



JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DE FLORENCIA, CAQUETÁ

Florencia, 24 de junio de 2020

MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	EDGAR PABÓN BLANCO
DEMANDADO	NACIÓN - MINDEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL
RADICACIÓN	18001-33-33-004-2017-00259-00
SENTENCIA No.	40-06-218-2020

I. OBJETO DE DECISIÓN.

Agotadas las etapas procesales correspondientes a la instancia y no observando causal de nulidad que invalide lo actuado, decide el Juzgado Cuarto Administrativo de Florencia Caquetá sobre el fondo del asunto.

I. LA DEMANDA. (F. 76-97 C.1).

El señor EDGAR PABÓN BLANCO por intermedio de apoderada judicial, presentó medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, en contra de la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL, con el objeto que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la Orden Administrativa de Personal N° 2335 del 14 de octubre de 2016, por medio del cual se retiró del servicio activo de las Fuerzas Militares por disminución de la capacidad psicofísica al SLP EDGAR PABÓN BLANCO.

Como consecuencia de la anterior declaración, en calidad de restablecimiento del derecho se ordene reintegrar al SLP EDGAR PABÓN BLANCO al cargo que estaba desempeñando o a uno de igual o mejor jerarquía o remuneración. Que se cancele el total de los emolumentos salariales, prestacionales, de seguridad social e indemnizatorios, dejados de pagar desde el momento de su retiro hasta el momento en que se haga efectivo su reintegro, con sus respectivos intereses corrientes y moratorios.

Que se ordene cancelar a la entidad demandada cancelar la indemnización consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y que la entidad demandada actualice las anteriores sumas dinerarias de acuerdo al IPC certificado por el DANE.

HECHOS:

Los hechos narrados en el libelo de la demanda, se sintetizan de la siguiente manera:

Que el señor EDGAR PABÓN BLANCO se vinculó al Ejército Nacional como soldado regular el 26 de diciembre de 2000 hasta el 15 de febrero de 2003; así mismo, que inició como soldado profesional en muy buen estado de salud desde el 20 de marzo de 2003 hasta el 31 de octubre de 2016; adscrito a la Batallón de Combate terrestre No. 1 en Larandía – Caquetá, al reunir los requisitos del Decreto 1793 de 2000.

Que, durante su permanencia en el Ejército Nacional, adquirió diferentes patologías (dermatología-ortopedia-neurología y psiquiatría), patologías que en la actualidad depende de tratamientos médicos para su estabilidad, siendo incapacitado en numerosas ocasiones.

A raíz de lo anterior fue incapacitado en varias ocasiones igual o superior a tres (3) meses, resalta que el día 9 de julio de 2014, le fue practicada Acta de Junta Médica Provisional No. 69917, lo anterior debido a los quebrantos de salud que padece como la lumbalgia, pérdida de fuerza en sus piernas, es paciente psiquiátrico, diagnosticado una espondilólisis y listesis L4 – L5, por lo que en la actualidad se encuentra en controles médicos y en tratamiento con medicinas.



Que el día 11 de agosto de 2015, acudió con el especialista de neurología para el correspondiente control de “trauma craneoencefálico”, por lo que en la historia clínica plasma que presentaba:

“CEFALEA, ESTRÉS POSTRAUMÁTICO Y TEMBLOR BILATERAL. CUADRO CLÍNICO ACOMPAÑADO DE IMPORTANTE COMPONENTE TENSIONAL...”

De acuerdo a la lesión y afectaciones sufridas, fue necesario la práctica de la Junta Medica Laboral No. 85310 de fecha 4 de abril de 2016, donde se le determinó una disminución de la capacidad laboral del veinticuatro punto veintidós por ciento (24.22%) con una incapacidad permanente parcial NO APTO – PARA LA ACTIVIDAD MILITAR. NO SE RECOMIENDA REUBICACIÓN LABORAL.

Como consecuencia el día 31 de octubre de 2016 fue notificado de la Orden Administrativa de Personal 2335 de fecha 14 de octubre de 2016, “*por medio de la cual es retirado del servicio activo de las Fuerzas Militares por la causal (DISMINUCIÓN DE LA CAPACIDAD PSICOFISICA).*”

- NORMAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Como normas vulneradas, del libelo de la demanda se extraen las siguientes:

- Constitución Política artículos 1, 2, 5, 13, 16, 25, 29, 47, 53, 54, 93, 95 y 333.
- Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo artículo 137 y 138.
- Ley 1104 de 2006 artículo 24 numeral 5, por medio del cual se modifican artículos del Decreto 1790 de 2000, en la carrera de los integrantes de las Fuerzas Militares.
- Ley 361 de 1997, artículo 26 y ss.
- Ley 776 del 17 de diciembre del año 2.002
- Ley 1145 de 2007 por medio de la cual se organiza el Sistema Nacional de Discapacidad y se dictan otras disposiciones.

Normas Internacionales

- Declaraciones aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU):
 - Universal de los Derechos Humanos-ONU (1948)
 - De los derechos de las personas con retardo mental (1971)
 - De los derechos de los impedidos (1975)
 - Programa de acción mundial para las personas con discapacidad (UN, 1982)
 - Conferencia de Viena sobre legislación para minusválidos (1986)
 - Convenio 159-OIT (Ley 82/1988): “Readaptación profesional y el empleo de las personas inválidas”
 - Recomendación 168-OIT (1983), sobre la misma materia
 - Normas uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad (UN, 1993)
 - Convención Interamericana para la eliminación de la discriminación contra personas con discapacidad (Ley 762/02)
- Primer Cargo. **INFRACCIONES EN LA NORMA EN QUE DEBERÍA FUNDARSE.**

Aduce que la Entidad desconoció derechos de raigambre constitucional y legal, tales como, el artículo 13, 47 y 54 de la Constitución Política, como también de la Ley 361 de 1997 “*por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones*”, específicamente en su artículo 26; de igual manera el artículo 5 de la Ley Estatutaria 1618 de 2019, el cual consagra el deber de garantizar por parte del Estado, el goce efectivo de los derechos de las personas en situaciones de discapacidad en cabeza de todas las entidades nacionales, departamentales, distritales, municipales y locales.



Y se desconoció, por cuanto no se le brindó al Actor la posibilidad de capacitarse, de acceder a una formación tecnológica o universitaria que le permitiera prestar sus servicios en actividades distintas al área de operaciones dentro de la Entidad demandada.

De igual manera pone de presente que se quebrantó el artículo 7 del Decreto 1796 de 2000, por cuanto la OAP N° 2335 del 14 de octubre de 2016, la cual fue notificada pasado los tres (03) meses, lo que le permite concluir que se basó en un concepto o evaluación que no tenía validez o vigencia, como quiera que al momento en que surtió efectos legales (notificada), había transcurrido ampliamente más de tres meses desde el momento de la elaboración del Tribunal Médico Laboral.

- Segundo Cargo. **NULIDAD POR DESVIACIÓN DE PODER.**

Señala que esta causal se evidencia, en el hecho de que con la expedición de la Orden Administrativa No. 2335 de fecha 14 de octubre de 2016 notificada el 31 de octubre del mismo año, la demandada haciendo uso de su facultad de desvincular al personal por su disminución de capacidad, para proceder a retirar del servicio al Actor, cuando en realidad lo que pretende esta norma es buscar el correcto funcionamiento de órganos tan sensibles como el Ejército Nacional, encargado de la custodia y la salvaguardia de la seguridad del Estado.

Es así como el Ejército Nacional discrimina al señor EDGAR PABÓN BLANCO por su discapacidad psicofísica, ignorando el buen desempeño del actor en el cumplimiento de sus funciones y por lo tanto negando con su retiro del servicio activo su reubicación laboral en un cargo que pudiera desempeñar de acuerdo a sus capacidades, así mismo dejando de lado las jurisprudencias que garantizan la estabilidad laboral reforzada que posee por su discapacidad, y además contrariando la protección establecida para los discapacitados y los pronunciamientos de la Corte Constitucional acerca del fuero de estabilidad laboral que poseen en consideración a la situación de debilidad en la que se encuentran. Es así como con la orden administrativa de personal No. 2335 y con el Acta de Junta Médico Laboral No. 85310 la cual decide que no es apto para actividad militar por tener una disminución del 24.22%, sin tener en cuenta que el soldado profesional EDGAR PABÓN BLANCO se podía desempeñar en otra actividad como lo venía haciendo los últimos tiempos, aunque presentara una disminución en su capacidad laboral.

Indica esto, que la decisión de desvincular al demandante tal como lo estipuló el acto de retiro, está estrictamente relacionado con la pérdida de capacidad laboral, hecho que según la ley 361 de 1997, se evidencia un claro deseo de desvincularlo a toda costa, lo que implica la existencia de una desviación de poder, al punto de que a través de una facultad legal, la entidad demandada desvinculó al Actor, sin tener en consideración que Colombia es un estado protector de los derechos de los minusválidos, y que por ende las actuaciones de las entidades deben estar sujetas al cumplimiento de los fines del Estado, y no, a las apreciaciones particulares de las entidades.

- Tercer Cargo **NULIDAD POR FALSA MOTIVACIÓN.**

Estima que el Ejército Nacional no tuvo en cuenta su grado de escolaridad, las habilidades y destrezas, ni mucho menos las actividades realizadas por el soldado profesional PABÓN BLANCO antes y después de ser valorado por la JML, para que este fuere reubicado en actividades de tipo administrativo, es así que fue notificado de la orden administrativa de personal No. 2335 de fecha 14 de octubre de 2016, por medio de la cual es retirado del servicio activo de las Fuerzas Militares; por la causal (DISMINUCIÓN DE LA CAPACIDAD PSICOFISICA).

Es cierto, que a pesar de la existencia de un régimen especial para los soldados profesionales que contempla dentro de las causales para el retiro del servicio la disminución de la



capacidad psicofísica, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sostenido que debe brindarse una protección preferente en materia de empleo a las personas en situación de discapacidad, lo cual significa que se debe propender porque la discapacidad no sea una barrera de acceso ni de permanencia en el mercado laboral.

El Ejército Nacional en la orden administrativa de personal No. 2335 de fecha 14 de octubre de 2016, da razones engañosas, simuladas, contrarias a la realidad indicando que su desvinculación se materializaba por la disminución de la capacidad psicofísica y por tal, no era apto para la actividad militar, sin embargo, no observó ni aplicó la recomendación de reubicar al Actor en actividades de tipo administrativo.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (folio 113-120).

El apoderado judicial de la accionada se opone a la prosperidad de las pretensiones y asegura que de conformidad con el Decreto 1793 del 2000 el retiro del servicio activo de un soldado profesional se puede dar por la disminución de la capacidad y aptitud psicofísica, dado que se trata de una facultad discrecional y legal.

En el caso concreto la Junta Médica Laboral lo declaró NO APTO para la actividad militar por lo que la entidad estaba facultada para disponer del retiro sin ser arbitrario.

Aunado a lo anterior, señaló que de conformidad con el Decreto 1796 del 2000, la determinación de las condiciones psicofísicas de un miembro de la Fuerza Pública solamente puede ser analizada por especialistas de la medicina laboral en materia militar, por lo que no se puede equiparar a la actividad laboral común. Indica que una Junta Médico Laboral es considerada como un acto administrativo definitivo por la misma esencia que pone fin a una actuación y está sometida a un recurso ante un Tribunal Médico Laboral cuando no se está de acuerdo con los resultados de la junta, por lo que la única manera para es inaplicando el artículo 91 del CPACA el cual menciona la pérdida de ejecutoriedad de los actos administrativo, por lo tanto, el acta médico laboral que sirvió de fundamento para retirar del servicio activo al demandante no ha perdido vigencia.

Finaliza manifestando que la entidad atendió los criterios jurisprudenciales y decidió que el soldado profesional no podía desarrollarse en otra área laboral distinta a la actividad militar en la que se había profesionalizado. Esta situación fue analizada en el acta de la Junta Médica Laboral, por lo que no es procedente la solicitud de reintegro frente al desarrollo de otras actividades que no requieran un esfuerzo mayor al interior de la institución.

III. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

Dentro del término otorgado así lo hizo la parte demandante y demandada, tal como aparece en la constancia secretarial respectiva. (fl. 184)

- PARTE DEMANDANTE. (Folios 182-183 C.P).

El apoderado de la parte accionante una vez hace un relato del accionante, señala que “...se considera injusta la sanción impuesta a mi prohijado y que en ningún momento se ha tenido en cuenta su situación médica y es que el Ejército Nacional, ya lo había ubicado en un puesto de trabajo acorde a sus patologías médicas, (...) se ruega a su señoría que valore estos aspectos y tome una decisión que en derecho corresponda...”

- PARTE DEMANDADA. (Folios 178-181 C.P).

Estima que el acto administrativo enjuiciado goza de presunción de legalidad, asimismo, estima que éste nunca se expidió en forma irregular o con desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa, máxime que se trataba de un retiro discrecional, en donde la misma Ley establece la forma como debe realizarse.

Así mismo, establece que con fundamento en las mismas leyes que rigen la carrera militar, una persona discapacitada o con disminución de su capacidad psicofísica, no es apta para continuar prestando su servicio, razón por la cual no puede pretenderse que todas las



personas que sufran una discapacidad y en aras de dar aplicación absoluta al principio de estabilidad reforzada se reintegre, como quiera que esto desnaturalizaría la misma función que presta la Entidad, como también pondría en riesgo sus importantes funciones constitucionales y legales y de contera los derechos de los ciudadanos.

Así mismo, hace mención a la capacidad residual del soldado, señalando que la Entidad no recibió por parte del lesionado u recurrente condiciones residuales que permitirán inferir que el Soldado Profesional de conformidad con sus condiciones pudiera desarrollarse en otra área laboral distinta a la de la actividad militar, lo cual fue analizado en el Acta de Tribunal Médico Militar, como tampoco dentro del proceso, que demuestre tal circunstancia, lo cual conlleva a que no sea procedente la solicitud de reintegro.

- MINISTERIO PÚBLICO. No emitió concepto (Folio 108).

IV. CONSIDERACIONES.

a) Competencia.

Este Despacho es competente para dirimir en derecho el presente litigio, en razón a la naturaleza de los hechos, el último lugar de la prestación del servicio, y la cuantía del asunto, de conformidad con los artículos 155, 156 y 157 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA-. (Ley 1347 de 2011).

b) Problema jurídico.

En este asunto, al Despacho le corresponde establecer si:

¿Al señor EDGAR PABÓN BLANCO le asiste derecho a ser reintegrado al Ejército Nacional y ser reubicado a un cargo que se adapte a sus capacidades, y por ende declarar la nulidad de la OAP N° 2335 del 2016 por expedirse con infracción de las normas en que debía fundarse y por vulnerar sus derechos al trabajo y a la estabilidad laboral reforzada?

c) Marco Legal y Jurisprudencial.

El Decreto 1793 de 2000 “Por el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares”, consagra la facultad discrecional del retiro del servicio, definiéndolo, tipificándolo y estableciendo el retiro por disminución de la capacidad psicofísica, en los artículos 7,8 y 13, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 7. RETIRO. Es el acto mediante el cual el Comandante de la Fuerza respectiva, dispone la cesación del servicio de los soldados profesionales.

ARTÍCULO 8. CLASIFICACIÓN. El retiro del servicio activo de los soldados profesionales, según su forma y causales, se clasifica así:

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

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



El artículo 2º del Decreto 1796 de 2000, "Por el cual se regula la evaluación de la capacidad sicofísica y de la disminución de la capacidad laboral, y aspectos sobre incapacidades, indemnizaciones, pensión por invalidez e informes administrativos por lesiones, de los miembros de la Fuerza Pública, Alumnos de las Escuelas de Formación y sus equivalentes en la Policía Nacional, personal civil al servicio del Ministerio de Defensa Nacional y de las Fuerzas Militares y personal no uniformado de la Policía Nacional vinculado con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993", se establece la noción de capacidad psicofísica, en los siguientes términos:

"ARTICULO 2o. DEFINICION. Es el conjunto de habilidades, destrezas, aptitudes y potencialidades de orden físico y psicológico que deben reunir las personas a quienes se les aplique el presente decreto, para ingresar y permanecer en el servicio, en consideración a su cargo, empleo o funciones.

La capacidad sicofísica del personal de que trata el presente decreto será valorada con criterios laborales y de salud ocupacional, por parte de las autoridades médico-laborales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional."

El mismo Decreto en su artículo 3º consagra:

"ARTICULO 3o. CALIFICACION DE LA CAPACIDAD PSICOFISICA. La capacidad sicofísica para ingreso y permanencia en el servicio del personal de que trata el presente decreto, se califica con los conceptos de apto, aplazado y no apto.

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

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

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

PARAGRAFO. Esta calificación será emitida por los médicos que la Dirección de Sanidad de la respectiva Fuerza o de la Policía Nacional autoricen para tal efecto." (Negrilla fuera de texto).

Ahora bien, respecto a las entidades competentes para determinar la existencia de disminución de la capacidad psicofísica, el mismo decreto señala:

"ARTÍCULO 14. ORGANISMOS Y AUTORIDADES MEDICO-LABORALES MILITARES Y DE POLICIA. Son organismos médico-laborales militares y de policía:

- 1. El Tribunal Médico-Laboral de Revisión Militar y de Policía*
- 2. La Junta Médico-Laboral Militar o de Policía*

Son autoridades Medico-Laborales militares y de policía:

- 1. Los integrantes del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía.*
- 2. Los integrantes de las Juntas Médico-Laborales.*
- 3. Los médicos generales y médicos especialistas de planta asignados a Medicina*
- 4. Laboral de las Direcciones de Sanidad de las Fuerzas Militares y Policía Nacional."*

"ARTÍCULO 15. JUNTA MEDICO-LABORAL MILITAR O DE POLICIA. Sus funciones son en primera instancia:

- 1 Valorar y registrar las secuelas definitivas de las lesiones o afecciones diagnosticadas.*
- 2 Clasificar el tipo de incapacidad sicofísica y aptitud para el servicio, pudiendo recomendar la reubicación laboral cuando así lo amerite.*
- 3 Determinar la disminución de la capacidad psicofísica.*
- 4 Calificar la enfermedad según sea profesional o común.*
- 5 Registrar la imputabilidad al servicio de acuerdo con el Informe Administrativo por Lesiones.*
- 6 Fijar los correspondientes índices de lesión si hubiere lugar a ello.*
- 7 Las demás que le sean asignadas por Ley o reglamento."*

"ARTÍCULO 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.
(...)”

“ARTICULO 22. IRREVOCABILIDAD. Las decisiones del Tribunal Médico-Laboral de Revisión Militar y de Policía son irrevocables y obligatorias y contra ellas sólo proceden las acciones jurisdiccionales pertinentes.”

Ahora bien, en relación con la discapacidad psicofísica, la Ley 361 de 1997, por la cual se establecen mecanismos de integración para las personas en situación de discapacidad, señala:

“ARTÍCULO 26. NO DISCRIMINACIÓN A PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD. En ningún caso la limitación <discapacidad>¹ de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación <discapacidad>¹ sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada <en situación de discapacidad>¹ podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación <discapacidad>¹, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.
No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación <discapacidad>¹, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren”.

Siguiendo la misma premisa, la Corte Constitucional en la sentencia C-458 del 22 de julio de 2015 al pronunciarse sobre la constitucionalidad de algunos artículos de Ley 361 de 1997 expuso, sobre el modelo de protección a las personas en situación de discapacidad, dispuso lo siguiente:

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

Posteriormente, la Corte Constitucional en sentencia T-076 de fecha 22 de febrero de 2016, dentro de los expedientes acumulados T-5.190.161 y T-5.197.823¹, siendo MP el Dr. Jorge Iván Palacio Palacio, atendiendo los precedentes jurisprudenciales y en lo que respecta a las personas en estado de discapacidad indicó: “la estabilidad laboral es una medida de protección constitucional para todos aquellos que se hallen en estado de debilidad manifiesta por padecer una disminución física, psíquica o sensorial. Esta garantía hace parte del derecho al trabajo y se fundamenta en el contexto de desigualdad en el que se encuentran estas personas en relación con las que sí gozan de un buen estado de salud.”.

En la misma providencia, la Corte Constitucional destaca y reconoce la protección especial reforzada de las personas en condición de discapacidad trayendo a colación los tratados internacionales al señalar:

“La Declaración de los derechos del deficiente mental aprobada por la ONU en 1971, la Declaración de los derechos de las personas con limitación, aprobada por la Resolución 3447 en 1975 de la ONU, la Resolución 48/96 del 20 de diciembre de 1993 de la Asamblea General de Naciones Unidas, sobre “Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad”, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad”, la Recomendación 168 de la OIT, el Convenio 159 de la OIT, la Declaración de Sund Berg de Torremolinos de la UNESCO en 1981, la Declaración de las Naciones Unidas para las personas con limitación de 1983, entre otras.”

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

¹ Actor de la acción de tutela: Oscar Iván Gordillo Pantevés



tienen un empleo. Disposición que fue declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-293 de 2010.

Así mismo, respecto a la causal de RETIRO POR DISMINUCION DE LA CAPACIDAD PSICOFÍSICA se advierte que esta obedece a la falta de condiciones laborales determinadas por las disposiciones vigentes que rigen la materia, situación por la cual se encuentra especificado que existe un término perentorio de VALIDEZ y VIGENCIA DE LOS EXAMENES DE CAPACIDAD PSICOFISICA, conforme al artículo 7 del DECRETO 1796 de 2000:

“ARTICULO 7o. VALIDEZ Y VIGENCIA DE LOS EXÁMENES DE CAPACIDAD PSICOFÍSICA. Los resultados de los diferentes exámenes médicos, odontológicos, psicológicos y paraclínicos practicados al personal de que trata el artículo lo del presente decreto, tienen una validez de dos (2) meses, contados a partir de la fecha en que le fueron practicados.

El concepto de capacidad sicofísica se considera válido para el personal por un término de tres (3) meses durante los cuales dicho concepto será aplicable para todos los efectos legales: sobrepasado este término, continúa vigente el concepto de aptitud hasta cuando se presenten eventos del servicio que impongan una nueva calificación de la capacidad psicofísica.

El examen de licenciamiento para el personal de tropa deberá ser practicado dentro de los sesenta (60) días anteriores a su desacuartelamiento. El control de este término será responsabilidad directa de la Dirección de Personal u Oficina que haga sus veces en la respectiva Fuerza y en la Policía Nacional”.

De dicha normatividad, específicamente del inciso 2, se ha inferido dos clases de interpretación a saber; en primera medida que el citado artículo hace referencia a los exámenes previos a expedir la calificación de la capacidad física del personal militar. Por otro lado, se ha manifestado que dicha validez y vigencia se refiere al acta que emita la Junta Médico Laboral o el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía.

Al respecto es necesario traer a colación la posición establecida por el Consejo de Estado, Sección Segunda, que al respecto señaló en sentencia del 7 de octubre de 2010, Radicación número: 76001-23-31-000-2004-05185-01, consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE, lo siguiente:

“Bajo este supuesto, y de acuerdo con lo preceptuado por el inciso segundo del artículo 7 del Decreto 1796 de 2000, la administración no podía fundamentar el retiro del actor con base en el dictamen de una Junta Médico laboral que no tenía validez debido a su ineficacia por el transcurrir del tiempo. En efecto, la expedición de la Resolución No.01118 de 28 de mayo de 2004, vulneró el inciso segundo del artículo 7 del Decreto 1796 de 2000 toda vez que el retiro del actor sólo se podía dar dentro de los tres meses siguientes a la fecha en que se le practicó la Junta Médico Laboral.

A lo antes expuesto, se suma el hecho de que según la norma en cita, una vez transcurrieron los tres meses después de habersele practicado al actor la Junta Médico Laboral este recobró el concepto de aptitud para la prestación del servicio policial, hasta cuando se presenten eventos del servicio que impongan una nueva calificación de la capacidad psicofísica (negrilla fuera de texto).

El consejero ponente ARENAS MONSALVE reiteró tal posición en la Sentencia del 17 de marzo de 2011, bajo el radicado No.: 20001-23-31-000-2005-00665-0, manifestando:

Bajo este supuesto, y de acuerdo con lo preceptuado por el inciso segundo del artículo 7 del Decreto 1796 de 2000, la administración no podía fundamentar el retiro del actor con base en el dictamen de un Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía que no tenía validez debido a su ineficacia por el transcurrir del tiempo. En efecto, la expedición de la Resolución No. 03127 de 1 de diciembre de 2004, vulneró el inciso segundo del artículo 7 del Decreto 1796 de 2000 toda vez que el retiro del actor sólo se podía dar dentro de los tres meses siguientes a la fecha en que se le practicó la última valoración médico laboral.²

² Ver también: sentencia del 24 de junio de 2007. Radicado 25001-23-25-000-2001-10-588-01. Radicado interno 3821-05. Consejo de Estado, Sección Segunda, M.P. Dr. Alejandro Ordoñez Maldonado. Sentencia del 28 de junio de 2007. Radicado 76001-23-31-000-2001-00051-01. Radicado interno 0470-05. Consejo de Estado, Sección Segunda – Subsección B, M.P. Dr. Alejandro Ordoñez Maldonado.



d) Lo que se acreditó en el plenario.

- Acta de Junta Medica Laboral N° 85310 del 04 de abril de 2016 registrada en la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, en la que se llegó a las siguientes conclusiones:

“A- DIAGNOSTICO POSITIVO DE LAS LESIONES O AFECCIONES:

1. Espondilólisis + listesis L4-L5 valorado por el servicio de ortopedia que deja como secuela: A) lumbalgia crónica. 2) trauma en mano derecha valorado por el servicio de dermatología que deja como secuela. A) cicatriz en economía corporal con leve defecto estético sin limitación funcional 3) neurosis, histérica valorado por el servicio de psiquiatría comité basan actualmente asintomático 4) temblor psicógeno valorado por el servicio de neurología sin secuelas según concepto. Buen pronóstico neurológico fin de la transcripción.

B. Clasificación de las lesiones o afecciones y calificación de capacidad psicofísica para el servicio. INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL
NO APTO – PARA ACTIVIDAD MILITAR NO SE SUGIERE REUBICACIÓN LABORAL.

C. Evaluación de la disminución de la capacidad laboral.

LE PRODUCE DISMINUCIÓN DE LA CAPACIDAD LABORAL DEL VEINTE CUATRO PUNTO VEINTE DOS POR CIENTO (24.22%).

D. Imputabilidad del Servicio.

AFECCIÓN-1 ENFERMEDAD PROFESIONAL LITERAL (B) LESIÓN -2 ACCIDENTE COMÚN LITERAL (A) (AC)
AFECCIÓN-3 ENFERMEDAD COMÚN LITERAL (A) (EC) AFECCIÓN -4 ENFERMEDAD COMÚN.

La anterior Junta Médico Laboral, se notificó el 07 de abril de 2016 (Fls.49-50 C. Pal.).

- Historia Médica del señor EDGAR PABÓN BLANCO del 01/06/2016 al 06/04/2017. (Fls. 7-47 C. Ppal.).
- Acta de Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía N° M16-581 MDNSG-TML-41.1 REGISTRADA al Folio N° 130 del Libro de Tribunales Médico Móviles, del 22 de septiembre de 2016, en la que se decidió:

“por las razones anteriormente expuestas, el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía decide por unanimidad **MODIFICAR** los resultados de la Junta Médico Laboral N° 85310 DEL 04 DE ABRIL DE 2016, realizada en la ciudad de Florencia, y en consecuencia se resuelve:

A. Antecedentes – Lesiones – Afecciones – Secuelas

De conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto 1796 de 2000, se determina:

1. Espondilólisis listesis L4 y L5
2. Trauma de mano derecha que queja como secuela cicatriz sin limitación funcional.
3. Trastorno de Ansiedad, Neurosis Histérica.
4. Temblor psicógeno.

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

INCAPACIDAD PERMANENTE PACIAL – NO ACTO PARA ACTIVIDAD MILITAR, por artículo 59 CI 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: VEINTISIETE PUNTO DOCE POR CIENTO (27.12%)

Total: VEINTISIETE PUNTO DOCE POR CIENTO (27.12%)

D. Imputabilidad al servicio.

De conformidad con lo establecido en el artículo 15 y 24 del Decreto 1796 de 2000, le corresponde:

1. Litera. B, En el servicio por causa y razón del mismo, es decir, enfermedad profesional y/o accidente de trabajo, se trata de Accidente de trabajo.
2. Literal A, en el servicio pero no por causa y razón del mismo, es decir, enfermedad y/o accidente de trabajo, se trata de accidente Común. Notificada el 27 de septiembre de 2016. (folio 165-168)

- Orden Administrativa de Personal N° 2335 del 14 de octubre de 2016, suscrita por el Comando de Personal del Ejército Nacional, por medio de la cual se retiró del servicio al SLP PABÓN BLANCO EDGAR por DISMINUCIÓN DE LA CAPACIDAD PSICOFÍSICA (Folio 4, 129-130). Notificada el día 31 de octubre de 2016 (folio 2).

e) Caso concreto.

Pretende la parte actora que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la Orden Administrativa de Personal No. 2335 del 14 de octubre de 2016, suscrita por el Comando de Personal del Ejército Nacional, por medio de la cual se retiró del servicio al SLP PABÓN BLANCO EDGAR por disminución de la capacidad psicofísica, y a título de restablecimiento del derecho se ordene a la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL, el reintegro del actor al mismo cargo que desempeñaba o a otro de igual o superior jerarquía o remuneración, así mismo el reconocimiento y pago de todo los emolumentos salariales, prestacionales, de seguridad social e indemnizatorios dejados de cancelar desde el momento del retiro y hasta cuando se haga efectivo el reintegro, con sus respectivos intereses.

Así las cosas, observa el Despacho que en el expediente quedó acreditado que el actor se desempeñó como Soldado Profesional del Ejército Nacional, estando vinculado al servicio militar, quien desde el mes de diciembre de 2012, empezó a presentar quebrantos de salud, entre otras cosas, que conllevaron a que fuera evaluado por parte de la Junta Medica Laboral Provisional N° 69917 del 09 de julio de 2014 y una Junta Medica Laboral N° 85310 del 04 de abril de 2016 registrada en la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, en la que se dictaminó una pérdida de la capacidad psicofísica del 24.22%, en cuyo contenido se indicó y determinó que el señor EDGAR PABÓN BLANCO no era apto para la actividad militar y no se recomendó la reubicación laboral, lo anterior fue modificado por el Acta de Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía N° M16-581 MDNSG-TML-41.1 REGISTRADA al Folio N° 130 del Libro de Tribunales Médico Móviles, del 22 de septiembre de 2016, en la que aumento la pérdida de la capacidad laboral, quedando en un total del VEINTISIETE PUNTO DOCE POR CIENTO (27.12%).

Con fundamento en dichos autos de trámite el actor fue retirado del servicio activo del Ejército Nacional por la causal de disminución de la capacidad psicofísica mediante Orden Administrativa de Personal N°. 2335 del 14 de octubre de 2016.

De acuerdo con las consideraciones que se expusieron en acápite anteriores, es evidente que el señor EDGAR PABÓN BLANCO, en su condición de Soldado Profesional adquirió una pérdida de la capacidad laboral del 27.12%, convirtiéndolo de esta manera en un sujeto de especial protección del Estado, como quiera que fue retirado del servicio activo cuando se encontraba en una situación de indefensión.

En relación con lo expuesto, es preciso traer a colación lo expuesto por el Consejo de Estado quien, respecto al tema, en sentencia de fecha 17/05/2011, proferida por la Sección Segunda,

Subsección A, dentro del proceso radicado No. 66001-23-31-000-2011-00024-01 AC, siendo MP el Dr. Alfonso Vargas Rincón, indicó el deber de protección que surge en relación con los soldados profesionales cuando sufren una discapacidad en la prestación del servicio o actividad militar, siendo del caso señalar:

“Si bien le asiste razón a la entidad demandada cuando afirma que para cumplir con la misión como Soldado Profesional del Ejército Nacional se requiere plena capacidad psicofísica, no puede perderse de vista que el Estado debe asegurar una debida protección a las personas que han sufrido una discapacidad en la prestación del servicio, más aún, cuando sin mediar concepto razonado sobre la imposibilidad de nuevas funciones, la entidad procedió a retirarlo. En asuntos como el presente, tratándose de persona que durante el desempeño de su labor ha sufrido una disminución de la capacidad laboral, la Ley dispone el retiro, no obstante, si obtiene concepto favorable de la Junta Médico Laboral sobre reubicación, su trayectoria profesional lo hace merecedor y sus capacidades pueden ser aprovechadas, la entidad puede mantenerlo en el servicio activo.”³

En iguales circunstancias, la jurisprudencia pacífica y reiterada del Consejo de Estado ha precisado que en el caso de los soldados profesionales con discapacidad psicofísica que “Las personas en situación de discapacidad cuentan con una serie de acciones afirmativas, que buscan reducir los obstáculos que deben soportar día a día.»⁴, y que las personas “en situación de discapacidad o con graves trastornos en su salud tienen derecho a la estabilidad laboral reforzada”⁵, así: “Por esta razón, los artículos 47 y 54 de la Constitución Política consagran expresamente que el Estado debe adelantar “una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran”⁶ y, particularmente en materia laboral, que “El Estado debe (...) garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud”⁷.

En síntesis, la protección especial del Soldado Profesional que sufre un trastorno de salud, con ocasión a sus funciones, se concreta en principio en una estabilidad laboral reforzada, como lo han establecido la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en su jurisprudencia, protección que se materializa en el derecho a ser reubicado para que cumpla otras funciones de conformidad con sus habilidades y destrezas, siempre y cuando la reubicación fuese posible al interior de la entidad. Así las cosas, como el artículo 107 del Decreto Ley 1790 de 2000 dispone que “EXCEPCION A LOS ARTÍCULOS ANTERIORES. No obstante, lo dispuesto en los artículos 105 y 106 de este Decreto, el Gobierno Nacional para el caso de oficiales y el Ministro de Defensa Nacional, o los Comandantes de las Fuerzas cuando en ellos se delegue, para los suboficiales, podrán mantener en servicio activo a aquellos miembros de las Fuerzas Militares que por sus calificaciones lo merezcan y cuando sus capacidades puedan ser aprovechadas en determinadas actividades militares. Cuando se trate de oficiales se requerirá concepto previo de la junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares”, para el Despacho, tal como lo ha manifestado el Consejo de Estado “la administración debe ejercer esta facultad en armonía con el derecho a la estabilidad reforzada desarrollado por la jurisprudencia, de modo que la aplicación del retiro debe ser restringida para aquellos casos en los cuales definitivamente no proceda la reubicación laboral.”⁸

Así las cosas, encuentra el Despacho pertinente traer a colación lo indicado por el Consejo de Estado en sentencia de fecha 01/12/2016, dentro del proceso radicado No. 68001-23-31-000-2010-00220-01(2122-13), siendo CP el Dr. Cesar Palomino Cortés, en el cual reiteró la protección reforzada de los militares en condición de discapacidad o disminución de su capacidad laboral, al indicar:

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

³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 17 de marzo de 2011, M.P. Alfonso Vargas Rincón, proceso con radicado 66001-23-31-000-2011-00024-01 AC

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

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

⁶ Constitución Política. Artículo 47.

⁷ Constitución Política. Artículo 54.

⁸ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS Bogotá, D.C., primero (1) de diciembre de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 68001-23-31-000-2010-00220-01(2122-13)



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

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

A su turno, el artículo 3 de la parte II del citado convenio establece que la política nacional sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas está destinada «a asegurar que existan medidas adecuadas de readaptación profesional al alcance de todas las categorías de personas inválidas y a promover oportunidades de empleo para las personas inválidas en el mercado regular del empleo».

Por su parte, la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006, aprobada por la Ley 1346 de 2009, prescribe que los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar en igualdad de condiciones con los demás y que se deben «Promover programas de rehabilitación vocacional y profesional, mantenimiento del empleo y reincorporación al trabajo dirigidos a personas con discapacidad» (literal k del numeral 1 del artículo 27)⁹

De conformidad con los pronunciamientos jurisprudenciales prescritos, ésta más que claro que existe una estabilidad reforzada para las personas en situación de discapacidad o que hayan cambiado sus destrezas y condiciones laborales con una disminución de la misma, como es el caso del señor PABÓN BLANCO, pues la entidad accionada estaba en la obligación de procurar y promover su rehabilitación reubicándolo conforme a sus nuevas condiciones y no retirarlo del cargo como así lo hizo, pues con tal decisión vulneró y se apartó de los pronunciamientos pacíficamente decantados por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional sobre la materia en cuestión.

Al respecto, es pertinente traer a colación, la sentencia proferida por la Corte Constitucional T-373 de 2018, la cual establece lo siguiente: “aunque es necesario que la Policía cuente con personal idóneo, los miembros con disminución psicofísica pueden ser aptos para efectos del desempeño de otras labores propias de esa institución y distintas de las meramente policiales (...) existen tareas que contribuyen a dar cumplimiento a los propósitos constitucionales de la institución y que a pesar de no ser, por ejemplo, de carácter estrictamente operativo, revisten importancia y requieren para su desarrollo la presencia de personal vinculado a la institución. En primer lugar, se encuentra la docencia o la instrucción, en razón a que el personal de la Policía debe ser capacitado integralmente en academias y centros de formación especializada. (...) De otra parte, las actividades de orden administrativo o aquellas destinadas a fortalecer las relaciones entre el ciudadano y la institución, las cuales no requieren elevados esfuerzos físicos u óptimas condiciones sicofísicas, como sí se exige, en cambio, para las estrictamente operativas (...). En ese contexto, se concluyó que frente a la disminución de la capacidad psicofísica de uno de sus miembros, la Policía Nacional tiene el deber constitucional de intentar su reubicación en un cargo en el que pueda seguir siendo útil para la institución, luego de la respectiva valoración hecha por la Junta Médico Laboral”, y si bien se trata de la Policía Nacional y no del Ejército Nacional, la situación de discapacidad de sus funciones es similar, así como la posibilidad de reubicación laboral cuando han sido desvinculados por dicha causa.

En virtud de lo anterior, se declarará la nulidad parcial de la Orden Administrativa de Personal N° 2335 del 14 de octubre de 2016, al ser expedido con infracción a las normas en que debería fundarse, atendiendo el desconocimiento de los postulados constitucionales y legales; por lo que se ordenará su reintegro, al cargo de Soldado Profesional del Ejército Nacional que venía desempeñando al momento de su retiro, o a uno de igual o mayor jerarquía, reubicándolo en una labor apta para su situación actual de salud, así como el pago de todas las prestaciones sociales, y demás emolumentos salariales propios de los soldados profesionales dejados de percibir, desde que fue retirado del servicio y hasta que se haga efectivo su reintegro, todo esto, declarando que no existió solución de continuidad, previa las deducciones por parte de la Entidad de los descuentos de Ley.

El reintegro se ordena así, toda vez que debe ser la entidad, para el presente caso el Ejército

⁹ Sentencia C-293 de 2010, M.P. Nilson Pinilla Pinilla, la Corte Constitucional declaró exequible la Ley 1346 de 2009



Nacional, quien es competente para disponer el ascenso del oficial al grado superior, de acuerdo con lo dispuesto en la ley, y los criterios, requisitos y demás que deban cumplirse de acuerdo con su organización y normatividad, pues ello escapa a los fines propios de este fallo y del restablecimiento ordenado. Se recuerda que al respecto el Consejo de Estado ha manifestado que la potestad para ascender a los Oficiales a un grado superior, no es competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, ni opera automáticamente.

Sobre el particular, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en fallo del 10 de febrero de 1995¹⁰, en el que actuó como ponente el doctor Juan de Dios Montes Hernández, recaído dentro del expediente S-203, actor: Adriana Alejandra Zapata Garzón, sostuvo:

“...no queda ninguna duda de que esta jurisdicción ordenó el ascenso del actor al grado de Teniente Coronel, y a los demás ‘que se hayan consolidado y a los cuales tengan derecho’; lo cual descarta por completo la pretensión según la cual, sin más condiciones, se debía producir el ascenso al grado de coronel, pues una decisión semejante estaba sujeta a una doble condición: que el ascenso se hubiera consolidado, y sobre todo, que el demandante tuviese derecho a obtenerlo...”

(...)

“...En otros términos: se debía ascender al actor al grado de Teniente Coronel, por orden judicial, y así se hizo, para el ascenso al grado siguiente la jurisdicción dejó en manos de la administración el análisis del cumplimiento de los requisitos correspondientes y de la adquisición del derecho por el solicitante; hecho lo anterior se concluyó que dicho ascenso (al grado de coronel) se debía negar. Esa actuación, se repite, no constituye incumplimiento del fallo y no hay ninguna prueba que conduzca a conclusiones distintas.”

Finalmente, en lo que concierne a la aplicación de lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997; en primera instancia tenemos que el artículo señala:

“ARTÍCULO 26. NO DISCRIMINACIÓN A PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD. En ningún caso la ‘discapacidad’ de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha ‘discapacidad’ sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona ‘en situación de discapacidad’ podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su ‘discapacidad’, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su discapacidad, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren”.

Sobre la mentada indemnización, el Consejo de Estado, ha establecido lo siguiente:

“...Con fundamento en el artículo 26 de la ley 361 de 1997, para la terminación del vínculo laboral de un empleado con discapacidad, el empleador debe obtener la previa autorización de la oficina del trabajo, si no cumple dicho trámite de autorización previa, el empleador no sólo debe pagar la correspondiente indemnización sino que además, dicho retiro se torna ineficaz.

Dicha medida se justifica porque no es razonable dejar al empleado en un estado de desprotección dentro del sistema de seguridad social, cuando expresos mandatos constitucionales, propugnan por la garantía y efectividad de los derechos de todos los asociados y especialmente de aquellos que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta.

Así las cosas, la entidad demandada tenía el deber de mantener vigente el vínculo laboral con el demandante hasta el momento en que fuera declarado su estado de invalidez que le impidiera desempeñarse laboralmente, con el fin de asegurarle la protección de su ingreso económico y su integridad física y síquica acorde con los mandatos constitucionales.

Insiste la Subsección, que en virtud del derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada que ostentan las personas que poseen alguna limitación física, psíquica o sensorial, como el caso del demandante, la entidad demandada tenía el deber de garantizarle su permanencia en el empleo y continuar con el pago de los aportes correspondientes a salud, pensiones y riesgos profesionales, hasta la definición del estado de invalidez.

¹⁰ Reiterada por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejero ponente: Dr. Jorge Octavio Ramírez Ramírez (E), en sentencia del veintidós (22) de julio de dos mil quince (2015), dentro del proceso con Radicación número: 25000-23-25-000-2000-00207-01(1615-03).

(...)

En este orden, para la Subsección es claro que cuando el trabajador se encuentra en imposibilidad transitoria de trabajar y aún no se han definido las consecuencias de su patología, existe el deber de protección del Estado, consistente en el derecho del trabajador, de recibir la atención médica requerida hasta el restablecimiento de la salud, así como el pago de las prestaciones económicas que le permitan procurar su subsistencia, para lo cual resulta esencial la continuidad del vínculo laboral que le otorga el derecho al reconocimiento de dichas prestaciones.

(...)

En tal sentido, ha indicado la Corte Constitucional⁸ que la estabilidad laboral reforzada del trabajador incapacitado implica: "(i) el derecho a conservar el empleo, (ii) a no ser despedido en razón de la situación de vulnerabilidad, (iii) a permanecer en él hasta que se configure una causal objetiva que amerite la desvinculación laboral y (iv) a que la autoridad laboral respectiva autorice el despido con base en la verificación previa de dicha causal, a fin de que el despido pueda ser considerado eficaz..."¹¹

De otro lado, tenemos la interpretación adoptada por la Corte Constitucional; esta Corporación, sostiene que en orden a definir los trabajadores que se encuentren en estado de discapacidad, se debe hablar de personas que por su estado de salud física o mental se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta, que les dificulta trabajar en ciertas actividades o hacerlos con algunas limitaciones y que en consecuencia, necesitan una asistencia y protección especial para permitir su integración social y su realización personal, además de que gozan de una estabilidad reforzada¹².

Adicionalmente, ha resaltado que el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada impone al empleador la obligación de respetar el procedimiento preestablecido para terminar el contrato de trabajo de una persona que se encuentra en circunstancias de debilidad manifiesta. De esta manera, si el empleador omite dicho procedimiento recae sobre él una presunción de despido sin justa causa y por ende discriminatorio, en razón a que se sospecha que la terminación del contrato se fundó en la enfermedad del trabajador y se traslada al empleador la carga de la prueba, correspondiéndole - al empleador- demostrar que la desvinculación no se dio con ocasión de la disminución física, sensorial o síquica del empleado y, por ende, se ajustó al ordenamiento jurídico¹³.

En este orden de ideas, para el Despacho encuentra que para el Ejército Nacional, al desvincular al actor, se hizo desconociendo los derechos fundamentales que basan dicha prescripción normativa, y que exigían a esa institución una protección especial en favor del Actor, y es así que ante la desvinculación de una persona calificada como discapacitada sin la autorización de la autoridad laboral competente, procede el pago de la indemnización prevista en el inciso 2 del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Ahora, si bien, al actor se le reconoció una indemnización por parte de la Institución, denominada "*indemnización por disminución de la capacidad laboral con fundamento en el expediente N°252985 de 2016*"¹⁴, lo cierto, es que la indemnización que acá se reconoce tiene un fundamento, lo cierto, es que la que se está reconociendo es debido a la presunción del comportamiento discriminatorio por parte del empleador al no continuar con la relación laboral de un trabajador que se encuentra en estado de discapacidad; lo cual se acredita con la situación de debilidad manifiesta como la calificación respectiva, lo cual es el fundamento para aplicar la protección reforzada prevista en el artículo 26 ya referido.

Finalmente atendiendo que se tratan de sumas de tracto sucesivo, la entidad deberá cancelar por concepto de emolumentos salariales y prestacionales, se actualizarán, de acuerdo con la fórmula según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh) por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de la sentencia) por el índice inicial (vigente a la fecha de la acusación de la mesada pensional). La fórmula que debe aplicar la entidad demandada es la siguiente:

$$R = Rh \frac{\text{Índice inicial}}{\text{Índice final}}$$

¹¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejero ponente: DR. CESAR PALOMINO CORTES, sentencia del (1) de septiembre de dos mil dieciséis (2016), dentro del proceso bajo el Rad. No.: 19001-23-31-000-2002-08000-01(0412-10).

¹² Corte Constitucional, sentencia T-383 de 2014.

¹³ Sentencia T-1083 de 2007. sentencia T-277 de 2012.

¹⁴ Folio 163 C. Ppal.



Índice final

Debe aclararse que, por tratarse de pagos de trato sucesivo, dicha fórmula debe aplicarse mes por mes, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la acusación de cada uno de ellos. Y, desde luego, sin perjuicio de lo estipulado en los artículos 192 y Ss. del C.P.A.C.A., cuya observancia por parte de la administración debe darse sin necesidad de mandato judicial.

VI. CONDENA EN COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO.

Finalmente, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365¹⁵ numeral 5 del CGP, aplicable por remisión expresa en virtud del artículo 188 del CPACA, el Despacho condenará en costas en esta instancia, en el 4% de lo pedido en el líbello de la demanda a la entidad pública vencida en esta sentencia, de conformidad a lo señalado en el N° 1 del artículo 5 del Acuerdo N° PSAA16-10554 del 05 de agosto de 2016 del C.S., de la Judicatura¹⁶, en lo concerniente a la primera instancia.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarto Administrativo de Florencia, Caquetá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad del acto administrativo demandado contenido en la Orden Administrativa de Personal No. 2335 del 14 de octubre de 2016, por medio del cual se retiró del servicio activo de las Fuerzas Militares por disminución de la capacidad psicofísica al SP EDGAR PABÓN BLANCO.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** el reintegro del señor EDGAR PABÓN BLANCO al Ejército Nacional en un cargo de igual o superior jerarquía en el cual pueda desempeñar funciones de acuerdo a la disminución de su capacidad que le fue dictaminada.

TERCERO: RECONOCER el pago de salarios y emolumentos prestacionales adeudados al actor desde la fecha de retiro hasta la fecha en que sea reintegrado a la institución militar, facultando a la Entidad a que efectuó los descuentos de Ley.

CUARTO: ORDENAR a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL el pago a favor del señor EDGAR PABÓN BLANCO de la indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

QUINTO: Las sumas que se reconozcan a favor de los demandantes serán ajustadas en la forma como se indica en la parte motiva de esta providencia, aplicando para ello la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{Índice inicial}}{\text{Índice final}}$$

SEXTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

¹⁵ “**ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS.** En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

(...)5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión. (...)”

¹⁶ 1. PROCESOS DECLARATIVOS EN GENERAL. En única instancia. a. Cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuniario, entre el 5% y el 15% de lo pedido. b. En aquellos asuntos que carezcan de cuantía o de pretensiones pecuniarias, entre 1 y 8 S.M.M.L.V. En primera instancia. a. Por la cuantía. Cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuniario: (i) De menor cuantía, entre el 4% y el 10% de lo pedido. (ii) De mayor cuantía, entre el 3% y el 7.5% de lo pedido. b. Por la naturaleza del asunto. En aquellos asuntos que carezcan de cuantía o de pretensiones pecuniarias, entre 1 y 10 S.M.M.L.V. En segunda instancia. Entre 1 y 6 S.M.M.L.V.



SÉPTIMO: CONDENAR en costas y agencias en derecho en esta instancia, en el 4% de las pretensiones reconocidas en la sentencia a la entidad pública vencida en esta sentencia, de conformidad al Acuerdo N° PSAA16-10554 del 05 de agosto de 2016 del C.S., de la Judicatura.

OCTAVO: ORDENAR que la sentencia se cumpla de conformidad con los artículos 192 y siguientes del CPACA.

NOVENO: Notificar la presente decisión en la forma prevista en el artículo 203 del CPACA.

DÉCIMO: Una vez ejecutoriada la presente decisión ORDÉNESE expedir a la parte actora, copia de la presente decisión con sus constancias de notificación y ejecutoriada, en los términos del artículo 114 del C.G.P., para efectos de obtener su cumplimiento y procédase a realizar las anotaciones en el programa siglo XXI, archívese el expediente previa liquidación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GINA PAMELA BERMEO SIERRA
Juez