

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

Bogotá D.C., quince (15) de mayo de dos mil veinte (2020).

Expediente : **11001-3342-046-2017-00272-00**
Demandante : **JUAN CARLOS ARIAS MARIN**
Demandado : **NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO
NACIONAL**

ASUNTO

Procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia para resolver la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1.1 El medio de control.

El señor Juan Carlos Arias Marín, mediante apoderado, acude ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo a incoar 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, para que se acojan las pretensiones que en el apartado siguiente se precisan. (Fs.108-147 y 209-212).

1.2 Pretensiones.

Se declare la nulidad de la Resolución No. 0716 de 19 de abril de 2017, por medio de la cual, se retiró del servicio activo de las Fuerzas Militares por disminución de la capacidad psicofísica al señor Juan Carlos Arias Marín.

A título de restablecimiento del derecho solicita “...*el reintegro del demandante, al cargo de suboficial del Ejército que venía desempeñando, o a otro, de igual o superior categoría, pero de funciones afines al antes mencionado.*”

... *reconocer y pagar al demandante todos los sueldos, primas, bonificaciones, vacaciones, cesantías, que se hubieren causado, aumentos de salario y demás emolumentos concurrentes al cargo, como aportes a la seguridad social que le correspondan desde la fecha de insubsistencia hasta cuando sea efectivamente reintegrado.*

Se declare que para todos los efectos legales, no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio del actor.

La condena respectiva será actualizada de conformidad con lo previsto en el artículo 178 del CPACA y se reajustará el valor desde la fecha que se hizo exigible hasta la fecha de ejecutoria del correspondiente fallo definitivo.

Que en caso de mora en el cumplimiento de la condena se paguen todos los ingresos que por el cargo debe recibir la demandante y con intereses moratorios”.

1.3 Hechos.

Relata que se vinculó inicialmente a la entidad como alumno el día 5 de septiembre de 2002.

Mediante resolución 716 de 19 de abril de 2017 se retiró del servicio activo de las fuerzas militares, en forma temporal con pase a la reserva por disminución de la capacidad psicofísica al demandante.

1.4 Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.

Cita como normas violadas de la Constitución Política los artículos 2, 6, 25, 48, 53 y 125; Decretos 1790 y 1796 de 2000, Leyes 361/97 y 1437/11.

Manifiesta que la entidad, con la expedición del acto que retiró del servicio activo al demandante, vulneró las normas en mención porque la valoración para determinar la capacidad laboral, se realizó con fundamento en exámenes médicos de años anteriores “*y al momento de ordenar su retiro del servicio por no apto se desconoció tajantemente la estabilidad reforzada de la que goza..., pues declara que tiene disminuida su capacidad mental en un 12%, se declara no apto para seguir en la*

milicia, se señala como persona no capacitada para otro cargo y con una enfermedad de origen común, que no le da ninguna opción ni dentro, ni fuera de la institución.”

Señala que, al declararlo no apto para el servicio, se vulneró igualmente lo dispuesto en la ley 361/97, y la entidad se apartó de la línea jurisprudencial que hay sobre el tema, conforme al cual y para hacer realidad la estabilidad laboral reforzada y la no inclusión de las personas en razón a sus limitaciones *deberán adelantarse los programas de rehabilitación y capacitación necesarias que le permitan alcanzar una igualdad promocional en aras del goce efectivo de sus derechos.*

1.5. Contestación de la demanda.

La entidad, mediante apoderada judicial, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, afirmando que su representada actuó de conformidad con las disposiciones normativas aplicables al caso, y que no está comprobada ni una falsa motivación ni la desviación de poder como bien lo arguye el demandante, razón por la cual, solicita sean denegadas las pretensiones de la demanda.

1.6. Audiencia inicial.

El 5 de marzo de 2020, se realizó la audiencia inicial contemplada en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, mediante la cual se realizaron todas las etapas procesales contempladas en dicho artículo, hasta la audiencia de alegaciones y juzgamiento.

1.7 Alegatos de conclusión

La parte demandante

Reiteró los argumentos de hecho y de derecho expuestos en el escrito de demanda.

La entidad demandada

Reiteró los argumentos de defensa expuestos en la contestación de la demanda, indicando que, en caso de accederse a las pretensiones de la demanda, no se condene en costas a su representada.

CONSIDERACIONES

2.1 Problema jurídico

El problema jurídico se circunscribe a determinar si el demandante tiene derecho a ser reintegrado al servicio activo del Ejército Nacional al cargo de Suboficial o a otro de igual jerarquía sin solución de continuidad y al reconocimiento y pago de todos los haberes salariales y prestacionales dejados de percibir durante el tiempo que estuvo retirado del servicio.

2.2 Hechos probados

De conformidad con el material probatorio obrante en el expediente, se encuentran probados los siguientes hechos:

- ✓ Mediante Acta No. 88424 de 4 de agosto de 2016 la Junta Médica Laboral de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, dictaminó la disminución de la capacidad laboral del actor en un 21.24% (fs.4-7).
- ✓ Mediante Acta No. M17-043 MDNSG-TML-4.41 de 6 de febrero de 2017, el Tribunal Médico Laboral de revisión militar y de policía, modificó el dictamen de la disminución de la capacidad laboral del actor, determinándola en 12.0% (fs.29-34).
- ✓ Que el demandante fue retirado del servicio activo en forma temporal con pase a la reserva por disminución de la capacidad psicofísica, mediante Resolución 0716 de 19 de abril de 2017 (fs.37-39).

2.3 Marco normativo y jurisprudencial

El despacho procederá a efectuar 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 (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 1990¹, Decreto 1790 de 2000² y 4433 de 2004³, 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

Sea lo primero indicar que el 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 las Fuerzas Militares, 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

¹ “Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares”.

² “Por el cual se modifica el Decreto que regula las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.”.

³ “Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.”

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. 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.*

(...)” (Negrita y subraya del Despacho).

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 1989⁴ y 1796 de 2000, en este último se establece que debe entenderse como tal, al conjunto de habilidades, destrezas, aptitudes y potencialidades de orden físico y psicológico que deben reunir las personas, que debe cumplir el personal de la fuerza pública, la Policía nacional y el personal civil del Ministerio de Defensa Nacional, para ingresar o permanecer en el servicio activo. La citada norma en su artículo tercero contiene las formas como se debe calificar la capacidad psicofísica, para lo cual determina:

“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”. (Subrayado no original)*

⁴ “Por el cual se reforma el estatuto de la capacidad sicofísica, 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”.

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 2000⁵, 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 los ciudadanos. Con fundamento en lo expuesto, una persona discapacitada o con disminución de su capacidad psicofísica 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 psicofísica 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, si no 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.

De la protección constitucional y legal a la población discapacitada.

⁵ “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”.

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

Por su parte, el legislador se ha encargado de desarrollar dicha protección especial mediante la Ley 361 de 1997, “por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas <en situación de discapacidad> y se dictan otras disposiciones”, y la Ley 762 de 2002, que aprueba la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad.

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 la 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”.

Sobre la estabilidad laboral reforzada, la Corte Constitucional mediante sentencia T-076 de 2016 explicó que las personas en situación de discapacidad, en razón de una disminución física, sensorial o psicológica se encuentran en un estado de debilidad manifiesta, impone al Estado la obligación de ampararlos para garantizarles su derecho a la igualdad.

En la referida providencia, dicha Corporación precisó que según lo dispuesto en el artículo 47 de la Constitución 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 y 54 ídem.

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

Así mismo, la Ley 1346 de 2009, por medio de la cual se aprueba la “Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad”, adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, dispuso en su artículo 27, 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.

Analizado el marco jurídico aplicable corresponde al despacho entrar a pronunciarse respecto del caso en concreto atendiendo a los hechos demostrados en el proceso.

CASO CONCRETO

De lo probado en el proceso, se tiene que el señor Juan Carlos Arias Marín prestó sus servicios al Ejército Nacional.

Que mediante Acta de Junta Médica Laboral No. 88424 de 4 de agosto de 2016, la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, le dictaminó una disminución de su capacidad laboral en un 21.24%, considerándolo no apto para desempeñarse en el servicio, y como consecuencia de ello, no se sugirió la reubicación laboral, dada su patología. Así se lee en la citada acta:

“... *CONCLUSIONES (...)*

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

INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL

NO APTO – NO SE SUGIERE REUBICACION LABORAL.

C. Evaluación de la disminución de la capacidad laboral.

LE PRODUCE UNA DISMINUCION DE LA CAPACIDAD LABORAL DEL VEINTIUNO PUNTO VEINTICUATRO POR CIENTO (21.24%).

D. Imputabilidad del servicio.

**AFECCION-1 SE CONSIDERA ENFERMEDAD COMUN, LITERAL (A) (EC)
AFECCION-2 SE CONSIDERA ENFERMEDAD COMUN, LITERAL (A) (EC).**

(...)

MOTIVACION: EN CUANTO A LA SUGERENCIA DE REUBICACION LABORAL SE DA EN FORMA NEGATIVA YA QUE EL SUBOFICIAL CURSA CON PATOLOGIA DE ORDEN PSIQUIATRICO QUE DE ESTAR EXPUESTO A FACTORES OCUPACIONALES PROPIAS DE LA ACTIVIDAD MILITAR PUEDEN LLEGAR A EXACERBARSE EN FORMA NEGATIVA IMPIDIENDO SU RECUPERACION, IMPIDIENDO SU SALUD, BIENESTAR Y/O REHABILITACION INTEGRAL POR TAL MOTIVO SE DA EN FORMA NEGATIVA.

(...)

VII. DECISIONES

En presencia de los participantes se establece que la decisión ha sido tomada por unanimidad y corresponde a la veracidad de los hechos (...)”.

Posteriormente, el Tribunal Médico Laboral de revisión militar y de policía, mediante Acta No. M17-043 MDNSG-TML-41.1 del 6 de febrero de 2017, consideró:

“(...)

V. CONSIDERACIONES

- 1. Al paciente le fue calificado cuadro de estrés postraumático y trastorno depresivo con síntomas psicóticos las cuales corresponden a una misma patología por cuanto el cuadro postraumático se manifiesta con depresión y síntomas psicóticos; por lo tanto la Sala decide REVOCAR lo asignado en cuanto al trastorno depresivo y RATIFICAR lo asignado por el estrés postraumático, acorde a la severidad de la patología.*
- 2. Frente al origen de la patología se establece que es de origen multicausal donde intervienen factores genéticos, culturales, sociales y de la personalidad, por lo cual se establece de origen común no relacionado con la prestación del servicio.*
- 3. Esta instancia evidencia que según el Decreto 094 de 1989, se encuentran causales de no aptitud para el calificado, por lo cual se decide declararlo NO APTO para las actividades militares.*
- 4. Respecto a la reubicación laboral esta instancia evidencia y considera que en concordancia a lo anteriormente expuesto y las secuelas que presenta el*

calificado le impiden desarrollar la labor para la cual fue incorporado a la institución, toda vez que la patología psiquiátrica le impide permanecer en este tipo de instituciones que genera estresores que pueden agravar su patología; y pese a encontrarse asintomático la patología mental no se encuentra resuelta; además el permanecer en un medio jerarquizado, en donde tiene acceso a armamento puede generar un riesgo para su salud, sus compañeros y para la comunidad que legalmente está llamado a proteger. De la misma manera sus capacitaciones no cumplen con la intensidad horaria exigida por los decretos 2888/07 y 4904 del 2009, en consecuencia el Tribunal no recomienda su reubicación laboral.

DECISIONES

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 No. 88424 de 4 de agosto de 2016, realizada en la ciudad Bogotá y en consecuencia resuelve:

(...)

Evaluación de la disminución de la capacidad laboral

Presenta una disminución de la capacidad laboral de:

Actual: DOCE PUNTO CERO POR CIENTO (12.0%)

Total: DOCE PUNTO CERO POR CIENTO (12.0%)

(...)"

Con fundamento en las valoraciones antes transcritas, el Comandante del Ejército Nacional mediante Resolución No. 716 de 19 de abril de 2017, dispuso el retiro del actor por disminución de la capacidad psicofísica, con fundamento en los artículos 99, 100, literal a) numeral 5º y artículo 106 del Decreto Ley 1790 de 2000.

Si bien el actuar de la entidad demandada, en principio, se encuentra ajustado a la ley, es importante destacar y no perder de vista, que se está frente a un sujeto de especial protección constitucional, pues al dictaminársele una pérdida de capacidad laboral del 12.0%, le otorga tal calidad, resultando reprochable conforme a los desarrollos jurisprudenciales observados, cualquier forma de discriminación que se adopte en su contra.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-640 de 2009 precisó: “Los miembros de la fuerza pública que han sido víctimas de un episodio en el que se vea disminuida su capacidad sicofísica, son sin duda un grupo poblacional beneficiario de la especial protección que el derecho internacional, la Constitución

y la jurisprudencia, reconocen a las personas ubicadas en situación de debilidad manifiesta”.

Es importante destacar que la labor asignada a las juntas o tribunales médicos laborales en la valoración de los militares que presentan alguna disminución en su capacidad sicofísica, debe llevarse a cabo con criterios técnicos, razonados y objetivos, para que una vez dictaminado que la persona no puede desempeñarse en otras actividades, bien administrativas, docentes o de instrucción, entonces sí recomendar su retiro de la institución.

Al respecto, el Consejo de Estado⁶ ha precisado 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”*, y que las personas *“en situación de discapacidad o con graves trastornos en su salud tienen derecho a la estabilidad laboral reforzada”*, 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”⁷y, particularmente en materia laboral, que “El Estado debe (...) garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud”⁸.

En síntesis, la protección especial del personal 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 a que la persona en dichas condiciones, sea reubicada para que cumpla otras funciones de conformidad con sus habilidades y destrezas.

En el sub judice la Junta Médica Laboral calificó la disminución de la capacidad laboral del actor en 21.24%, e indicó que no era apto para la actividad militar, decisión que como ya se dijo, fue modificada por el Tribunal Médico Laboral, el cual dispuso una disminución de la capacidad laboral del 12.0%. No obstante, la Junta no estudió si el demandante podría ser reubicado dentro del Ejército con funciones

⁶ Consejo de Estado, Sección Cuarta, M.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, Rad. 25000-23-41-000-2015-01836-01 AC

⁷ Constitución Política, artículo 47

⁸ Constitución Política, artículo 54

diferentes a las militares, de conformidad con sus capacidades, facultad que le confiere el numeral 2 del artículo 15 del Decreto Ley 1796 de 2000.⁹

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, pues es una facultad potestativa, esta función debe ser interpretada y aplicada de conformidad con la protección laboral reforzada que la jurisprudencia ha reconocido al personal militar afectado por la pérdida de la capacidad laboral en servicio activo, siendo éste, el caso del demandante.

Igualmente, se reitera 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.

Dicho convenio dispone 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 vez, 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, 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*

⁹ **ARTICULO 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 psicofísica 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.”

*de rehabilitación vocacional y profesional, mantenimiento del empleo y reincorporación al trabajo dirigidos a personas con discapacidad*¹⁰.

Con base en lo anterior, en el asunto bajo estudio, la Junta Médica debió estudiar el conjunto de destrezas y habilidades del actor para recomendar su reubicación laboral, ante la imposibilidad de desempeñar funciones militares, atendiendo la pérdida de la capacidad laboral del 12.0%.

En esas condiciones, resulta viable acceder a las suplicas de la demanda y disponer el reintegro del actor y su reubicación en un cargo que pueda desempeñar acorde a su disminución de capacidad laboral, atendiendo a su nivel de escolaridad, capacidades, habilidades y/o destrezas, protegiendo así al derecho que le asiste a una estabilidad laboral reforzada.

Por las razones que anteceden, y al haberse desvirtuado la presunción de legalidad del acto acusado, la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJERCITO NACIONAL, actualizará los valores o sumas reconocidas en favor del accionante, teniendo en cuenta la siguiente fórmula:

$$R = R.H. \times \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por el demandante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que debió realizarse el pago de la moratoria.

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 los que se ventile un interés público, la sentencia

¹⁰ Literal k, numeral 1 del artículo 27.

dispondrá sobre la condena en costas y agencias en derecho, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso”¹¹.

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

Si bien es cierto en la Ley 1437 de 2011, no aparece la previsión que contenía el artículo 171 del Decreto 01 de 1984, referido a la potestad de imponer condena en costas, “teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes”, también lo es que la norma establecida en la Ley 1437 de 2011, no impone la condena de manera automática, frente a aquél que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que ella es el resultado de observar una serie de factores, tales como, la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez pondera tales circunstancias y se pronuncia sobre la procedencia de imposición con una decisión sustentada.

La anterior interpretación se ajusta a lo previsto en el artículo 365 del Código General del Proceso, el cual señala que la condena en costas se impone en los procesos y actuaciones posteriores a aquellos “...en que haya controversia...” y “...sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

Así que de conformidad con lo previsto en los artículos 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y 365 del Código General del Proceso, no se condenará en costas (gastos del proceso y agencias en derecho) en esta instancia, comoquiera que no se observa y verifica una conducta de mala fe que involucre abuso del derecho, como tampoco se encuentran probadas en el proceso.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarenta y Seis Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

¹¹ Artículo 366 “Liquidación. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:

(...)
4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquéllas establecen solamente un mínimo, o éste y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas.
(...)

FALLA

PRIMERO. DECLARASE la nulidad de la Resolución No. 0716 de 19 de abril de 2017, por la cual se retira del servicio activo de las Fuerzas Militares – Ejército Nacional por disminución de la capacidad psicofísica al señor Juan Carlos Arias Marín, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO. Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se **CONDENA** a NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJERCITO NACIONAL a:

- a) Reintegrar y reubicar al señor JUAN CARLOS ARIAS MARIN, identificado con cédula de ciudadanía 75.060.326 en un cargo dentro de la planta de personal de la entidad en el que pueda desempeñarse acorde a la disminución de su capacidad psicofísica, y a sus estudios, conocimientos y/o habilidades, sin que se desmejore su condición laboral y económica.
- b) Pagar a favor del señor JUAN CARLOS ARIAS MARIN, el valor de los salarios, auxilios, primas, prestaciones sociales y demás beneficios económicos dejados de percibir desde la fecha en que fue desvinculado hasta el momento en que se haga efectivo su reintegro, entendiéndose que para todos los efectos legales no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios.

De la liquidación que resulte, la entidad procederá a efectuar los descuentos a que legalmente haya lugar.

TERCERO. A las anteriores condenas se les dará cumplimiento según lo dispuesto en los artículos 187 inciso final, 192 y 195 del CPACA.

CUARTO. No hay lugar a condena en costas, conforme se advierte en la parte motiva de esta sentencia.

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

Expediente: 11001-3342-046-2017-00272-00

Demandante: JUAN CARLOS ARIAS MARIN

Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL

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

CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE



ELKIN ALONSO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Juez