



Cartagena de Indias, D T. y C., dieciséis (16) de julio de dos mil veintiuno (2021)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-012-2016-00133-02
Demandante	WILFRED DAZA NARANJO
Demandado	NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – ARMADA NACIONAL
Tema	<i>Retiro del servicio y exclusión del ascenso por disminución de la capacidad psicofísica – debido proceso.</i>
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala de decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia dictada el 29 de junio de 2018, proferida por el Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Cartagena, en la cual se decidió acceder a las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

3.1 DEMANDA¹

3.1.1 PRETENSIONES²

El actor solicita que se acceda a las siguientes pretensiones:

Primero: Que se decrete nulidad del acta No. 051 del Comité de Ascensos de Suboficiales Sep. Del 2015, que decidió no recomendar el ascenso de mi poderdante por no cumplir los requisitos del Decreto 1790 del 2000 artículo 54.

Segundo: Que se decrete la nulidad de la Acta proferida por el Tribunal Medico Laboral de Revisión Militar y de Policía No. TML 15-2-769 MDNSG-TML-41.1 registrada a Folio No. 243 del Libro de Tribunal Medico Laboral, que declaro no apto para el servicio a mi poderdante.

Tercero: Que sé decrete la Nulidad de la Resolución No. 0119 de fecha 19 de Febrero del 2016, proferida por el Comandante de la Armada Nacional Almirante LEONARDO SANTAMARIA GAITAN, mediante la cual decidió retirar del servicio activo a mi poderdante POR DISMINUCIÓN DE LA CAPACIDAD PSICOFÍSICA.

¹ Folio 1-15

² Folio 1-2

Rad. 13001-33-33-012-2016-00133-02

Cuarto: Que se decrete la Nulidad del Acta de la Junta Medico Laboral No. 37 Folio 78 registrada en la Dirección de Sanidad Armada Nacional de fecha 24 de abril del 2012.

Quinto: Que el Señor Juez de conocimiento se sirva ordenar a las accionadas a manera de restablecimiento del derecho a: a.-) Declarar apto para la actividad militar a mi poderdante, b.-) Ordene su reintegro al servicio y lo reubiquen laboralmente; c.-) Lo asciendan al grado de Sargento Primero, d.-) Le restituyan su antigüedad y su puesto en el escalafón, e.-) Se sirvan ordenar reconocer y pagar las mesadas dejadas de cancelar en relación con el grado militar que le correspondía, f.-) Que se decrete que no existió solución de continuidad laboral para todos los efectos laborales y prestacionales, g.-) Ordene le cancelen los correspondientes intereses por la mora en el pago de las mesadas | y primas que devengaba ajustadas al nuevo grado militar, h.-) Ordene le cancelen las indexaciones correspondientes a las mesadas ajustas al nuevo grado militar. i.-) Se le cancelen las devengando en actividad ajustadas al nuevo grado primas y demás emolumentos que venía militar en forma retroactiva.

Sexto. El despacho de conocimiento Ordene la indemnización por los perjuicios inmateriales (morales) que le causaron a mi poderdante, por ¡la congoja que le causo el retiro de la vida militar al saber que su carrera militar se vio truncada, de un momento a otro, existiendo la posibilidad de ser reubicado laboralmente, se desatendieron estas suplicas y todos sus desempeños ocupando cargos por muchos años que justamente dejan en entre dicho el decir del Tribunal Médico de Revisión, suma que estimamos en un valor equivalente a (80) ochenta salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A través de reforma de la demanda presentada el 29 de noviembre de 2016 la parte actora también solicitó lo siguiente:

SÉPTIMO: Que se reconozca la sanción que prevé el artículo 26 modificado por el art. 137, Decreto Nacional 019 de 2012 en favor de quienes fueron despedidos por razón de su limitación sin el cumplimiento de los requisitos legales; la anterior sanción hace referencia a una indemnización equivalente a ciento ochenta (180) días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar³.

3.1.2. HECHOS⁴

Se expuso en la demanda que, el actor fue retirado del servicio activo de la Armada Nacional en forma temporal con pase a la reserva por "disminución de la capacidad psicofísica" ostentando el grado de Sargento Viceprimero de Infantería de Marina. Tal decisión fue adoptada mediante Resolución Comando Arcada No. 0119 de fecha 19 de febrero del 2016. En sus últimos

³ Folio 302 cdno 2

⁴ Folios 2-8

años se desempeñó en la Compañía de Seguridad de la Base Naval ARC BOLIVAR.

Según su folio de vida, el actor gozaba de condiciones positivas, cumplió los objetivos propuestos, fue felicitado y cumplió con las pruebas físicas practicadas en su momento.

El 07 de mayo de 2015, al actor le fue realizada su ficha médica para ascenso, quedando consignadas los estimativos médicos, psicológicos y odontológicos del caso. El profesional en psicología dejó la constancia de sus relaciones sociales, manifestando que el demandante era una persona *"sociable, fácil integración con compañeros y familiares, le gusta relacionarse con las personas"*, se dejó constancia que el actor estaba *"satisfecho con sus actividades generales tanto laboral, familiar y física"*, y en las observaciones y recomendaciones dijo *"apto para el ascenso"*

El 3 de noviembre de 2015, al señor Wilfred Daza se le realizó una nueva ficha médica y psicológica, pero esta vez se decide dejarlo pendiente por psiquiatría. Con fecha 24 de abril del 2012, le realizan Junta Médico Laboral No. 037, siendo valorado por neurología y por psiquiatría; en la misma fue declarado con incapacidad permanente parcial - no apto - siendo calificado con un 20.79 % de disminución de la capacidad laboral.

El 02 de febrero del 2016, el actor fue valorado por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía No. TML 15-2-769 MDNSG TML 41.1; el concepto de los médicos especialistas dijo: *"Paciente masculino con síntomas de trastorno de estrés postraumático, actualmente asiste a consultas del servicio de psiquiatría con mejoría parcial de su sintomatología, quien amerita continuar tratamiento psicofarmacológico y psicoterapéutico"*.

El señor Wilfred Daza Naranjo solicitó la valoración por el Tribunal fundada en una reubicación laboral; sin embargo, dicha petición fue negada bajo el argumento de que la patología mental sufrida por el actor se encontraba asintomática en controles por psiquiatría, pero aún no se encontraba resuelta, por lo que su permanencia en la Fuerza lo expondría a eventos que le desencadenarían estrés; se indicó que el medio militar y el acceso a armamento podían convertirse en un agente estresor que le podía generar crisis, en consecuencia, este ponía en riesgo la salud del calificado, la de sus

compañeros y la de la población que está llamado a defender. La disminución de la capacidad laboral fue confirmada en el mismo porcentaje.

El 13 de agosto del 2015, el comité de ascensos de suboficiales se reunió para indicar que el "SV CIM DAZA NARANJO WILFRED" no cumplía requisitos para ascenso, conforme el Decreto 1790 de 2000 artículo 54, literal "c"; es decir, "acreditar actitud psicofísica acuerdo reglamento vigente". Lo anterior se encuentra consignado en el Oficio No. 20150423670216301 MD-CGFM-CARMA-SECAR-JEDHU-DISANSSS-AMEL-27.3 del 27 de Julio del 2015."

El 31 de agosto del 2015 se profirió la Resolución No. 0719 del Comando Armada Nacional, en la que se hace un listado de todo el personal ascendido a cada grado en cada fecha indicada, efectivamente el actor no fue ascendido al grado de Sargento Primero. Tampoco fue incluido en la

Resolución Comando Armada No. 0776 del 11 de septiembre del 2015.

Mediante Oficio No. 20160042370001593 de fecha 22 de febrero del 2016, se reiteró el contenido del Oficio del 19 de agosto del 2015 en el cual no se recomendó el ascenso.

3.1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

En la demanda se acusan como violadas las siguientes normas: Decreto 1790 del 2000 artículo 54, Decreto 1796 del 2000 artículo 7º, y Sentencia T-190 de 2011.

En el concepto de la violación, la parte actora hace referencia a la sentencia C-381 del 2005, mediante la cual fue declarado inexecutable el artículo 58 de Decreto 1791 del 2000, explicando que, en esa oportunidad la Corte sostuvo que una persona discapacitada o con disminución de su capacidad sicofísica no podía ser retirada de la institución, por ese solo motivo, si se demuestra que esta cuenta con las facultades o condiciones de realizar alguna labor administrativa, de docencia o de instrucción. Así las cosas, expuso que, solamente después de realizada la valoración médica por parte de la Junta Médico Laboral correspondiente, se podía retirar a un empleado, siempre y cuando se concluyera que la persona no tuviera capacidad alguna aprovechable para tales tareas, ello, en plena aplicación del artículo 59 del Decreto 1791 del 2000.

En relación con el procedimiento, para determinar la disminución de la capacidad sicofísica aplicable al actor, se indicó que, el Decreto 1796 del 2000 señala que los exámenes que permiten establecer la capacidad sicofísica tienen una duración de tres (3) meses; que, al demandante le realizaron su Junta Médica el 24 de abril del 2012, siendo declarado con incapacidad permanente parcial no apto para el servicio con una pérdida de capacidad laboral del 20.79 %; sin embargo, estando en esa condición sicofísica continuó prestado sus servicios a la Infantería de Marina en el grado de Sargento Vice Primero; frente a esta valoración el demandante no solicitó la correspondiente revisión ante el Tribunal de Revisión Militar y de Policía, por el contrario, continuó desempeñando cargos de gran responsabilidad, manejo de tropa, custodia de material de guerra, custodia de material de intendencia y demás cargos administrativos descritos en las pruebas que se acompañan con esta demanda.

Sostuvo que, como quiera que el actor continuó prestando sus servicios y no fue retirado, este recobró nuevamente su condición de apto para el servicio pues así está demostrado documentalmente; que a pesar de ello, una vez llegó la fecha para decidir su ascenso al grado de Sargento Primero, se expidió el acta No. 051/MD-CGFM-CARIVIA-SECAR-JEDHU-JUCLA - 2.25, del Comité de ascensos de suboficiales septiembre del 2015, en la que se decidió no recomendar el ascenso del actor basados en que no cumplía con los requisitos para el ascenso, de acuerdo al Decreto 1790 del 2000 artículo 54, por no "*acreditar actitud psicofísica acuerdo reglamento vigente*", es decir, pasaron tres (3) años y cinco (5) meses para decidir su no ascenso.

Afirmó que, al actor se le estaba vulnerando el debido proceso pues se debió valorar nuevamente la capacidad psicofísica para efectos de tomar cualquier decisión y ello no se hizo.

Alegó que, en la adopción de la decisión anterior no se tuvo en cuenta que el actor podía realizar otras actividades diferentes y por lo tanto podía ser **reubicado en otro cargo**, en consonancia con lo establecido en la sentencia C-381 del 2005. Expuso que, 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; normatividad, internacional que incorporada a la legislación Colombiana, no solamente constituye bloque de constitucionalidad si no que por ser de estirpe laboral son de orden público y de obligatorio cumplimiento, parece que para el patrono del demandante no existen, estando obligado a cumplir como ente del estado y como servidor público.

3.2 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA⁵

Manifestó su oposición a las pretensiones de la demanda, alegando que la entidad ha actuado conforme a lo normatividad aplicable al caso concreto; igualmente adujo que el señor Wilfred Daza Naranjo de ninguna forma probó la ilegalidad o nulidad de los actos administrativos acusados y en consecuencia no tiene derecho a un ascenso.

Sostuvo que, el Acta No. 051 del Comité de Ascensos de Suboficiales de septiembre de 2015, decidió no recomendar el ascenso del demandante por no cumplir los requisitos del Decreto 1790 del 2000 Artículo 54, lo cual se ajusta a la normatividad vigente a la fecha de su expedición.

Expuso que, de la lectura de la norma precedente se tiene que existen unos presupuestos para que se pueda recomendar el ascenso y entre ellos está la acreditación de aptitud psicofísica. Agregó que, el análisis del apoderado demandante sobre los hechos y circunstancias que anteceden el "no ascenso" del sargento Wilfred Daza Naranjo, no son más que simples apreciaciones, toda vez que se limitó a mostrar un panorama sesgado, intentando recrear un desempeño perfecto en todas las actividades del demandante, cuando eso no tiene nada que ver con el motivo real de su "no ascenso", el cual se produjo por un tema médico psiquiátrico diagnosticado por especialistas.

Afirmó que, el Consejo de Estado ha conceptuado frente al tema de los ascensos, exponiendo que los mismos no son obligatorios, sino al contrario se trata de una facultad discrecional de la entidad y solo es procedente previa comprobación de los requisitos legales. En el caso de marras, es evidente que

⁵ Fl. 325-338 cdno 1

el sargento WILFRED DAZA NARANJO, no cumple con todos y cada uno de los requisitos establecidos en la ley y por lo tanto no hay lugar a su ascenso, más aún cuando lo Junta Clasificadora, no recomendó ascenderlo, por incumplimiento del literal C del artículo 54 del Decreto 1790 de 2000.

Por último concluyó, que el acto acusado fue emitido con el lleno de los requisitos sustantivos y procesales, de los cuales no se advierte causal de nulidad alguna y por tanto, está amparado de presunción de legalidad; lo cual invierte la carga de la prueba, para que sea la parte actora, quien demuestre alguna de los causales de nulidad como son: abuso de poder, desviación de poder, falso motivación, o violación de normas de carácter Constitucional, Legal o Reglamentario; ninguna de los cuales se encuentra probado, siquiera en formo sumario.

Como excepciones de fondo propuso las siguientes: 1) presunción de legalidad del acto acusado; 2) cobro de lo no debido; 3) buena fe; 4) prescripción.

3.3 SENTENCIA IMPUGNADA⁶

La Juez de primera instancia dirimió la controversia sometida a su juicio, accediendo a las pretensiones del actor, así:

"PRIMERO; Declarar no probadas las excepciones de mérito planteadas por la entidad demandada NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - ARMADA NACIONAL.

SEGUNDO: Declarar la nulidad de la Resolución No. 0119 del 19 de febrero de 2016 emanada del Comando de la Armada Nacional, por la cual se retira del servicio activo de las Fuerzas Militares en forma temporal con pase a la reserva por disminución de la capacidad psicofísica para la actividad militar al Suboficial Wilfred Daza Naranjo, por las razones expuestas en la parte motiva.

TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración, y a título de restablecimiento del derecho condenar a la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - ARMADA NACIONAL a reintegrar y reubicar al señor WILFRED DAZA NARANJO en el cargo desempeñado al momento del retiro, esto es, Sargento Viceprimero de Infantería de Marina, o en un cargo de igual categoría en la entidad, en el que pueda desempeñarse acorde a la disminución de su capacidad psicofísica, y a sus estudios, conocimientos y/o habilidades. La entidad demandada deberá adelantar todas las verificaciones y exámenes médicos de reingreso y disponer de acuerdo a las circunstancias particulares lo correspondiente al ascenso del actor al grado de

⁶ Folio 505-517 cdno 3

Rad. 13001-33-33-012-2016-00133-02

Sargento Primero de Infantería de Marina, siempre teniendo en cuenta su actual condición y la garantía de ser un sujeto de especial protección.

CUARTO: Condenar a la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - ARMADA NACIONAL a cancelar a favor del señor WILFRED DAZA NARANJO el valor de los salarios, 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, correspondientes al grado que desempeñaba en la institución, entendiéndose que para todos los efectos legales no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios.

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

SEXTO: Denegar las demás pretensiones de la demanda".

Para sustentar su decisión, la a quo expuso que la entidad demandada para proceder a la desvinculación del actor, se amparó en las facultades legales que permiten la separación del militar ante la disminución de su capacidad psicofísica, y fundamentado además, en el dictamen médico rendido por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía contenido en el Acta No. TML-15-2-769 MDNSG-TML-41.1 del 2 de febrero de 2016, en la cual se recomendó la no reubicación laboral del actor.

Afirmó que, si bien el actuar de la entidad demandada, en principio, se encontraba ajustado a la ley, no podía perderse de vista que en este caso se encontraba frente un sujeto con disminución psicofísica, es decir, una persona de especial protección constitucional. En tal virtud, no se podía desconocerse lo plasmado en el Acta del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, que en forma escueta y sin mayores reseñas sugiere la no reubicación laboral del actor, sin explicarse las razones o conceptos médicos o de salud ocupacional y menos aún sobre la imposibilidad de que el actor pudiera desarrollar otras labores o actividades, es decir, no se indicaron de manera suficiente las razones de dicha recomendación.

Expuso que, así mismo se podía observar que el acto administrativo demandado se apoyaba simplemente en el contenido del acta elaborada por el Tribunal Médico Laboral relacionada con la condición psicofísica del actor Wilfred Daza Naranjo, con fundamento en la cual procedió a separarlo del servicio activo por la disminución de la capacidad psicofísica, sin que previamente se hubiera llevado a cabo un análisis sobre la viabilidad de su reubicación en un nuevo cargo o actividad, bien de naturaleza

administrativa, de docencia o instrucción, análisis que debió realizarse en forma detallada y a partir de conceptos suficientes, dado que se trataba de un sujeto de especial protección, como se indicó en precedencia. En esta dirección, correspondía a la entidad demandada gestionar la reubicación laboral del actor, pues si bien no era viable que siguiera desempeñándose en actividades de índole netamente militar, debió analizarse si podía ejercer otro tipo de labor.

En cuanto a la pretensión de ascenso del actor al grado inmediatamente superior al que desempeñaba al momento de su retiro del servicio, señaló que, el Despacho no contaba con los elementos de juicio para disponer dicho ascenso, por lo que, a su reintegro, la Armada Nacional debería adelantar todas las verificaciones y exámenes médicos de reingreso y disponer de acuerdo a las circunstancias particulares lo correspondiente al ascenso del actor al grado de Sargento Primero de Infantería de Marina, teniendo en cuenta su actual condición y la garantía de ser un sujeto de especial protección.

En lo relacionado con la pretensión del pago de perjuicios morales, sostuvo que los mismos no estaban acreditados, por lo que no había lugar a su reconocimiento. Frente a la solicitud de reconocimiento y pago de la indemnización consagrada en el artículo el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, el Despacho no accedió a dicho reconocimiento, toda vez que si bien el retiro del servidor público se dio en razón a la disminución de la capacidad psicofísica, la entidad tomó la decisión en virtud de lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto 1793 de 2000 que dispone el retiro del servicio ante este tipo de circunstancias, es decir, bajo el amparo de una disposición legal vigente que permite el retiro del servicio del soldado profesional por el simple hecho de presentar una disminución de la capacidad psicofísica y que le era aplicable al demandante.

3.4 RECURSO DE APELACIÓN⁷

La Nación – Ministerio de Defensa – Armada Nacional manifestó no encontrarse de acuerdo con la decisión adoptada por la Juez a quo por lo que solicitó que se revoque la misma en esta instancia.

⁷ Folio 519-532 cdno 3

Expuso que los actos administrativos que calificaron la pérdida de capacidad laboral del actor (Junta Médico Laboral y Acto de Tribunal Médico Laboral) no fueron declarados nulos en este proceso, por lo tanto se encuentran en firme y gozan de presunción de legalidad. Sostuvo que en dichos actos constan razones de peso médicas y científicas para determinar la disminución de la capacidad psicofísica del actor y recomiendan su no reubicación laboral, por considerarlo un riesgo para su propia salud, la de sus compañeros y la de la población que está llamada a defender; en consecuencia, concluye que la sentencia apelada tiene múltiples yerros que deben ser subsanados, el principal de ellos, es que no se indica la causal de nulidad del acto administrativo de retiro, es decir la Resolución No. 0119 del 19 de febrero de 2016.

Agregó, que las decisiones médico laborales más allá de ser simples actos de trámite, poseen elementos que permiten definirlos como verdaderos actos administrativos, pues provienen de autoridad competente y por medio de ellas se determinan los aspectos relativos a la aptitud y capacidad psicofísica del examinado, se determina la disminución de la capacidad psicofísica, se califica la enfermedad según sea profesional o común, se registra y determina la imputabilidad al servicio de acuerdo con el informe administrativo por lesiones y demás antecedentes conocidos y se fijan los correspondientes índices de lesión si hubiere lugar a ello; de igual forma, su determina el alcance de la decisión de crear, modificar o extinguir una relación jurídica en ejercicio de la función administrativa, definida por los antecedentes médicos, clínicos y demás; también se tiene que, contra las decisiones de las juntas médicas la ley ha previsto una instancia superior instituida para revisar sus actos mediante el ejercicio del recurso de reclamación previsto en el artículo 25 del Decreto 094 de 1.989, ante el Tribunal Médico laboral de Revisión Militar y de Policía, cuyos actos por mandato legal, por ser última instancia son irrevocables por la administración y objeto de las acciones jurisdiccionales pertinentes y demás.

Indicó que el actor no interpuso el recurso de reclamación contra la decisión de la Junta Médica Laboral previsto en lo ley, ni demandó las decisiones contenidas en el acta de junto médica laboral, por lo que la decisión en materia médico laboral cobra firmeza.

Sostuvo, que el acto administrativo por medio del cual se retiró al actor, goza de la presunción de legalidad, toda vez que fue expedido con fundamento en los artículos 7, 8 y 10 del Decreto 1793 del 2000, que facultó al nominador

para retirar en cualquier tiempo al personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, adicionalmente, el acto administrativo con el que se decidió retirar del servicio activo al demandante se generó por parte de la Administración con el lleno de los requisitos, esto es, fundamentado en la pérdida de la capacidad física del señor Wilfred Daza Naranjo la cual fue calificada en 20.79 %.

Consideró, que el Despacho se equivocó al manifestar que no se indicaron de manera suficiente las razones de la no reubicación laboral, toda vez que de una simple lectura del Acta de Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía No. TMLI5-2-769 MDNSG-TML-41. 1 de fecha 02 de febrero de 2016, se observa claramente lo siguiente: *"Con relación a la solicitud de reubicación laboral, esta Sala se despacha en sentido negativo todo vez que aunque se trate de una patología mental que en la actualidad se encuentra asintomática en controles por psiquiatría aún no se encuentra resuelta y su permanencia en la Fuerza lo expondría a eventos que le desencadenarían estrés, por lo que se considera que el medio militar y el acceso a armamento puede convertirse en un agente estresor que le pueda generar crisis, en consecuencia pone en riesgo la salud del calificado, la de sus compañeros y la de la población que está llamado a defender."*

Afirmó, que el Despacho no debió ordenar la reubicación del demandante, ya que Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, autoridad médico laboral que declaró no apto para la actividad militar al actor, recomendó no reubicarlo, así las cosas no es obligatoria dicha reubicación, sino que es opcional de la Dirección General de las Fuerzas Militares, por ser una sugerencia, no implica la obligatoriedad de la misma, ya que la facultad discrecional está en manos de la Junta Asesora y la misma es quien señala el retiro por no ser apto para el servicio por disminución de la capacidad laboral, tal como lo establece la junta médica laboral realizada al señor Wilfred Daza Naranjo.

3.5 ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda en referencia fue repartida el 23 de octubre de 2018⁸ a través de providencia del 26 de marzo de 2019, se admitió el recurso de apelación⁹ y el 17 de junio de 2019 se corrió traslado para alegar de conclusión¹⁰.

⁸ Folio 1 cdno 4

⁹ Folio 3 cdno 4

¹⁰ Folio 7 cdno 4

3.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.6.1. Parte demandante¹¹: Presentó su escrito de alegatos manifestando que la sentencia de primera instancia debe ser confirmada pues se ajusta a los pronunciamientos jurisprudenciales sobre este tema.

3.6.2. Parte demandada¹²: Se ratificó la en los argumentos de su apelación.

3.6.3 Ministerio Público: No presentó concepto.

IV. CONTROL DE LEGALIDAD

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes.

V.- CONSIDERACIONES

5.1. Competencia

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que dispone que los Tribunales Administrativos conocen en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

5.2. Problema jurídico

En el caso bajo estudio, teniendo en cuenta los argumentos de la impugnación, la Sala considerar pertinente abordar los siguientes planteamientos:

¿Se encuentra viciada de nulidad la Resolución No. 0119 de fecha 19 de febrero del 2016, proferida por el Comandante de la Armada Nacional, mediante la cual decidió retirar del servicio activo al señor Wilfred Daza por disminución de la capacidad psicofísica?

¹¹ Folio 10 cdno 4

¹² Folio 12-18 cdno 4

Para efectos de resolver el interrogante anterior, esta Corporación deberá determinar lo siguiente:

¿Se encuentra suficientemente motivado el acto que reubicación del actor?

¿Las actas de Junta Médico Laboral y Acto de Tribunal Médico Laboral son actos administrativos que debieron ser demandados en este asunto?

¿Era obligatorio que el actor presentara el recurso de reclamación contra la decisión de la Junta Médica Laboral para demandar las decisiones que ordenaron su retiro del servicio y se abstuvieron de ascenderlo?

5.3. TESIS DE LA SALA

La Sala CONFIRMARÁ la sentencia de primera instancia toda vez que la Resolución No. 0119 de fecha 19 de febrero del 2016, sí es ilegal en la medida en que no acata la jurisprudencia reiterada el Consejo de Estado en el tema de la protección especial a las personas con disminución de la capacidad psicofísica; ello teniendo en cuenta que solo se tuvo en consideración la pérdida de capacidad laboral del 20.79% del señor Wilfred Daza y se dejó de lado el análisis de otras situaciones que beneficiaban al actor, como era el hecho de que, a pesar de dicha disminución (calificada desde 2012), el actor había continuado laborando al servicio de la Armada Nacional, sin ningún tipo contratempo o incumplimiento de sus deberes, hasta el momento de la revisión por el Tribunal Médico en el año 2016, demostrando con ello que sí podía ejercer sus funciones; además, se le negó la posibilidad de reubicación sin analizar la posibilidad de que este ocupara un cargo administrativo o de docencia que le permitiera continuar en la institución.

Por otro lado, se tiene que las actas de Junta Médico Laboral y Acto de Tribunal Médico Laboral son actos administrativos de trámite que no requerían ser declarados nulos por la Juez a quo, como quiera que, en este evento, el acto administrativo definitivo lo constituye la resolución que definió el retiro del actor.

De igual forma, como quiera que las actas de calificación de la pérdida de capacidad no constituyen actos administrativos, no era obligatorio que el actor presentara el recurso de reclamación frente a la primera calificación (a fin de agotar la vía gubernativa), sobre todo, porque después de la misma él no fue retirado del servicio, sino que continuó laborando de manera normal por 3 años más; en ese sentido, el pronunciamiento que generó el retiro del actor fue el realizado por el Tribunal Médico Laboral, que ratificó que el demandante no era apto para el servicio y le cerró las puertas a la reubicación. Contra esa decisión no procede recurso.

5.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

La evaluación de la capacidad sicofísica y de la disminución de la capacidad laboral de los miembros de la Fuerza Pública, Alumnos de las Escuelas de Formación y sus equivalentes en la Policía Nacional, personal civil al servicio del Ministerio de Defensa Nacional y de las Fuerzas Militares y personal no uniformado de la Policía Nacional se encuentra regulada por los Decretos 094 de 1989 y 1796 de 2000, éste último, reformativo del primero.

El Decreto 1796 de 2000 define la capacidad psicofísica como el conjunto de habilidades, destrezas, aptitudes y potencialidades de orden físico y psicológico que deben reunir las personas a quienes se les aplique el decreto, para ingresar y permanecer en el servicio, en consideración a su cargo, empleo o funciones. La misma será valorada con criterios laborales y de salud ocupacional, por parte de las autoridades médico-laborales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

A su tueno los artículos 3, 7, 16 y 21 del mencionado Decreto deponen:

“ARTICULO 3o. CALIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD PSICOFÍSICA. *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.



Rad. 13001-33-33-012-2016-00133-02

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.

PARÁGRAFO. 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.

ARTICULO 7o. VALIDEZ Y VIGENCIA DE LOS EXÁMENES DE CAPACIDAD PSICOFÍSICA. Los resultados de los diferentes exámenes médicos, odontológicos, psicológicos y paraclínicos practicados al personal de que trata el artículo 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 sicofísica se considera válido para el personal por un término de tres (3) meses durante los cuales dicho concepto será aplicable para todos los efectos legales; sobrepasado este término, continúa vigente el concepto de aptitud hasta cuando se presenten eventos del servicio que impongan una nueva calificación de la capacidad psicofísica.

ARTICULO 16. SOPORTES DE LA JUNTA MEDICO-LABORAL MILITAR O DE POLICÍA. Los soportes de la Junta Médico-Laboral serán los siguientes:

- a. La ficha médica de aptitud psicofísica.
- b. El concepto médico emitido por el especialista respectivo que especifique el diagnóstico, evolución, tratamiento realizado y secuelas de las lesiones o afecciones que presente el interesado.
- c. El expediente médico - laboral que reposa en la respectiva Dirección de Sanidad.
- d. Los exámenes paraclínicos adicionales que considere necesario realizar.
- e. Informe Administrativo por Lesiones Personales.

ARTICULO 21. TRIBUNAL MEDICO-LABORAL DE REVISIÓN MILITAR Y DE POLICÍA. El Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía conocerá en última instancia de las reclamaciones que surjan contra las decisiones de las Juntas Médico-Laborales y en consecuencia podrá ratificar, modificar o revocar tales decisiones. Así mismo, conocerá en única instancia la revisión de la pensión por solicitud del pensionado.

PARÁGRAFO 1o. El Gobierno Nacional determinará la conformación, requisitos de los miembros, funciones, procedimientos y demás aspectos relacionados con el Tribunal Médico-Laboral de Revisión Militar y de Policía.

Por otra parte, el Decreto 1790 de 2000, en su artículo 90 dispone que:

ARTÍCULO 100. <Artículo modificado por el artículo 24 de la Ley 1104 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> 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. <Numeral modificado por el artículo 6 de la Ley 1405 de 2010. El nuevo texto es el siguiente:> Por cumplir dos (2) años en el Grado de General, Almirante o General del Aire, 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;

Ahora bien, el Consejo de Estado, frente al retiro de militares por pérdida o disminución de la capacidad psicofísica ha expuesto lo siguiente:

*“La desvinculación de un trabajador que se encuentra en situación de discapacidad solo procede cuando no pueda desempeñar la labor para la cual fue contratado; sin embargo, ello no significa que se aprueba su retiro, dado que la estabilidad reforzada también conlleva la obligación de velar por su reubicación a un empleo en el que pueda, con las habilidades, destrezas y conocimiento que posee, desarrollar otras funciones. (...) **de conformidad con las pruebas citadas en el capítulo anterior, la Sala concluye que la entidad demandada retiró del servicio al señor Lobo Blanco fundamentada, únicamente, en la pérdida de su capacidad laboral, pues no tuvo en cuenta que su estado de salud le permitía, tal como se consignó en el Acta de la Junta Médica Científica de psiquiatría, realizar labores administrativas o logísticas. Tal estimación de quienes tienen la especialidad en la patología que sufre el demandante es prueba suficiente de que sus habilidades podían ser aprovechadas dentro de otras esferas de la estructura administrativa de la institución, no necesariamente de carácter**”*



militar. Con dicho concepto se demostró que la disminución de la capacidad laboral del señor Lobo Blanco no lo convertía de manera automática en «no apto» para continuar en el servicio(...) Esa capacidad laboral del demandante la Sala la encuentra debidamente acreditada con el concepto emitido por los especialistas en psiquiatría. También la Sala da por probado que ni el Tribunal Médico ni la enjuiciada al expedir el acto administrativo demandado consideraron, en el momento de disponer del retiro del servicio del demandante, que este aún podía desempeñarse en otras áreas de la institución. De esta manera, la Sala encuentra que con la Resolución 005 de 2013 se vulneró el derecho a la estabilidad laboral reforzada que tenía el señor Lobo Blanco dada su situación de discapacidad"¹³.

5.5 CASO CONCRETO

5.5.1 Hechos relevantes probados

Una vez analizadas las pruebas relevantes para decidir de fondo el asunto, encuentra la Sala lo siguiente:

- De acuerdo con la hoja de vida traída al proceso, se tiene por demostrado que le señor Wilfred Daza Naranjo ingresó a prestar sus servicios a la Armada Nacional el 1 de septiembre de 1998, siendo retirado el 24 de febrero de 2016, con 24 años, 8 meses y 2 días de servicio¹⁴.
- Mediante Acta de Junta Médico laboral del **24 de abril de 2012**¹⁵, el señor Wilfred Daza Naranjo fue calificado con una disminución de la capacidad laboral del 20.79%, imputable al servicio, por causa y razón del mismo – calificado con incapacidad permanente parcial - NO APTO PARA EL SERVICIO. En el acta en referencia se consigna lo siguiente:

“NEUROLOGÍA NOVIEMBRE 24/ 2011 DR. CASTILLO-TOMADO HC DIAGNOSTICO: Lumbago con ciática.

ETIOLOGÍA: - TRATAMIENTOS VERIFICADOS: Combaren, Carbamazepina

ESTADO ACTUAL: Vigil, lucido, sin foco motor, o sensitivo, pares craneanos sin alteraciones, ROT simétricos, taxias alteraciones, no signos cerebelosos ni signos extrapiramidales, exámenes neurofisiológicos normales (EMG-RNM).

ANTECEDENTES: Paciente masculino de 40 años de edad quien en 1998 mientras ejercía funciones militares vivió evento doloroso con riesgo de muerte inminente, en el cual

¹³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN A, Bogotá, D.C., veinticinco (25) de junio de dos mil veinte (2020). Radicación número: 70001-23-33-000-2013-00155-01(1535-14) Actor: ANTONIO JOSÉ LOBO BLANCO, Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA, ARMADA NACIONAL

¹⁴ Folio 359- 362 cdno 2

¹⁵ Folio 67-69 cdno 1

Rad. 13001-33-33-012-2016-00133-02

fallecieron compañeros militares presentó posteriormente alteración del patrón del sueño ansiedad marcada, revivencia de hechos, hipervigilancia, con episodios de agitación psicomotora aislados, tuvo ideas de heteroagresión, referidas a superiores y familiares, ha tenido consulta de servicio de urgencias por eventos de ansiedad, irritabilidad en tratamiento psicofarmacológico por psiquiatría. Actualmente en controles por psiquiatría refiere sentirse, ansioso con tristeza, ha mejorado patrón del sueño con medicación. CONCEPTO MEDICO ESPECIALISTAS: Paciente masculino con síntomas de trastorno de estrés postraumático, actualmente asiste a consultas del servicio de psiquiatría con mejoría parcial de su sintomatología, quién amerita continuar tratamiento psicofarmacológico y psicoterapéutico.

DECISIONES; Se mantiene diagnóstico de Trastorno de estrés postraumático, continuar controles y medicación por psiquiatría".

- Se anexaron con la demanda los formatos de calificación del actor, en el que constan sus funciones y su desempeño en las mismas; así como las felicitaciones recibidas por su buena labor¹⁶.
- Se aportó el Anexo E que corresponde a la “evaluación prueba física para oficiales y suboficiales” diligenciado entre el 25 de agosto y el 18 de diciembre de 2015, en la que el actor obtuvo una calificación superior a 240 puntos sobre 300¹⁷.
- Según los exámenes realizados para el ascenso, se tiene que 7 de mayo de 2015, el actor tuvo una entrevista con la Psicóloga de la entidad accionada, quien dejó constancia de la buena aptitud de entrevistado, sin embargo, en las observaciones concluyó que este **era apto para el ascenso**¹⁸.
- Exámenes necesarios para el ascenso, de fecha 11 de mayo de 2015¹⁹.
- En Oficio No. 20150423670216301 MD-CGFM-CARMA-SECAR-JEDHU-DISAN-SSS-AMEL-27.3 del 31 de julio de 2015, el Subdirector de Servicios de Salud informa al Jefe de Desarrollo Humano de la Armada Nacional el listado de suboficiales aptos y no aptos para el ascenso; en esta última lista se encuentra el nombre del actor²⁰.

¹⁶ Folio 26-49 cdno 1

¹⁷ Folio 50-51 cdno 1

¹⁸ fl. 53 rev y 55 cdno 1

¹⁹ Folio 58-66 cdno 1

²⁰ Folio 356-358 cdno 2

Rad. 13001-33-33-012-2016-00133-02

- Conforme con el Acta No. 051/MD-CGFM-CARMA-SECAR-JEDHU-JUCLA-2.25 del 13 de agosto de 2015, se tiene que el **Comité Ascenso de Suboficiales Septiembre 2015**, recomendó no ascender al señor SVCIM DAZA NARANJO WILFRED por lo siguiente: “No cumple requisitos para ascenso, acuerdo Decreto 1790 de 2000 Artículo 54, literal “c”, “ACREDITAR ACTITUD PSICOFÍSICA ACUERDO REGLAMENTO VIGENTE”, (Modificado por el artículo 12 de la Ley 1104 de 2006) de conformidad a Oficio No. 20150423670216301 MD-CGFM-CARMA-SECAR-JEDHU-DISANSSS-AMEL-27.3 del 27 de Julio de 2015”²¹.
- Mediante Oficio No. 20150042370013653/MD-CGFM-CARMA-SECAR-JEDHU-JUCLA-2.25 del 19 de agosto de 2015, se notificó al actor, informándole que mediante el acta anteriormente citada, el Comité Ascenso de Suboficiales Septiembre 2015 – había decidido no ascenderlo²².
- Mediante Resolución 0719 y 0717 del 31 de agosto de 2015, el Vicealmirante Comandante de la Armada Nacional, ascendió a un personal de suboficiales de dicha institución, advirtiéndose que entre los que ascendieron al grado de Sargento Primero o Suboficial Jefe no se halla el nombre del hoy demandante²³.
- El 24 de noviembre de 2015 se volvió a realizar una entrevista por Psicología, con motivo del ascenso, en el cual se planteó como observación “pendiente concepto por psiquiatría (ilegible) no apto para el servicio y solicitó tribunal medico”²⁴
- Según Acta del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía No. TML15-2-769 del **2 de febrero de 2016**, se tiene que el actor fue nuevamente revisado en su condición de capacidad Psicofísica, encontrándose²⁵:

SOLICITUD: El señor SVCIM DAZA NARANJO WILFRED, (...) el día 18 de septiembre de 2015, realizó la convocatoria del Tribunal Médico al encontrarse para analizar la Modificación de secuelas de la Junta Médica que le fue practicada, argumentando que: Con la convocatoria del tribunal medico pretendo que se valore nuevamente mi capacidad labora ya que estoy trabajando normalmente y cumpliendo laboralmente con todo lo establecido así mismo que se revise mi aptitud psicofísica para el servicio

²¹ Folio 363-384 cdno 2

²² Folio 80 cdno 2

²³ Folio 81-92 cdno 1

²⁴ Folio 64-65 cdno 1

²⁵ Folio 70-72 cdno 1

ya que como he continuado laborando normalmente aspiro a ascender al grado de sargento primero".

En el acta en comento se plasman los antecedentes médicos del actor, relacionados con la decisión de la Junta Médica de Calificación del año 2012 y se evalúa la situación actual del mismo, se le puso de manifiesto al interesado la solicitud de convocar al Tribunal Médico, con lo cual estuvo conforme, de igual forma se consignó que el señor DAZA NARANJO WILFRED expuso "**quiere saber si es acto o no, y se encuentra conforme con los índices asignados para la columna y síndrome de estrés postraumático**".

En esta oportunidad el Tribunal de Revisión decidió confirmar la calificación de NO APTO para el servicio del actor, mantener la pérdida de capacidad psicofísica en un 20.79%, y negar la reubicación.

- Mediante **Resolución 0119 del 19 de febrero de 2016** fue retirado del servicio de la Armada Nacional, el señor Wilfred Daza Naranjo, por disminución de su capacidad psicofísica, ostentando el grado de Sargento Viceprimero de Infantería de Marina²⁶. Esta decisión fue puesta en conocimiento del actor el 24 de febrero de 2019²⁷.
- Mediante Oficio No. 20160042370001593/MD-CGFM-CARMA-SECAR-JEDHU-JUCLA-1.10., del 22 de febrero de 2016, el Director de la Junta Clasificadora Armada Nacional expuso al actor, frente a su petición de ascenso presentada el 17 de febrero/15, que la misma es decisión del Comando de la Armada Nacional y no de la Dirección de personal; igualmente se le reitera que en Oficio del 19 de agosto de 2015 se había recomendado su no ascenso, por no acreditar la aptitud psicofísica para ello²⁸.
- Conforme el certificado expedido el 9 de marzo de 2016, se tiene que el actor no cuenta con investigaciones penales²⁹

5.5.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.

²⁶ Folio 18 cdno 1

²⁷ Folio 19 cdno 1

²⁸ Folio 21

²⁹ Folio 93 cdno 1

En el sub examine se demanda la nulidad del Acta de la Junta Médico Laboral No. 37 de fecha 24 de abril del 2012, por medio de la cual se calificó al actor con una pérdida de capacidad el 20.79% imputable al servicio, por causa y razón del mismo – calificado con incapacidad permanente parcial - NO APTO PARA EL SERVICIO; así mismo se persigue la nulidad del Acta No. 051 del Comité de Ascensos de Suboficiales Sep. Del 2015, que decidió no recomendar el ascenso del actor por no cumplir los requisitos del Decreto 1790 del 2000 artículo 54 y el Acta proferida por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía No. TML 15-2-769 MDNSG-TML-41.1 que declaró no apto para el servicio. Igualmente, solicitó la declaratoria de ilegalidad de la Resolución No. 0119 de fecha 19 de febrero del 2016, proferida por el Comandante de la Armada Nacional, mediante la cual se decidió retirar del servicio activo al demandante por disminución de la capacidad psicofísica.

La Juez de primera instancia, al dirimir la controversia sometida a su estudio declaró la nulidad, únicamente, de la Resolución No. 0119 del 19 de febrero de 2016, ordenando el reintegro del actor y la realización de los exámenes y trámites a fin de verificar la posibilidad de ascenso; lo anterior, por considerar que el actor era un sujeto de especial protección que no podía ser retirado del servicio sin un estudio serio sobre la posibilidad de reubicación en otra labor, máxime si este después de la primera evaluación por parte de la Junta Médica Laboral, se siguió desempeñando en su cargo sin contratiempos.

La parte accionada, al estar inconforme con la decisión anterior, interpuso recurso de apelación afirmando que el acto administrativo anulado se encontraba ajustado a derecho toda vez que fue expedido con fundamento en los artículos 7, 8 y 10 del Decreto 1793 del 2000, que facultan al nominador para retirar en cualquier tiempo al personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, adicionalmente el mismo está motivado en la pérdida de capacidad psicofísica del actor. También alegó que la Resolución No. 0119 del 19 de febrero de 2016 sí está bien motivada puesto que se fundamentó en el Acta de Tribunal Médico que dictaminó que no era posible la reubicación del actor pues podría estar sometido a situaciones de estrés militar que afectarían su padecimiento psiquiátrico y pondría en peligro su salud, la de sus compañeros y la de la ciudadanía. Que la reubicación del actor no era una obligación sino una facultad discrecional de la administración, además que el Tribunal Médico no recomendó tal actuación. También se alegó que al no declararse la nulidad de las actas que definieron la pérdida de capacidad

del actor dichos actos administrativos quedaron en firme, además que el actor no presentó el recurso de reclamación frente a la decisión de la Junta.

Teniendo en cuenta lo anterior, a fin de resolver los problemas jurídicos planteados por la Sala, es necesario exponer lo siguiente:

En el caso de marras se encontró demostrado que el señor Wilfred Daza Naranjo prestó sus servicios en la Armada Nacional y su último cargo desempeñado fue el de Sargento Viceprimero de Infantería de Marina; que, en el año 1998 mientras ejercía funciones militares vivió un evento doloroso con riesgo de muerte inminente, en el cual fallecieron compañeros militares; que, debido a ello presentó alteración del patrón del sueño ansiedad marcada, revivencia de hechos, hipervigilancia y otros síntomas que lo llevaron a necesitar tratamiento psicofarmacológico por psiquiatría por estrés post traumático. adicionalmente, en el año 2011 se le diagnosticó la enfermedad denominada lumbago con ciática.

Mediante Acta de Junta Médico laboral del **24 de abril de 2012**³⁰, el señor Wilfred Daza Naranjo fue calificado con una disminución de la capacidad laboral del 20.79%, imputable al servicio, por causa y razón del mismo – calificado con incapacidad permanente parcial - NO APTO PARA EL SERVICIO. A pesar de lo anterior, el accionante continuó laborando en la institución y, en el año 2015, adelantó todos los trámites para el ascenso, obteniendo una evaluación promedio del 81% de las 3 pruebas físicas realizadas al mismo en el curso de ascenso.

En relación con la evaluación Psicológica, debe precisarse que, en la entrevista realizada el 7 de mayo de 2015³¹, adelantada con la Psicóloga Gina González, esta recomendó que sí era apto para el servicio; sin embargo, el 31 de julio de 2015, mediante oficio de la fecha se le informa al Jefe de Desarrollo Humano de la Armada Nacional que personal era apto o no para el ascenso; esta recomendación es plasmada en el Acta No. 051/MD-CGFM-CARMA-SECAR-JEDHU-JUCLA-2.25 del 13 de agosto de 2015 en la que no se ascendió al demandante, por no ser apto, debido a que no acreditó la aptitud psicofísica; notificándole esta decisión al mismo el 19 de agosto de esa anualidad; y, como quiera que no fue ascendido en las Resolución 0719 y 0717

³⁰ Folio 67-69 cdno 1

³¹ Folio 53-55

del 31 de agosto de 2015, el actor solicitó una nueva valoración de su aptitud psicofísica.

Al realizársele el 24 de noviembre de 2015, una entrevista por Psicología, se recomendó – NO APTO PARA EL SERVICIO – y posteriormente, el 2 de febrero de 2016, se realizó la revisión por parte del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, a fin de que se determinara que el señor Wilfred Daza sí era apto para el servicio y ascenso; sin embargo, este Tribunal determinó confirmar la pérdida de capacidad laboral en un 20.79%, que había sido plasmada en el acta de Junta Médico Laboral del 24 de abril de 2012, ratificando que el actor NO ES APTO para el servicio, y a pesar que este Tribunal dice que modifica la decisión del 24 de abril citada, no lo hace, sino que la confirme en las mismas condiciones; lo que da lugar a que se profiera, 17 días después la Resolución 0119 del 19 de febrero de 2016, que dispuso el retiro del servicio del mencionado señor.

A lo largo del acta se consignan todas las valoraciones realizadas por los integrantes del Tribunal Médico, sobre el estado actual de la capacidad psicofísica del actor, para finalmente concluir lo siguiente:

“Con el fin de resolver la situación médico laboral del Señor SVCIM. DAZA NARANJO WILFRED, al cual le fue practicada Junta Médica Laboral No. 37 DEL 24 DE ABRIL DE 2012, realizada en la ciudad de Cartagena, por parte de la Dirección de Sanidad de la Armada Nacional con los resultados antes consignados y luego de cotejar las conclusiones de ésta con su estado médico laboral actual, se determina:

1.- Con referencia al trastorno de estrés postraumático se encuentra que lo reportado en historia clínica, lo valorado en Junta Médica y lo hallado por esta Instancia no corresponde a lo informado por el paciente que hace referencia al insomnio donde los soportes de historia clínica reportan diagnóstico de estrés postraumático en tratamiento por psiquiatra, actualmente asintomático, por lo que esta Sala decide ratificar el numeral y los índices correspondientes para esta patología, toda vez que el paciente no ha requerido hospitalizaciones o cuidados médicos permanentes.

2.- Sobre la condición lumbar este Tribunal en relación a lo descrito por el calificado y por lo hallado como lo reportado en la Junta Médico Laboral se establece como secuela lumbalgia crónica que amerita asignación de índices lesionales; por lo anterior, esta Sala decide ratificar los índices asignados por la Primera Instancia.

3.- Esta Instancia evidencia que según el Decreto 094 de 1989, se encuentran causales de no aptitud para el calificado en su Artículo 68 Literales (a) y (b) por lo cual se decide declararlo NO APTO PARA ACTIVIDAD MILITAR.

Teniendo en cuenta lo anterior, encuentra esta Corporación que, en efecto, hasta este punto puede decirse que la decisión del Tribunal Médico, consolidada en la **Resolución 0119 del 19 de febrero de 2016**, se encuentra ajustada a derecho, puesto que la calificación obtenida por el actor es la de no apto para el servicio y el Decreto 1790 de 2000 contempla el retiro del servicio por esta causal.

Ahora bien, frente a la solicitud de reubicación presentada por el señor Daza Naranjo, el Tribunal Médico expuso que **“con relación a la solicitud de reubicación laboral, esta Sala se despacha en sentido negativo toda vez que aunque se trate de una patología mental que en la actualidad se encuentra asintomática en controles por psiquiatría aún no se encuentra resuelta y su permanencia en la Fuerza lo expondría a eventos que le desencadenarían estrés, por lo que se considera que el medio militar y el acceso a armamento puede convertirse en un agente estresor que le pueda generar crisis, en consecuencia pone en riesgo la salud del calificado, la de sus compañeros y la de la población que está llamado a defender”**.

Así las cosas, se tiene que, contrario a lo expuesto por la entidad demandada el Consejo de Estado y la Corte Constitucional han sido claros al manifestar que, las personas con disminución de la capacidad psicofísica tienen una especial protección por parte del Estado y, en ese sentido, no es posible desvincularlas del servicio sin que previamente se realice un estudio en el que se evalúen las capacidades del interesado a fin de lograr la reubicación del militar.

Sobre este aspecto, el Consejo de Estado ha sostenido:

*“[S]i bien el ordenamiento jurídico consagra la posibilidad de retirar del servicio activo a los soldados profesionales que se ven afectados por una enfermedad mental o disminución de la capacidad psicofísica, lo cierto es que la aplicación de dichas normas a los casos particulares no puede, en desconocimiento de la Constitución, el bloque de constitucionalidad y la interpretación que acorde a la norma superior le ha dado la Corte Constitucional, ser meramente objetiva, formal y genérica, sino que, por el contrario, requiere un estudio material en aplicación del principio a la igualdad y, por ende, un desarrollo probatorio y argumentativo preciso relacionado con la imposibilidad de reubicar al soldado, es decir, una evaluación adecuada sobre la posibilidad de reubicación en la institución. Esta posición ha sido igualmente adoptada por el Consejo de Estado en la sentencia del 1º de septiembre de 2016 proferida por la Subsección B de la Sección Segunda con número de radicado 68001-23-31-000-2010-00220-01 (2122-13), en la cual, así como lo ha establecido la Corte Constitucional, y como lo alegó el tutelante, se indicó que **“la Junta Médica debió estudiar el conjunto de destrezas y habilidades del actor para recomendar su reubicación laboral, ante la***



Rad. 13001-33-33-012-2016-00133-02

imposibilidad de desempeñar funciones militares, atendiendo la pérdida de la capacidad laboral del 14% del accionante.” (...) en dicha ocasión esta Corporación resolvió un caso de lesiones sufridas por un soldado profesional con ocasión de sus funciones, lo cierto es que el fundamento constitucional aplicado, concretamente la sentencia C-063 de 2018 que estudió la constitucional del artículo 10 del Decreto Ley 1793 de 2000 y el 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, no hacen diferencia en relación al origen de la lesión, sumado al hecho de que en el sub iudice, la pérdida de capacidad laboral se imputó a una lesión sufrida durante la prestación del servicio. (...) Sala encuentra que, de conformidad el criterio desarrollado por la Corte Constitucional y acogido por el Consejo de Estado, las Fuerzas Militares deben evaluar la posibilidad de reubicar al soldado profesional que ha sufrido una limitación física sensorial o psicológica, incluso si ello implica capacitarlo para ejercer una nueva función. (...) En consecuencia, la Sala considera que la autoridad judicial accionada incurrió en el defecto sustantivo y en el desconocimiento del precedente alegado³².

En ese orden de ideas, esta Corporación comparte la decisión de la Juez de primera instancia, en la medida en que esta sostuvo que el Tribunal Médico no estudió correctamente la posibilidad de reubicar al actor, como quiera que, si bien este contaba con una pérdida de capacidad del 20.79%, ello no le impedía desempeñar la labor militar, puesto que desde que se dictaminó dicha pérdida de capacidad psicofísica, inicialmente en el año 2012, el señor Daza Naranjo continuó laborando para la institución militar, sin presentar ningún tipo de recaída, alteración o cualquier otro tiempo de manifestación que demostrara que en realidad se encontraba impedido para desempeñar su trabajo u otro que le generara menor estrés. De otra parte, no se tuvo en cuenta que en el aspecto físico el actor había obtenido un 81% en promedio de desempeño en las pruebas de esta naturaleza, que en la entrevista psicológica del 7 de mayo de 2015 lo consideraron apto; y, a pesar de ello, luego se lee califica como no apto sin que haya ocurrido alguna situación particular que alterara o modificara su situación, para el ascenso, y cuando el interesado solicita la revisión de su estado con el objeto de poder ser ascendido, lo sorprenden con un retiro del servicio sin tener en cuenta todos estos hechos antes manifestados. Una cosa era que el actor no fuera apto para ascender, lo cual tampoco se demostró que así fuera; y otra distinta es que el demandante no fuera apto para el servicio y lo retiraran con la misma incapacidad permanente parcial que había sido evaluada casi 3 años antes,

³² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN QUINTA, Bogotá D.C., tres (3) de diciembre de dos mil veinte (2020). Radicación número: 11001-03-15-000-2020-00170-01 (AC). Actor: WILLIAM ANDRÉS PEDROZA MERCADO. Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA – SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN C Y OTRO

dejando de lado que el militar se había desempeñado, durante todo ese tiempo, en buenas condiciones para la institución, tal como se advierte en las evaluaciones. La demanda solo hace referencia a una amonestación, por un acto del servicio.

Colorario de lo anterior, se tiene que existió una falsa motivación para retirar del servicio al demandante por no apto, cuando transcurrieron casi 4 años desde cuando se declaró no apto, y este continuó laborando en cumplimiento de sus funciones, por lo que, este motivo de inconformidad no está llamado a ser acogido.

Adicionalmente, no se realizó ningún estudio de su hoja de vida a fin de verificar si el mismo podía ser reubicado en otro tipo de actividades menos estresantes, como son la docencia o las funciones administrativas, sino que, por el contrario, la entidad accionada solo se limitó a negarle la reubicación sin tener en cuenta las condiciones actuales del demandante y el hecho de que este continuara al servicio de la entidad desde 202-2016 sin ningún tipo de contratiempos que le impidiera desempeñar sus funciones en legal forma.

En lo que se refiere a la necesidad de acudir ante el Tribunal Médico de Revisión Militar y de Policía para impugnar la decisión de la Junta Médica, esta Corporación debe exponer que, ello solo aplica en el evento en el que la persona sometida a valoración sicofísica, no esté conforme con lo decidido; pero, en este evento, el actor, con su actuar demuestra que se encontraba conforme con la calificación dada en el año 2012, además porque a pesar de ella, no se le retiró del servicio, sino que, por el contrario, este continuó laborando para la institución sin ningún problema. La decisión que le genera perjuicios al señor Daza Naranjo es la del Tribunal Médico que ratifica la pérdida de capacidad y niega la posibilidad de reubicación generando con ello la desvinculación del accionante. Contra esta decisión no procede ningún recurso.

Es preciso dejar claro, que las decisiones de la Junta Médica Laboral y el Tribunal Médico Laboral no son definitivas en el evento en el que no se produzca el retiro del actor, a través del correspondiente acto administrativo, puesto que, mientras que este continúe vinculado a la institución puede ser sometido a nuevas revisiones por parte de dichos entes, como sucedió en este caso, en el que luego de 3 años y 10 meses de servicio (posteriores a la calificación de la Junta Médico Laboral) el actor solicitó la revisión por el

Tribunal Médico y esta se llevó a cabo³³. Bajo ese entendido, debe concluirse que nada impide que se reincorpore el actor a sus labores, y que la entidad administrativa pueda realizar nuevas verificaciones de su capacidad laboral a fin de determinar su estado psicofísico.

Ahora bien, las actas que profieren las Juntas Médicas Laborales y los Tribunales de Revisión Militar y de Policía, son concebidas por la jurisprudencia, generalmente, como actos de trámite, por lo que no es necesario demandar los mimos directamente; así las cosas, se tiene que las actas de Junta Médico Laboral y Acto de Tribunal Médico Laboral son actos de trámite que no requerían ser declarados nulos por la Juez a quo, como quiera que, en este evento, el acto administrativo definitivo lo constituye la resolución que definió el retiro del actor, a menos que, estas impidan continuar con el trámite, evento en el cual pueden ser demandada; pero este no es el caso.

De igual forma, como quiera que las actas de calificación de la pérdida de capacidad no constituyen actos administrativos, no era obligatorio que el actor presentara el recurso de reclamación frente a la primera calificación (a fin de agotar la vía gubernativa), sobre todo, porque después de la misma él no fue retirado del servicio, sino que continuó laborando de manera normal por más de 3 años; en ese sentido, el pronunciamiento que generó el retiro del actor fue el realizado por el Tribunal Médico Laboral, que ratificó que el demandante no era apto para el servicio y le cerró las puertas a la reubicación y/o a la continuación en el servicio. Contra esa decisión no procede recurso.

Teniendo en cuenta lo anterior, y como quiera que los argumentos del recurso de apelación no prosperaron, este Tribunal procederá a confirmar la sentencia de primera instancia; no sin antes proceder a ADICIONAR el fallo de primera instancia, en el sentido de que, de las sumas a pagar por concepto de reintegro, debe aplicarse lo dispuesto por la Corte Constitucional, en la sentencia SU/354 de 2017, en la que se adoptó el criterio según el cual, al momento de cancelar las prestaciones y salarios dejadas de percibir como

³³ Sobre este aspecto, consultar la sentencia del catorce (14) de mayo de dos mil veinte (2020). CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A. Radicación número: 25000-23-42-0002014-03974-01(0755-19). **“RETIRO DEL SERVICIO / CALIFICACIÓN POR PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD SICOFÍSICA-Nueva revisión / ACTA DEL TRIBUNAL MÉDICO LABORAL DE REVISIÓN MILITAR Y DE POLICÍA** - La entidad demandada, en virtud del artículo 25 del Decreto 094 de 1989, se encontraba facultada para solicitar una nueva revisión de la capacidad sicofísica del demandante, con el fin de revisar la progresión de las lesiones o afectaciones, sin que esto quebrante de manera alguna el debido proceso”.

consecuencia de un retiro ilegal se debe ordenar el descuento de lo percibido por concepto del desempeño de otros cargos oficiales durante el interregno entre un acto de desvinculación y el reintegro, pues no hacerlo sería aceptar que una persona recibiera dos montos salariales y prestaciones durante un mismo período; lo anterior, no hace más que reiterar la posición de esa Alta Corte plasmada en la sentencia SU 556/14. Esta prohibición, aplica de manera concreta en caso que el actor, una vez desvinculado del servicio, se le haya reconocido su asignación de retiro por los años de trabajo en la institución militar, por lo que no puede percibir desde 2016 hasta la fecha de cumplimiento de este fallo, 2 asignaciones del Estado, derivadas de la misma actividad - una como salario como militar y otra como asignación de retiro.

5.6 Condena en costas

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". A su vez, el artículo 365 del Código General del Proceso señala que será condenado en costas, en segunda instancia, la parte a la cual se le decida de manera desfavorable el recurso.

En los términos de los citados artículos, se condenará en costas en segunda instancia a la parte demandada.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

VI.- FALLA

PRIMERO: ADICIONAR el fallo de primera instancia, en el sentido de que, la entidad demandada al momento de dar cumplimiento al fallo, deberá descontar de la liquidación las sumas que por asignación de retiro haya podido percibir el señor WILFRED DAZA NARANJO, desde la fecha de su retiro, hasta cuando se cumpla la sentencia; conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: En lo demás, **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas en esta providencia.

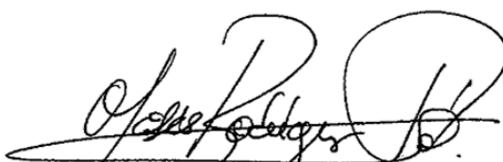
TERCERO: CONDENAR en costas a la parte demandada, de acuerdo con lo expuesto en esta providencia.

CUARTO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de ley en los libros y sistemas de radicación.

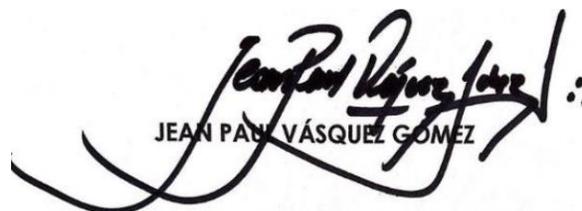
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No. 027 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS


JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ

Aclaración de voto