

REPUBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CUARENTA Y SEIS ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá D.C., dieciocho (18) de septiembre de dos mil veinte (2020)

EXPEDIENTE N°.: 11001-33-42-046-2016-00659-00
DEMANDANTE: HENRY NOGOA SANTANA
**DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL –
EJÉRCITO NACIONAL**

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

ASUNTO

Agotado el trámite del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 del C.P.A.C.A., procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia para resolver la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia.

1 ANTECEDENTES

1.1 La demanda

El señor HENRY NOGOA SANTANA, identificado con C.C. N°. 18.903.930 de Río de Oro (Cesar), a través de apoderado, promovió el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) contra la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL, con el fin de que se hagan declaraciones y condenas que se indican en el siguiente apartado.

1.1.1 Pretensiones.

De la demanda se tienen las siguientes:

“PRIMERA: Que se Declare la Nulidad de la Resolución de Retiro No. 01576 del 28 de Julio de 2016, por medio de la cual se retira del servicio activo al señor Cabo Primero ING. Henry Nogoá Santana.

SEGUNDA: Que se declare la nulidad de la Notificación Personal de Resolución de Retiro No. 01576, realizada el 29 de Julio de 2016.

TERCERA: Que como consecuencia de la Declaración anterior, se ordene como Restablecimiento del Derecho, el REINTEGRO LABORAL, al mismo cargo que desempeñaba o a otro de igual o superior jerarquía, donde se pueda desempeñar sin que ponga en peligro su integridad y la de sus compañeros teniendo en cuenta sus habilidades, destrezas y grados de instrucción.

CUARTA: Que se ordene el pago de los salarios, prestaciones, bonificaciones y demás beneficios a que tiene derecho el señor NOGOA SANTANA y que fueron dejados de percibir desde el momento de su retiro 28 julio de 2016, hasta que se haga efectivo el reintegro del actor a la Institución.

QUINTA. Que, para los efectos legales, y especialmente, para el reconocimiento y pago de las prestaciones pendientes, se declare que no ha habido solución de continuidad en el servicio, desde la fecha en que fue retirado del servicio, esto es desde el 16 de Enero de 2015, hasta aquella en que el actor sea reincorporado al mismo.

SEXTA: Que se ordene al Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, al pago de perjuicios morales y materiales, tasados de la siguiente manera:

A. PERJUICIOS MATERIALES

TÍTULO DE DAÑO EMERGENTE: Los gastos que incurrió mi poderdante por concepto de asesoría jurídica para la presentación de la Solicitud de Conciliación y presente Demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Valores que se prueban con el contrato de prestación de servicios celebrado con el Doctor Néstor Raúl Nieto Gómez, que se anexa con la presente Demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, por valor de (15'000.000.00) M/CTE.

B. PERJUICIOS MORALES

TÍTULO DE DAÑO MORAL: El valor de 100 SMLMV, para mi mandante, y cada uno de los miembros que conforman el núcleo familiar de: su señora madre e hijos menores de edad, debido a la situación de vulnerabilidad, la angustia psicológica y demás situaciones adversas que se les causa como consecuencia del retiro del servicio activo de mi prohijado, debido a la disminución de la capacidad psicofísica y que no se tuvo en cuenta las capacidades físicas y psíquicas residuales y menos se realizó una valoración con criterios técnicos, objetivos y científicos que constataran las verdaderas capacidades con que cuenta el señor Nogoá Santana y le hubiesen permitido continuar desempeñando otras funciones dentro de la Institución, máxime si se tiene en cuenta que desde hace cuatro años cumplía funciones administrativas en el área de archivo del Batallón No. 15 “Cacique Bacatá”. Así las cosas se desconoció no solo el tiempo de servicio que lleva en el Ejército, sino que

además no se tuvo en cuenta habilidades, destrezas y estudios con que cuenta el miembro de la fuerza pública, carga que no están en la obligación de soportar por parte del mismo, especialmente cuando el retiro obedece a una disminución en la capacidad laboral ocasionada en el cumplimiento del servicio militar desde su ingreso en el año 2002, lesiones o afecciones que fueron adquiridos como consecuencia directa del enemigo en el restablecimiento del orden público como soldado regular hasta la fecha de retiro en la que ostentaba en grado de Cabo Primero y realizada funciones administrativas en la sección cuarta como Jefe de Archivo, adicionalmente cursaba estudios de educación superior en la institución Educativa Universidad Militar Nueva Granada.

Se trata de una serie de sucesos angustiosos que mi defendido no está obligado a soportar, al haber sido retirado del servicio activo en razón de una disminución en su capacidad laboral del cuarenta y tres punto noventa y cinco por ciento (43.95%), y sin lugar a reubicación laboral por parte del Tribunal Medico Laboral, dejando de lado el tiempo de servicio que mi representado estuvo al servicio de las Fuerzas Militares desempeñando sus funciones cabalmente, y lo más grave apartándose de la normatividad en cuanto a la protección de las personas que sufren algún tipo de discapacidad y que el Estado se encuentra en la obligación de protegerlos y garantizarles el derecho a la igualdad el acceso a un trabajo digno con el que puedan suplir sus necesidades básicas. Es por ello que la situación que aquí nos convoca genera en el señor Nogoia Santana un sin número de angustias, estrés e inestabilidad emocional, perjuicios de carácter moral que causa el aquí demandado con el actuar desfavorable sobre los intereses de mi prohijado y su familia especialmente sus hijos que se ven vulnerables toda vez que son menores de edad y dependen de lo que les provea el padre, quien es el responsable de manutención, pero que ahora de igual manera se encuentra en situación de vulnerabilidad.

SEXTA: Que la orden impartida por el Señor Juez en la presente Demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, sea de inmediato cumplimiento. (...).

1.1.2 Fundamento fáctico

La demanda se fundamenta en los hechos que a continuación se transcriben:

“1. Mi poderdante ingresó al Ejército Nacional de Colombia en Junio de 2002 prestando servicio militar como Soldado Regular en la Escuela de Suboficiales, donde permaneció por 18 meses.

2. Luego de haber prestado el servicio militar regular mí prohijado realiza curso de suboficial por un periodo de 18 meses, en el año 2005 obtiene su grado de Suboficial.

3. Posterior a haber obtenido su grado como suboficial fue trasladado para el Batallón Pedro Nel Ospina que está ubicado en Bello – Antioquia, ahí se desempeñó como comandante de escuadra de la compañía de Instrucción.

4. Estando en su desempeño como Comandante de escuadra en el Batallón Pedro Nel Ospina, realizó cursos de Defensa de Bases y Fortificaciones.

5. Posteriormente realizó labores de patrullaje por el Oriente Antioqueño.

6. El 23 de Noviembre le realizan una primera práctica de Junta Médico Laboral No. 40660, donde se le determina una disminución de la capacidad psicofísica del treinta y siete punto treinta y ocho por ciento (37.38%), con imputabilidad en

el servicio por causa y razón del mismo, literal (B) y por acción directa del enemigo, en el restablecimiento del orden público, literal (C).

7. Como consecuencia de su buen desempeño lo envían como agregado al Chocó donde trabaja con la Policía, recorriendo las diferentes Bases de la Policía del Chocó, en labores de asesoría sobre seguridad de las Bases.

8. Después es trasladado para Palmira – Valle al Batallón de Ingenieros Agustín Codazzi en el cual realizó curso de explosivos y curso de ascenso a Cabo segundo.

9. Estando en ese Batallón se desempeñó como comandante del grupo de Explosivos y Demoliciones.

10. Habiendo cumplido sus funciones en el Batallón de Ingenieros “Agustín Codazzi” fue agregado para trabajar en el Cauca, donde se dan los hechos (...) hechos ocurridos el pasado 21 de Febrero de 2009 en el sector del Salado Municipio de Corito Cauca, en coordenadas 030718-761318 en desarrollo operación ESPADA misión táctica FARAON 023.

11. Efectuando una operación sobre los laboratorios para el procesamiento de alcaloides, entrando en combate contra los terroristas los cuales aferraron al terreno no dejándolos avanzar, en vista de eso el CS NOGOA SANTANA efectuó movimiento desde la parte alta hacia el cañón para lograr apoyar las contraguerrillas de ANTORCHA, por las condiciones del terreno se llegó hasta la carretera que era paso obligatorio y posteriormente comenzó el fuego del enemigo y en el cruce de disparos fue impactado por 3 proyectiles en el cuerpo en el Omoplato izquierdo y pierna derecha y varias esquirlas de artefactos(...)

12. Luego de su proceso de recuperación, consecuencia del hecho antes mencionado, se desempeñó como instructor de explosivos.

13. Posteriormente fue trasladado para el Caquetá al Batallón contra el Narcotráfico número 3 en el cual desempeña diferentes cargos en el área administrativa, tales como, operaciones e inteligencia. En la sección 5 de esta unidad, del mismo Batallón hizo curso de operaciones psicológicas en Bogotá.

14. Luego de haber terminado las funciones en el batallón contra el narcotráfico número 3, es trasladado para Bogotá, al Batallón de Servicios para el Combate, en él se desempeñó como jefe de Bodega de Intendencia, y además colaboraba con la entrada y salida de material con el sistema SIF Y SAP.

15. En dicha unidad trabajo en la sesión de operaciones al mismo tiempo que realizaba curso de administrador de Unidades Caninas.

16. Para la época inicia sus estudios de ascenso para Cabo Primero al igual que se matricula en el área de contaduría pública de la Universidad Militar Nueva Granada.

17. Luego es trasladado para el Batallón de policía Militar donde actualmente se encuentra, a la vez que cursa estudios de ascenso para grado de sargento segundo, motivo por el cual se convoca la respectiva conciliación, debido a que su ascenso no se ha podido materializar por razones de sanidad.

18. En dicha unidad militar se ha desempeñado en el área administrativa en la sección cuarta, como jefe de archivo, en la unidad sufrió un accidente laboral que le ocasiono fractura en la rótula izquierda, se le ha practicado una cirugía y está pendiente por otra cirugía.

19. El 3 de febrero de 2015 se convoca a Junta Médica, (...) POR LA PRACTICA DE UN EXAMEN DE CAPACIDAD SICOFISICA EN EL QUE SE ENCUENTRAN LESIONES O AFECCIONES QUE DISMINUYEN LA CAPACIDAD LABORAL.(ASCENSO)

(...)

21. El día 10 de Febrero de 2016, se reúnen los médicos integrantes del Tribunal Médico con el fin de determinar el porcentaje de discapacidad psicofísica, que mediante Acta No. TML 16-2-028 MDNSG-TML-41.1, determinan una disminución en la capacidad laboral de cuarenta y tres punto noventa y cinco por ciento (43.95%), de este modo RATIFICA el porcentaje dado por la Junta Médica No 75142 de Febrero 3 de 2015.

22. Se notifica a través de correo electrónico el Acta de Tribunal Médico Laboral el 3 de Junio de 2016, al señor HENRY NOGOA SANTANA.

23. Es necesario precisar honorable Juez que la imputabilidad del servicio que determina el porcentaje de discapacidad psicofísica fue dado de acuerdo al artículo 24 del Decreto 1796 del 2000 en los literales (A) (B) (C) de acuerdo con los conceptos médicos practicados en las respectivas Juntas Médicas.

24. Como consecuencia de las lesiones sufridas en combate, por acción directa del enemigo y en cumplimiento del deber constitucional de restablecimiento del orden público y defensa de la soberanía, fue comisionado para realizar estudios de educación superior.

(...)

26. El día 28 de Julio de 2016, se expide Resolución de RETIRO No. 01576 de 2016, por la cual se retira del servicio activo de la Fuerzas Militares – ejército Nacional, en forma temporal con pase a la Reserva por Disminución de la Capacidad psicofísica al señor Cabo Primero ING. HENRY NOGOA SANTANA.

27. El día 29 de Julio de 2016, se Notifica de manera personal al señor Cabo primero HENRY NOGOA SANTANA del Retiro del servicio activo de las Fuerzas Militares por Disminución de la Capacidad Psicofísica.

(...)”.

1.1.3. Normas violadas.

De orden constitucional: Artículos 1, 2, 4, 13, 29, 47, 48, 53 y 93 de la Constitución Política.

De orden legal y reglamentario: Artículo 7 del Decreto 1796 de 2000; numeral 3.5 del artículo 3 de la Ley 923 de 2004, artículos 923 de 2004, artículos 4 y 8 de la Ley 776 del 2000, artículo 5º de la Ley 1618 de 2013, artículos 1, 2 y 3 de la Ley 361 de 1997.

1.1.4 Concepto de violación.

El apoderado de la parte demandante considera que el acto acusado incurrió en infracción a las normas en que debía fundarse y falsa motivación, de acuerdo a las consideraciones que a continuación se sintetizan:

- El acto administrativo de retiro del servicio no tuvo en cuenta las destrezas y habilidades del señor Henry Nogoá Santana, toda vez que aquel podía ser reubicado. Ello atendiendo que se ha desempeñado en cargos administrativos, como lo es el de Jefe de Archivo. Además, se encuentra realizando estudios de contaduría en la Universidad Militar Nueva Granada.
- Igualmente, advierte que el acto administrativo de retiro del servicio fue proferido sin que existiera concepto o valoración médica vigente. En efecto, sostiene que desde la fecha de la práctica de concepto médico efectuada por el tribunal militar (10 de febrero de 2016) hasta la fecha del acto administrativo de retiro (28 de julio de 2016) había transcurrido un término mayor a dos meses señalado en el artículo 7º del Decreto 1796 de 2000, que establece la validez y vigencia de los exámenes de capacidad psicofísica.

1.2. TRÁMITE PROCESAL

1.2.1 Contestación de la demanda

La Nación – Ministerio de Defensa - contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones allí contenidas. Como fundamento de defensa, la entidad demandada señaló que el acto administrativo acusado se ajustó a la normatividad vigente, en tanto que, por un lado, los actos administrativos que calificaron la valoración médica quedaron en firme. Allí se concluyó que no era recomendable reubicar al señor Henry Nogoá. Igualmente, sostiene que el demandado, por su condición de vulnerabilidad mental, puede resultar peligroso para el mismo y para sus compañeros, bajo el entendido que en el Ejército Nacional se tiene contacto con armas de fuego, lo que podría generar en cualquier momento una tragedia.

Finalmente, sostiene que al demandante no se le está causando ningún perjuicio grave ni irremediable, toda vez que le fue reconocida asignación de retiro.

1.2.2 Audiencia Inicial¹

En audiencia inicial el Despacho adelantó todas las etapas procesales contenidas en el artículo 180 del C.P.A.C.A. Además, decretó las pruebas que consideró necesarias para resolver la cuestión objeto de debate.

1.2.4 Alegatos

En auto de 23 de agosto de 2019, el despacho decretó el desistimiento de la prueba de oficio ordenada en audiencia inicial, teniendo en cuenta que la parte actora no realizó los trámites pertinentes para hacer posible su recaudo. En virtud de ello, se dispuso el cierre de la etapa probatoria, prescindiéndose de las audiencias de pruebas y de alegaciones y juzgamiento, por resultar innecesarias; razón por la cual se dispuso correr traslado a las partes para que alegarán por escrito.

En consecuencia, los alegatos se presentaron en forma escrita, así:

Parte demandante: Reiteró los argumentos expuestos en la demanda. Precisó que en cumplimiento de un fallo de tutela el demandante ha sido reintegrado al servicio desde el 12 de octubre de 2016. Además, sostiene que en la actualidad está a punto de terminar sus estudios de contaduría, lo que le daría un plus para desempeñarse en sus labores.

La parte demandada y el agente del Ministerio Público guardaron silencio en esta etapa procesal.

Cumplido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad procesal, se decide mediante las siguientes,

2 CONSIDERACIONES.

2.1 Problema Jurídico

Como se determinó en la audiencia inicial al momento de fijar el litigio, el presente asunto se pretende establecer: Si el señor HENRY NOGOA SANTANA, tiene o no

¹ Folios 108-112.

derecho a que ser reintegrado a un cargo igual o equivalente al que venía desempeñando al momento del retiro del servicio por pérdida de la capacidad física.

2.2 Hechos probados

Se demostraron en el proceso los hechos que a continuación se indican:

- El señor Henry Nogoia Santana, presta sus servicios al Ejército Nacional como soldado voluntario desde el 26 de junio de 2002, y a partir del 01 de marzo de 2005 se incorporó como suboficial.
- Al demandante le fue practicada Junta Médica Laboral el día 03 de febrero de 2015. Allí se concluyó que tenía una incapacidad equivalente al 43.95%, y, por ello, no se consideraba apto para el servicio.
- En segunda instancia, el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía Nacional, a través de Acta N°. TML16-2-028 MDNSG-TML-41-1 de 20 de mayo de 2016, confirmó la decisión adoptada en primera instancia por la Junta Médica Laboral.
- Por Resolución N°. 01576 de 28 de julio de 2016, el Ejército Nacional ordenó el retiro del servicio de las Fuerzas Militares al señor Henry Nogoia Santana.

2.3 Marco Normativo.

Atendiendo lo anterior, el despacho efectúa el correspondiente análisis normativo y jurisprudencial relacionado con el presente asunto, para luego descender al caso concreto, y emitir el correspondiente pronunciamiento de conformidad con la fijación del litigio planteada.

- Naturaleza de las Fuerzas Militares

La existencia del contrato social impone tanto al ciudadano como al Estado unos deberes y unos derechos, para este último, una de las obligaciones que emerge de dicho vínculo es la de brindar protección a los ciudadanos. En efecto, el artículo 2º de la Constitución Política estipula como fines esenciales del estado la protección a *todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y*

demás derechos y libertades, de lo que se infiere que para el cumplimiento de dicho fin el Estado debe contar con instituciones que a través de la autoridad apoyada por la coerción (fuerza), ejecuten las acciones pertinentes que permitan garantizar el mencionado propósito.

Para cumplir lo anterior, el Constituyente de 1991 dispuso en su artículo 217 de la Constitución Política que las Fuerzas Militares tienen como fin “... *la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional*”, por tal razón, *la ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio.*

Con el fin de regular el régimen disciplinario, de carrera y prestacional, el legislador y el Gobierno Nacional, han expedido una serie de normas, entre las que se destacan los Decretos 1211 de 1990², 1790 de 2000³, 1793 de 2000⁴ y 4433 de 2004⁵, en las cuales se ha determinado los grados de las Fuerzas Militares, las formas de ingreso, ascenso, retiro y demás aspectos de la carrera Militar.

Del Retiro del Servicio

Es del caso indicar que retiro del servicio es aquella figura por medio de la cual los miembros de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional, sin perder el grado, cesan en la prestación de servicios por haber incurrido en alguna de las causales previstas en la ley para tal efecto.

El Decreto 1211 de 1990, en sus artículos 128, 129 y 134 regula aspectos relacionados con el retiro del servicio de los oficiales y suboficiales de la Policía Nacional, disponiendo lo siguiente:

“ARTÍCULO 128. RETIRO. Retiro de las Fuerzas Militares es la situación en que por disposición del Gobierno para Oficiales a partir del grado de Coronel o Capitán de Navío o por Resolución Ministerial para los demás grados, o del Comando de la respectiva fuerza para Suboficiales, unos y otros, sin perder su grado militar, cesan en la obligación de prestar servicio en actividad, salvo en los casos de reincorporación, llamamiento especial al servicio o movilización.

² “Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares”.

³ “Por el cual se modifica el Decreto que regula las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.”

⁴ “Por el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares.”

⁵ “Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.”

Los retiros de Oficiales deberán someterse al concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa, excepto cuando se trate de Oficiales Generales o de Insignia e inasistencia al servicio por más de cinco (5) días sin causa justificada.

PARAGRAFO. Los retiros por llamamiento a calificar servicios o por voluntad del Gobierno, para Oficiales, se dispondrán en todos los casos por Decreto del Gobierno.

ARTÍCULO 129. CAUSALES DE RETIRO. El retiro del servicio activo para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares se clasifica, según su forma y causales, como se indica a continuación.

a. Retiro temporal con pase a la reserva:

1. Por solicitud propia.
2. Por cumplir cuatro (4) años en el grado de General o Almirante.
3. Por llamamiento a calificar servicios.
4. Por voluntad del Gobierno para Oficiales, o del Comando de la respectiva Fuerza para Suboficiales.
5. Por sobrepasar la edad correspondiente al grado.
6. **Por disminución de la capacidad sicofísica para la actividad militar.**
7. Por incapacidad profesional.
8. Por inasistencia al servicio por más de cinco (5) días sin causa justificada.

b. Retiro absoluto:

1. Por incapacidad absoluta y permanente o por gran invalidez.
 2. Por conducta deficiente.
 3. Por haber cumplido sesenta y cinco (65) años de edad los Oficiales y cincuenta y cinco (55) años los Suboficiales.
- (...)

ARTÍCULO 134. RETIRO POR DISMINUCION DE LA CAPACIDAD SICOFISICA. Los Oficiales y los Suboficiales de las Fuerzas Militares que no reúnan las condiciones sicofísicas determinadas por las disposiciones vigentes sobre la materia, deben ser retirados del servicio activo en las condiciones señaladas en este Decreto.
(...)” (Énfasis agregado).

El Decreto Ley 1790 de 2000, contempla en su artículo 106, respecto del retiro del servicio por disminución de la capacidad psicofísica, lo siguiente:

“ARTÍCULO 106. RETIRO POR DISMINUCION DE LA CAPACIDAD SICOFISICA. Los oficiales y los suboficiales de las Fuerzas Militares que no reúnan las condiciones sicofísicas determinadas por las disposiciones vigentes sobre la materia, deben ser retirados del servicio activo en las condiciones señaladas en este Decreto.”

La causal de retiro por disminución de la capacidad psicofísica está regulada por los Decretos 094 de 1989⁶ y 1796 de 2000 en el artículo 3 *ibídem* describe cómo se califica dicha capacidad:

“CALIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD PSICOFÍSICA. La capacidad psicofísica para ingreso y permanencia en el servicio del personal de que trata el presente decreto, se califica con los conceptos de apto, aplazado y no apto.

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

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

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

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

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

De acuerdo a lo expuesto, se tiene que los oficiales o suboficiales de las Fuerzas Militares pueden ser retirados del servicio cuando no cumplan con las condiciones mentales y físicas para la adecuada prestación del servicio. Sin embargo, para calificar como no apto a un miembro de las fuerzas militares es necesario establecer si de acuerdo a sus capacidades y méritos puede ser reubicado en otra dependencia y/o en actividades administrativas, de docencia o instrucción.

De otra parte, la Corte Constitucional en sentencia C-381 de 2005, al estudiar la constitucionalidad de la Ley 578 de 2000⁷, señaló:

“(…)

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 pondrían en riesgo sus importantes funciones constitucionales y legales y con ello los derechos de

⁶ “Por el cual se reforma el estatuto de la capacidad psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, soldados, Grumetes, Agentes, Alumnos de las Escuelas de Formación y personal civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional”.

⁷ “Por medio de la cual se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias para expedir normas relacionadas con las fuerzas militares y de policía nacional”.

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.
(...)"

En este orden de ideas, no puede por mera liberalidad y ante una incapacidad psicofísica la entidad militar retirar del servicio por esta causa a un Oficial, Suboficial o Soldado Profesional sino se han realizado los estudios pertinentes que permitan identificar que la persona no tiene capacidades que pueden ser aprovechadas en actividades propias de la institución como la instrucción, la docencia o en la parte administrativa.

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

"Si bien le asiste razón a la entidad demandada cuando afirma que para cumplir con la misión como Soldado Profesional del Ejército Nacional se requiere plena capacidad sicofísica, no puede perderse de vista que **el Estado debe asegurar una debida protección a las personas que han sufrido una discapacidad en la prestación el servicio**, más aún, cuando sin mediar concepto razonado sobre la imposibilidad de nuevas funciones, la entidad procedió a retirarlo.

En asuntos como el presente, tratándose de persona que durante el desempeño de su labor ha sufrido una disminución de la capacidad laboral, la Ley dispone el retiro, no obstante, si obtiene concepto favorable de la Junta Médico Laboral sobre reubicación, su trayectoria profesional lo hace merecedor y sus capacidades pueden ser aprovechadas, la entidad puede mantenerlo en el servicio activo.⁸" (Énfasis agregado)

También, el Consejo de Estado ha precisado en el caso de un soldado profesional, que «Las personas en situación de discapacidad cuentan con una serie de acciones afirmativas, que buscan reducir los obstáculos que deben soportar día a día.»⁹, y

⁸ 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

⁹ Consejo de Estado, Sección Cuarta, M.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, proceso con radicado 25000-23-41-000-2015-01836-01 AC

que las personas «en situación de discapacidad o con graves trastornos en su salud¹⁰ tienen derecho a la estabilidad laboral reforzada»¹¹, 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”¹² y, particularmente en materia laboral, que “El Estado debe (...) garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud”¹³.

Por otra parte, la Ley 361 de 1997, por la cual se establecen mecanismos de integración para las personas en situación de discapacidad, indica en el artículo 26 que «[e]n ningún caso la discapacidad de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha discapacidad sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar».

La Corte Constitucional en la sentencia C-458 del 22 de julio de 2015¹⁴ al pronunciarse sobre la constitucionalidad de algunos artículos de Ley 361 de 1997 expuso, sobre el modelo de protección a las personas en situación de discapacidad, lo siguiente:

“Este enfoque, entonces, ha abierto nuevos horizontes en el entendimiento de este fenómeno y en el diseño de herramientas para enfrentar los obstáculos de este colectivo en el goce de sus derechos. Entre otras cosas, por ejemplo, esta nueva aproximación no solo ha tenido la virtud de enfatizar el status de las personas con discapacidad como titulares de derechos, sino que también ha promovido un “giro” en las políticas públicas relativas a la discapacidad, enfatizando en la importancia de replantear la estructuras económicas, políticas, sociales y culturales, para hacer posible la inclusión de este segmento social”.¹⁵

Sobre la estabilidad laboral reforzada, en el fallo T-076 de 2016¹⁶ la Corte Constitucional explicó que las personas en situación de discapacidad, en razón de una disminución física, sensorial o psicológica se encuentran en un estado de

¹⁰ La Corte Constitucional ha establecido que la estabilidad laboral reforzada no abarca únicamente a las personas en situación de discapacidad, sino también a aquellas que presenten serias afecciones en su salud. En la sentencia T-198 de 2006 indicó: “En materia laboral, la protección especial de quienes por su condición física están en circunstancia de debilidad manifiesta se extiende también a las personas respecto de las cuales esté probado que su situación de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite su condición de discapacitado”.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Cuarta, M.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, proceso con radicado 25000-23-41-000-2015-01836-01 AC

¹² Constitución Política. Artículo 47.

¹³ Constitución Política. Artículo 54.

¹⁴ M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

¹⁵ El fundamento 45 ha sido retomado de la ponencia original presentada por el Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez

¹⁶ M.P. Jorge Iván Palacio Palacio

debilidad manifiesta, que impone al Estado la obligación de ampararlos para garantizarles su derecho a la igualdad. Entonces, resalta la Corte, que según el artículo 47 de la Carta Política, el Estado debe adelantar las políticas de previsión, rehabilitación e integración social destinadas a quienes sufren una disminución de sus capacidades, lo que incluye la estabilidad laboral, de conformidad con los artículos 53 a 54 ídem.

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

En este mismo sentido, la Ley 1346 de 2009 que aprobó la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, establece en el artículo 27 como principio general, el derecho de las personas con discapacidad a tener un empleo que les permita procurarse su sustento y la necesidad de garantizar el derecho al trabajo de las personas que adquieran una discapacidad mientras tienen un empleo. Disposición que fue declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-293 de 2010.¹⁷

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

Así las cosas, como el artículo 10 del Decreto Ley 1793 de 2000 dispone que « El soldado profesional que no reúna las condiciones de capacidad y aptitud psicofísica determinadas por las disposiciones legales vigentes, podrá ser retirado del servicio», para 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.

¹⁷ M.P. Nilson Pinilla Pinilla

Dicho lo anterior, procede el Despacho, a revisar los elementos probatorios del caso en particular.

4. Caso Concreto

De lo probado en el proceso, se tiene que el señor Henry Nogoá Santana prestó sus servicios al Ejército Nacional desde el 26 de junio de 2002, siendo su último cargo y grado el de Cabo Primero hasta el 28 de julio de 2016. Igualmente, se advierte que desde el 23 de enero de 2017, por medio de Resolución No. 00091 de dicha calenda, el Ejército Nacional dio cumplimiento al fallo de tutela proferido por el Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral el día 12 de octubre de 2106, en tal sentido se reintegró al servicio al demandante, quien en la actualidad desempeña en funciones administrativas.

Ahora bien, mediante Acta de la Junta Médica Laboral Militar No. 75142 de 03 de febrero de 2015, se estimó que el Soldado Profesional experimentó una disminución de su capacidad laboral en un 43.95%, considerándolo no apto para desempeñarse en el servicio, y como consecuencia de ello, no se sugirió la reubicación laboral, dadas las lesiones sufridas por el mismo.

Inconforme por la decisión adoptada por la Junta, el demandante solicitó la Convocatoria del Tribunal Médico Laboral, con la finalidad que se reconsiderara la reubicación laboral y el posterior ascenso.

El 20 de mayo de 2016, el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, Mediante Acta No. TML16-2-028 MDNSG-TML.41.1 registrada a folio 259 del Libro del Tribunal Médico Laboral, decidió ratificar los resultados de la Junta Médica Laboral Militar No. 75142 de 03 de febrero de 2015.

Con fundamento en las valoraciones antes transcritas, el Comandante del Ejército Nacional, mediante la Resolución N°. 01576 de 28 de julio de 2016, se dispuso el retiro del actor por disminución de la capacidad psicofísica, con fundamento en los artículos 99, 100 y 106 del Decreto 1790 de 2000.

En lo referente a la validez y vigencia de los exámenes de capacidad psicofísica de los miembros de la fuerza pública, el artículo 7º del Decreto 1796 de 2000, establece que se consideran válidos por un término de 3 meses. A su tenor dispone la norma:

ARTICULO 7o. VALIDEZ Y VIGENCIA DE LOS EXAMENES DE CAPACIDAD PSICOFISICA. Los resultados de los diferentes exámenes médicos, odontológicos, psicológicos y paraclínicos practicados al personal de que trata el artículo 1o. 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 psicofísica 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.
(Negrita por el Despacho)

Ahora bien, el acto de retiro de un miembro de la fuerza pública, por la causal de disminución de la capacidad psicofísica debe fundarse en el concepto de la Junta Médico Laboral y/o del Tribunal Médico Laboral que determine la disminución física con la respectiva calificación de ineptitud para la prestación del servicio; adicionalmente, dicho concepto debe tener vigencia al momento de la expedición del acto de retiro, es decir, dentro de los tres meses siguientes a la expedición de la calificación médica, por lo que superado este término, el dictamen médico pierde su fuerza ejecutoria y deja de ser obligatorio al día siguiente de cumplirse el plazo, recobrando plena vigencia el concepto de la aptitud psicofísica, a no ser que se presente una circunstancia que imponga la obligación de realizar una nueva calificación.

Por lo que si el acto de retiro del servicio se expide con un concepto médico no vigente, el mismo estaría viciado de falsa motivación, al no corresponder con la realidad de los hechos, toda vez que vencido el término de vigencia del concepto médico emitido, la norma que rige la materia consagra como efecto inmediato el recobro total de la aptitud para la prestación del servicio, circunstancia esta que desvirtuaría la causal de retiro alegada por la entidad al expedir el acto.¹⁸

En el caso concreto, se advierte que la valoración médica practicada al demandante por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar consignada en Acta No. 16-2-028,

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA. SUBSECCION "A". Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. Bogotá D.C., veinticuatro (24) de junio de dos mil diez (2010). Radicación número: 76001-23-31-000-2002-03568-01(0512-07). Actor: LUIS GILDARDO DIAZ POSADA. Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL.

ocurrió el día 20 de mayo de 2016. Allí se dictaminó que el señor Henry Nogoia Santana tiene una el 43.95% de la disminución de la capacidad laboral, y, además, lo declararon no apto para desempeñar satisfactoriamente las funciones propias de la vida militar.

De modo que, el acto por medio del cual se le retiró del servicio, esto es, la Resolución No. 01576 de 28 de julio de 2016 fue expedida dentro del término establecido en el 7º del Decreto 1796 de 2000. Si bien podría existir una incongruencia entre la fecha del acta (20/05/2016) y la fecha indicada en el primer párrafo del acta (12/02/2016), cierto es, que se trata un error involuntario. Prueba de ello, es que en varios documentos, entre ellos, el acto administrativo de retiro del servicio y en el Acta de la Junta Médica Laboral. No. 99943, se consigna que el acta No. TML-16-2-028 fue proferida el 20 de mayo de 2016.

De otra parte, se tiene que en la citada acta el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de la Policía Nacional concluyó que el señor Henry Nogoia Santana no era APTO para desempeñarse en el servicio, y, como consecuencia de ello, no se sugirió la reubicación laboral, dadas las lesiones sufridas por el demandante.

Lo anterior permite inferir que el acto administrativo acusado se ajustó a los preceptos normativos establecidos para ello, toda vez que la incapacidad laboral del señor Nogoia Snatana no le permitía permanecer en el servicio activo, pues como se indicó en el acta del Tribunal Medico Laboral de Revisión Militar, las secuelas de las lesiones *“le impiden desarrollar la labor para la cual fue incorporado, toda vez que la patología mental le impide permanecer en este tipo de instituciones que genera estresores que pueden agravar su patología, si bien es cierto el paciente se encuentra realizando estudios de contaduría (aún no se ha graduado), el permanecer en un medio jerarquizado, en donde el acceso a armamento puede generar un riesgo para su salud, sus compañeros y para la comunidad que legalmente está llamada a proteger y hacen que médica y legalmente no sea apto para la actividad militar”*, por ello, no es posible acceder a las pretensiones de la demanda.

En efecto, se observa que el Tribunal Médico tuvo en cuenta todas las habilidades y destrezas del demandante, entre ellos, el hecho de que estuviera cursando una carrera profesional; sin embargo, resolvió confirmar en su totalidad la decisión consignada en el Acta de la Junta Medico Laboral No. 75142 de 03 de febrero de 2015,

esto es, sin que se haya modificado la postura respecto a la posibilidad de reubicación laboral allí consignada.

Igualmente, en el Acta JML 99943 de 22 de febrero de 2018, aclarada el 27 de mayo de 2018, la Junta Médica Laboral mantuvo la decisión consignada en TML-16-2-028 fue proferida el 20 de mayo de 2016, respecto de la no reubicación del señor Henry Nogoá Santana, a quién se le incremento el porcentaje de pérdida de la Capacidad Psicofísica, pues paso de 43.95% al 74.48%.

4.1. Decisión

De conformidad con los argumentos presentados y las pruebas arrojadas al proceso, se determinó que el acto acusado mediante el cual se retira del servicio al señor Henry Nogoá Santana, cumplió con los procedimientos y formalidades previstas en la ley, además el mismo fue motivado en el acta N°. TML16-2-028 MDNSG-TML.41.1 registrada a folio 259 del Libro del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de la Policía Nacional, la cual se encuentra ajustada a los Decretos 1796 de 2000 y 094 de 1989, sino también al comportamiento demandante.

En consecuencia, se evidencia que el acto administrativo acusado no incurrió en las causales de nulidad allegadas por la parte accionante, por ello, la presunción de legalidad que sobre aquel recae permanecerá incólume, y en tal sentido, las pretensiones de la demanda deberán desestimarse.

4.2 Costas

Con relación a la condena en costas y agencias en derecho, el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que *“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.”*

El término dispondrá de acuerdo con el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es sinónimo de “decidir, mandar, proveer”, es decir, que lo previsto por el legislador en la norma no es otra cosa que la facultad que tiene el juez para pronunciarse sobre la condena en costas, y decidir si hay o no lugar a ellas ante la culminación de una causa judicial.

La norma contenida en el citado artículo 188, no impone al funcionario judicial la obligación de condenar de manera consecuencial en costas, solo le da la posibilidad de “disponer”, esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

Ha precisado el Honorable Consejo de Estado en diversas decisiones de distintas Secciones¹⁹ la improcedencia de la condena en costas si no se supera la valoración mínima o juicio de ponderación subjetiva de la conducta procesal asumida por las partes y la comprobación de su causación. Señala que con la adopción del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, el legislador abandonó de manera parcial el criterio subjetivo que venía imperando en este tipo de asuntos para dar paso, según se advierte en el artículo 188 ibídem, a la valoración objetiva frente a la imposición, liquidación y ejecución de las costas procesales.

Corresponde al juez de lo contencioso-administrativo elaborar un juicio de ponderación subjetiva respecto de la conducta procesal asumida por las partes, previa imposición de la medida, que limitan el arbitrio judicial o discrecionalidad, para dar paso a una aplicación razonable de la norma. Luego de ello, si hay lugar a imposición, el juez debe verificar que las costas se causaron con el pago de gastos ordinarios y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Lo anterior en consonancia con lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso.

Ello implica que disponer en la sentencia sobre la condena en costas no presupone su causación per se contra la parte que pierda el litigio y solo, en caso de que estas sean impuestas, se acudirá a las normas generales del procedimiento para su liquidación y ejecución

Así las cosas, en el presente caso, frente al resultado adverso a los intereses de la parte vencida, se tiene que el derecho de acción ejercido por la demandante estuvo

¹⁹ CE, SCA; S2, SS“B”, sentencia de 28 de octubre de 2016, Rad. No.: 70001-23-33-000-2013-00213-01(3649-14). Actor: Manuel Wadis Rodríguez Jiménez.

* CE, SCA, S2, SS“B”, sentencia de 3 de noviembre de 2016, Rad. N°. 25000-23-42-000-2013-01959-01(2655-14). Actor: Teresa Elena Sánchez Bermúdez.

* CE, SCA, S2, SS“B”, sentencia de 1 de enero de 2017, Rad. N°. : 27001-23-33-000-2014-00040-01(4693-14). Actor: Ana Orfilia Palacios De Mosquera.

* CE, SCA, S4, sentencia de 20 de febrero de 2017, Rad. N°. : 05001-23-33-000-2012-00110-01(20429). Actor: Cooperativa de Consumo.

orientado a la protección del acto acusado, el cual estaba revestido de presunción de legalidad.

Así las cosas, en el presente caso, frente al resultado adverso a los intereses de la parte vencida, se tiene que el derecho de acción ejercido por la parte demandante estuvo orientado a declarar la nulidad del acto acusado, y si bien sus argumentos no prosperaron, son jurídicamente razonables.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarenta y Seis Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

FALLA

PRIMERO. NIEGANSE LAS SÚPLICAS DE LA DEMANDA, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte considerativa de esta providencia.

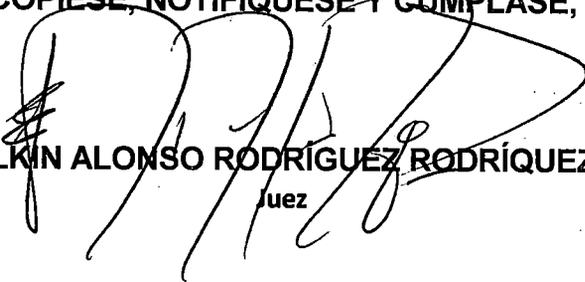
SEGUNDO. No condenar en costas, conforme se advierte en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO. Notifíquese personalmente esta decisión a la Procuraduría Judicial Delegada ante esta Dependencia Judicial.

CUARTO. Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previa devolución del remanente de los dineros consignados para gastos del proceso en caso que lo hubiere.

QUINTO.

CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE,


ELKIN ALONSO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

Juez