



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DE POPAYÁN
Carrera 4ª # 2-18. Tel. 8240802. Email: j08admpayan@cendoj.ramajudicial.gov.co

Popayán, veintiséis (26) de febrero de 2021

Expediente: 19-001-33-33-008-2016-00030-00
Demandante: EDINSON DAVID GIRALDO PALECHOR
Demandado: LA NACIÓN– MINISTERIO DE DEFENSA– EJERCITO NACIONAL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Sentencia núm. 033

I.- ANTECEDENTES.

1.1.- La demanda¹.

El señor EDINSON DAVID GIRALDO PALECHOR identificado con la cédula de ciudadanía nro. 1.061.721.387, a través de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y establecimiento del derecho, formuló demanda en contra de la NACIÓN– MINISTERIO DE DEFENSA– EJERCITO NACIONAL, buscando la declaración de nulidad del acto administrativo contenido en la Orden Administrativa nro. 1677 del 18 de junio de 2015 expedida por la Jefatura de Desarrollo Humano del Ejército Nacional, mediante la cual se ordenó su retiro del servicio activo como soldado profesional.

Consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, pretende se ordene el reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones dejadas de percibir, desde la fecha en que se dio su retiro del servicio, hasta la fecha en que se materializó su reintegro, como también la indemnización por haber sido retirado sin autorización del Ministerio de Trabajo, y la respectiva indexación.

En síntesis, se relató en la demanda que el señor GIRALDO PALECHOR una vez superó los exámenes de ingreso, fue vinculado al Ejército Nacional de Colombia desde hace más de 4 años como soldado regular (a la presentación de la demanda) y, como consecuencia de fallo de tutela proferido el 20 de agosto de 2015 por el Tribunal Superior de Popayán, presta sus servicios como soldado profesional en el batallón General Enrique Arboleda Cortes, quien, se dice, en su permanencia en la institución se ha destacado por su cumplimiento del ordenamiento legal y disciplinario.

Que a finales del año 2014 el militar presentó problemas de salud “esquizofrenia” diagnosticada por médico psiquiatra, requiriendo tratamiento médico, medicación e internación, hasta antes de ser retirado del servicio el 30 de junio de 2015. Señalando que, el medicamento a él suministrado, “*Alanzapina*”, afecta la voluntad y capacidad de decisión.

Que el militar fue valorado por la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, autoridad que mediante Acta de Junta Médico Provisional nro. 69379 del 4 de junio de 2014 refirió que el paciente estaba en tratamiento por psiquiatría, con psicofármacos y psicoterapias, a quien el comité psiquiátrico BASAM lo dejó en valoración por tres meses, y posteriormente, con Acta de Junta Médico Laboral nro. 75744 del 23 de febrero de 2015 se conceptuó como diagnóstico: “*trastorno de adaptación pronóstico: asintomático rasgos de personalidad no compatible con la vida militar*”, calificando la capacidad psicofísica para el servicio, como incapacidad permanente parcial, no apto para actividad militar y no se recomienda reubicación laboral.

¹ Folios 58 al 76 del C. Ppal.

Que, si bien contra el acta de Junta nro. 75744 procedía el recurso de solicitar convocatoria de Tribunal Médico Laboral de Revisión Laboral, el militar renunció a ese derecho el 20 de abril de 2015, pero ello estando bajo efecto de tratamiento psiquiátrico con psicofármacos y psicoterapias. No obstante, la entidad accionada expidió la Orden Administrativa nro. 1677 del 18 de junio de 2015, mediante la cual dispuso el retiro del servicio, por la causal “*disminución de la capacidad psicofísica*”, sin tener en cuenta el estado de salud del militar y la estabilidad laboral reforzada que lo cobija.

Es por lo anterior que la señora Rosario Palechor Méndez, madre del militar, interpuso acción de tutela contra la Nación– Ministerio de defensa– Ejército Nacional, la cual fue decidida el 20 de agosto de 2015, por el Tribunal Superior de Popayán, Corporación que previa declaración de vulneración de los derechos fundamentales del señor GIRALDO PALECHOR, ordenó a su favor dejar sin efecto en forma transitoria la Orden Administrativa de personal nro. 1677 de 2015 y su reubicación con la asignación de tareas que tuvieran en cuenta su estado de salud, lo que fue acatado el 3 de septiembre de 2015 según Orden Administrativa de Personal de Comando del Ejército nro. 2012 de esa fecha.

Como normas infringidas y concepto de la violación normativa, estima la parte accionante que con el acto administrativo enjuiciado se quebrantan preceptos constitucionales al no ser estos aplicados, a saber, los artículos 1, 2, 13, 25, 29, 47, 53, 54, 83 y 95, y el artículo 26 de la Ley 381 de 1997 al haber retirado del servicio al actor sin autorización previa del Ministerio de Trabajo.

1.2.- La contestación de la demanda por parte de la NACIÓN– MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL– EJERCITO NACIONAL².

Por intermedio de apoderada judicial debidamente constituida, en tiempo, esta entidad se opuso a que se despachen en forma favorable las pretensiones de la demanda, al considerar que el retiro del militar se atempera al estatuto del régimen de carrera del personal de soldados profesionales de las fuerzas militares (Decreto Ley 1793 de 2000), además, por cuanto la imputabilidad de la disminución de la capacidad psicofísica fue calificada como enfermedad común, y se tuvo en cuenta el estado de salud del militar y los conceptos de especialistas, que dejaron concluir que no era apto tanto para la actividad militar como para la reubicación laboral.

A su juicio, el Decreto Ley 1796 de 2000 regula lo referente a la evaluación de la capacidad psicofísica, el cual fue aplicado en concordancia con el Decreto Ley 1793 de 2000.

Finalmente, señaló que, de acuerdo con el ordenamiento legal especial propio de los militares, estos no tienen asignadas funciones administrativas dentro de la planta de personal, de ahí la imposibilidad de reubicación laboral, pues aquellos se encuentran debidamente entrenados para participar en operaciones militares, ofensivas y defensivas.

En su defensa, como argumentos exceptivos formuló: “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN” y la “INNOMINADA O GENERICA”.

1.3.- Relación de etapas surtidas.

La demanda se presentó el 28 de enero de 2016 –fl. 78 del C. Ppal., y fue admitida por el juzgado mediante Auto interlocutorio núm. 99 del 9 de febrero de 2016 –fl. 81-84 lb., y debidamente notificada –fl. 87 a 91 lb., como se indicó, oportunamente la entidad demandada ejerció su derecho de defensa y por ello se corrió traslado de las excepciones propuestas el 17 de octubre de 2017 -fl. 125 lb, frente a las cuales la parte actora emitió pronunciamiento oponiéndose a su prosperidad -fl. 131 a 133-.

Luego, se fijó fecha para la realización de audiencia inicial mediante providencia núm. 1063 del 18 de diciembre de 2017 –fls. 134 a 136 del C. Ppal., la que se llevó a cabo el 22 de noviembre de 2018, dentro de la cual se surtieron las fases legales correspondientes –fls. 137 a 140 lb.

² Folios 96 a 105 del C. Ppal.

Por tratarse de pruebas de carácter documental a recaudar, mediante proveído del 6 de noviembre de 2019 se dispuso la suspensión de la audiencia de pruebas, procediendo a correr traslado a los sujetos procesales de las pruebas allegadas, e igualmente, por el término de diez (10) días para que presentaran las intervenciones finales –fl. 145 ib., frente a los cuales se referirá este despacho, más adelante.

1.4.- Los alegatos de conclusión.

1.4.1.- De la NACIÓN– MINISTERIO DE DEFENSA– EJERCITO NACIONAL³.

La mandataria judicial de la entidad accionada, reiteró su oposición a las pretensiones de la demanda, manifestando, en suma, lo siguiente:

El actor renunció al Tribunal Médico de manera voluntaria, de suerte que la pérdida de capacidad laboral establecida en Acta de Junta Médica Laboral nro. 75744 del 23 de febrero de 2015 que la calificó en 9.5 % cobró firmeza.

El retiro del militar se sujetó a las normas legales vigentes propias del régimen de carrera militar.

La enfermedad que padece el accionante tiene un complemento genético, por tanto, no adquirida en servicio.

Las pruebas de consumo de sustancias psicoactivas practicadas al militar han salido positivas para marihuana.

Se ha determinado que el señor GIRALDO PALECHOR no es apto para la actividad militar, para arribar a esa conclusión se tuvo en cuenta su estado de salud y las disposiciones legales que rigen la materia.

1.4.2.- De la parte actora.⁴

En esta etapa del proceso, este extremo procesal reiteró, en resumen, los hechos en que sustenta su pedimento, para concluir que el señor EDINSON DAVID debe catalogarse como un sujeto de especial protección constitucional y tiene, por tanto, derecho a la estabilidad laboral reforzada.

1.4.3.- Concepto del agente del Ministerio Público.

La señora agente del Ministerio Público delegada ante este despacho judicial, no emitió concepto dentro del asunto objeto de resolución.

II.- CONSIDERACIONES.

2.1.- Presupuestos procesales de competencia y caducidad del medio de control.

Por la naturaleza del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la fecha de presentación de la demanda y el último lugar de prestación del servicio del actor, este juzgado es competente para conocer de este asunto en primera instancia, conforme a lo previsto en los artículos 138, 155 numeral 2 y 156 numeral 3 de la Ley 1437 de 2011.

El artículo 164 de la Ley 1437 de 2011 establece la oportunidad para presentar la demanda, y tratándose del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho el numeral 2.d., expresa que se deberá instaurar dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo.

³ Folios 146 a 152 del C. Ppal.

⁴ Folios 153 a 159 del C. Ppal.

Así, tenemos que el acto administrativo objeto de control judicial fue notificado al señor GIRALDO PALECHOR el 30 de junio de 2015 -fl. 5-, por lo que en principio podría poner en marcha el medio de control, a más tardar el 1° de noviembre de ese año.

La solicitud de conciliación prejudicial se radicó el 28 de octubre de ese año, suspendiendo el término de caducidad por 4 días. El 26 de enero de 2016 fue expedida la constancia de agotamiento del requisito de procedibilidad, y la demanda fue presentada dos días después, por lo que es dable concluir que el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho impulsado no ha caducado.

2.2.- Problema jurídico.

El problema jurídico se contraerá en determinar, tal y como fue establecido en la audiencia inicial, si hay lugar a declarar la nulidad de la Orden Administrativa nro. 1677 del 18 de junio de 2015 expedida por la Jefatura de Desarrollo Humano del Ejército Nacional, por medio del cual el señor EDINSON DAVID GIRALDO PALECHOR fue retirado del servicio activo del Ejército Nacional.

En caso afirmativo, se analizará si es procedente ordenar el restablecimiento del derecho consistente en el pago de salarios y prestaciones que dejó de devengar hasta la fecha en que fue de nuevo incorporado a la institución.

Igualmente, deberá determinarse si el actor tiene derecho a la pretendida indemnización por haber sido aparentemente retirado del servicio sin autorización del Ministerio de Trabajo.

2.3.- Tesis.

El Despacho accederá a declarar la nulidad del acto administrativo enjuiciado, más no al restablecimiento del derecho deprecado.

Se sustentará la tesis bajo los siguientes argumentos: (i) Lo probado en el proceso; (ii) Marco jurídico que regula el retiro de los soldados profesionales del Ejército Nacional por disminución de la capacidad psicofísica, y (iii) Juicio de legalidad del acto administrativo enjuiciado.

PRIMERO. Lo probado en el proceso.

- El señor EDINSON DAVID GIRALDO PALECHOR ingresó al Ejército Nacional a prestar el servicio militar como soldado regular, el 12 de febrero de 2008, hasta el 10 de noviembre de 2009; posteriormente, como alumno soldado profesional del 7 de febrero al 13 de mayo de 2011, y como soldado profesional del 14 de mayo de 2011 al 30 de junio de 2015, fecha última que registra en nómina, y como corte para la liquidación de cesantías definitivas – fls. 116 y 118, y 120 a 121.
- El medicamento Olanzapina le ha sido suministrado al soldado desde el mes de diciembre del 2013 –fl. 20-, siendo tratado desde esa época por la especialidad en psiquiatría (fls. 22 a 23).
- El 4 de junio de 2014 la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional practicó Acta de Junta Médica Provisional nro. 69379 por tres meses, al soldado profesional EDINSON DAVID GIRALDO PALECHOR, convocada por incapacidad igual o superior a tres meses.

En esta se registró: *“PACIENTE QUE TIENE TRATAMIENTO POR PSIQUIATRÍA CON PSICOFÁRMACOS Y PSICOTERAPIAS. VALORADO POR COMITÉ PSIQUIÁTRICO BASAN QUIEN LO DEJA EN OBSERVACIÓN POR TRES MESES POR TAL MOTIVO SE REALIZA JUNTA MÉDICA PROVISIONAL POR TRES MESES”* (fl. 12).

- Según el Dispensario Médico y la Coordinación Jurídica de las Fuerzas Militares – Ejército Nacional, para el mes de noviembre de 2014 el soldado profesional GIRALDO PALECHOR se encontraba estable con tratamiento médico, padecía de Esquizofrenia, diagnosticada por médico psiquiatra, cuyo origen tiene un complemento genético, pero se exagera por el consumo de sustancias psicoactivas, lo cual fue corroborado con la realización de dos pruebas rápidas, las cuales han salido positivas para marihuana.

Tenía manejo con medicamentos y control por psicología y psiquiatría, tomando el medicamento Olanzapina 5 mg, que se usa para tratar los síntomas de la enfermedad mental que padece y para tratar el trastorno bipolar. Se aconsejó a la madre del soldado que este no realice el traslado de unidad militar debido a que se encuentra en tratamiento psiquiátrico y el cambio de especialista podría afectarlo - fls. 14 a 17-.

- Al soldado profesional EDINSON DAVID GIRALDO PALECHOR se le realizó Acta de Junta Médica Laboral nro. 75744 el 23 de febrero de 2015, por parte de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, para la práctica de un examen de capacidad sicofísica –aptitud psicofísica-, cuyas conclusiones arrojó (fls. 6 y 7):

A. *"Diagnóstico positivo de las lesiones o afecciones:*

TRASTORNO DE ADAPTACIÓN VALORADO Y TRATADO POR PSIQUIATRÍA BASAN QUIEN SEGÚN CONCEPTOS RASGOS DE PERSONALIDAD NO COMPATIBLES CON LA VIDA MILITAR.

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

C. *Evaluación de la disminución de la capacidad laboral: LE PRODUCE UNA DISMINUCIÓN DE LA CAPACIDAD LABORAL DEL 9.5 %.*

D. *Imputabilidad del Servicio: afección 1 se considera enfermedad común, literal (A) (EC)*

E. *Fijación de los correspondientes índices: MOTIVACIÓN: EN CUANTO A LA REUBICACIÓN LABORAL SE DA EN FORMA NEGATIVA YA QUE EL PACIENTE PRESENTA PATOLOGÍA DE ORIGEN MENTAL QUE LIMITA REALIZAR ACTIVIDADES MILITARES SATISFACTORIAMENTE SE REVISAN HISTORIAS CLÍNICAS Y CONCEPTO POR PSIQUATRÍA COMITÉ BASAN DONDE SE EVIDENCIAN RASGOS DE PERSONALIDAD INCOMPATIBLES CON LA VIDA MILITAR POR LO TANTO AL ENFRENTARSE A SITUACIONES PROPIAS DE LA FUERZA PODRÍA SER RIESGO PARA SU VIDA Y LA DE SU ENTORNO O GENERAR COMPLICACIÓN PARA SU PATOLOGÍA ACTUAL".*

- El 20 de abril de 2015 el señor EDINSON DAVID GIRALDO PALECHOR manifestó estar de acuerdo con los resultados de la Junta Médica Laboral nro. 75744 del 23 de febrero de 2015 y renunció a convocar Tribunal Médico y a términos de ejecutoria –fl. 8-.
- A través de la Orden Administrativa de Personal nro. 1677 del 18 de junio de 2015 el Ejército Nacional decidió retirar del servicio activo de la institución, entre otros, al soldado profesional EDINSON DAVID GIRALDO PALECHOR, a partir del 30 de junio de ese año -fls. 3 y 4-.

Dicho acto administrativo fue notificado personalmente el 30 de junio del mismo año y en este se determina que el retiro del servicio se da por la causal "DISMINUCIÓN DE LA CAPACIDAD PSICOFÍSICA"–fl. 5-. Señala también que el personal retirado puede acceder a los programas de capacitación para adaptación a la vida civil que ofrece la entidad (ordinal 5 – reverso de fl. 17 C. Pbas).

- El 21 de julio de 2015 el señor GIRALDO PALECHOR fue valorado por psiquiatría en el Centro de Especialistas Valle de Pubenza, en la que, entre otras cosas, manifestó haber estado en salud mental, y que, por el hecho de haberle dado la

baja, según un familiar que lo acompañó a la consulta, se observa aislado, apático, con risa inmotivada y soliloquios, por momentos no sigue el hilo de la conversación. Se interroga sobre diagnóstico de Esquizofrenia (fl. 23).

- La señora ROSARIO PALECHOR MENDEZ es madre del señor GIRALDO PALECHOR y es paciente de la Unidad RTS Sucursal san José de Popayán por presentar diagnóstico de ENFERMEDAD RENAL CRÓNICA ESTADIO 5 E HIPERTENSIÓN -fls. 10 y 24-.
- Mediante sentencia proferida el 20 de agosto de 2015 por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, en sede de tutela, fueron amparados los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, mínimo vital, debido proceso, seguridad social, salud y vida en condiciones dignas del señor EDINSON DAVID GIRALDO PALECHOR, dejando sin efectos en forma transitoria y hasta que el juez administrativo resuelva, la legalidad de la Orden Administrativa de Personal nro. 1677 del 18 de junio de 2015, ordenando su incorporación, sin solución de continuidad, reubicándolo en la ciudad de Popayán y asignándole tareas, vinculándolo a un programa que tome en cuenta su actual afección en salud e igualmente reactivar los servicios médicos hospitalarios, farmacéuticos y psiquiátricos, hasta tanto recupere su salud (fls. 25 a 40).
- El señor EDINSON DAVID GIRALDO PALECHOR se encontraba vinculado como Orgánico del Batallón General Enrique Arboleda Cortes en la nómina mensual de los meses de enero a junio de 2015 (fls. 45 a 50), y en el mes de octubre le fueron presupuestados 120 días (fl. 51).
- Obra copia del expediente médico laboral del accionante (fl. 7 medio magnético).
- A través de la Orden Administrativa de Personal del Comando del Ejército nro. 2012 del 3 de septiembre de 2015 se dio cumplimiento al fallo de tutela proferido el 20 de agosto de 2015 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, ordenando el reintegro del señor EDINSON DAVID GIRALDO PALECHOR a la entidad (fls. 12 y 13 C. Pbas).

SEGUNDO. Marco jurídico que regula el retiro de los soldados profesionales del Ejército Nacional por disminución de la capacidad psicofísica.

Conforme al artículo 216 de la Constitución Política, la Fuerza Pública está integrada por las Fuerzas Militares -dentro de las que se encuentran el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea- y la Policía Nacional; a la vez que según lo dispuesto en el artículo 217 *ibídem* los miembros de las fuerzas militares están sujetos a un régimen especial en materia prestacional, disciplinaria y de carrera, el cual se encuentra contenido en el Decreto 1793 de 14 de septiembre de 2000, al igual que en materia de determinación y evaluación de la capacidad psicofísica a las normas previstas en el Decreto 1796 del 14 de septiembre de 2000⁵.

Así, el Decreto 1793 de 2000 define en el artículo 1° a los soldados profesionales como los "*varones entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar en las unidades de combate y apoyo de combate de las Fuerzas Militares, en la ejecución de operaciones militares, para la conservación, restablecimiento del orden público y demás misiones que le sean asignadas*".

De la misma manera, los artículos 7 y 8 *ibídem* establecen:

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

⁵ "Por el cual se regula la evaluación de la capacidad psicofísica y de la disminución de la capacidad laboral, y aspectos sobre incapacidades, indemnizaciones, pensión por invalidez e informes administrativos por lesiones, de los miembros de la Fuerza Pública, Alumnos de las Escuelas de Formación y sus equivalentes en la Policía Nacional, personal civil al servicio del Ministerio de Defensa Nacional y de las Fuerzas Militares y personal no uniformado de la Policía Nacional vinculado con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993"

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

a. Retiro temporal con pase a la reserva.

- 1. Por solicitud propia.*
 - 2. Por disminución de la capacidad psicofísica.*
 - 3. Por existir en su contra detención preventiva que exceda de sesenta (60) días calendario.*
- b. Retiro absoluto*
- 1. Por inasistencia al servicio por más de diez (10) días consecutivos sin causa justificada.*
 - 2. Por decisión del Comandante de la Fuerza.*
 - 3. Por incapacidad absoluta y permanente o gran invalidez.*
 - 4. Por condena judicial.*
 - 5. Por tener derecho a pensión.*
 - 6. Por llegar a la edad de 45 años.*
 - 7. Por presentar documentos falsos, o faltar a la verdad en los datos suministrados al momento de su ingreso.*
 - 8. Por acumulación de sanciones”.*

En el acto enjuiciado se invoca como fundamento normativo de la decisión adoptada, entre otros, el artículo 10 del referido Decreto 1793 de 2000⁶, que reza:

"ARTÍCULO 10.- RETIRO POR DISMINUCIÓN DE LA CAPACIDAD PSICOFÍSICA. El soldado profesional que no reúna las condiciones de capacidad y aptitud psicofísica determinadas por las disposiciones legales vigentes, podrá ser retirado del servicio.

Ahora bien, el Decreto 1796 de 2000 al referirse a la evaluación de la capacidad laboral⁷ de los miembros de la Fuerza Pública, la define en el artículo 2° 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 presente decreto, para ingresar y permanecer en el servicio, en consideración a su cargo, empleo o funciones”.*

Por su parte, el artículo 3° *ibídem* contempla las diferentes categorías de capacidad psicofísica para ingreso y permanencia en el servicio militar, así:

"ARTÍCULO 3. 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.

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.

⁶ Artículo que fue declarado exequible condicionadamente por la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-063 del 13 de junio de 2018.

⁷ "ARTICULO 4o. EXAMENES DE CAPACIDAD SICOFISICA. Los exámenes médicos y paraclínicos de capacidad sicofísica se realizarán en los siguientes eventos:

1. Selección alumnos de escuelas de formación y su equivalente en la Policía Nacional.
2. Escalafonamiento
3. Ingreso personal civil y no uniformado
4. Reclutamiento
5. Incorporación
6. Comprobación
7. Ascenso personal uniformado
8. Aptitud sicofísica especial
9. Comisión al exterior
10. Retiro
11. Licenciamiento
12. Reintegro
13. Definición de la situación médico-laboral
14. Por orden de las autoridades médico-laborales”.

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.”
(Se destaca).

Se tiene, entonces, que las referidas disposiciones legales deben ser aplicadas por la institución militar, en principio, al entrar a decidir sobre el retiro de un integrante de las fuerzas militares que ha perdido la capacidad psicofísica para seguir desempeñándose en las tareas habituales y normales para las cuales fue entrenado y capacitado. No obstante, es de observar que dicha potestad no puede ejercerse en forma absoluta, en tanto, habrá eventos en que dependiendo de las condiciones físicas del militar y del dictamen rendido por la Junta Médica Laboral o el Tribunal Médico Laboral, se hará necesario entrar a definir si la decisión adoptada de desvinculación del servicio era la **única** legalmente posible, o si podía optarse por otra solución.

La Corte Constitucional ya se ha pronunciado en diferentes ocasiones sobre la especial protección que debe darse a las personas que padecen algún grado de discapacidad, precisando que es un mandato que hace parte del bloque de constitucionalidad y está contenido en determinados desarrollos legislativos. Resaltando que, en lo que concierne a los miembros de la fuerza pública que han sido víctimas de accidentes en los cuales se vea disminuida su capacidad psicofísica, constituyen un grupo poblacional beneficiario de especial protección, al encontrarse en una situación de debilidad manifiesta.

Así, en sentencia C-640 de 16 de septiembre de 2009 precisó:

“La especial protección a las personas que padecen algún tipo de discapacidad es un mandato contemplado en el derecho internacional, en la Constitución Política colombiana y en algunos desarrollos legislativos⁸, que a partir de aquellos, propugnan por el tratamiento, la adaptación y la readaptación de las personas discapacitadas.

3.1. En este sentido, la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, aprobada mediante Ley 762 de 2002, tiene la finalidad de prevenir y eliminar todas las expresiones de discriminación contra las personas con discapacidad, así como la de propiciar su plena integración a la sociedad. De acuerdo con este instrumento, (Art. 1°): “el término ‘discapacidad’ significa una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social”.

La citada Convención dispone así mismo que constituye discriminación contra las personas discapacitadas “toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales” (Art. 2° a).

También contempla el señalado instrumento que no constituye discriminación “la distinción o preferencia adoptada por un Estado parte a fin de promover la integración social o el desarrollo personal de las personas con discapacidad, siempre que la distinción o preferencia no limite en sí misma el derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y que los individuos con discapacidad no se vean obligados a aceptar tal distinción o preferencia” (Art.2° b).

(...)

3.3. Por su parte, el Constituyente de 1991 reconoció a las personas con limitaciones físicas, síquicas o sensoriales la condición de sujetos de especial protección (Art. 13 C.P.), exaltó su dignidad como personas, y la intangibilidad de sus derechos fundamentales, a la vez que garantizó su total integración a la sociedad. En ese

⁸ Con el fin de desarrollar la Ley 82 de 1988 (aprobatoria del Convenio 159 de la OIT) el Presidente de la República expidió el Decreto 2177 de 1989, según el cual “el Estado garantizará la igualdad de oportunidades y derechos laborales a las personas inválidas física, mental o sensorialmente, conforme al Convenio 159 suscrito con la organización Internacional del Trabajo y las disposiciones vigentes sobre la materia”²⁹, y dispuso que “en ningún caso la existencia de limitaciones físicas, sensoriales o mentales podrá ser impedimento para ingresar al servicio público o privado, a menos que éstas sean incompatibles con el cargo que se vaya a desempeñar” (Art. 3°). Por medio de la Ley 361 de 1997, el Congreso estableció los mecanismos de integración social de las personas con limitación y señaló que el Estado garantizará y velará porque en su ordenamiento jurídico no se discrimine a las personas por sus circunstancias personales, económicas, físicas, fisiológicas, síquicas, sensoriales y sociales. Igualmente, le impuso al Estado la obligación ineludible en materia de prevención, cuidados médicos y psicológicos, la habilitación y la rehabilitación adecuadas, la educación apropiada, la orientación, la integración laboral, la garantía de los derechos fundamentales económicos, culturales y sociales (Art.4°). Igualmente, contempló mecanismos para acceder a programas educativos y algunas garantías para los particulares empleadores que vinculen laboralmente personas con limitación.

propósito confió a las autoridades la tarea de adelantar una política de previsión, rehabilitación e integración social y de prestación de la atención especializada que requieran (Art. 47 C.P.). En materia laboral estableció como obligación del Estado la de garantizarles el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud (Art. 54 C:P.) y en materia de educación le impuso el deber especial de garantizarles la prestación de ese servicio público (Art. 68 C.P.).

En este orden, las personas discapacitadas gozan, sin discriminación alguna, de los mismos derechos y garantías que las demás. Sin embargo, por hacer parte de un grupo poblacional con condiciones particulares, son beneficiarias de una protección especial por parte del Estado y demandan, de éste, una atención concreta, real y efectiva dirigida a garantizarles el pleno ejercicio de sus derechos, su amplia participación en la vida social y un desarrollo vital de sus intereses⁹.

(...)

9. El derecho a la igualdad de oportunidades trasciende la concepción formal de la igualdad ante la ley. Tiene en cuenta las diferencias naturales o sociales como factores relevantes para determinar el trato a que tienen derecho determinadas personas o grupos. En relación con los discapacitados, la igualdad de oportunidades es un objetivo, y a la vez un medio, para lograr el máximo disfrute de los demás derechos y la plena participación en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación (CP art. 2). La igualdad de oportunidades es, por consiguiente, un derecho fundamental mediante el que se "equipara" a las personas en inferioridad de condiciones, para garantizarles el pleno goce de sus derechos.

(...)

3.6. La regulación de la capacidad sicofísica de los miembros de la fuerza pública.

(...)

Esa capacidad sicofísica será valorada con criterios laborales y de salud ocupacional, por parte de las autoridades médico laborales de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.

La capacidad sicofísica, de acuerdo con el mencionado Decreto (1796 de 2.000), para el ingreso y permanencia en el servicio, se califica por parte de los médicos autorizados por la Dirección de Sanidad de la respectiva Fuerza o de la Policía Nacional, con los conceptos de apto, aplazado y no apto. Se entiende por apto "quien presente condiciones sicofísicas que permitan desarrollar normal y eficientemente la actividad militar, policial y civil correspondiente a su cargo, empleo o funciones", por 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", y por no apto "quien presente alguna alternación sicofísica que no le permita desarrollar normal y eficientemente la actividad militar, policial o civil correspondiente a su cargo, empleo o funciones".

Para la calificación de cualquiera de esas situaciones por parte de los organismos y autoridades médico laborales militares y de policía, constituye presupuesto relevante, aunque no conclusivo, el informe administrativo por lesiones emitido por el jefe o comandante respectivo al que se refieren los preceptos acusados por el demandante.

Los miembros de la fuerza pública que han sido víctima de un episodio en el que se vea disminuida su capacidad sicofísica, son sin duda un grupo poblacional beneficiario de la especial protección que el derecho internacional, la Constitución y la jurisprudencia, reconocen a las personas ubicadas en situación de debilidad manifiesta". (Se destaca).

La Corte Constitucional en sentencia C-063 del 13 de junio de 2018, en estudio de exequibilidad de los artículos 8 y 10 del Decreto 1793 de 2000, los declaró ajustados a la Carta, bajo las siguientes consideraciones:

"(...) Análisis del ordinal 2º del literal a) del artículo 8º y del artículo 10º del Decreto Ley 1793 de 2000, por violación de los derechos a la igualdad y a la estabilidad laboral reforzada de las personas en condiciones de discapacidad.

61. En relación con lo dispuesto en el ordinal 2º del literal a) del artículo 8º y el artículo 10º del Decreto Ley 1793 de 2000, la demanda sostiene que la posibilidad de que un soldado profesional sea retirado del servicio por el hecho de la disminución de sus capacidades psicofísicas, constituye una abierta violación de la Constitución y de los derechos de las personas con algún tipo de discapacidad. Más aún si se establece

⁹ Cfr. Corte Constitucional. Sentencias C-371 de 2000 y C-174 de 2004

que otro tipo de trabajadores en condición de discapacidad tienen diferentes tipos de protección, como por ejemplo los oficiales y suboficiales del Ejército.

*Como se explicó en los fundamentos jurídicos 38 a 45, en varias oportunidades esta Corte inaplicó por inconstitucionalidad el artículo 10º del Decreto Ley 1793 de 2000, al considerar que resultaba violatorio de la Constitución y de los derechos fundamentales de los soldados. Así mismo, la **Sentencia C-381 de 2005**, declaró la inconstitucionalidad y/o la constitucionalidad condicionada de normas que permitían el retiro de miembros de la Policía Nacional cuando los mismos eran calificados con disminución de su capacidad psicofísica.*

62. Debido a lo expuesto, esta Sala pasa a determinar si: (i) ¿la posibilidad de que el Ejército Nacional reitere del servicio a un soldado profesional por disminución de su capacidad psicofísica, persigue un objetivo legítimo, importante e imperioso?, (ii) ¿si tal habilitación constituye un medio adecuado y necesario?, y (iii) ¿si los beneficios de adoptar esa medida exceden o no las restricciones impuestas al Estado a partir del derecho a la igualdad y a la estabilidad laboral reforzada? En otras palabras, ¿si los beneficios de la medida son proporcionales a la restricción de derechos?

*63. Respecto al **objetivo legítimo, importante e imperioso**, esta Sala encuentra que, en el presente caso, el Legislador estableció a través del artículo 1º del Decreto Ley 1793 de 2000, que los soldados profesionales tienen la finalidad principal de actuar en las **unidades de combate** y apoyo en la ejecución de las **operaciones militares**, para la conservación y restablecimiento del orden público (fundamento jurídico 27). En otras palabras, el soldado profesional es el que presta servicio en la milicia, que carece de toda graduación militar, pues es el escalafón por el cual inicia la jerarquía del Ejército.*

*Por ello, al ser estos los encargados de ejecutar debidamente las maniobras de combate, es evidente para esta Corte que la finalidad de la norma (impedir que soldados profesionales con disminución de capacidades psicofísicas vayan a operaciones militares o a las unidades de combate) cumple un objetivo **legítimo, imperioso e importante**. Lo anterior, pues es claro que para entrar a combate o a una operación militar una persona debe estar en el pleno uso de sus capacidades (el 100%). De hecho, el Ejército busca que los soldados potencien al máximo sus aptitudes en el combate, pues de ello no sólo depende el éxito de la misión militar, sino la propia vida e integridad del soldado y de su equipo. Así, el retiro pretende que una persona que no esté en su 100% de aptitud no vaya al combate, de ahí que claramente puede concluirse que las normas acusadas, en principio, atienden a un fin válido.*

En conclusión, desde esta perspectiva, el ordinal 2º del literal a) del artículo 8º y el artículo 10º del Decreto Ley 1793 de 2000, en principio, atienden a un objetivo constitucionalmente legítimo, importante e imperioso (primera respuesta).

64. Ahora bien, en torno al medio adecuado y necesario para lograr ese fin (retiro del soldado profesional con pase a la reserva) las referidas normas establecen una medida que vulnera de forma directa la Constitución y el sistema de protección que se ha construido para la protección de las personas en situación de discapacidad. Al respecto, esta Corte encuentra que la medida no cumple con las características descritas de adecuación y necesidad.

En efecto, si bien el Ejército Nacional tiene por finalidad primordial la defensa de la soberanía nacional, la independencia, la integridad del territorio nacional y el orden constitucional, para lo cual, es imperioso que en algunos eventos ejerza operaciones militares y de combate en donde la aptitud de los involucrados debe ser el 100% de la capacidad laboral, también lo es que la misma institución ejecuta actividades de otro tipo, como pueden ser las administrativas, las docentes o las de mantenimiento, que pueden ser ejecutadas por personas que si bien tienen algún grado de disminución en su capacidad física (no superior al 50%) para las operaciones militares, pueden ser empleadas en otro tipo de labores.

Recuérdese que, de acuerdo a lo expuesto y en desarrollo del modelo social de la discapacidad, es necesario que, para alcanzar la igualdad material, el Estado se quite "el velo que le impide identificar las verdaderas circunstancias en las que se encuentran las personas a cuyo favor se consagra este derecho [igualdad y no discriminación]". La medida de retiro del personal militar por su condición psicofísica consagrada en los artículos acusados atiende a una visión de marginación de un sector poblacional, que, sin duda alguna, resulta inadecuada e innecesaria.

(...)

65. Finalmente, es evidente que los beneficios de retirar a los soldados profesionales del servicio por la pérdida de sus capacidades psicofísicas, no se comparan con las restricciones a los derechos fundamentales a la igualdad y a la estabilidad laboral reforzada de las personas en condiciones de discapacidad, pues tal sacrificio de derechos resulta altamente desproporcionado.

Es claro que si la norma asume a los soldados como personas que deben ser retiradas cuando se disminuye su capacidad psicofísica, la misma se funda en un modelo de marginación de la discapacidad, que contribuye a perpetuar las barreras sociales de discriminación, y que tanto los mandatos nacionales como los internacionales pretenden derrumbar. Más aún si se tiene en cuenta que el Legislador, a través de las consagraciones normativas demandadas, lejos de propiciar por la materialización del derecho a la igualdad, lo que genera es la habilitación para que los despidos discriminatorios estén avalados y sea el mismo Estado quien perpetúe estereotipos y contribuya al rechazo y exclusión de una población que, en términos constitucionales, es sujeto de especial protección.

En conclusión, el ordinal 2 del literal a) del artículo 8º y el artículo 10º del Decreto 1793 de 2000, establecen una medida que es desproporcionada (tercera respuesta).

66. En suma, si bien los artículos 8º y 10º acusados tienen un fin legítimo, imperioso e importante, la medida adoptada no es adecuada, necesaria, ni proporcional, pues quebranta los derechos a la igualdad y a la estabilidad laboral reforzada de las personas en condiciones de discapacidad.

De conformidad con lo anterior, es claro que el medio adoptado por el Legislador, en cuanto excluye a personas cuyas capacidades son aprovechables en otras actividades o labores desarrolladas por el Ejército Nacional y distintas a las operaciones militares y/o de combate, resulta ser discriminatorio y el más gravoso para lograr el fin propuesto.

(...)

68. En ese orden de ideas, las normas acusadas resultarían inconstitucionales, salvo que se las armonice con la acción positiva por parte del Estado que debe brindar a este grupo poblacional la posibilidad de potenciar sus otras habilidades en términos de inclusión social, y no de exclusión, lo anterior de conformidad con el modelo social de la discapacidad. Así, en los fundamentos jurídicos 38 a 44 se recordó que el Estado también tiene una obligación de hacer derivada de los artículos 13, 53 y 54, que se materializa con la consagración de acciones afirmativas en favor de los grupos marginados, vulnerables o históricamente discriminados. Por ello, es necesario que el contenido de las normas sea ajustado a la Constitución a través de un **pronunciamiento condicionado**.

69. Una afectación menor de los derechos de las personas en condición de discapacidad, que les permita seguir trabajando en la institución siempre que posean capacidades diversas para desempeñar aquellas funciones que no tengan relación con las operaciones militares o de combate, permitiría que el fin normativo se cumpla y que la protección constitucional y el modelo social de la discapacidad no se quebranten. Por ello, si se demuestra que un soldado profesional puede realizar otro tipo de funciones dentro de la institución, no resulta razonable que se le retire de la misma.

Con fundamento en lo expuesto, una persona con disminución de su capacidad psicofísica (no superior al 50%) no podrá ser retirada del Ejército por ese sólo motivo si se demuestra que se encuentra en condiciones de realizar alguna otra labor administrativa, de mantenimiento o de instrucción, entre otras. Lo anterior no implica que exista un derecho absoluto para los soldados profesionales, pues esta Corte también ha indicado que cuando se desborda la capacidad del empleador la medida de reubicación laboral no puede ser oponible a este...”.

70. Por ello es imprescindible que la autoridad técnica especializada (Junta Médica Militar) que realice una valoración médica e integral al individuo que tenga alguna disminución en su capacidad psicofísica, revise a partir de criterios técnicos, objetivos y especializados la posibilidad de que dicha persona sea reubicada en labores acorde a sus capacidades. Solamente después de realizada la valoración correspondiente y siempre que se concluya que el Ejército Nacional no tiene una fuente de empleo para que esa persona desarrolle alguna actividad acorde con sus capacidades dentro de la institución, podrá ser retirada del Ejército Nacional. Esa autoridad, conforme a lo indicado en los fundamentos jurídicos 26 a 31, es la Junta Médico Laboral. No puede dejarse tal atribución a la mera liberalidad del superior o a cuestiones eminentemente subjetivas.

*De acuerdo con lo anterior, el ordinal 2 del literal a) del artículo 8º y el artículo 10º del Decreto Ley 1793 de 2000, son **exequibles siempre y cuando** se entienda que el retiro por disminución de la capacidad psicofísica de los soldados profesionales del Ejército Nacional sólo procede cuando el concepto de la Junta Médico Laboral sobre reubicación no sea favorable y sus capacidades no puedan ser aprovechadas en otras actividades administrativas, de mantenimiento o de instrucción, entre otras. (Destaca el juzgado).*

Así, estimó la Corte que una persona con disminución de capacidad psicofísica no superior al 50 % no puede ser retirada de la institución, si se encuentra en condiciones de realizar alguna otra actividad diferente a la estrictamente militar, y que solamente después de que la Junta Médica Laboral revise a partir de criterios técnicos, objetivos y especializados la posibilidad de reubicación y concluya que el Ejército Nacional no tiene una fuente de empleo para esa persona, entonces sí puede ser retirada.

TERCERA. Juicio de legalidad del acto administrativo demandado.

Descendiendo al caso en estudio tenemos que de las pruebas allegadas se puede concluir que el 4 de junio de 2014 la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional practicó Acta de Junta Médica Provisional nro. 69379 por tres meses, al soldado profesional EDINSON DAVID GIRALDO PALECHOR, convocada por incapacidad igual o superior a tres meses, y en esta se registró: *“PACIENTE QUE TIENE TRATAMIENTO POR PSIQUIATRÍA CON PSICOFÁRMACOS Y PSICOTERAPIAS. VALORADO POR COMITÉ PSIQUIÁTRICO BASAN QUIEN LO DEJA EN OBSERVACIÓN POR TRES MESES POR TAL MOTIVO SE REALIZA JUNTA MÉDICA PROVISIONAL POR TRES MESES”*.

Posteriormente, se le elaboró al militar, Acta de Junta Médica Laboral nro. 75744 el **23 de febrero de 2015**, para la práctica de un examen de capacidad sicofísica –aptitud psicofísica, cuyas conclusiones arrojó (fls. 6 y 7):

F. “Diagnóstico positivo de las lesiones o afecciones:

TRASTORNO DE ADAPTACIÓN VALORADO Y TRATADO POR PSIQUIATRÍA BASAN QUIEN SEGÚN CONCEPTOS RASGOS DE PERSONALIDAD NO COMPATIBLES CON LA VIDA MILITAR.

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

H. Evaluación de la disminución de la capacidad laboral: LE PRODUCE UNA DISMINUCIÓN DE LA CAPACIDAD LABORAL DEL 9.5%.

I. Imputabilidad del Servicio: afección 1 se considera enfermedad común, literal (A) (EC)

J. Fijación de los correspondientes índices: MOTIVACIÓN: EN CUANTO A LA REUBICACIÓN LABORAL SE DA EN FORMA NEGATIVA YA QUE EL PACIENTE PRESENTA PATOLOGÍA DE ORIGEN MENTAL QUE LIMITA REALIZAR ACTIVIDADES MILITARES SATISFACTORIAMENTE SE REVISAN HISTORIAS CLÍNICAS Y CONCEPTO POR PSIQUATRÍA COMITÉ BASAN DONDE SE EVIDENCIAN RASGOS DE PERSONALIDAD INCOMPATIBLES CON LA VIDA MILITAR POR LO TANTO AL ENFRENTARSE A SITUACIONES PROPIAS DE LA FUERZA PODRÍA SER RIESGO PARA SU VIDA Y LA DE SU ENTORNO O GENERAR COMPLICACIÓN PARA SU PATOLOGÍA ACTUAL”.

En este punto es necesario resaltar que el 20 de abril de 2015 el señor EDINSON DAVID GIRALDO PALECHOR manifestó estar de acuerdo con los resultados de la Junta Médica Laboral nro. 75744 del 23 de febrero de 2015 y renunció a convocar Tribunal Médico; también a términos de ejecutoria –fl. 8. Este documento lleva la firma y huella del soldado y, además, fue presentado personalmente ante el Notario Primero de Pamplona al día

siguiente, sin que se acredite que la suscripción de dicho documento se efectuó en un estado físico o mental que pudiera alterar la voluntad del militar, que, por tanto, conllevara así al quebrantamiento del debido proceso, como lo sugiere su representante judicial.

Es por lo anterior que, a través de la Orden Administrativa de Personal nro. 1677 del 18 de junio de 2015 el Ejército Nacional decidió retirarlo del servicio activo de la institución, a partir del 30 de junio de ese año, y en este se determina que el retiro del servicio se da por la causal "**DISMINUCIÓN DE LA CAPACIDAD PSICOFÍSICA**".

De acuerdo con el acervo probatorio, es posible afirmar que el señor GIRALDO PALECHOR fue retirado del servicio militar (el 18 de junio de 2015), tomando como base una valoración de la disminución de su capacidad psicofísica dada por la Junta Médico Laboral.

Ahora, la Junta Médica Laboral en la motivación de la calificación, textualmente señaló:

*"EN CUANTO A LA REUBICACIÓN LABORAL SE DA EN FORMA NEGATIVA YA QUE **EL PACIENTE PRESENTA PATOLOGÍA DE ORIGEN MENTAL QUE LIMITA REALIZAR ACTIVIDADES MILITARES SATISFACTORIAMENTE SE REVISAN HISTORIAS CLÍNICAS Y CONCEPTO POR PSIQUATRÍA COMITÉ BASAN DONDE SE EVIDENCIAN RASGOS DE PERSONALIDAD INCOMPATIBLES CON LA VIDA MILITAR POR LO TANTO AL ENFRENTARSE A SITUACIONES PROPIAS DE LA FUERZA PODRÍA SER RIESGO PARA SU VIDA Y LA DE SU ENTORNO O GENERAR COMPLICACIÓN PARA SU PATOLOGÍA ACTUAL**". (Hemos destacado).*

Lo anterior deja ver, entonces, que la situación de salud del militar con un porcentaje del 9.5 % de disminución de la capacidad laboral, por enfermedad común- esquizofrenia¹⁰, era de tal magnitud para la Junta Médica, que el desarrollo de actividades **militares** en la fuerza pública puede poner en riesgo tanto su vida por complicaciones en su estado de salud, como de las personas que lo rodean, posición que además de ser razonable para este despacho, expresamente aceptó el soldado al renunciar de manera voluntaria a la impugnación de la decisión ante el Tribunal Médico Laboral.

Aquí es importante recordar, que la Corte Constitucional mediante la sentencia C-063 del 13 de junio de 2018, al pronunciarse sobre la demanda de inconstitucionalidad presentada, entre otros, contra el artículo 10° parcial del Decreto Ley 1793 de 2000, indicó, acogiendo el criterio adoptado en Sentencia C-381 de 2005 (M.P. Jaime Córdoba Triviño) "*que el retiro del servicio por disminución de la capacidad psicofísica sólo procede cuando el concepto de la Junta Médica Laboral sobre la reubicación no sea favorable y las capacidades del policial no puedan ser aprovechadas en actividades administrativas, docentes o de instrucción*", empero, para la Corte ello opera cuando la disminución de la capacidad psicofísica no supera el 50 %.

Con fundamento en lo expuesto, una persona con disminución de su capacidad psicofísica (no superior al 50 %) no podrá ser retirada del Ejército por ese único motivo si se demuestra que se encuentra en condiciones de realizar alguna otra labor administrativa, de mantenimiento o de instrucción, entre otras.

Conforme lo anotado, es procedente acceder a la pretensión de anulación del acto acusado, pues, se itera, en la Junta Médico Laboral la negativa de la reubicación laboral del militar se analizó únicamente a la luz de las actividades militares que el soldado pudiera desarrollar

¹⁰ De acuerdo con la literatura médica, la esquizofrenia es una enfermedad cerebral grave. Las personas que la padecen pueden escuchar voces que no están allí. Ellos pueden pensar que otras personas quieren hacerles daño. A veces no tiene sentido cuando hablan. Este trastorno hace que sea difícil para ellos mantener un trabajo o cuidar de sí mismos. Los síntomas de la esquizofrenia suelen comenzar entre los 16 y 30 años. Los hombres a menudo desarrollan síntomas a una edad más temprana que las mujeres. Por lo general no se desarrolla después de los 45 años. Hay tres tipos de síntomas: Síntomas psicóticos distorsionan el pensamiento de una persona. Estos incluyen alucinaciones (ver o escuchar cosas que no existen), delirios (creencias que no son ciertas), dificultad para organizar pensamientos y movimientos extraños. Síntomas "negativos" hacen que sea difícil mostrar las emociones y tener una conducta normal. Una persona puede parecer deprimida y retraída. Síntomas cognitivos afectan el proceso de pensamiento. Estos incluyen problemas para usar información, la toma de decisiones, y prestar atención. No se conoce la causa de la esquizofrenia. Sus genes, el medio ambiente y la química del cerebro pueden tener un rol. No hay cura. Los medicamentos pueden ayudar a controlar muchos de los síntomas. Es posible que deba probar diferentes medicamentos para ver cuál funciona mejor. Deben permanecer en tratamiento durante el tiempo que su médico lo recomienda. Los tratamientos adicionales pueden ayudarle día a día a lidiar con la enfermedad. Estos incluyen la terapia, educación familiar, la rehabilitación y la capacitación profesional. (<https://medlineplus.gov/spanish/schizophrenia.html>)

en servicio activo, más se guardó silencio respecto de otras actividades de orden administrativo o de mantenimiento, como ciertamente lo indica la Corte Constitucional.

Ahora, el argumento de la defensa del Ejército, respecto de que el mismo legislador consagró la posibilidad de retirar del servicio a los soldados profesionales por cuenta de la capacidad psicofísica, es cierto, está prevista en la ley, pero no es constitucional si se entiende como que una vez se materialice la causal automáticamente podrá prescindirse del servicio de dicho personal. Recuérdese que, conforme al análisis de constitucionalidad, la medida de retiro, al ser la única que contempla la norma, se constituye en vulneradora de derechos fundamentales del soldado profesional, en directa afrenta de los postulados protectores de la Carta en relación con las personas con discapacidad.

Entonces, considerar la reubicación laboral, analizando únicamente la actividad militar bajo el argumento que la finalidad principal de los soldados profesionales es actuar en unidades de combate y apoyo operacional de conservación y restablecimiento del orden público, desconociendo las demás capacidades aprovechables que ellos puedan tener, resulta desproporcionado para el afectado.

En palabras de la Corte, *“si la norma asume a los soldados como personas que deben ser retiradas cuando se disminuye su capacidad psicofísica, la misma se funda en un modelo de marginación de la discapacidad, que contribuye a perpetuar las barreras sociales de discriminación, y que tanto los mandatos nacionales como los internacionales pretenden derrumbar. Más aún si se tiene en cuenta que el Legislador, a través de las consagraciones normativas demandadas, lejos de propiciar por la materialización del derecho a la igualdad, lo que genera es la habilitación para que los despidos discriminatorios estén avalados y sea el mismo Estado quien perpetúe estereotipos y contribuya al rechazo y exclusión de una población que, en términos constitucionales, es sujeto de especial protección”*.

Así las cosas, este despacho considera que el acto administrativo contenido en la Orden Administrativa de Personal nro. 1677 del 18 de junio de 2015, mediante la cual el Ejército Nacional retiró del servicio activo como soldado profesional a EDINSON DAVID GIRALDO PALECHOR, por presentar una disminución de la capacidad psicofísica, fue expedido sin atender la línea jurisprudencial sólida existente en torno a la estabilidad reforzada de los soldados profesionales retirados del servicio activo por pérdida de la capacidad psicofísica, en cumplimiento de lo prescrito en el Decreto 1793 de 2000, habida cuenta que no se compadece de los derechos fundamentales de que son titulares las personas en condición de discapacidad, especialmente, los derechos al mínimo vital y a la estabilidad laboral reforzada, derechos que para personas como el que demanda en el *sub lite*, son objeto de especial protección constitucional y que han sido desarrollados plenamente por el ordenamiento jurídico vigente.

En punto del restablecimiento del derecho, el accionante pretende se ordene el reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones dejadas de percibir, desde la fecha en que se dio su retiro, hasta la fecha en que se materializó su reintegro, como también la indemnización por haber sido retirado sin autorización del Ministerio de Trabajo, y la respectiva indexación, peticiones a la que no podrá accederse, dado que mediante sentencia proferida el 20 de agosto de 2015 por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, en sede de tutela, fueron amparados sus derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, mínimo vital, debido proceso, seguridad social, salud y vida en condiciones dignas, dejando sin efectos en forma transitoria y hasta que se resuelva sobre la legalidad de la Orden Administrativa de Personal nro. 1677 del 18 de junio de 2015, y ordenando su incorporación, **sin solución de continuidad**, reubicándolo en la ciudad de Popayán, y asignándole tareas, y vinculándolo a un programa que tome en cuenta su actual afección en salud, e igualmente reactivar los servicios médicos hospitalarios, farmacéuticos y psiquiátricos, hasta tanto recupere su salud, decisión jurisdiccional que fue acatada por la entidad accionada a través de la Orden Administrativa de Personal del Comando del Ejército nro. 2012 del 3 de septiembre de 2015, y se evidencia que en el mes de octubre le fueron presupuestados 120 días, es decir, los cuatro meses que estuvo retirado del servicio fueron pagados en su favor.

Y si bien, de una lectura integral de la demanda podría afirmarse que el actor pretende se ordene su reintegro activo como Soldado Profesional del Ejército Nacional, para el despacho no es posible acceder a la pretensión de restablecimiento del derecho en los términos anotados, pues como ya se indicó, a pesar que se ha considerado que el retiro del servicio del actor quebrantó sus derechos fundamentales, dada su condición de persona que merece protección especial por su situación de discapacidad, y atendiendo el diagnóstico primigenio, se ordenará a la entidad demandada que realice un nuevo procedimiento administrativo de valoración de la capacidad psicofísica que permita tomar en derecho una decisión sobre la situación particular del señor GIRALDO PALECHOR.

Se ordenará, por tanto, a la entidad demandada, tramitar la respectiva solicitud de convocatoria ante la Junta Médica Laboral, con el lleno de todas las formalidades previstas en los Decretos 094 de 1989 (Por el cual se reforma el estatuto de la capacidad psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, soldados, Grumetes, Agentes, Alumnos de las Escuelas de Formación y personal civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional) y 1796 de 2000, con el fin de que se practique una nueva valoración de la capacidad psicofísica del señor EDINSON DAVID GIRALDO PALECHOR, la cual debe ser INTEGRAL, es decir, deberá revisar a partir de criterios técnicos, objetivos y especializados la posibilidad de que sea reubicado en labores administrativas, de mantenimiento o de instrucción acorde a sus capacidades, incluyendo la valoración del desempeño que ha tenido en las tareas asignadas con ocasión de la orden de tutela proferida a su favor por el Tribunal Superior de Popayán.

Solamente después de que la Junta Médico Laboral o el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar haya realizado la valoración correspondiente, y siempre que concluya que el Ejército Nacional no tiene una fuente de empleo para que el señor EDINSON DAVID GIRALDO PALECHOR desarrolle alguna actividad acorde con sus capacidades dentro de la institución, podrá ser retirado del Ejército Nacional. Mientras tanto, deberá continuar vinculado a la institución militar.

En caso de que la Junta Médica Laboral o el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar determinen que el soldado GIRALDO PALECHOR puede ser reubicado laboralmente en la institución militar, procederá a ello a partir del día siguiente de la firmeza del acto administrativo que así lo disponga.

En conclusión, resulta claro que el Ejército Nacional no podía fundar el retiro del servicio del accionante, de manera irrestricta, en la norma especial que regula materia, por resultar contraria a la Carta, lo que conlleva a la declaración de nulidad del acto enjuiciado, empero el restablecimiento del derecho no puede ser la orden de reintegro, como tampoco lo será el pago de salarios y prestaciones dejadas de percibir, pues, como se advirtió, la orden del juez constitucional impuso su reintegro sin solución de continuidad, y así fue acatado a través de la Orden Administrativa de Personal del Comando del Ejército nro. 2012 del 3 de septiembre de 2015.

En lo que respecta a la pretensión de indemnización por haber retirado del servicio al actor sin autorización previa del Ministerio de Trabajo, debe decir este juzgado que la norma en que se sustenta esta pretensión, a saber, el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, no puede ser aplicada dado el régimen especial normativo que cobija a la fuerza pública, atendiendo lo consagrado en el artículo 217 superior, y amparados en el principio de inescindibilidad normativo, que como sabemos, consiste en entender que las normas jurídicas bajo las cuales ha de regirse un asunto concreto, deben ser aplicadas en su integridad, es decir, no pueden ser divididas para resolver con parte de ellas y parte de otras el caso de que se trate.

Con todo, tampoco sería procedente acceder a la pretensión económica por cuanto finalmente el accionante no ha sido retirado del servicio, sino que se encuentra vinculado realizando otro tipo de actividades no militares y ha recibido la contraprestación correspondiente.

3.- LAS COSTAS.

Conforme el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuya liquidación y ejecución se registrarán por las normas del Código General del Proceso.

Comoquiera que se accederá de manera parcial a las pretensiones de la demanda, no se condenará en costas, en los términos del artículo 365 del CGP.

4. DECISIÓN.

Por lo expuesto Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Popayán, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley:

RESUELVE

PRIMERO. Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en la Orden Administrativa nro. 1677 del 18 de junio de 2015 expedida por la Jefatura de Desarrollo Humano de Ejército Nacional, mediante la cual se ordenó el retiro del servicio activo como soldado profesional del señor EDINSON DAVID GIRALDO PALECHOR identificado con la cédula de ciudadanía nro. 1.061.721.387, por las razones expresadas en esta providencia.

SEGUNDO. Ordenar a la Nación- Ministerio de Defensa Nacional- Ejército Nacional, tramitar la respectiva solicitud de convocatoria ante la Junta Médica Laboral, con el lleno de todas las formalidades previstas en los Decretos 094 de 1989 y 1796 de 2000, con el fin de que se practique una nueva valoración de la capacidad psicofísica del señor EDINSON DAVID GIRALDO PALECHOR, la cual debe ser realizada en forma INTEGRAL, es decir, deberá revisar a partir de criterios técnicos, objetivos y especializados la posibilidad de que sea reubicado en labores administrativas, de mantenimiento o de instrucción acorde a sus capacidades, incluyendo la valoración del desempeño que ha tenido en las tareas asignadas con ocasión de la orden de tutela proferida a su favor por el Tribunal Superior de Popayán.

Solamente después de que la Junta Médico Laboral o el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar haya realizado la valoración correspondiente, y siempre que concluya que el Ejército Nacional no tiene una fuente de empleo para que el señor EDINSON DAVID GIRALDO PALECHOR desarrolle alguna actividad acorde con sus capacidades dentro de la institución, podrá ser retirado del Ejército Nacional. Mientras tanto, deberá continuar vinculado a la institución militar.

En caso de que la Junta Médica Laboral o el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía determinen que el soldado EDINSON DAVID GIRALDO PALECHOR puede ser reubicado laboralmente en la Institución Militar, ésta procederá a ello a partir del día siguiente de la firmeza del acto administrativo que así lo disponga.

TERCERO. Negar las demás pretensiones de la demanda, por lo expuesto.

CUARTO. Sin condena en costas, por lo expuesto.

QUINTO: Notificar esta providencia tal y como lo dispone el artículo 203 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con lo señalado en el artículo 52 de la Ley 2080 de 2021.

SEXTO: Archívese el expediente una vez cobre firmeza esta providencia. Por secretaría líquidense los gastos del proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Jueza,


Firmado Por:

Sentencia núm. 033 de 26 de febrero de 2021
Expediente: 19-001-33-33-008-2016-00030-00
Actor: EDINSON DAVID GIRALDO PALECHOR
Demandado: LA NACIÓN. MIN. DEFENSA – EJERCITO NACIONAL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

**ZULDERY RIVERA ANGULO
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 008 ADMINISTRATIVO POPAYAN**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

82856118dfffcf293760a0558dde1ff1a0e4a03d74f7d62c9185dbb06016acdd

Documento generado en 26/02/2021 10:23:55 AM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**