



Cartagena de Indias D.T. y C., veinte (20) de noviembre de dos mil diecinueve (2019).

Acción	IMPUGNACIÓN DE TUTELA
Radicado	13-001-33-33-001-2019-00193-01
Accionante	LUIS CARLOS MONROY MINOTA
Accionado	NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema	<i>Procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos – No acreditación de perjuicio irremediable</i>

I.- PRONUNCIAMIENTO

Le corresponde a esta Sala decidir sobre la impugnación interpuesta por la parte accionante, contra el fallo de tutela de fecha treinta (30) de septiembre de dos mil diecinueve (2019)¹, dictado por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, dentro de la acción de tutela adelantada por LUIS CARLOS MONROY MINOTA contra MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL.

II.- ACCIONANTE

La presente acción constitucional la instauró el señor LUIS CARLOS MONROY MINOTA, identificado con cédula de ciudadanía No. 73.006.535.

III.- ACCIONADA

La acción está dirigida en contra del MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL.

IV.- ANTECEDENTES

4.1.- Pretensiones².

En ejercicio de la acción de tutela, el accionante elevó las siguientes pretensiones:

"1. Solicito señor juez se tutelen los derechos fundamentales, DERECHO A LA IGUALDAD DE DIMENSIONES, DERECHO A LA IGUALDAD EN SENTIDO MATERIAL, AL DEBIDO

¹Folios 112 - 118 Cdno 1

²Folio 8 Cdno 1



13-001-33-33-001-2019-00193-01

PROCESO, DERECHO AL TRABAJO DE PERSONA CON DISCAPACIDAD, DERECHO A LA REUBICACIÓN LABORAL, DERECHO A LA INTEGRACIÓN LABORAL, PROTECCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA, VIOLACIÓN A LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA LA ELIMINACIÓN DE TODA FORMA DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LAS PERSONAS DISCAPACITADAS, VIOLACIÓN AL COMPROMISO DE LOS ESTADOS A LA NO VIOLACIÓN A LAS NORMAS UNIFORMES SOBRE IGUALDAD Y OPORTUNIDADES PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD, VIOLACIÓN A LA RESOLUCIÓN DE LA ONU COMO INSTRUMENTO DE INTERPRETACIÓN, VIOLACIÓN AL PREÁMBULO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA.

2. Solicito señor juez se ordene al comandante del ejército nacional Mayor General NICASIO DE JESÚS MARTÍNEZ ESPINEL Y al comandante del comando de personal MARCO VINICIO MAGORGA NIÑO, Brigadier GENERAL, Coronel JHONY HERNANDO BAUTISTA BELTRÁN Director de personal del Ejército, dejar sin efecto la resolución número 001104 del 2019 del 14 de junio de 2019 por el cual me retira del servicio activo **transitoriamente como lo emite el decreto 2591 de 1991 en su Art. 8**

3. Solicito señor juez se ordene al comando de personal, al Genera MARCO VINICIO MAYORGA NIÑO ser reubicado en el distrito militar N. 14 de la ciudad de Cartagena, en el Hospital Naval de Cartagena , en parte administrativa agregado"

4.2.- Hechos³.

La parte accionante desarrolló los argumentos fácticos, que se ha de sintetizar así:

El señor Luis Carlos Monroy Minota fue retirado del servicio militar activo mediante Resolución No. 001104 del 14 de Junio de 2019, emitida por el Comandante del Ejército Nacional, en razón de que presenta una disminución de capacidad laboral acumulada de 82.12%, determinada por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía mediante Acta No. 104681 del 29 de noviembre de 2018. A la fecha del retiro, el actor se encontraba inscrito como estudiante en la Universidad Libre de Cartagena en el pregrado de Derecho, por medio de una beca otorgado por el Ejército Nacional mediante Resolución No. 00490 del 22 de marzo de 2019.

En consecuencia al ser retirado del servicio militar activo, le fue suprimida la beca de la cual era beneficiario, en razón de ello, el actor presenta derecho de petición el día 28 de Junio de 2019 ante el Ejército Nacional – Dirección de

³Folio 1-3 Cdno 1



13-001-33-33-001-2019-00193-01

Personal, la peticionada dio respuesta el día 22 de agosto de la presente anualidad por medio de documento con Radicado No. 20193091288691, manifestando que no era viable seguir otorgando el beneficio ya que según esta, este auxilio educativo es solo para personal militar activo y civiles nombrados.

Manifiesta el actor que, otros miembros del Ejército Nacional con una disminución de capacidad laboral similar a la suya, continúan siendo beneficiarios de la beca estudiantil, debido a que cuentan con el beneficio de reubicación laboral.

Adiciona el accionante que es una persona de especial protección constitucional, ya que, posee tres calificaciones de la Junta Médica Laboral de Revisión Militar y de Policía, además que, de él dependen su esposa Yulis Martínez Pautt, que cuenta con una discapacidad laboral de 64.5%, su hermana Magdalena Barrios Hinestroza que cuenta con discapacidad laboral de 59.55%, y su madre que padece de glaucoma e hipertensión. Así mismo, afirma que su cuenta de ahorros está embargada por la Secretaría de Tránsito y Transporte de Turbaco, que cuenta con varios procesos judiciales en su contra y su casa se encuentra hipotecada.

4.3.- Contestación

4.3.1 Contestación de Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional.

Mediante auto del día 23 de septiembre de 2019, notificada el mismo día del pronunciamiento, se solicitó a la entidad accionada que rindiera el informe respectivo dentro del término de un día contado a partir de su notificación. Vencido el término anterior, tal como se evidencia mediante informe secretarial visible a folio 111, la entidad accionada no realizó pronunciamiento alguno.



13-001-33-33-001-2019-00193-01

V.- FALLO IMPUGNADO⁴

El Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia del 30 de septiembre de dos mil diecinueve (2019), resolvió:

"PRIMERO: Declarar la improcedencia de la presente acción de tutela"

El juez de primera instancia, al observar las pruebas aportadas al expediente, concluye que no existe ninguna violación a los derechos fundamentales esbozados por el accionante, ya que según el A quo, el reconocimiento pensional garantiza una fuente de ingresos que permite solventar sus necesidades básicas. Además, cabe resaltar que su esposa quien hace parte de su núcleo familiar, también percibe ingresos.

Por otra parte, manifiesta que, el accionante teniendo la carga probatoria, no aportó el material probatorio destinado a probar los hechos enunciados, donde se pueda inferir la necesidad de una intervención de carácter constitucional para salvaguardar el derecho fundamental a su mínimo vital.

Afirma que, dado los supuestos fácticos, el recurrente se encuentra frente a un acto administrativo, en consecuencia la legislación ha otorgado mecanismos idóneos de carácter ordinario para procurar la efectividad del derecho que él requiere, como lo es la jurisdicción contenciosa administrativa a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, encontrándose que, no se demostró que se hubiese ejercido y tampoco la imposibilidad de adelantarlos.

Finalizó manifestando que, no se encuentran acreditados los supuestos fácticos necesarios para la procedencia del amparo constitucional solicitado por el accionante.

VI.- FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN⁵

En el escrito de impugnación, el actor Luis Carlos Monroy Minota manifiesta que nunca invocó el derecho fundamental al mínimo vital, si no la violación

⁴Fols 112 - 118 Cdno 1

⁵Fols.120 - 121 Cdno 1.



13-001-33-33-001-2019-00193-01

del derecho al trabajo en persona discapacitada y el derecho a la igualdad en sus distintas dimensiones.

Así también, trae a colación las providencias de la Corte Constitucional como lo son las sentencias T-770 de 2012 y la T-286 de 2019 en lo referente a la estabilidad laboral reforzada en personas discapacitadas, y por último la T-236 de 2019 en lo referente a la procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos, bajo el entendido que esta procede cuando se utiliza como mecanismo transitorio para evitar la configuración de un perjuicio irremediable, en el evento en que nos encontremos en esta situación le corresponderá al juez constitucional suspender la aplicación del acto administrativo, mientras que se surte el respectivo proceso ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

El accionante invoca que el a quo no tuvo en consideración que es una persona discapacitada en debilidad manifiesta y que de él dependen económicamente su madre, su esposa y sus dos hijos, por lo que se debió suspender el acto administrativo de manera transitoria.

En consecuencia, el recurrente solicita a esta Corporación, aplicar los precedentes judiciales de la H. Corte Constitucional en lo referente a las sentencias T-770 de 2012 y T-285 de 2019 y en su defecto suspender el acto administrativo que lo retira del servicio proferido mediante Resolución No. 001104 del 14 de junio de 2019.

VII.-RECUENTO PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Por auto de fecha 10 de octubre de 2019⁶, el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, concedió la impugnación, interpuesta por Luis Carlos Monroy Minota, por lo que fue asignado el conocimiento del mismo a este Tribunal, de conformidad con el reparto efectuado el día 21 de octubre de 2019⁷, siendo finalmente admitido por esta Magistratura el día de 23 de octubre de 2019⁸.

⁶Fol. 170 Cdno 1.

⁷ Fol. 3 Cdno 2,

⁸ Fol. 5 Cdno 2.



13-001-33-33-001-2019-00193-01

VIII.-CONSIDERACIONES

8.1.-Competencia.

Este Tribunal es competente para conocer de la presente acción de tutela en **SEGUNDA INSTANCIA**, según lo establecido por artículo 32 del Decreto Ley 2591 de 1991.

8.2.- Problema jurídico

De conformidad con los hechos expuestos, considera la Sala que los problemas jurídicos a resolver se circunscriben en determinar si:

¿Es procedente la acción de tutela para ordenar la suspensión provisional de actos administrativos?

Si se supera el problema jurídico anterior, se resolverá el siguiente:

¿Transgrede el Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional los derechos fundamentales al trabajo y el derecho a la igualdad invocados por el accionante, al ser retirado del servicio activo debido a que posee una pérdida de capacidad laboral del 84.27%, sin posibilidad de ser reubicado laboralmente?

8.3.- Tesis de la Sala

La sala REVOCARÁ el fallo de tutela del 30 de Septiembre de 2019, proferido por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, debido a que la acción si es procedente, pero el accionante no demostró la violación de los derechos alegados y en consecuencia se denegará la misma.

Para abordar los problemas planteados, se hará énfasis en los siguientes aspectos: i) Generalidades de la acción de tutela; ii) Procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos; iii) Derecho a la igualdad en personas discapacitadas; iv) Derecho a la estabilidad laboral reforzada en personas con discapacidad pertenecientes a las fuerzas militares; v) Caso concreto



13-001-33-33-001-2019-00193-01

8.4. Generalidades de la acción de tutela.

La Constitución Política de 1991, en su artículo 86, contempla la posibilidad de reclamar ante los jueces, mediante el ejercicio de la acción de tutela bajo las formas propias de un mecanismo preferente y sumario, la protección de los derechos fundamentales de todas las personas, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o incluso de los particulares.

Se trata entonces, de un instrumento jurídico confiado por la Constitución a los jueces, cuya justificación y propósito consiste en brindar a la persona la posibilidad de acudir sin mayores exigencias de índole formal y con la certeza de que obtendrá oportuna resolución a la protección directa e inmediata del Estado, a objeto de que en su caso, consideradas sus circunstancias específicas y a falta de otros medios, se haga justicia frente a situaciones de hecho que representen quebranto o amenaza de sus derechos fundamentales, logrando así que se cumpla uno de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Constitucional.

Sin embargo, no debe perderse de vista que esta acción es de carácter residual y subsidiario; es decir, que sólo procede en aquellos eventos en los que no exista un instrumento constitucional o legal diferente que le permita al actor solicitar, ante los jueces ordinarios, la protección de sus derechos, salvo que se pretenda evitar un perjuicio irremediable, el cual debe aparecer acreditado en el proceso.

Al respecto, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, que desarrolló el artículo 86 de la Constitución, prevé que la acción de tutela sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que se presente como instrumento transitorio en aras de evitar un perjuicio irremediable.



13-001-33-33-001-2019-00193-01

8.4.1. Procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio contra actos administrativos

El marco normativo nacional desarrolla la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio frente a los actos administrativos que por su naturaleza su conocimiento le sean atribuibles a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, mediante el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, cuando esta se instaure con la finalidad de suspender transitoriamente este, por motivo de evitar la consumación de un perjuicio irremediable; tal y como se expone en el Decreto 2591 de 1991, plantea en su artículo 8:

"Artículo 8 La tutela como mecanismo transitorio. Aun cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, la acción de tutela procederá cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

(...)

Cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un daño irreparable, la acción de tutela también podrá ejercerse conjuntamente con la acción de nulidad y de las demás procedentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En estos casos, el juez si lo estima procedente podrá ordenar que no se aplique el acto particular respecto de la situación jurídica concreta cuya protección se solicita, mientras dure el proceso."

De igual manera, la H. Corte Constitucional en cuanto a la idoneidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho ha esbozado que el mismo está dotado de los suficientes medios jurídicos para garantizar los derechos fundamentales que puedan verse vulnerados con la expedición del respectivo acto, así como el tener una certeza suficiente de cuando se constituye el perjuicio irremediable que se podría causar teniendo en cuenta ciertas características específicas de esta figura, tal y como se expone en la sentencia T-236 de 2019;

"Específicamente en relación con la procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos de carácter particular y concreto, la Corte ha indicado que la excepcionalidad del recurso de amparo se torna especialmente estricta, en tanto no es el mecanismo idóneo para atacarlos ya que, por su propia naturaleza, se encuentran amparados por la presunción de legalidad, pues se parte del presupuesto de que la Administración, al momento de manifestarse a través de un acto, debe acatar las prerrogativas constitucionales y legales a las que se encuentra subordinada. De ahí que la legalidad de un acto administrativo se presume, obligando a demostrar



13-001-33-33-001-2019-00193-01

a quien pretende controvertirlo que aquél se apartó, sin justificación alguna, del ordenamiento jurídico, debate que se debe adelantar ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Así las cosas, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho se constituye en un mecanismo judicial idóneo para garantizar la protección de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados por una entidad, más aún cuando en esa instancia se puede solicitar y obtener la suspensión provisional de ciertos actos administrativos desde el momento mismo de la admisión de la demanda. Al respecto, esta Corporación, en varias oportunidades, ha precisado que la suspensión provisional es un mecanismo no menos importante y efectivo que la acción de tutela, el cual se concibe como medida cautelar cuando una Entidad vulnera en forma manifiesta los derechos del administrado.

5.3. En este sentido, la Corte ha determinado que la acción de tutela no procede como mecanismo principal para la protección de derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, **salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar la configuración de un perjuicio irremediable**, evento en el cual el juez de tutela podrá suspender la aplicación del acto administrativo mientras se surte el respectivo proceso ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (artículos 7 y 8 del Decreto 2591 de 1991).

De conformidad con lo anterior, se tiene que en este último evento, la persona que solicita el amparo deberá demostrar de forma suficiente la necesidad de la medida para evitar la consumación de un perjuicio irremediable, el cual se estructura siempre que (i) se esté ante un perjuicio inminente o próximo a suceder, lo que exige un grado suficiente de certeza respecto de los hechos y la causa del daño; (ii) el perjuicio debe ser grave, esto es, que conlleve la afectación de un bien susceptible de determinación jurídica, altamente significativo para la persona; (iii) se requieran medidas urgentes para superar el daño, las cuales deben ser adecuadas frente a la inminencia del perjuicio y, a su vez, atender las circunstancias particulares del caso; y (iv) las medidas de protección deben ser impostergables, lo que significa que deben responder a condiciones de oportunidad y eficacia, que eviten la consumación del daño irreparable" (Negrillas fuera del texto)

Teniendo en cuenta lo anterior, debe entenderse que la acción de tutela es procedente contra actos administrativos, solo si este es usado como mecanismo transitorio para salvaguardar los derechos fundamentales de quien la invoque, y no se pueda proteger por medio de medidas cautelares de manera oportuna frente a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, teniendo en cuenta que el mismo se encuentra ante un perjuicio irremediable si su derecho no es amparado constitucionalmente.



13-001-33-33-001-2019-00193-01

8.4.2 Derecho a la igualdad de personas en situación de discapacidad.

El derecho a la igualdad en nuestro marco normativo, está presente en todas y cada una de sus esferas, ya que se deriva principalmente de uno de los derechos humanos más importantes de nuestra actualidad el cual es la dignidad humana, este se encuentra fundamentado en la teoría, "el hombre es un fin en sí mismo", de Hans Kelsen, y es un eje fundamental del Estado Social de Derecho.

La constitución de 1991 en su preámbulo y en su artículo 13 desarrolla el derecho a la igualdad como uno de los principios fundamentales de nuestra sociedad en cualquiera de sus facetas, sea formal o material; la H. Corte Constitucional como máximo órgano constitucional define estas dos facetas a través de la sentencia T-382 de 2018;

"Desde el punto de vista netamente formal, comporta el deber de tratar a todos los individuos con la misma consideración y reconocimiento. En ese sentido, el Estado tiene la obligación de abstenerse de concebir normas, diseñar, promover o ejecutar políticas, programas o medidas, o adoptar decisiones e interpretaciones del ordenamiento jurídico vigente, que conduzcan a agravar o perpetuar la situación de exclusión, marginación o discriminación de grupos tradicionalmente desventajados en la sociedad.

Esta prerrogativa en sentido material, apunta a superar las desigualdades que afrontan las personas que se encuentran en situación de debilidad manifiesta, razón por la que el Estado tiene la obligación de adoptar acciones afirmativas, es decir, medidas dirigidas a favorecer a determinadas personas o grupos, ya sea con el fin de eliminar o reducir las desigualdades que los afectan, o de lograr que tengan una mayor representación, y así, estén en condiciones de igualdad en dignidad y derechos."

Entonces entendemos que la finalidad de estas concepciones es aplicar una discriminación positiva en pro de buscar una equidad entre las personas, y en especial de aquellas que padecen de una discapacidad manifiesta, así las cosas la Corte interpreta cual es la obligación del Estado para garantizar la aplicación eficaz del derecho a la igualdad de la siguiente manera:

"Esta Corporación ha indicado que, del artículo 13 Superior se deriva e interpreta la existencia de contenidos normativos que ordenan: (i) la igualdad ante la ley, entendida como el deber estatal de aplicar el derecho de forma imparcial a todas las personas; (ii) la prohibición de discriminación, previsión que conmina al Estado y los particulares a no incurrir en tratos desiguales a partir de criterios entendidos como "sospechosos",



13-001-33-33-001-2019-00193-01

tales como *situación de discapacidad, sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica; y (iii) un mandato de promoción de la igualdad de oportunidades o igualdad material, lo que se traduce en el deber de ejercer acciones concretas destinadas a beneficiar a los grupos discriminados y marginados, bien sea a través de cambios políticos a prestaciones concretas*" (Negrillas fuera del texto)

Así las cosas podemos decir que el Estado debe garantizar la materialización de acciones encaminadas a lograr eliminar o disminuir la desigualdad de tipo social, económico o cultural, y a su vez lograr una mayor representación y participación social para aquellos grupos que usualmente han sido discriminados. Aplicando además de los principios constitucionales, los mandatos de carácter internacional que son impartidos por los organismos internacionales de los que el Estado Colombiano es miembro.

8.4.3 Derecho a la estabilidad laboral reforzada de los miembros de las fuerzas militares.

En principio, entendemos la estabilidad laboral reforzada como aquella garantía que posee todo trabajador con una condición de vulnerabilidad manifiesta de permanecer en su trabajo, con los beneficios salariales y prestacionales que ello implica, sin ser despedido, incluso en contra de su empleador, sin que exista en algún momento una justa causa para ser desvinculado de la relación laboral. Ello busca garantizar el derecho fundamental al trabajo presente en el artículo 25 de la Constitución.

Es necesario recalcar que, de acuerdo a la doctrina se entiende que una persona se encuentra en una condición de vulnerabilidad manifiesta cuando se hallan en condición de discapacidad y cuando presentan limitaciones físicas o psicológicas que le impiden realizar su trabajo, entre otras.

Teniendo en cuenta lo anterior vemos que las Fuerzas Militares tienen ciertas obligaciones con el personal activo que hace parte de esta institución y además padecen de una condición de vulnerabilidad manifiesta, tal y como lo ha desarrollado la H. Corte Constitucional en la sentencia T-460 de 2019;

"La Corte Constitucional ha determinado que la Fuerza Pública asume una serie de deberes en relación con su personal, entre los cuales se destaca (i) la obligación de prestar el servicio médico a las personas que hubiesen ejercido la labor militar; (ii) la realización de una junta médica que califique el porcentaje de pérdida de capacidad



13-001-33-33-001-2019-00193-01

laboral que bajo ciertos supuestos- puede llegarse a repetir; (iii) el deber de expedir un acto administrativo, cuando se disponga el retiro de uno de sus miembros y (iv) el **respeto a la estabilidad laboral reforzada de los soldados profesionales, a quienes se les debe garantizar el derecho a la reubicación laboral, la adopción de medidas afirmativas y la rehabilitación, siempre y cuando su pérdida de capacidad laboral sea inferior al 50%, y puedan ejercer ciertas labores administrativas o de docencia.**"

"(...) se dispuso que la protección especial a las personas en estado de discapacidad se encuentra justificada por las condiciones de vida de ciertos sujetos, que en razón de su situación, enfrentan mayores dificultades para reintegrarse a la sociedad y facultan a las autoridades a adoptar acciones afirmativas o medidas especiales en su favor. Sin embargo, la estabilidad laboral reforzada de este tipo de sujetos no se limita (i) a la no discriminación, (ii) a la permanencia en el empleo, sino también (iii) **a la reubicación del trabajador, sin que ello signifique desmejorar las condiciones de empleo, sino buscar alternativas laborales compatibles con su situación. Lo anterior es aplicable a los soldados profesionales que ven disminuida su capacidad laboral, no obstante que en el artículo 8° del Decreto 1793 de 2000 esta circunstancia se hubiere previsto como causal de retiro del servicio militar.**"

Podemos decir entonces, que un miembro activo de las fuerzas militares tiene el derecho a ser reubicado laboralmente siempre y cuando porcentualmente su pérdida de capacidad laboral no exceda el 50%, y tenga capacidades que puedan ser aprovechables para la institución, sin perjuicio a las causales de retiro que están contenidas en el artículo 100 del Decreto 1790 del 2000 modificado por la Ley 1792 de 2016 en su artículo 5;

"Artículo 5 El artículo 100 del Decreto-ley 1790 de 2000, modificado por el artículo 24 de la Ley 1104 de 2006 y artículo 6° de la Ley 1405 de 2010, quedará así:

Artículo 100. Causales del 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, salvo lo dispuesto en el artículo 102 de este decreto.

3. Por llamamiento a calificar servicios 4. Por sobrepasar la edad correspondiente al grado.

5. Por disminución de la capacidad psicofísica para la actividad militar.

6. Por inasistencia al servicio sin causa justificada de acuerdo con el tiempo previsto en el Código Penal Militar para el delito de abandono del servicio.

7. Por incapacidad profesional de conformidad con el artículo 108 literal a) de este decreto.

8. Por retiro discrecional de acuerdo con el artículo 104 de este decreto.

9. Por no superar el período de prueba; b) Retiro absoluto: 1. Por invalidez.

2. Por conducta deficiente.



13-001-33-33-001-2019-00193-01

3. Por haber cumplido la edad máxima permitida para los servidores públicos de acuerdo con la ley.
4. Por muerte.
5. Por incapacidad profesional de conformidad con el artículo 108 literales b) y c) del presente decreto.
6. Por fuga del personal privado de la libertad por orden de autoridad judicial, sin perjuicio de la acción penal y disciplinaria que corresponda."

8.5.-Caso concreto.

En el asunto bajo estudio, el accionante, en el escrito de impugnación, solicita que se revoque la sentencia del 30 de septiembre de 2019; mediante la cual, se declaró la improcedencia de la acción de tutela, ya que, no se encontraron acreditados los supuestos fácticos necesarios para el amparo constitucional solicitado por el actor, debido a que no se demostró que con el acto administrativo el cual es objeto de análisis en este proveído, se pudiera ocasionar un perjuicio irremediable que vulnere sus derechos fundamentales.

8.6.- Hechos Relevantes Probados

- Resolución No. 001104 del 14 de junio de 2019 por medio del cual se retira del servicio activo a Luis Carlos Monroy Minota⁹
- Acta de Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía No. M19-560 MDNSG-TML-441.1 mediante la cual se declara al accionante no es apto para la actividad militar, y se niega la posibilidad de reubicación debido a que posee una pérdida de capacidad laboral de 84.27%. ¹⁰
- Resolución No. 000490 del 22 de marzo de 2019 por medio de la cual se concede auxilio educativo para el año 2019 al accionante ¹¹
- Egreso de fondos de la tesorería principal del comando del Ejército cancelado a la Universidad Libre por concepto de "apoyo de educación económico autorizados por el comité y ordenados mediante actos administrativos: resolución 00490 del 22 de marzo de 2019..." por un valor de \$8.150.000¹²

⁹ Fols. 9 - 10 Cdno 1

¹⁰ Fols. 11-21 cdno 1

¹¹ Fols. 22-24 cdno 1

¹² Fols 26 Cdno 1



13-001-33-33-001-2019-00193-01

- Reporte de notas registradas de la Universidad Libre del programa de pregrado de Derecho del primer periodo académico del año 2019 a favor del estudiante LUIS CARLOS MONROY MINOTA.¹³
- Derecho de petición del día 21 de junio de 2019 interpuesto ante la Dirección de Personal del Ejército Nacional por el señor LUIS CARLOS MONROY MINOTA.¹⁴
- Oficio de Radicado No. 20193091288691 expedido por el Director de Personal del Ejército Nacional, por medio del cual se le da respuesta a la petición de fecha 21 de junio de 2019.¹⁵
- Concepto de idoneidad profesional proferido por el Ministerio de Defensa – Ejército Nacional – Batallón de Sanidad "Soldado José María Hernández" a través del cual se deja constancia que el Suboficial Luis Carlos Monroy Minota se encuentra en tratamiento psiquiátrico de acuerdo a prescripción médica, con una incapacidad de 82%, no apto para el servicio activo, ni reubicación laboral.¹⁶
- Dictamen de pérdida de capacidad laboral expedido por la Compañía Suramericana de Seguros S.A, por medio del cual se certifica la pérdida de capacidad laboral de la Sra. Yulis del Carmen Martínez Pautt en un 64.5%.¹⁷
- Historia médica de la Sra. Bercelia Minuta Hinestroza donde se avizora que padece de H405 Glaucoma Secundario a otros trastornos del ojo.¹⁸
- Declaración extra juicio expedida por la Notaria Quinta de Cartagena de Indias, en la cual la Sra. Bercelia Minuta Hinestroza expone que depende económicamente de su hijo Luis Carlos Monroy Minota, al igual que la esposa y los dos hijos.¹⁹
- Sentencia T-770 de 2012 la cual solicita el actor que sea tomado en cuenta como precedente judicial.²⁰
- Consultas de procesos en contra de Luis Carlos Monroy Cerezos, donde constan embargos decretados en los Juzgados, Quinto Civil Municipal

¹³ Fol. 29 Cdno 1.

¹⁴ Fols 30 – 35 Cdno 1.

¹⁵ Fols. 36-37 Cdno 1.

¹⁶ Fols. 27-28 cdno 1.

¹⁷ Fols. 42-48 Cdno 1.

¹⁸ Fols. 50 Cdno 1.

¹⁹ Fols. 51 Cdno 1.

²⁰ Fols. 61 – 90 Cdno 1.



13-001-33-33-001-2019-00193-01

- de Cartagena, Décimo Sexto Civil Municipal de Cartagena y Primero de Familia del Circuito de Cartagena.²¹
- Certificado de libertad y tradición expedido en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de la ciudad de Cartagena, con número de Matrícula Inmobiliaria 060-268014, donde consta hipoteca abierta sin número de cuantía, a favor del Banco BBVA S.A.²²
 - Solicitud de conciliación extrajudicial elevada por el señor Luis Carlos Monroy Minota a través de apoderado judicial ante la Procuraduría Regional de Montería para Asuntos Administrativos el día 30 de septiembre de 2019.²³
 - Sentencia T-286 de 2019 la cual solicita el actor que sea tomado en cuenta como precedente judicial.²⁴
 - Citación para audiencia de conciliación extrajudicial para el día 09 de diciembre de 2019 expedida por la Procuraduría 33 Judicial II para Asuntos Administrativos.²⁵

8.7.- Análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.

En el presente asunto, el actor solicita que se tutelen sus derechos fundamentales a la igualdad y al trabajo; y en consecuencia se suspenda transitoriamente los efectos de la Resolución No. 001104 por la cual es retirado del servicio activo, y sea reubicado laboralmente en el Ejército Nacional.

Dentro del expediente encontramos que, el señor Luis Carlos Monroy Minota, presenta una pérdida de la capacidad laboral del 84.27% según consta en el acta expedida por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía (Folio 20), como consecuencia de ello, fue retirado del servicio activo del Ejército Nacional.

Además en el libelo reposa, que a la fecha de retiro del servicio, el accionante se encontraba inscrito en el programa de derecho de la Universidad Libre – Cartagena de Indias (folio 29), por medio de una beca otorgada por el Ejército

²¹ Fols 122 – 127 Cdno 1.

²² Fols 128 – 130 Cdno 1.

²³ Fols 131 – 146 Cdno 1.

²⁴ Fols 148 – 168 Cdno 1.

²⁵ Fols 13 Cdno 2.



13-001-33-33-001-2019-00193-01

Nacional (folios 22 – 24); una vez fue retirado del servicio activo, trajo como consecuencia la pérdida del auxilio educativo antes mencionado, por lo que el actor como pretende seguir vinculado a la institución militar, le solicita a esta que le mantenga dicho beneficio; pero la peticionada respondió que este auxilio educativo es solo para el personal activo y tiene una vigencia anual (folios 36-37). De lo aquí expuesto se demuestra que para el año 2019 al demandante le fue concedido dicho auxilio educativo por todo el año como se observa en el comprobante de egreso que obra a folio 26.

También adujo el accionante que, tiene a su cargo la responsabilidad económica de su familia, entiéndase, su esposa, su hermana, su mamá y sus dos hijos menores de edad, quienes conviven en la misma casa y dependen de él. Esta afirmación fue corroborada mediante declaración extra juicio rendida por la señora Berceña Minuta Hínestroza que reposa a folio 51 del expediente; sin embargo, no se avizora en el acervo probatorio allegado por el accionante prueba idónea que permita acreditar el grado de parentesco entre sí, esbozados en dicha declaración. Ni de la misma manera existe la prueba con las calidades antes expresadas sobre la condición de hermana de la señora Magdalena Barrios, cuya discapacidad obra a folio 52 a 54.

De lo antes expuesto, concluye la Sala que esta afirmación no tiene incidencia en la acción que aquí se tramita, puesto que el actor en su impugnación manifiesta que él no está buscando la protección al mínimo vital y estas pruebas apuntan a la protección de ese derecho, ya que no son relevantes frente a los hechos cuya protección se solicitan como lo son la estabilidad laboral reforzada y la igualdad.

Igualmente, manifestó el actor que, el bien inmueble donde habita está hipotecado por el Banco BBVA (folios 128- 130); que además, existen 3 procesos ejecutivos adelantados en su contra, en los cuales, se han decretado como medidas cautelares el embargo de sus cuentas bancarias (folios 122 – 127). No obstante, avizora a la Sala que, la persona que se halla como parte demandada es Luis Carlos Monroy Cerezos, persona distinta al tutelante y en todo caso él tiene una pensión reconocida con la cual debe solventar sus necesidades personales y familiares que no pueden ser tenidas en cuenta por



13-001-33-33-001-2019-00193-01

este Juez Constitucional en esta acción para suspender el acto administrativo de retiro puesto que son deudas adquiridas por él de manera voluntaria.

Asimismo, observa esta Magistratura que el actor presentó solicitud de conciliación extrajudicial, con el objetivo de que el Ministerio Defensa Nacional – Ejército Nacional, decreten la nulidad del acto administrativo M19-560MDNSG-TML-41.11, y a modo de restablecimiento, obtener su posterior reubicación laboral (Folio 13 Cdo 2).

En este punto, encuentra la Sala pertinente pronunciarse respecto a la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio para atacar actos administrativos.

Jurisprudencialmente se ha establecido que la acción de tutela procede excepcionalmente contra los actos administrativos *cuyo efecto pueda causar un perjuicio irremediable para quien la invoque*; puesto que aunque cuentan con mecanismos de defensa ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, los mismos no son idóneos ni efectivos para lograr protección de los derechos constitucionales.

En el presente asunto, la pretensión principal está encaminada a decretar la suspensión provisional del acto administrativo por medio de cual se ordenó el retiro del servicio del accionante, debido a que el mismo fue calificado con pérdida de la capacidad laboral del 84.27%, y como consecuencia de ello, se ordene el reintegro al Ejército Nacional, asignándole labores que se ajusten a sus condiciones de invalidez.

Así las cosas, como quiera que la expedición del acto administrativo aquí referenciado, modifica la situación laboral del tutelante, ya que lo retira del servicio activo, en consecuencia podría generar un perjuicio irremediable sobre su derecho fundamental al trabajo.

Entonces, la presente acción de tutela es procedente ya que nos encontramos frente a una situación jurídica en la cual el Juez Constitucional debe pronunciarse y verificar si dado los supuestos fácticos puede



13-001-33-33-001-2019-00193-01

configurarse un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales esbozados por el actor.

Una vez realizado el análisis sobre la procedencia de esta acción de tutela, esta Magistratura deberá analizar si existe una vulneración al derecho fundamental al trabajo y a la igualdad, teniendo en cuenta el material probatorio allegado.

En ese sentido, vemos que el actor pretende ser reubicado, pero para ello, se debe tener en cuenta que esta garantía solo es atribuible a los miembros de las Fuerzas Militares que sean calificados con una pérdida de capacidad laboral inferior al 50% y puedan ejercer ciertas labores de docencia o administrativas, tal como lo ha planteado la H. Corte Constitucional, sin perjuicio de la causal de retiro presente en la Ley 1792 de 2016²⁶ en su artículo 5 literal b numeral 1 "*Por invalidez*".

Ahora bien, se observa que el actor fue diagnosticado como no apto para la actividad militar por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía con una pérdida de capacidad laboral del 84.27%, sin posibilidad de ser reubicado por presentar condición de invalidez.

Por consiguiente, no se puede conceder la reubicación derivada del derecho a la estabilidad laboral reforzada, debido a que el accionante no cumple con el requisito porcentual inferior al 50%; así mismo no aporta prueba alguna, que permita inferir que tiene habilidades que puedan ser aprovechadas por esa institución a pesar de su grado de invalidez.

La Sala encuentra que el actor ha estado incapacitado antes de que se produjera su retiro del servicio durante 3 años, tal como se puede observar en el acta del Tribunal Médico Laboral (folio 13) en el concepto médico de psiquiatría y salud ocupacional, significa esto que el actor debió en este tiempo cuestionar el examen de no rehabilitación o solicitar una reubicación pero nada de ello obra en el expediente y como quiera que tiene un grado de invalidez bastante alto, que le imposibilita a esta Sala de Decisión de

²⁶ "Por medio de la cual se modifican algunos artículos de los Decretos-ley 1790 y 1791 de 2000, modificados por la Ley 1405 de 2010 y se dictan otras disposiciones."



13-001-33-33-001-2019-00193-01

acuerdo a la jurisprudencia aquí citada y al concepto médico rendido de que cualquier labor en la institución castrense le genera o causa el estrés postraumático por lo que no existen elementos de juicio para amparar el derecho a la estabilidad laboral reforzada del accionante que posibilite apartarse de dicha recomendación.

En consecuencia, al no existir prueba de la violación al derecho a la estabilidad laboral reforzada de persona en condición de discapacidad, no puede ser amparado este derecho.

Por otra parte, se debe entender el derecho a la igualdad como aquel trato igual entre las personas sin importar su sexo, raza, religión, opinión política o filosófica, en especial con aquellas personas que son consideradas de especial protección constitucional, y el Estado debe garantizar dicho derecho mediante la creación de leyes, acciones encaminadas a disminuir o eliminar las desigualdades e incluso adoptar decisiones o interpretaciones que no desmejoren o agraven la situación de discriminación.

Estudiando el caso concreto, el actor aduce que, se vulneró su derecho fundamental a la igualdad debido a que no se aplicó el precedente sentado en las sentencias T-770/12 y T-286/19 en las cuales la H. Corte Constitucional concedió la reubicación laboral a los accionantes debido a que a su criterio la pérdida de la capacidad laboral no era razón suficiente para ser retirado del servicio activo.

En la sentencia T-770/12, el accionante demuestra que si bien padecía una pérdida de capacidad laboral del 100%, esta no le impidió que continuara prestando sus servicios para la Armada Nacional y su capacitación laboral obteniendo así un título técnico, para posteriormente ocupar un cargo administrativo de acuerdo a la formación académica adquirida. En este fallo dicha pérdida fue en el órgano de la visión y a pesar de ello el actor en ese proceso continuo ejerciendo sus funciones en el área de sistemas y tiempo después de estar ejerciendo su labor en estas condiciones, fue retirado del servicio sin tener en cuenta que su discapacidad no fue impedimento para el cumplimiento de sus labores como trabajador de la Armada Nacional.



13-001-33-33-001-2019-00193-01

Frente a esta circunstancia, la Sala expone que no se está ante una misma situación entre el señor Uriel Francisco Guatibonza Jaimes y el señor Luis Carlos Monroy Minota, puesto que este último, tal como se dejó sentado en párrafos anteriores no demostró haber ejercido alguna actividad en los últimos 3 años donde estuvo incapacitado permanentemente y la consecuencia de un estado prolongado de esta naturaleza es la calificación de la pérdida definitiva de capacidad laboral que si es mayor a un 50% genera por mandato legal una pensión por invalidez que protege el estado de salud de la persona en tal circunstancia; por lo que al no estar en un estado de igualdad, no puede aplicarse dicho fallo como un precedente para este caso concreto.

En cuanto a la sentencia T-286/19, la Junta Médico Laboral estableció que el señor César Augusto Domínguez Torres tenía una pérdida de capacidad laboral del 21.50% por consiguiente no era apto para continuar en el servicio militar, pero continuo al servicio de la Armada y posteriormente fue utilizado dicho dictamen para negarle el ascenso a un grado superior. Tampoco se está en este caso en una condición similar a la del actor, puesto que la pérdida de la capacidad laboral en esta acción es menor a un 50%, lo que no genera una desvinculación automática del servicio y se encuentra de los parámetros en la que la jurisprudencia constitucional ha accedido al derecho a la reubicación laboral, el cual es inferior al 50% y el actor en este caso concreto tiene un 84.27%, por lo que no puede hablarse de situaciones de igualdad que implique un trato similar.

En este caso, el señor Luis Carlos Monroy Minota, padece un cúmulo de enfermedades que representan no solo un peligro para su salud, si no para la de sus compañeros, entonces, si bien existen sentencias donde se concede la reubicación laboral a personas con unos porcentajes de pérdida de capacidad laboral variables al 50%, los casos referidos son totalmente distintos al estudiado aquí, puesto que no son las mismas incapacidades, ya que las sufridas por las partes actoras de las sentencias citadas no les impedían seguir desarrollando labores dentro de la Armada Nacional y que sus habilidades pudieran ser aprovechadas por dicha institución.

Además, las actas médicas no deben analizarse de manera objetiva frente al porcentaje que el Tribunal Médico determine, sino también en cuanto a los



13-001-33-33-001-2019-00193-01

padecimientos o enfermedades que estipulan ese porcentaje y si analizadas, es viable la reubicación laboral del servidor.

En mérito de lo expuesto, no es posible aplicar el precedente de las sentencias T-770/19 y T-286/19 de la Corte Constitucional en el caso en concreto, debido a que los supuestos fácticos que versan en ellas difieren de los hechos señalados por el accionante, aunque la situación jurídica sea parecida.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, se puede concluir que no se hallan vulnerados los derechos fundamentales al trabajo y a la igualdad invocados por el actor, con la expedición del acto administrativo que lo desvincula como militar activo del Ejército Nacional debido a su pérdida de capacidad laboral, por lo tanto, el actor deberá acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo por los mismos hechos que hoy invoca en sede de tutela, tal como lo viene haciendo y en ese escenario procesal, tiene la posibilidad de desplegar todo el acervo probatorio requerido para que puedan seguir adelante sus pretensiones.

8.8. Conclusión

La respuesta al problema jurídico planteado es negativa, dado que si bien la presente acción de tutela es procedente contra la Resolución 001104 de 2019 por la cual se retira del servicio activo al señor LUIS CARLOS MONROY MINOTA, el accionante no logró acreditar que sus derechos fundamentales se vieran vulnerados con los efectos de este y por tanto le cause un perjuicio irremediable.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de fecha treinta (30) de septiembre de dos mil diecinueve 2019, proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, por las razones expuestas en la parte motiva de la providencia.



13-001-33-33-001-2019-00193-01

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones del accionante al no encontrar vulnerados los derechos fundamentales invocados, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: NOTIFÍQUESE a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO: REMÍTASE el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión (art. 32 Decreto 2591 de 1991).

QUINTO: Por Secretaría del Tribunal, **ENVÍESE** copia de esta providencia al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No. 080 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS


CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE