordenado en la sentencia y, en acta TML-19-0-222 de 17 de abril de 2019, el Tribunal Médico de Revisión Militar y de Policía efectuó una nueva valoración de la situación del actor, en la que se consignó que no era recomendable la reubicación y que con la pérdida de capacidad laboral determinada, no era posible conceder una pensión de invalidez.

6. Sentencia impugnada

La Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado, en sentencia del 29 de agosto de 2019, negó el amparo solicitado con fundamento en las siguientes consideraciones:

Aclaró que si bien esta Corporación ha establecido el recurso extraordinario de revisión, específicamente, en la causal de nulidad originada en la sentencia, como la herramienta judicial para controvertir decisiones judiciales por violación del principio de congruencia, en el presente asunto ese medio de defensa no resulta eficaz e idóneo para resolver de manera pronta la situación del actor, máxime si se tiene en cuenta que es un ex miembro de la Policía Nacional, que se encuentra en un estado de debilidad manifiesta al estar desempleado y con varias dificultades médicas. De modo que, al estar acreditada una condición especial, es procedente realizar un análisis sobre el yerro judicial alegado.

Analizó la sentencia controvertida y concluyó que la autoridad judicial demandada declaró la nulidad del acto demandado y ordenó una nueva evaluación de la junta médica. Además que, sujeto la decisión de reintegro a los resultados obtenidos en esa evaluación. De modo que si el actor presentaba una pérdida de la capacidad laboral superior al 50 %, la entidad debía adelantar los trámites respectivos para el reconocimiento de la pensión de invalidez.

Afirmó que, por sí sola, esa situación no podía ser considerada *extra o ultra petita*, ya que solamente se pretendió garantizar la estabilidad económica del ex patrullero y adoptar dos presuntas soluciones, teniendo en cuenta la situación médica del mismo, bien sea mediante su reintegro o mediante la pensión, dada su condición de vulnerabilidad.

Por lo anterior, concluyó que existe relación entre lo pretendido y lo concedido, pues no son situaciones ajenas a lo solicitado en el escrito de demanda.

De otro lado, adujo que si el actor controvierte el cumplimiento del fallo por parte de la Policía Nacional, la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para cuestionar ese punto, porque el actor cuenta con otro medio de defensa judicial para lograr la materialización de la sentencia. Frente a este punto, precisó que los artículos 305 y 306 del Código General del proceso establecen el procedimiento para adelantar el cumplimiento de una sentencia proferida por cualquier autoridad judicial.

7. Impugnación

El actor impugnó la anterior decisión y reiteró lo expuesto en el escrito inicial, atinente a que la autoridad judicial demandada incurrió en desconocimiento del



principio de congruencia, porque no solicitó una nueva valoración por parte del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, sino el reintegró a la Policía Nacional y el consecuente pago de salarios.

Manifestó que la Policía Nacional, mediante el Tribunal Médico Laboral, realizó una nueva valoración, a pesar de que *“no hace parte de la organización de la Policía, y por ende no fue demandado, ni mucho menos condenando en el proceso ordinario, razón por la que no está ni estará obligado a cumplir el fallo que emitió el Tribunal Administrativo de Boyacá.”*

Así mismo, cuestionó que en el acta proferida por ese tribunal se hubiera determinado una pérdida de la capacidad laboral inferior a la inicialmente señalada, que, conforme a la normatividad que regula la materia, no conlleva al reconocimiento de la pensión de invalidez, y, además, que se determinó que no es apto para el servicio, sin derecho a la reubicación laboral.

Expresó que no cuenta con otro medio de defensa judicial, porque *“con demanda ejecutiva, la Policía Nacional va a argumentar que la sentencia ya la cumplió al realizarme una nueva valoración, pero que como el Tribunal Médico Laboral es un ente aparte de la Policía Nacional (con autonomía en sus decisiones), esto ya se le escapa de las manos al demandado en el sentido de ordenarle el cumplimiento de una sentencia judicial proferido en un proceso que nunca fue parte.”*

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La acción de tutela está consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, reglamentado por el Decreto 2591 de 1991, que en el artículo 1 establece: *«Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señala este decreto».*

Esta acción procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Acción de tutela contra providencias judiciales

En cuanto a la acción de tutela como mecanismo para controvertir providencias judiciales, se precisa que, de manera excepcional, se reconoce la procedencia cuando se advierte la afectación manifiesta de los derechos constitucionales fundamentales.

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sentencia de **31 de julio de 2012**, Exp. 2009-01328-01, aceptó la acción la tutela contra providencia judicial y acogió el criterio de la *procedencia excepcional*³, para

³ La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y las distintas Secciones que la componen, antes y después del pronunciamiento de **29 de junio de 2004** (Expediente AC-10203), han abierto paso la acción de tutela, de manera excepcional, cuando se ha advertido la vulneración de derechos constitucionales fundamentales. De ahí que en esa oportunidad - sentencia de 31 de julio de 2012 - se admita, que debe acometerse el estudio de fondo, cuando se esté en presencia de providencias



lo cual aplicó la metodología desarrollada por la Corte Constitucional en la sentencia C-590 de 2005 para estudiar si, en un caso concreto, procede o no el amparo solicitado, mediante el empleo de las causales generales⁴ y específicas⁵ de procedencia de la acción de tutela.

Siendo así, a la Sala le corresponde establecer si en el presente caso se cumplen los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencia judicial descritos.

Cuestión previa

Como lo expresó el juez de primera instancia, esta Corporación ha establecido que las partes de un asunto pueden interponer recurso extraordinario de revisión y alegar la causal de nulidad originada en la sentencia prevista en el numeral 5 del artículo 250 del CPACA, para controvertir las sentencias en las que se incurrió en violación del principio de congruencia⁶.

No obstante, en el presente asunto, es necesario tener en cuenta la especial condición del actor, que fue retirado del servicio activo de la Policía Nacional por pérdida de la capacidad laboral y que no fue recomendada la reubicación su reubicación en esa institución.

Por ello, la Sala considera procedente flexibilizar el requisito de subsidiariedad y proceder al estudio del caso concreto.

Problema jurídico

¿Incurrió el Tribunal Administrativo de Boyacá en defecto procedimental al desconocer el principio de congruencia de la sentencia al no haber ordenado el reintegro al servicio como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto administrativo que lo retiró del servicio activo de la Policía Nacional?

judiciales que resulten violatorias de derechos fundamentales, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento jurisprudencialmente. (Se destaca)

⁴ Causales genéricas de procedibilidad o requisitos generales de procedencia de la tutela contra providencia judicial son: (i) Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional; (ii) Que se hayan agotado todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable; (iii) Que se cumpla con el requisito de la inmediatez; (iv) Cuando se trate de una irregularidad procesal ésta debe tener un efecto determinante en la sentencia que se impugna y afectar los derechos fundamentales de la parte actora; (v) Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos que se transgredieron y que tal vulneración hubiere sido alegada en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible y, (vi) Que no se trate de sentencias de tutela.

⁵ La configuración de una causal especial de procedibilidad, supone que la providencia controvertida haya incurrido en alguno de los siguientes defectos: (i) orgánico; (ii) procedimental absoluto; (iii) fáctico, (iv) material o sustantivo; (v) error inducido; (vi) decisión sin motivación; (vii) desconocimiento del precedente constitucional que establece el alcance de un derecho fundamental y, (viii) violación directa de la Constitución.

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 7 de septiembre de 2018, Rad. REV 2014-00440-00.



Del restablecimiento del derecho en los casos que se declara la nulidad del acto de retiro

Como se sabe, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho tiene por objeto que el juez declare la nulidad o invalide el acto administrativo que infringe normas de carácter superior y ordene a la administración el restablecimiento del perjuicio que se hubiera causado.

La Sección Segunda de esta Corporación en sus pronunciamientos ha sostenido que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho se dirige no sólo a obtener la nulidad del acto administrativo que quebranta el ordenamiento jurídico, sino que, como consecuencia de ello, surgen tres posibilidades para aquel a quien le han sido conculcados sus derechos con la ilicitud del acto: la nulidad del acto, el restablecimiento del derecho y la reparación del daño, para atender al postulado de retrotraer las cosas al estado en que se encontraban antes de la expedición del acto de retiro del servidor.

Puntualmente ha señalado que:

*"Ha de entenderse que la esencia de la figura jurídica del restablecimiento del derecho está dada por la finalidad que persigue la acción, en este caso, **retrotraer las cosas a su estado anterior al hacer cesar los efectos del acto nocivo; de manera que cuando un fallo judicial ordena a título de restablecimiento del derecho el reintegro al cargo de quien fuera retirado del servicio en forma ilegal, el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir durante el tiempo transcurrido entre el retiro del servicio y el reintegro, está devolviendo en el tiempo los efectos del acto que anuló y en esa medida crea la ficción jurídica de que el servidor nunca fue retirado del servicio, con todo lo que ello implica; ese es el motivo por el cual se declara que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio. Sin embargo, el pago ordenado como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto de retiro ostenta un carácter indemnizatorio, vale decir, en estos casos el restablecimiento del derecho se traduce en la indemnización de los perjuicios irrogados por el acto ilegal.**"⁷*

Por regla general, la consecuencia de la nulidad del acto de retiro es el reintegro del servidor, y el pago de los emolumentos que dejó de percibir como reparación del daño ocasionado. De manera excepcional, en aquellos eventos que se demuestre la imposibilidad de cumplir con la orden de reintegro se podrá ordenar medidas resarcitorias de carácter secundario, dentro de las que se ha previsto la indemnización equivalente.

De conformidad a criterios discutidos con anterioridad por esta Sección⁸ se tiene que existen dos formas de restablecimiento del derecho:

"Son dos las formas tradicionales para restablecer el derecho vulnerado por el acto administrativo ilegal: la reparación in natura y el restablecimiento por equivalente"⁹.

⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren sentencia de 27 de marzo de 2008, con radicado No. 2003 08975 01 (8239-05).

⁸ Consejo de Estado, Sección Cuarta M.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas sentencia de 25 de febrero de 2016, acción de tutela con radicado No. 2015-01980-01, actor: Ronald Yessith Valencia Barco.

⁹ El derecho de daños tiene importantes herramientas para entender las dos formas que existen para restablecer el derecho conculcado por el acto administrativo y permiten entender las diferencias que existen entre una y otra figura. En efecto, en ese derecho los conceptos se diferencian así: "el concepto de reintegración en forma específica es susceptible de adaptarse a



La reparación in natura¹⁰ tiene por objeto ubicar al sujeto en la situación en la que se encontraría si el acto administrativo no se hubiera expedido o por lo menos ubicarlo en una situación similar a la que se encontraba¹¹, esto es, como si el acto nunca se hubiere expedido. En cambio, el restablecimiento del derecho por equivalente consiste en ordenar el pago de una indemnización para justamente resarcir el daño causado por el acto administrativo. Es decir, consiste en la entrega de un equivalente pecuniario¹², que compense el daño causado.

En todo caso, surgen dificultades al momento de disponer el restablecimiento del derecho. El juez administrativo suele preferir el restablecimiento in natura para lograr ubicar al afectado en una situación similar a la que se encontraría si el acto no lo hubiera proferido la administración. Pero eso no siempre es posible y no siempre es la opción más recomendable, pues el perjuicio sufrido en el pasado no puede repararse más que con el restablecimiento por equivalente.

El restablecimiento in natura se ha convertido en una práctica usual en materia de derecho administrativo laboral. Por ejemplo, el juez después de declarar la nulidad del acto que declara insubsistente un nombramiento ordena el reintegro, a título de restablecimiento del derecho. Pero ocurre que esa práctica está generando algunas dificultades de tipo práctico para la administración, pues las cosas ya no se pueden restablecer al momento en que se dictó el acto que ordena el retiro del servicio, bien sea porque el cargo ya no existe o porque fue cubierto mediante concurso de méritos, en los casos de nombramientos provisionales, incluso porque desapareció la entidad. En esos casos, el restablecimiento puede resultar demasiado oneroso, al punto que se ve notoriamente desproporcionado el reintegro como forma de reparar el perjuicio causado por el acto de retiro ilegal¹³.

A raíz de esas dificultades, la indemnización por equivalente viene a convertirse en una forma adecuada y más práctica para restablecer el derecho en materia laboral, pues no siempre lo más aconsejable es el reintegro, sino el pago de una justa indemnización,

distintas formas de reparación in natura, como a la restitución de la cosa ilícitamente sustraída, a la sustitución de una cosa destruida ilícitamente con otra perteneciente al mismo género, a la recomposición de lo ilícitamente destruido, a la eliminación cuanto se ha hecho por un procedimiento ilícito. // Mientras que el resarcimiento no puede consistir más que en la entrega de un equivalente pecuniario, la reintegración en forma específica puede manifestarse en las más diversas formas" (De Cupis A. El Daño, pág. 825).

¹⁰ La reparación in natura es la forma más auténtica de reparar el daño. También es conocida como "resarcimiento en forma específica" o "reparación en especie".

¹¹ Según la doctrina, es la forma genuina de reparar el daño patrimonial, dado que busca restablecer el equilibrio del patrimonio del afectado. Por ejemplo, Arturo Solarte Rodríguez explica que: "la reparación in natura consiste en acercar al damnificado a la situación en la que se encontraría si no hubiera existido el evento dañoso. Hemos dicho también que esta forma de reparación tiene su campo de aplicación más frecuente en los daños patrimoniales, aunque no se excluye por completo de los extrapatrimoniales. Se indica que la reparación in natura o en especie es la forma primaria de reparar el daño causado, la forma más perfecta". Que para "lograr la reparación del daño se debe remover la causa que lo ha generado y, luego de que ello ocurra, se procurará realizar las actividades necesarias para que el sujeto afectado con el hecho dañoso quede en una situación similar a la que tendría si el hecho no se hubiere realizado" (Solarte Rodríguez, Arturo. La reparación in natura del daño. VNIVERSITAS, número 109. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá).

¹² La reparación por equivalente "no tiene como propósito primario el que la situación del damnificado, desde el punto de vista material, sea similar a la que tendría si el hecho dañoso no se hubiera presentado, sino que tiende a que se compense o resarza el menoscabo patrimonial sufrido por el damnificado, a través de la entrega de una suma de dinero que se considera equivalente al detrimento que éste ha sufrido, con lo cual, desde el punto de vista del valor del interés que el sujeto tenía en ese activo patrimonial, estará en una situación económica igual a la que tendría si el daño no hubiera acaecido". Ibidem.

¹³ De Cupis enseña que el restablecimiento in natura no solo puede verse truncado por lo que llama "razones de no conveniencia práctica", sino que incluso ese restablecimiento puede resultar excesivamente oneroso, al punto que no se rompe la proporción que debe existir entre el daño causado y el restablecimiento ordenado. En esos casos, el resarcimiento por equivalente surge como una buena y efectiva opción para indemnizar el daño. Págs. 832-833.



que compense el perjuicio causado por el acto ilegal que desvincula al funcionario. Esto es, la indemnización por equivalente se ve más apropiada para reparar de manera eficiente y eficaz el daño causado por el acto ilegal de retiro del servicio."

Ahora bien, pese a que se tienen dos opciones de restablecimiento del derecho como consecuencia de la nulidad del acto de retiro, (*in natura* y restablecimiento equivalente) **es necesario indicar que el demandante en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho es el primero en tener la potestad de identificar en la demanda, la forma cómo espera que se restablezca el derecho que estima vulnerado por la expedición del acto de ilegal** y el juez al optar por un restablecimiento de carácter excepcional como es la indemnización equivalente deberá sustentar la imposibilidad de cumplir la orden de reintegro.

El principio de congruencia

Para resolver este problema jurídico es necesario tener en cuenta que el principio de congruencia se encuentra previsto en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, que establece:

"ARTÍCULO 187. CONTENIDO DE LA SENTENCIA. La sentencia tiene que ser motivada. En ella se hará un breve resumen de la demanda y de su contestación y un análisis crítico de las pruebas y de los razonamientos legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión y citando los textos legales que se apliquen.

En la sentencia se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada. El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas la excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la no reformatio in pejus.

Para restablecer el derecho particular, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo podrá estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas y modificar o reformar estas.

Las condenas al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero se ajustarán tomando como base el índice de Precios al Consumidor."

En igual sentido, los artículos 208 y 281 del Código General del Proceso señalan al respecto:

"ARTÍCULO 280. CONTENIDO DE LA SENTENCIA. La motivación de la sentencia deberá limitarse al examen crítico de las pruebas con explicación razonada de las conclusiones sobre ellas, y a los razonamientos constitucionales, legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión, con indicación de las disposiciones aplicadas. El juez siempre deberá calificar la conducta procesal de las partes y, de ser el caso, deducir indicios de ella.

La parte resolutive se proferirá bajo la fórmula "administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley"; deberá contener decisión expresa y clara sobre cada una de las pretensiones de la demanda, las excepciones, cuando proceda resolver sobre ellas, las costas y perjuicios a cargo de las partes y sus apoderados, y demás asuntos que corresponda decidir con arreglo a lo dispuesto en este código.



Cuando la sentencia sea escrita, deberá hacerse una síntesis de la demanda y su contestación.

ARTÍCULO 281. CONGRUENCIAS. La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.

No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta.

Si lo pedido por el demandante excede de lo probado se le reconocerá solamente lo último.

En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio."

Conforme a lo expuesto, el principio de congruencia constituye una garantía al debido proceso de las partes del proceso, porque en la sentencia deben exponerse de forma clara las razones (constitucionales, legales y doctrinales) aplicadas al caso concreto y, así mismo, el fallo debe estar soportado en un análisis de los medios probatorios aportados por las partes.

Aunado a lo anterior, el referido principio garantiza que el juez de la causa solo limite su análisis a lo discutido por las partes, sin que pueda proferir fallos *extra o ultra petita*, **pues la decisión debe estar sustentada en los hechos y pretensiones alegados en la demanda**, así como en los medios exceptivos propuestos por la parte demandada o aquellos asuntos que se acrediten en el transcurso del trámite judicial. De esa forma, se garantiza el derecho de defensa y contradicción de los extremos de la litis, que tienen conocimiento claro y preciso de la controversia jurídica.

Caso concreto

El actor consideró que el tribunal demandado desconoció el principio de congruencia y, por ende, el derecho al debido proceso, porque debió limitar el análisis de asunto a las pretensiones de la demanda, esto es, la declaratoria de nulidad del acto que lo retiró del servicio activo y, en consecuencia, proferir las órdenes de reintegro y pago de los emolumentos dejados de percibir. Dicho de otro modo, la inconformidad del señor Pulido Tovar se centra en la forma en que se restableció el derecho en la sentencia cuestionada.

Para empezar, resulta necesario resaltar que el actor, como pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho que interpuso contra la Policía Nacional, solicitó la nulidad de la Resolución No. 04507 de 2015, por medio de la que fue retirado del servicio. Y, a título del restablecimiento del derecho, pidió que se ordenara el reintegro a un cargo que pueda desempeñar y el pago de los emolumentos dejados de percibir desde la fecha de desvinculación hasta el momento del reintegro. Así mismo, solicitó el reconocimiento de perjuicios morales.



Como quedó establecido en el acápite de antecedentes, el Tribunal Administrativo de Boyacá, en sentencia de 14 de marzo de 2019, encontró que la Junta Médico Laboral y el Tribunal de Revisión Militar y de Policía Nacional, fueron incongruentes al afirmar que el actor se encontraba en condiciones para proseguir en el servicio pero no recomendar la reubicación. Además, que no realizaron una valoración subjetiva de la situación del señor Pulido Tovar. Por lo anterior, consideró que el acto administrativo demandado, que se fundamentó en el análisis de la Junta Médico Laboral y el Tribunal de Revisión Militar y de la Policía Nacional, estaba viciado de falsa motivación. Se transcribe los apartes pertinentes:

"(...) encuentra la Sala que en los conceptos médicos emitidos por la Junta Médico Laboral 1 de la Policía Nacional y por el Tribunal Médico de Revisión Militar se evidencian incongruencias del "análisis de la situación del expatrullero Edilberto Antonio Pulido Tovar con el "porcentaje de disminución de la capacidad laboral", y con la "Calificación de las lesiones y afecciones y calificación de capacidad de servicio", pues, a pesar que el dictamen emitido por Psiquiatría el 29/09/2014, se dejó establecido que: "(...) hace un mes se encuentra que presenta habilidades y destrezas para realizar actividades administrativas cumplimiento recomendaciones médicas, no porte de armamento, no turno nocturno, no utilizar uniformes" y que el análisis de la situación, de ambos conceptos, coincidieron en afirmar que el paciente es encontrado en buenas condiciones generales (...) extrañamente y sin fundamento alguno se le calificó con incapacidad permanente parcial. No apto actividad policial y "no se recomienda reubicación laboral".

Lo anterior permite a la Sala colegir que la Resolución No. 04507 de 05 de octubre de 2015 se encuentra viciada de nulidad por falsa motivación, en la medida que en la misma se dispuso retirar del servicio activo (...) por disminución de la capacidad psicofísica, tomando como fundamento el acta emitida de forma irregular por el Tribunal Médico de Revisión Militar (...) pasando por alto que en la misma no se dejó constancia de que se le haya realizado previamente al actor un análisis subjetivo que valore sus habilidades, destrezas y capacidades- para que se pudiera llegar a esa conclusión, pues para la Sala resulta incoherente que se le califique al actor con un porcentaje del 28.73 % de pérdida de la capacidad laboral, y al tiempo se establezca que no tiene capacidad para desempeñar ninguna actividad policial, determinaciones que dejan desprotegido al actor, como quiera que se le impide ser reubicado y que (sic) acceder a una pensión de invalidez, actuación que va en contravía de las normas constitucionales que brindan especial protección constitucional a las personas que han sufrido disminución en sus capacidades psicofísicas y/o discapacidad con ocasión de los servicios prestados (...)" (Se destaca)

Por lo anterior, revocó la sentencia de primera instancia, y, en su lugar, resolvió:

"(...)

Segundo: Declarar la nulidad de la Resolución No. 04507 de 05 de octubre de 2015 por la cual el Ministerio de Defensa – Policía Nacional retiró del servicio activo al accionante, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Tercero: Ordenar al Ministerio de Defensa – Policía Nacional que disponga lo necesario para que dentro del término de treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia (...) el Tribunal Laboral de Revisión Militar y de Policía analice nuevamente la situación del señor Edilberto Antonio Pulido Tovar (...) y, en el evento de considerarlo no apto para la prestación del



servicio como patrullero, determine si medicamente está o no capacitado para desarrollar labores administrativas, docentes o de instrucción en la Policía Nacional y si, en consecuencia, es o no aconsejable su reubicación, con la advertencia de que esta conclusión debe estar soportada exclusivamente en sus condiciones de salud físicas y mentales.

Se ha de advertir, que la determinación del porcentaje de pérdida de capacidad realizada por el Tribunal Médico Laboral debe ser congruente con su recomendación de reubicación; por lo tanto, si se concluye que el señor Edilberto Antonio Pulido Tovar no tiene capacidad psicofísica suficiente para desempeñar ninguna actividad, se deberá recalificar su pérdida de capacidad, con el fin de determinar si puede acceder a la pensión de invalidez.

Cuarto: En caso del análisis subjetivo realizado por el Tribunal Laboral de Revisión Militar y de Policía, se determine la posibilidad de reubicación del señor Edilberto Antonio Pulido Tovar, en atención a sus condiciones de salud físicas y mentales, el Ministerio de Defensa – Policía Nacional, a través de las jefaturas o direcciones de personal de la institución policial, dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha en que es emitido el referido concepto (...) deberá realizar evaluación objetiva con el fin de determinar la labor que efectivamente puede ser asignada, teniendo en cuenta las habilidades del actor, y la existencia y disponibilidad de un cargo que corresponda a los estudios, preparación y capacitación del sujeto.

Quinto: Efectuada tal evaluación, y de ser viable la reubicación del señor Edilberto Antonio Pulido Tovar, a título de restablecimiento del derecho, ordenar al Ministerio de Defensa – Policía Nacional que proceda a:
a) Reintegrarlo y reubicarlo de manera inmediata, y
b) A cancelarle (...) los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir, correspondientes al cargo que venía desempeñando, desde la fecha en que fue retirado del servicio y hasta la calenda en que se produzca su reintegro.

Sexto: Si de los estudios subjetivo y objetivo se concluye que no es viable la reubicación por pérdida de la capacidad laboral superior al 50 %, ordenar al Ministerio de Defensa – Policía Nacional que dé trámite el reconocimiento de la pensión de la pensión de invalidez (...)"

De acuerdo con lo anterior, se tiene que la autoridad judicial demandada, al encontrar la falsa motivación en la que incurrió la Policía Nacional al proferir el acto demandado declaró la nulidad del acto que ordenó el retiro.

Por ello, a título de restablecimiento del derecho impartió las siguientes ordenes: i) que el Tribunal Laboral de Revisión Militar y de Policía analizara nuevamente la situación del señor Pulido Tovar, a fin de determinar si era apto para la prestación como patrullero; ii) que de encontrar que no era apto, debía evaluar si estaba capacitado o no para ser reubicado en un cargo que desempeñe labores administrativas docentes o de instrucción en la Policía Nacional; iii) que de concluir que no tiene capacidad psicofísica para desempeñar ninguna actividad, proceder a recalificar la pérdida de la capacidad para determinar si puede acceder a la pensión de invalidez.

En este contexto, conviene reiterar que las pretensiones del actor en la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho fueron específicamente la nulidad del acto administrativo de retiro y, a título de restablecimiento, el reintegro y pago de



salarios. De esa forma quedó consignado en la sentencia controvertida, como se procede a transcribir:

“el señor Edilberto Pulido Tovar solicitó que se declare la nulidad de la Resolución No. 04507 de 05 de 2015, por medio del (sic) cual la entidad demandada lo retiró del servicio (...) A título de restablecimiento del derecho, pidió que se ordene a la demandada reintegrarlo en una actividad o cargo que pueda desempeñar (...) Igualmente, que se ordene el pago debidamente indexado de los salarios (...) y demás emolumentos dejados de percibir (...) y que se declare que no ha existido solución de continuidad.”¹⁴

La Sala evidencia que en el presente caso el Tribunal Administrativo de Boyacá, a pesar de que declaró la nulidad del acto administrativo de retiro, como restablecimiento del derecho no ordenó el reintegro del señor Pulido Tovar al servicio de la Policía Nacional, a pesar de que tuvo la opción de aplicar el restablecimiento *in natura*, esto es, ubicar al actor a situación a la que se encontraría si el acto no se hubiera expedido.

Se reitera, la reparación *in natura* es la forma primaria de reparar el daño ocasionado, pues busca retrotraer la situación del damnificado al momento en que se encontraría, o a una situación similar, de no haber existido el evento dañoso, en este caso, el perjuicio causado por el acto ilegal que desvincula al funcionario. Por ello, y al no existir ningún impedimento para ordenarlo, el Tribunal Administrativo de Boyacá debió ordenar, a título de restablecimiento del derecho, el reintegro del señor Pulido Tovar a la Policía Nacional.

Aunado a lo anterior, es el demandante quien, en principio, tiene la posibilidad de identificar la forma en la que puede ser resarcido el daño. Al respecto, está demostrado en el presente asunto que el señor Pulido Tovar precisó de forma clara en la demanda la forma en que debía restablecerse su derecho vulnerado por el acto administrativo que estimó ilegal, que era justamente se ordenara el reintegro, sin solución de continuidad y el pago de los salarios y prestaciones adeudadas.

Así mismo, encuentra la Sala que el restablecimiento del derecho ordenado en el fallo cuestionado quebrantó el principio de congruencia entre lo pedido y lo resuelto, pues el actor, en el presente asunto, no cuestionó la legalidad del Acta que determinó el porcentaje de pérdida de capacidad laboral, proferida por el Tribunal Médico Tribunal de Revisión Militar y de Policía Nacional; y tampoco solicitó el reconocimiento de la pensión de invalidez. Es más, como se expresó en la providencia censurada, el Tribunal Administrativo de Boyacá tuvo conocimiento que el actor había interpuesto demandas de nulidad y restablecimiento del derecho en las que fundó las pretensiones de la demanda precisamente en esos temas.

En este orden, la Sala encuentra que el Tribunal Administrativo de Boyacá, en la sentencia de 14 de marzo de 2019, incurrió en defecto procedimental por desconocimiento del principio de congruencia.

Por lo anterior, la Sala revocará la sentencia de 29 de agosto de 2019, proferida por la Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado, que negó las pretensiones de la demanda. En su lugar, amparará el derecho fundamental al

¹⁴ Folio 21.



debido proceso invocado por el actor y, en consecuencia, se dejará sin efectos los numerales 3°, 4° y 5° de la sentencia del 14 de marzo de 2019, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá para que, dentro de los veinte (20) días siguientes a la notificación de la presente decisión, profiera una nueva sentencia en la que sean tenidas en cuenta las consideraciones aquí expuestas.

En mérito de lo expuesto, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

1. **REVOCAR** la sentencia de primera instancia. En su lugar:
2. **AMPARAR** el derecho fundamental al debido proceso del señor Edilberto Antonio Pulido Tovar. En consecuencia,
3. **DEJAR SIN EFECTOS** los numerales 3°, 4° y 5° de la sentencia de 14 de marzo de 2018, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá dentro del proceso de nulidad y restablecimiento de derecho con radicado con número 2016-00045-01.
4. **ORDENAR** al Tribunal Administrativo de Boyacá que, dentro de los veinte (20) días siguientes a la notificación de la presente providencia, profiera una nueva decisión en la que tenga en cuenta los parámetros aquí establecidos.
5. Enviar a la Corte Constitucional para su eventual revisión.
6. Notificar a las partes por el medio más expedito posible.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en sesión de la fecha.

JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ
Presidente de la Sección

STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO

MILTON CHAVES GARCÍA

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

