



**CONSEJO DE ESTADO  
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN TERCERA  
SUBSECCIÓN C**

**IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL  
POR INCUMPLIMIENTO DEL REQUISITO DE SUBSIDIARIEDAD /  
DESCONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA / VIOLACIÓN DEL  
PRINCIPIO DE NON REFORMATIO IN PEJUS / PROCEDENCIA DEL RECURSO  
EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN**

[¿Respecto a los cargos formulados por violación a los principios de non reformatio in pejus y de congruencia, se supera en el presente asunto el requisito adjetivo de subsidiariedad, que habilite el estudio de fondo de la acción de tutela contra providencia judicial?] NO

[C]onsidera la Sala que el cargo relativo a la non reformatio in pejus, en realidad, corresponde a una denuncia por violación del principio de congruencia de la sentencia, pues se funda en que el Tribunal desconoció los argumentos del recurso de apelación y emitió una decisión extra petita; por ende, esta queja no cumple con el requisito genérico de subsidiariedad, en razón a que debió ventilarse a través del recurso extraordinario de revisión. En punto de ello, se debe explicar que, en tratándose del desconocimiento del principio de congruencia, esta Corporación ha decantado que ello da lugar a una nulidad originada en la sentencia, de modo que procede el recurso extraordinario de revisión, al configurarse la causal consignada en el numeral 5º del artículo 250 de la Ley 1437 de 2011. Por lo anterior, si la intención es debatir que la accionada se pronunció sobre algún aspecto que excedía su competencia, se debía acudir de manera preferente al recurso extraordinario referido para alcanzar la validez de los derechos que se alegan afectados. Ello, a fin de que la acción de tutela no llegue a reemplazar aquellos recursos previstos por el legislador para el efecto.

**FUENTE FORMAL:** LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 250 – NUMERAL 5

**ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / ACTO DE RETIRO DEL SERVICIO ACTIVO DEL EJÉRCITO NACIONAL / ENFERMEDAD MENTAL DEL SOLDADO / PÉRDIDA DE CAPACIDAD LABORAL DE LOS MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA / CALIFICACIÓN DE LA PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL / IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE REINTEGRO / AUSENCIA DE DEFECTO FÁCTICO / ADECUADA VALORACIÓN DE LA PRUEBA / CONCEPTO MÉDICO / AUSENCIA DE DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL / APLICACIÓN DEL PRECEDENTE JUDICIAL / INEXISTENCIA DE LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES / NEGACIÓN DEL AMPARO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

[¿Incurrió la autoridad judicial accionada en los defectos fáctico y por desconocimiento del precedente judicial, con ocasión de la providencia de 19 de abril de 2022, en la que se revocó parcialmente la decisión de primera instancia dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho con radicado No. 11001-33-35-703-2014-00215-01, para negar el reintegro laboral y limitar el pago de los salarios y prestaciones sociales del accionante?] NO

[A juicio de la Sala,] no se considera configurado el defecto fáctico alegado, puesto que el Tribunal convocado se basó en las actas de la Junta y del Tribunal Médico Laboral,

que concluyeron que la especial patología de [S.L.] le impide ejercer actividades propias de la actividad militar o, incluso, pertenecer a una institución jerarquizada en la que estaría rodeado de numerosos factores que podrían generar reacciones impredecibles. Además, hizo un estudio de las capacidades aprovechables para el Ejército Nacional y estableció que, con excepción de su entrenamiento como soldado, no había ninguna que pudiera ser usada en el campo administrativo o académico. (...) Ahora bien, en cuanto a las sentencias que citó la parte actora como sustento de su reproche, se observa que la C-539 de 2011, es ajena al caso, pues en ella se estudió la constitucionalidad del artículo 114 de la Ley 1395 de 2010, mediante el cual se adoptaron medidas de descongestión judicial. Por otra parte, en la T-470 de 2010 se estudió un caso en el que el Tribunal Médico Laboral había sugerido la reubicación del actor, lo que hace el caso considerablemente diferente al sub judice; y en la T-503 de 2010 ni siquiera se analizaron los conceptos emitidos por la Junta y el Tribunal Médico Laboral, por lo que tampoco resulta aplicable al caso. (...) En consecuencia, la Sala no encuentra un precedente que se halle claramente desconocido y, al margen del criterio que hubiese sostenido como juez ordinario, no nota que la postura sostenida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca sea abiertamente contraria a la posición de la Corte Constitucional, la que no ha negado la plausibilidad de acudir a las condiciones puntuales del caso para negar la reubicación del afectado incluso si la pérdida de capacidad no ha superado el 50%, por lo que no se puede colegir la configuración del defecto [por desconocimiento del precedente judicial. En consecuencia, se niega el amparo presentado por la parte actora].

### **Consejero Ponente: NICOLÁS YEPES CORRALES**

Bogotá, D.C., diez (10) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

**Radicación:** 11001-03-15-000-2022-05055-01

**Accionante:** Ito Er Senas López

**Accionado:** Subsección F de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca

**Asunto:** Acción de tutela – Segunda instancia

**Tema:** Acción de tutela en contra de providencia judicial. **Subtema 1:** Requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela – relevancia constitucional y subsidiariedad. **Subtema 2:** Requisitos específicos de procedencia – defecto fáctico y desconocimiento del precedente constitucional. **Sentido del fallo de tutela:** Se modifica la sentencia recurrida.

La Sala decide la impugnación presentada por la parte accionante en contra del fallo de tutela del 21 de octubre de 2022 proferido por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

## **I.- ANTECEDENTES**

### **1.- La solicitud de amparo constitucional**

Ito Er Senas López, mediante apoderado judicial<sup>1</sup>, presentó acción de tutela<sup>2</sup> en procura de la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, de acceso a la administración de justicia, a la igualdad y al principio de la *non reformatio in pejus*, que estima transgredidos con la sentencia del 19 de abril de 2022 proferida por la Subsección F de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en tanto revocó parcialmente la decisión de primera instancia dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho con radicado No. 11001-33-35-703-2014-00215-01, para negar el reintegro laboral y limitar el pago de los salarios y prestaciones sociales.

## 2.- Hechos

2.1.- El señor Ito Er Senas López inició a prestar servicio militar el 5 de diciembre de 2006; cuando realizaba labores de vigilancia presentó episodios psicóticos. Después de varias solicitudes, el accionante fue calificado con una pérdida de capacidad laboral del 42.81% y, por orden administrativa de personal No. 1802 del 13 de agosto de 2013, fue retirado definitivamente del servicio<sup>3</sup>.

2.2.- Inconforme con la decisión, el señor Senas López interpuso acción de tutela y demanda en ejercicio del medio de control de nulidad restablecimiento del derecho, ambas en contra del Ejército Nacional.

2.3.- Mediante sentencia del 24 de abril de 2014<sup>4</sup> el Tribunal Superior de Bogotá tuteló los derechos fundamentales, suspendió el acto administrativo de retiro, ordenó que se dispusiera lo necesario para que la Junta Médico Laboral analizara nuevamente la situación del señor Senas López y la reubicación en el último cargo que ocupó o en otro con funciones acordes a sus condiciones actuales, junto con la afiliación a los servicios médicos.

<sup>1</sup> Obra en Samai, expediente digital de primera instancia, índice 2, certificado A02D3FDD329422C1 818EFAC9AFB73568 D43F8CEA35FC643E 614B1BE573DC86A0, a folios 20-22.

<sup>2</sup> Obra en Samai, expediente digital de primera instancia, índice 2, certificado A02D3FDD329422C1 818EFAC9AFB73568 D43F8CEA35FC643E 614B1BE573DC86A0, a folios 1-19.

<sup>3</sup> Obra en Samai, expediente digital de primera instancia, índice 2, certificado A02D3FDD329422C1 818EFAC9AFB73568 D43F8CEA35FC643E 614B1BE573DC86A0, a folio 105.

<sup>4</sup> Obra en Samai, expediente digital de primera instancia, índice 2, certificado A02D3FDD329422C1 818EFAC9AFB73568 D43F8CEA35FC643E 614B1BE573DC86A0, a folios 29-38.

2.4.- En cumplimiento de lo anterior, se expidió la orden administrativa No. 1588 del 3 de junio de 2014, que dispuso el reintegro del señor Senas López al cargo de soldado profesional.

2.5.- Como segunda instancia, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al no encontrar acreditada la condición de subsidiariedad, revocó la decisión del *a quo*, negó el amparo y confirmó parcialmente la orden relativa a la afiliación del actor a los servicios médicos que presta la institución, en tanto amparó el derecho a la salud por tratarse de exmiembro de la Fuerza Pública<sup>5</sup>.

2.6.- Posteriormente, el 2 de diciembre de 2014, en sede de revisión, la Corte Constitucional profirió la sentencia T-928 de 2014<sup>6</sup>, en la cual concluyó que se vulneraron los derechos fundamentales al trabajo y a la igualdad porque se dispuso el retiro del actor en razón a la disminución de su capacidad psicofísica, sin haber hecho una valoración de las condiciones de salud, de las habilidades y de las capacidades, a fin de establecer si existían actividades que podría cumplir dentro de la institución. Por consiguiente, dejó sin efectos el acto administrativo de retiro del servicio, ordenó que el Tribunal Laboral de Revisión Militar analizara nuevamente la situación del accionante y determinara si médicamente el accionante está o no capacitado para desarrollar otras labores, y en caso de concluirse que no tiene la capacidad psicofísica suficiente para desempeñar ninguna actividad se procediera a recalificar su pérdida de capacidad para acceder a la pensión de invalidez, y ordenó su reincorporación.

2.7.- El 5 de julio de 2016 el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía expidió el acta No. 2-335/TML 16-1-276, mediante la cual determinó la disminución de la capacidad laboral del interesado en 29.52%, estableció que no es apto para la actividad militar y no recomendó su reubicación laboral por la patología mental que padece.

2.8.- En virtud de lo anterior, el 22 de agosto de 2016, el Ejército Nacional profirió la orden administrativa de personal OAP 2110, mediante la cual retiró nuevamente del servicio activo al señor Senas López por disminución de la capacidad psicofísica.

---

<sup>5</sup> Obran argumentos en Samai, expediente digital de primera instancia, índice 2, certificado A02D3FDD329422C1 818EFAC9AFB73568 D43F8CEA35FC643E 614B1BE573DC86A0, a folio 44.

<sup>6</sup> Obra en Samai, expediente digital de primera instancia, índice 2, certificado A02D3FDD329422C1 818EFAC9AFB73568 D43F8CEA35FC643E 614B1BE573DC86A0, a folios 40-59.

2.9.- Por otra parte, la demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho se incoó con el fin de que se declarara la nulidad de la primera orden administrativa, la OAP 1802 del 13 de agosto de 2013; y a título de restablecimiento del derecho, se ordenara el reintegro y reubicación laboral del actor en el cargo desempeñado o en otro de igual o superior jerarquía, y el pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde la desvinculación hasta el efectivo reintegro.

2.10.- Mediante providencia del 6 de octubre de 2016<sup>7</sup> el Juzgado 46 Administrativo de Bogotá suspendió provisionalmente la orden administrativa de personal No. 1802 del 13 de agosto de 2013, hasta que se profiriera una decisión de fondo.

2.11.- El 30 de marzo de 2017 el Juzgado 46 Administrativo de Bogotá profirió sentencia<sup>8</sup> mediante la cual accedió a las pretensiones de la demanda, en tanto la orden administrativa de retiro se fundamentó en un Acta de la Junta Médica Laboral que había perdido vigencia por haber transcurrido 3 meses desde su expedición. En consecuencia, ordenó el reintegro y reubicación del accionante en una dependencia acorde a sus especiales condiciones de salud, así mismo, condenó al Ejército a reconocer y pagar los salarios y prestaciones desde el retiro hasta el reintegro.

2.12.- Inconforme, la demandada interpuso recurso de apelación<sup>9</sup>, en el cual puso de presente que Ito Er Senas estuvo hospitalizado en varias oportunidades con diagnóstico de episodio psicótico agudo, con fármacos, con actitud delirante y antecedentes de nivel adaptativo de la personalidad. Explicó que su diagnóstico principal es trastorno mental y de comportamiento, secundario a consumo de sustancias psicoactivas, que según su patología no es apto para la reubicación, ya que se trata de un medio jerarquizado donde las personas se encuentran armadas y puede generar riesgos para sí mismo, para sus compañeros y para la comunidad.

2.13.- En segunda instancia conoció la Subsección F de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que a través de sentencia del 19 de abril de 2022<sup>10</sup>

<sup>7</sup> Obra en Samai, expediente digital de primera instancia, índice 2, certificado A02D3FDD329422C1 818EFAC9AFB73568 D43F8CEA35FC643E 614B1BE573DC86A0, a folios 61-68.

<sup>8</sup> Obra en Samai, expediente digital de primera instancia, índice 2, certificado A02D3FDD329422C1 818EFAC9AFB73568 D43F8CEA35FC643E 614B1BE573DC86A0, a folios 69-90.

<sup>9</sup> Obra en Samai, expediente digital de primera instancia, índice 2, certificado A02D3FDD329422C1 818EFAC9AFB73568 D43F8CEA35FC643E 614B1BE573DC86A0, a folios 91-99.

<sup>10</sup> Obra en Samai, expediente digital de primera instancia, índice 2, certificado A02D3FDD329422C1 818EFAC9AFB73568 D43F8CEA35FC643E 614B1BE573DC86A0, a folios 104-124.

modificó el ordinal 3º del fallo, en el sentido de ordenar el pago de salarios y prestaciones desde la fecha del retiro hasta el 30 de abril de 2014 cuando fue reintegrado por orden de una tutela; revocó el ordinal 2º, que había dispuesto el reintegro; y confirmó en lo demás la decisión.

2.13.1.- Como sustento de su fallo, en primer lugar, precisó que no hay discusión sobre el diagnóstico psiquiátrico del demandante, en tal medida, afirmó que, tal y como se indica en las actas de la Junta Médico Laboral y del Tribunal Médico Laboral de Revisión, la patología de Senas López le impide ejercer actividades propias de la entidad, pues al permanecer en la institución podrían agravarse los síntomas y se pone en riesgo su seguridad y la de los demás.

2.13.2.- Explicó el despacho que el actor no puede ejercer labores administrativas, logísticas o de docencia, ya que carece de capacitación y preparación para ello. Aunado a que, incluso si estuviera preparado, por el trastorno psicótico que padece, sería un peligro para él y para los demás, pues sin importar la función o tarea que se le asigne siempre estaría rodeado de personal uniformado y armado.

2.13.3.- Trajo a colación que Senas López, en octubre de 2013, fue declarado inimputable y condenado penalmente a 64 meses de internación en un centro psiquiátrico. Por otra parte, acotó que fue reintegrado por una orden de tutela en el 2014 y nuevamente evaluado por el Tribunal Médico de Revisión Militar que ratificó la no aptitud para el ejercicio de la actividad militar.

2.13.4.- Aclaró que, si bien para la fecha que se expidió el acto de retiro demandado ya había fenecido el plazo de 3 meses del concepto de capacidad psicofísica, lo cierto es que no es procedente el reintegro del demandante, pues su estado de salud le impide ejercer cualquier tipo de función en la institución.

2.13.5.- En esa medida, manifestó que no es posible condenar a la entidad, como lo dispuso el *a quo*, pues se deben pagar los salarios y prestaciones desde el retiro hasta el 30 de abril de 2014, cuando fue reincorporado por orden de la tutela. Agregó que no podía ordenarse su reintegro por la patología que presentaba.

### **3.- Fundamentos de la acción de tutela**

El tutelante adujo que la autoridad judicial accionada incurrió en:

3.1.- Un defecto fáctico, al desconocer el valor de las pruebas obrantes en el expediente, que demostraban que, a pesar de tener una discapacidad mental continuó laborando normalmente con armamento, sin presentar riesgo alguno para sus compañeros y para la comunidad. Argumentó que no se valoraron en conjunto las pruebas bajo el principio de la sana crítica, puesto que no se tuvo en cuenta que en el 2014 se ordenó el reintegro del tutelante vía tutela y posteriormente por una medida cautelar.

Sostuvo que la prueba documental sobre la inimputabilidad en la comisión de un delito penal no tenía relación con la demanda de reintegro laboral, por lo que el Despacho accionado extrapoló su análisis probatorio y se inmiscuyó en asuntos que no eran de su competencia. Alegó que el Tribunal tuvo en cuenta documentos que no habían sido aportados al proceso, como el concepto de la Junta Médica del 23 de junio de 2021, sin que el demandante hubiera tenido oportunidad para contradecir dichas pruebas.

3.2.- Un defecto sustantivo, por cuanto se omitió el artículo 7 del Decreto 1796 de 2000 sobre la vigencia de los conceptos médicos, pues estos pierden eficacia 3 meses después de la evaluación realizada; así, el Tribunal se apartó de lo discutido, pues la valoración que se realizó en el 2016 no era lo que se discutía, sino la orden de retiro que se basó en el dictamen de 2013, el cual estaba vencido. Señaló que el ordenamiento consagra una especial protección a las personas en condiciones de vulnerabilidad física, psíquica o económica.

Alegó el desconocimiento de la unidad jurídica de la nulidad y el restablecimiento del derecho, en tanto negó el reintegro laboral por discapacidad a pesar de la declaración de nulidad del acto demandado.

3.3.- Un defecto por desconocimiento del precedente de la Corte Constitucional. El que sustentó, primero, en que se inobservó el principio de la *non reformatio in pejus* porque negó la reubicación laboral por la discapacidad, yendo más allá de lo pedido en el recurso de apelación. Segundo, en que se pasaron por alto las sentencias T-470 y T-503 de 2010, en las cuales se estableció la inaplicación del artículo 10 del Decreto 1793 de 2000, que permitía el retiro de los miembros de la Fuerza Pública por causal de discapacidad; y de la sentencia C-539 de 2011 sobre la igualdad material y real.

#### **4.- Pretensiones de la acción de tutela**

El accionante solicitó que (i) se conceda la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, (ii) se revoque la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y (iii) se ordene el reintegro laboral definitivo en virtud de la nulidad declarada.

#### **5.- Trámite de la acción de tutela en primera instancia**

5.1.- Mediante auto de 26 de septiembre de 2022 la Subsección A de la Sección Tercera de esta Corporación admitió la acción tuitiva; dispuso su notificación y ordenó la vinculación del ministro de Defensa Nacional y de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

5.2.- El Ministerio de Defensa Nacional solicitó que se negaran las pretensiones de la demanda porque no se han vulnerado los derechos fundamentales invocados y, al contrario, la decisión atacada protege al demandante y la recuperación de su salud física y mental. Expuso que la acción de la referencia no cumplía con los requisitos generales de procedencia de la tutela contra providencias judiciales, toda vez que pretendía usarse como una instancia adicional al proceso ordinario al discutir asuntos que fueron objeto de pronunciamiento en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

5.3.- El magistrado ponente de la Subsección F de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca señaló que no se conculcaron las garantías fundamentales alegadas, que se tuvieron en cuenta las pruebas que obraban en el plenario, y que en la sentencia reprochada se encuentran las razones por las cuales se debía modificar parcialmente la sentencia de primera instancia, por lo que solicitó que se nieguen las pretensiones del amparo.

Expuso que el tutelante pudo controvertir las pruebas obrantes en el expediente, ya que de todas se corrió el debido traslado a las partes, ante lo cual guardó silencio; aunado al hecho de que dichas pruebas se tratan, en su mayoría, de aspectos relacionados con su salud, por lo que no le son ajenas. Manifestó que no puede pretenderse que en el proceso ordinario solo se tengan en cuenta las pruebas que lo benefician, haciendo caso omiso a las limitaciones que padece para ser reintegrado a su cargo.



En cuanto a la supuesta vulneración del principio de *non reformatio in pejus* aclaró que la que apeló el fallo de primera instancia fue la entidad demandada, que solicitó que fuera revocado en su totalidad y, en su lugar, se negaran las pretensiones de la demanda, razón por la cual no existe vulneración del mencionado principio.

Finalmente, señaló que, si bien el accionante manifestó que sus problemas mentales no le ocasionaban ningún inconveniente en el desempeño de su cargo, dicha afirmación dista de la realidad, pues se demostró que fue declarado inimputable del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

## **6.- Fallo de tutela de primera instancia**

La Subsección A de la Sección Tercera de esta Colegiatura, mediante fallo del 21 de octubre de 2022<sup>11</sup>, resolvió negar el amparo invocado, al concluir que no existe una vulneración de los derechos fundamentales.

Frente al defecto fáctico, adujo que la autoridad judicial accionada efectuó una valoración probatoria razonada y conjunta de los documentos aportados al expediente, incluyendo la historia laboral del señor Senas López y los conceptos emitidos por la Junta y el Tribunal Médico Laboral. Conforme las pruebas, determinó que no era procedente la reubicación del tutelante, dado que fue diagnosticado con un trastorno mental grave, por lo que se le calificó como no apto para el servicio y no tenía ninguna formación para realizar funciones de tipo administrativo. Adujo que el hecho de que no se comparta el análisis del Tribunal no habilita al juez de tutela para volver a estudiar un asunto que ya fue decidido.

Con respecto al aporte de los conceptos médicos, puso de presente que la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional aportó la historia laboral y clínica del señor Senas López, los cuales fueron objeto de traslado en el proceso ordinario del 8 al 10 de marzo de 2022, sin que la parte actora se hubiera pronunciado sobre tales. Así las cosas, la Sala concluyó que no existió irregularidad alguna sobre este punto, pues ese era el momento oportuno para controvertir las pruebas, por lo que no podía remediar su omisión mediante la acción de tutela.

---

<sup>11</sup> Obra en Samai, expediente de primera instancia, índice 12, certificado 798303F550618853 F11B91CDF1D2C4F0 193E424C691C32E7 67AA1D17ACE44F98.

En relación con el defecto sustantivo, argumentó que el despacho accionado sí tuvo en cuenta lo establecido en el artículo 7 del Decreto 1796 de 2000 sobre la vigencia de los conceptos médicos, pero durante el trámite del proceso ordinario se practicó al accionante un nuevo examen, sin que hubiese variado el diagnóstico o disminuido su pérdida de capacidad laboral, por lo que no era posible acceder al reintegro del accionante.

Frente a las disposiciones constitucionales sobre la protección de las personas en condiciones de vulnerabilidad física, psíquica o económica, sostuvo que la autoridad judicial accionada sí realizó un estudio juicioso de tales y de la jurisprudencia, y concluyó que tanto la posición de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado son pacíficas en torno a que no es absoluta la posibilidad de permanencia en la institución militar de un uniformado que sufra una disminución de la capacidad laboral, sino que debe estudiarse en cada caso particular la posibilidad de reubicarlo en actividades diferentes a las operativas.

En cuanto a la vulneración del principio de la *non reformatio in pejus*, aclaró que la sentencia de primera instancia fue apelada por la entidad demandada, la cual solicitó que se revocara en su totalidad la decisión y en su lugar se negaran las pretensiones de la demanda, por lo que no existe vulneración a dicho principio.

Por último, puso de presente que, además del diagnóstico del accionante, el Tribunal tuvo en cuenta que el señor Senas López fue sujeto activo de un proceso penal, en el cual se demostró su responsabilidad, pero por su condición mental fue declarado inimputable, situación que resultó concluyente para determinar que no era apto para ordenar su reintegro.

## **7.- Razones de la impugnación**

El accionante reiteró<sup>12</sup> sus argumentos y pidió que se revoque el fallo de primera instancia y se declare la vía de hecho. En cuanto al defecto fáctico, adujo que fue reintegrado por un lapso de un año y tres meses, tiempo durante el cual la institución no tuvo reparo alguno sobre su desempeño. Sostuvo que no obra en el expediente el documento en el

---

<sup>12</sup> Obra en Samai, expediente de primera instancia, índice 18, certificado FBBE366A5B9D04A7 AF215612E672D9CB 4AAC9B533BE51CA2 3EBDD91AC76BCD35, pdf 22.

cual el actor fue declarado inimputable ni el origen del organismo médico técnico que lo expidió. Enfatizó que se dictó sentencia de segunda instancia sobre otro acto administrativo de retiro que no fue demandado.

En cuanto al defecto sustantivo, cuestionó la razonabilidad de la interpretación frente a considerar que la enfermedad mental no permite la reubicación laboral. En relación con el precedente constitucional vinculante, trajo a colación la sentencia de tutela del Tribunal Superior del Distrito de Bogotá, expediente 2014-0028301, en la cual se ordenó la reubicación del tutelante.

## **8.- Trámite de la acción de tutela en segunda instancia**

Por auto del 12 de enero del año en curso este despacho le solicitó a la Secretaría del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que remitiera el expediente digitalizado del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho incoado por el accionante. El expediente fue enviado por el Juzgado 46 Administrativo de Bogotá mediante correo electrónico del 25 de enero de 2023<sup>13</sup>.

## **II.- CONSIDERACIONES**

### **1.- Competencia**

Esta Sala es competente para conocer de la impugnación presentada en contra del fallo de tutela proferido el 21 de octubre de 2022 por la Subsección A de la Sección Tercera de esta corporación de conformidad con lo establecido en los artículos 86 de la Constitución, 32 del Decreto 2591 de 1991 y 25 del Acuerdo núm. 080 de 2019 de la Sala Plena del Consejo de Estado.

### **2.- Problema jurídico**

Se verificará si la solicitud de amparo constitucional cumple con los requisitos generales de procedibilidad. En caso afirmativo, se determinará si la autoridad acusada incurrió en los defectos aludidos.

---

<sup>13</sup> Obra en Samai, expediente de segunda instancia, índice 12, certificado 7597F12455DCA279 67A4F3CDB9C3AB46 C989CF485FA7888B F6B26CEFF2E190B4, pdf 22.

### 3.- La acción de tutela en contra de providencias judiciales

La Corte Constitucional en la sentencia C-590 de 2005 reconoció que la acción de tutela en contra de providencias judiciales está sujeta al cumplimiento de rigurosos requisitos de procedibilidad<sup>14</sup> y de procedencia<sup>15</sup>, con el fin de determinar si se vulneraron o no los derechos de orden superior.

### 4.- El cumplimiento de los requisitos generales de la acción de tutela en el caso concreto

4.1.- Sobre la *relevancia constitucional*, la Corte Constitucional ha señalado que el juez de tutela “no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia [ius fundamental] so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones”<sup>16</sup>.

En ese sentido, para determinar si una solicitud de amparo tiene o no relevancia constitucional, la Sala Plena del Consejo de Estado ha considerado necesario examinar dos elementos, a saber<sup>17</sup>: (i) que el actor cumpla su carga argumentativa, en donde justifique suficientemente la relevancia constitucional por vulneración de derechos fundamentales, ya que no basta que se aduzca la transgresión de aquellos y (ii) que la acción de tutela no se convierta en una instancia adicional al proceso ordinario en el cual fue proferida la providencia acusada, puesto que este mecanismo especial constitucional está constituido para proteger derechos fundamentales y no para discutir la discrepancia que el actor tenga frente a la decisión judicial.

4.1.1.- En el caso, los argumentos del escrito introductorio cumplen con el requisito de *relevancia constitucional*, con excepción del defecto sustantivo fundado en la indebida

---

<sup>14</sup> De acuerdo con la sentencia C-590 de 2005, la tutela en contra de una providencia judicial está sujeta al cumplimiento de los siguientes requisitos generales de procedibilidad: que el asunto sometido a estudio del juez de tutela tenga relevancia constitucional; que el actor haya agotado los recursos judiciales ordinarios y extraordinarios antes de acudir al juez de tutela; que la petición cumpla con el requisito de inmediatez; que en el evento de fundamentarse la solicitud en una irregularidad procesal, esta tenga incidencia directa en la decisión de fondo que se estima violatoria de los derechos fundamentales; que se identifiquen en forma razonable los hechos que generan la vulneración de los derechos y, de ser posible, hayan sido cuestionados al interior del proceso y; que el fallo censurado no sea de tutela.

<sup>15</sup> Los requisitos específicos, también conocidos como defectos, son: defecto orgánico; defecto procedimental; defecto fáctico; defecto material o sustantivo; defecto por error inducido; defecto por falta de motivación; defecto por desconocimiento del precedente; y defecto por violación directa de la Constitución.

<sup>16</sup> Corte Constitucional, sentencia C-590 de 08 de junio de 2005.

<sup>17</sup> Consejo de Estado, sentencia del 5 de agosto de 2014, rad. 11001031500020120220101.

interpretación normativa y en la especial protección por ser el actor un sujeto con discapacidad psicofísica. Frente al primer aspecto, se advierte que el tutelante busca que se reinterprete el artículo 7 del Decreto 1796 de 2000, sin embargo, es evidente que la accionada, no solo estudió la aludida disposición, sino que coincidió con el *a quo* ordinario en cuanto a que el acto demandado no podía fundarse en el concepto médico que ya había fenecido, al punto que este era nulo, como se ve:

*“Ahora bien, teniendo en cuenta que para cuando fue expedido el acto demandado que dispuso el retiro del actor, ya había vencido el término de 3 meses desde la expedición del concepto de capacidad psicofísica, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 7º del Decreto Ley 1796 de 2000, no podía fundamentarse el acto de retiro en dicho concepto médico, razón por lo que se comparte la decisión del A quo de declarar la nulidad parcial del acto demandado”<sup>18</sup>.*

Así, es evidente que los argumentos del Tribunal no se basaron en la validez del concepto médico que había perdido vigencia ni en el desconocimiento del término previsto en el Decreto 1796 de 2000, sino en el estado de salud mental del accionante.

4.1.2.- De igual forma, respecto al aspecto atinente a la especial protección que tienen las personas en condición de discapacidad, se observa que el Tribunal reconoció la existencia de tal protección en favor de Senas López, no obstante, explicó que esta no es absoluta, pues, en el caso de las fuerzas militares, se necesita que una junta o un tribunal médico laboral certifiquen que, además de la disminución psicofísica, la persona tenga una capacidad laboral aprovechable o pueda desempeñarse en otro cargo al interior de la institución<sup>19</sup>.

4.1.3.- Por ende, se trata de cuestiones definidas en el trámite ordinario que, además, no fueron debidamente sustentadas en este escenario constitucional, por lo que no satisfacen el requisito de trascendencia constitucional.

4.1.4.- *A contrario sensu*, los demás yerros se encuentran adecuadamente explicados desde el plano constitucional, por lo que se seguirá con su análisis.

---

<sup>18</sup> Obra fragmento en Samai, expediente digital de primera instancia, índice 9, certificado 2159BC6604A4B920 2A715059609D049D 4893CC50ED2A27FC 047A332620693CBD, a folio 20.

<sup>19</sup> Obra argumento en Samai, expediente digital de primera instancia, índice 9, certificado 2159BC6604A4B920 2A715059609D049D 4893CC50ED2A27FC 047A332620693CBD, a folio 17.

4.2.- La subsidiariedad como requisito general de procedibilidad de la acción de tutela aparece claramente expresada en el inciso 3º del artículo 86 de la Constitución Política<sup>20</sup> y en el numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991<sup>21</sup>, normatividad conforme con la cual dicha acción solo resulta procedente cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que la ejerza como mecanismo transitorio para evitar la causación de un perjuicio irremediable<sup>22</sup>. De haber lugar al amparo, en el primero de los casos la orden de protección sería definitiva y, en el segundo, transitoria.

4.2.1.- *Prima facie*, considera la Sala que el cargo relativo a la *non reformatio in pejus*, en realidad, corresponde a una denuncia por violación del principio de congruencia de la sentencia, pues se funda en que el Tribunal desconoció los argumentos del recurso de apelación y emitió una decisión *extra petita*; por ende, esta queja no cumple con el requisito genérico de subsidiariedad, en razón a que debió ventilarse a través del recurso extraordinario de revisión. En punto de ello, se debe explicar que, en tratándose del desconocimiento del principio de congruencia, esta Corporación ha decantado que ello da lugar a una nulidad originada en la sentencia, de modo que procede el recurso extraordinario de revisión, al configurarse la causal consignada en el numeral 5º del artículo 250 de la Ley 1437 de 2011<sup>23</sup>.

Por lo anterior, si la intención es debatir que la accionada se pronunció sobre algún aspecto que excedía su competencia, se debía acudir de manera preferente al recurso extraordinario referido para alcanzar la validez de los derechos que se alegan afectados<sup>24</sup>. Ello, a fin de que la acción de tutela no llegue a reemplazar aquellos recursos previstos por el legislador para el efecto.

<sup>20</sup> “Artículo 86. Numeral 3º. Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

<sup>21</sup> “Artículo 6. Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá:

1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aqu[e]lla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante”.

<sup>22</sup> Corte Constitucional, sentencia T-230 de 2013. Al respecto, el alto Tribunal ha precisado que el perjuicio irremediable “se configura cuando el peligro que se cierne sobre el derecho fundamental es de tal magnitud que afecta con inminencia y de manera grave su subsistencia, requiriendo por tanto de medidas impostergables que lo neutralicen”. Corte Constitucional, sentencia T-634 de 2006. Sobre las características del perjuicio irremediable, la Corte Constitucional, en sentencia T-1316 de 2011 señaló que este debe ser inminente o próximo a suceder, grave, que requiera de medidas urgentes para superar el daño y, por último, las medidas de protección deben ser impostergables.

<sup>23</sup> “Artículo 250. Causales de revisión. Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, son causales de revisión: (...)”

5. Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación. (...)”.

<sup>24</sup> Tratándose en el *sub iudice* del recurso extraordinario de revisión, consignado en los artículos 248 y siguientes de la Ley 1437 de 2011, la Corte Constitucional ha expuesto que este mecanismo judicial, *prima facie*, es un espacio de protección de derechos fundamentales y que su finalidad es revertir decisiones que hacen tránsito a cosa juzgada al vulnerar la justicia material, donde su idoneidad y eficacia dependen de que el actor pueda “encuadrar el defecto que

4.2.2.- No obstante, los demás yerros sí acreditan el requisito de *subsidiariedad*, ya que, en contra de la providencia de segunda instancia, no existe otro medio de impugnación que permita alegarlos, y se continuará con su estudio.

4.3.- El presupuesto de *inmediatez* igualmente se encuentra superado. En efecto, la sentencia de segunda instancia fue proferida el 19 de abril de 2022<sup>25</sup> y el amparo se interpuso el 21 de septiembre de 2022<sup>26</sup>, esto es, dentro del término razonable señalado por la jurisprudencia<sup>27</sup>, contado desde la ejecutoria de la providencia.

4.4.- Ahora bien, en cuanto a que el escrito de tutela esté *debidamente motivado*, lo que implica una exposición suficiente de los hechos y argumentos que generan la vulneración<sup>28</sup>, esta Colegiatura considera que se encuentra satisfecho. Ciertamente, la parte interesada cumple con su carga de señalar las razones por las cuales estima que la decisión judicial acusada vulnera sus derechos fundamentales.

4.5.- Adicionalmente, la solicitud de tutela no aduce como argumento central una *irregularidad procesal*.

4.6.- Por último, tampoco se ataca una *decisión de tutela*, sino la sentencia de segunda instancia dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho con radicado No. 11001-33-35-703-2014-00215-01.

4.7.- Así las cosas, verificado el cumplimiento de los requisitos que garantizan la viabilidad de la tutela en contra de una providencia judicial, la Sala analizará si los defectos fáctico y por desconocimiento del precedente constitucional se encuentran configurados.

---

*considera tiene la sentencia dentro de alguna de las causales taxativas establecidas en el código correspondiente. De lo contrario, no puede considerarse improcedente la tutela". Sentencias C-649 de 2011 y SU-659 de 2015.*

<sup>25</sup> Obra en Samai, expediente digital de primera instancia, índice 2, certificado A02D3FDD329422C1818EFAC9AFB73568 D43F8CEA35FC643E 614B1BE573DC86A0, a folios 104-124.

<sup>26</sup> Obra en Samai, expediente digital de primera instancia, índice 2, certificado 1ABBA1CB457505A9B4B941AEE65C88BE AA4CC97F73FEC423 98AE3A09220C876D.

<sup>27</sup> El Consejo de Estado estableció, como regla general, que el mecanismo de amparo debe promoverse en un plazo máximo de seis meses contados a partir de la notificación o ejecutoria de la sentencia o providencia objeto de reproche constitucional, límite temporal que también ha sido acogido por la Corte Constitucional. Consejo de Estado, Sala Plena, sentencia de unificación del 05 de agosto de 2014, radicado No. 11001-03-15-000-2012-02201-01.

<sup>28</sup> En relación con este aspecto, el Máximo Tribunal Constitucional ha considerado que "*no se trata de rodear a la acción de tutela de exigencias formales contrarias a su naturaleza, sino de exigir que el actor tenga claridad y sea diligente en cuanto a la explicación del origen de la afectación de sus derechos y que dé cuenta de ello al momento de pretender su protección constitucional*". Corte Constitucional, T-265 de 2014.

## 5.- Defecto fáctico

5.1.- La Corte Constitucional ha considerado que el defecto fáctico se configura cuando el juez carece del apoyo probatorio que le permite la aplicación del supuesto legal en el que fundó su decisión<sup>29</sup>. Este, además, debe ser flagrante, ostensible, manifiesto y con incidencia directa en el sentido de la sentencia, de manera que para su existencia es necesario que de las pruebas que obren en el expediente no sea posible, de manera objetiva y razonable, alcanzar la conclusión a la que llegó el funcionario o que el apoyo probatorio en que se basó resulte absolutamente inadecuado para el caso.

5.2.- La parte actora, en el *sub judice*, sustentó este defecto en que no se tuvo en cuenta que, una vez dada la orden de reintegro por tutela, prestó sin inconvenientes sus servicios en la institución. También alegó que el proceso penal en el que fue condenado es ajeno al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho y que algunas pruebas, como el concepto médico de 2021 que sirvió como fundamento para la decisión, no fueron debidamente incorporadas al proceso.

5.3.- Es importante recordar que el Tribunal no revocó la decisión de declarar la nulidad del acto administrativo demandado y, al contrario, la confirmó, sin embargo modificó la forma en que se debía restablecer el derecho del accionante. Al respecto, consideró que por la patología que padecía y al tenerse en cuenta el nuevo concepto médico que emitió el Tribunal Médico Laboral por orden de la sentencia T-928 de 2014 y las especiales condiciones del caso, el accionante no era apto para ser reintegrado por ser un peligro para él y para sus compañeros, sumado a que no tenía ninguna habilidad o destreza aprovechable para la institución.

5.4.- Pues bien, al revisar el expediente del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, se observa que, cuando el trámite se encontraba para decidir sobre el recurso de apelación, la autoridad accionada decretó de oficio, en numerosas ocasiones, el expediente médico completo de Senas López, pidió todas las actas de juntas médicas y del tribunal médico realizadas, la hoja de servicios actualizada y los actos administrativos OAP Nos. 1802 del 13 de agosto de 2013 y 2110 del 22 de agosto de 2016.

---

<sup>29</sup> De acuerdo con la sentencia SU-448 de 2016, “[s]e estructura, entonces, siempre que existan fallas sustanciales en la decisión, que sean atribuibles a deficiencias probatorias del proceso. (...) el fundamento de la intervención del juez de tutela por deficiencias probatorias en el proceso, radica en que, no obstante las amplias facultades discrecionales con que cuenta el juez del proceso para el análisis del material probatorio, éste debe actuar de acuerdo con los principios de la sana crítica, es decir, con base en criterios objetivos y racionales”.



En esa medida, se debe traer a colación los autos de decreto oficioso de pruebas dictados el 5 de octubre de 2017<sup>30</sup>, el 16 de enero de 2018<sup>31</sup>, el 27 de noviembre de 2020<sup>32</sup>, el 4 de junio de 2021<sup>33</sup> y el 6 de octubre de 2021<sup>34</sup>, frente a los cuales no se opuso el accionante ni se pronunció sobre el traslado de las documentales aportadas. Entonces, *prima facie*, se advierte que no es cierto la afirmación según lo cual se tuvieron en cuenta pruebas que no fueron debidamente decretadas.

5.5.- Por otra parte, si bien el Tribunal coincidió con el Juzgado 46 Administrativo de Bogotá en cuanto a la nulidad del acto demandado, consideró que el reintegro no era una medida de restablecimiento adecuada, pues Senas López no estaba en condiciones para ser reubicado en el Ejército Nacional, para lo cual tuvo en cuenta las distintas pruebas decretadas, como los conceptos médicos que obraban en el expediente emitidos por la junta o el tribunal médico, el expediente médico del demandante, incluyendo los diagnósticos de patologías, y el proceso penal seguido en su contra.

En punto de lo anterior, se debe acotar que, aunque los conceptos rendidos por autoridades técnicas especializadas como las juntas o tribunales médico laborales son esenciales frente a la decisión de reubicación como se expondrá en el análisis del siguiente defecto, no existe una tarifa legal o una regla de conducencia única para establecer si el reintegro es o no una medida de restablecimiento procedente, por lo cual es viable que la autoridad judicial acuda a los medios de prueba del expediente y, bajo su sana crítica y autonomía judicial, concluya si una persona es apta para ser reintegrada a la fuerza pública o, al contrario, representa un peligro o carece de aptitud para ello.

5.6.- En punto de lo anterior, se advierte que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, a partir del análisis probatorio, arribó a las siguientes conclusiones:

*“Teniendo en cuenta lo anterior, advierte la Sala que, en efecto, como se indica en las actas de la Junta y del Tribunal Médico Laboral de Revisión, la patología que sufre el actor le impide ejercer las actividades propias de la actividad militar, pues recuérdese que padece de ‘trastorno psicótico’, por lo que permanecer en Institución puede acrecentar los síntomas de la enfermedad y pone en riesgo su seguridad y la de los demás, teniendo en cuenta que ha presentado ‘alucinaciones visuales, auditivas,*

<sup>30</sup> Obra en Samai, expediente de segunda instancia, índice 12, certificado 8FB99B7BB06992E7 B836B0CBD9724AA7 2E101CE30D741EBE 942C1E0FCE27CCBF, archivo “11TotalidadExpedienteDigitalizado2014-215”, a folio 436.

<sup>31</sup> *Ibidem*, a folio 455.

<sup>32</sup> *Ibidem*, a folios 479-481.

<sup>33</sup> *Ibidem*, a folios 493-494.

<sup>34</sup> *Ibidem*, a folios 521-522.

*inquietud, alteración del sueño', de igual forma ha presentado episodios psicóticos, actitud delirante, con trastorno mental y del comportamiento por consumo de sustancias psicoactivas.*

*Es pertinente resaltar que si bien es cierto, la [i]nstitución militar debe decidir sobre el retiro de un integrante de las Fuerzas Militares que ha perdido la capacidad psicofísica para seguir desempeñándose en las tareas habituales para las cuales fue entrenado y capacitado, dicha potestad no se debe ejercer de forma absoluta, puesto que existen circunstancias en las que dependiendo de las condiciones físicas del militar y del dictamen rendido por la autoridad médica, se hace necesario definir si la decisión de retirar del servicio activo es la única legalmente posible o si puede optarse por otra decisión. (...)*

*Es preciso resaltar que de las pruebas obrantes en el plenario, se puede establecer que el actor no podía cambiar de arma para ejercer funciones administrativas, ya que carece de capacitación diferente a la militar. No le figuran estudios profesionales, tecnológicos o técnicos, como tampoco postgrado, especialización, maestría y doctorado, y solo cuenta con una capacitación en la modalidad de curso del SENA respecto de un módulo de ganadería. Para la Sala no es claro, ni aparece demostrado en el proceso, que los conocimientos adquiridos en dicha formación sean aprovechables en el Ejército Nacional. (...)*

*No puede desconocerse que posterior a su retiro el señor ITO ER SENAS LÓPEZ en octubre de 2013 fue declarado inimputable y condenado penalmente a 64 meses de internación en un establecimiento psiquiátrico adscrito a la Dirección de Sanidad de las Fuerzas Militares.*

*Aunado a lo anterior, tampoco se puede desconocer que fue reintegrado al servicio en el año 2014 por orden de tutela y vuelto a evaluar por el Tribunal Médico de Revisión Militar, quien teniendo en cuenta el nuevo concepto de psiquiatría decidió ratificar lo no aptitud para la actividad militar, en atención a su patología psiquiátrica de trastorno mental y sicosis<sup>35</sup>.*

En efecto, se trata de un estudio probatorio razonable y no caprichoso, que se basó en los medios de convencimiento que obraban en el expediente, en el que, a partir de la valoración de las condiciones de salud, las habilidades, las destrezas y las capacidades de Senas López determinó que no era apto para la reubicación.

5.7.- Adicionalmente y teniendo en cuenta la especial importancia que tiene el criterio médico frente a la reubicación del militar retirado, es menester traer a colación el concepto expedido el 5 de julio de 2016 por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía sobre la patología de Senas López, en el cual se indicó:

*“6. Teniendo en cuenta el concepto allegado a este [o]rganismo [m]édico [l]aboral por parte de servicio de [p]siquiatría, el calificado cursa con una patología psiquiatría tipo trastorno mental y del comportamiento con psicosis aguda transitoria secundaria al consumo de sustancias cannabinoides aceptada durante la entrevista con el paciente, motivo por el cual esta Sala decide ASIGNAR los índices correspondientes de*

<sup>35</sup> Obra fragmento en Samai, expediente digital de primera instancia, índice 9, certificado 2159BC6604A4B920 2A715059609D049D 4893CC50ED2A27FC 047A332620693CBD, a folios 18-19.

*acuerdo a su condición y teniendo en cuenta que esta enfermedad es de origen multifactorial en donde interviene factores culturales, ambientales y de personalidad y no guarda relación directa con el servicio por lo que se considera de origen común. (...)*

*8. Es importante establecer que dentro de la literatura médica en el caso de episodios psicóticos y trastornos del comportamiento estos son considerados como la pérdida de las fronteras de sí mismo perdiendo el contacto de forma peligrosa con la evaluación de la realidad presentando principalmente síntomas delirantes, alucinativos y de agresividad. Igualmente esta patología de origen multicausal está asociada mayormente a trastornos de la personalidad presentando alteraciones intensas y repentinas de la conducta. Por lo anteriormente expuesto, los estresores propios de las actividades militares podrían generar nuevas crisis sobre el calificado toda vez que su patología mental se encuentra asintomática mas no resuelta y que dada la facilidad de acceso a las armas y ante la pérdida en un momento dado de la realidad en sus crisis puede generar reacciones que coloquen en riesgo su vida, la de sus compañeros y la de la comunidad que legalmente está llamado a proteger. En consecuencia, esta instancia no recomienda su reubicación laboral<sup>36</sup>.*

En tal medida, el Tribunal Técnico Laboral estudió la patología que padece el paciente y, a la luz de la literatura médica vigente, acotó que la cercanía con armas de fuego y los niveles de estrés inherentes a la actividad militar podían desencadenar reacciones que pongan en riesgo la vida del accionante, de sus compañeros y de la comunidad en general.

5.8.- Asimismo, al revisar las acciones de tutela fundadas en análisis probatorios supuestamente indebidos en los casos en que se ha negado la reubicación del miembro de la fuerza pública que vio afectada su capacidad psicofísica pero no alcanzó el 50% de pérdida de capacidad laboral, se hace diáfano que esta Corporación ha respaldado, por regla general, la decisión de no reintegrar al miembro de la fuerza pública cuando el ejercicio probatorio realizado por la accionada ha determinado que el afectado no es apto para prestar sus servicios en la institución militar.

En punto de ello, en fallo de tutela del 18 de marzo de 2021, la Sección Cuarta de esta corporación negó la configuración del defecto fáctico con base en lo siguiente:

*“El señor Iván Darío González Ramos interpuso la presente acción de tutela con el fin de que se deje sin efectos la sentencia de 18 de agosto de 2020, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Bolívar accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que en dicha providencia se declaró la nulidad del acto administrativo que lo retiró del servicio activo del Ejército Nacional, pero negó la petición de reintegro. Lo anterior, por cuanto indicó que la providencia cuestionada desconoció que al momento en que fue retirado del servicio*

<sup>36</sup> Obra fragmento en Samai, expediente digital de primera instancia, índice 9, certificado 2159BC6604A4B920 2A715059609D049D 4893CC50ED2A27FC 047A332620693CBD, a folio 12.

*no estaba vigente la junta médico laboral, esto, de conformidad con lo previsto en el artículo 7 del Decreto 1796 de 2000.*

*A juicio del actor, la autoridad judicial accionada no valoró las pruebas aportadas al proceso y no tuvo en cuenta que, al declarar nulo el acto administrativo de retiro, la consecuencia era su reintegro al servicio a título de restablecimiento del derecho.*

*En suma, la inconformidad de la parte actora tiene que ver con la forma en que el tribunal demandado dispuso el restablecimiento del derecho como consecuencia de la declaración de nulidad del acto que lo retiró del servicio. (...)*

*Por lo anterior, justamente, fue que precisó que no era posible ordenar el reintegro del actor porque el dictamen laboral definitivo expedido por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía fue enfático en indicar que el actor no contaba con la capacidad psicofísica necesaria para el desempeño de las funciones. (...)*

*En este punto, es pertinente indicar que no le asiste razón a la parte actora en afirmar que la autoridad judicial demandada incurrió en defecto fáctico y desconoció las pruebas, argumentos y normas que regían el caso objeto de estudio por declarar la nulidad del acto administrativo demandado, pero no acceder a la pretensión de reintegro como medida de restablecimiento del derecho, pues, como se vio, del análisis y estudio del caso se llegó a la conclusión obtenida<sup>37</sup>.*

A su vez, en fallo del 11 de marzo de 2021, la Sección Quinta del Consejo de Estado también estudió un caso con contornos factuales similares al presente y le dio validez al estudio de las circunstancias particulares del asunto que hizo el tribunal accionado para afirmar que no era factible la reubicación a pesar de la nulidad del acto de retiro, como se ve:

*“Para efectos de resolver el cargo propuesto, se tiene que el Tribunal argumentó que la Policía Nacional dispuso el retiro del servicio del demandante con apoyo en la valoración del estado de salud de este, incluso con posterioridad al dictamen de la Junta Médico Laboral con los profesionales especializados en el tema y se estudió la posibilidad de que el señor Miguel Ángel Suárez Barbosa se desempeñara en otro tipo de actividades que no fueran operacionales, y se llegó a la conclusión de que no se encontraba en condiciones para continuar prestando sus servicios en la institución, sin posibilidad de reubicación. (...)*

*A partir de lo anterior, la Sala advierte que la autoridad judicial demandada efectuó un estudio minucioso, razonable, ponderado y de acuerdo con las reglas de la sana crítica y bajo el principio de autonomía judicial, respecto de cada uno de los elementos de convicción recaudados en el proceso, especialmente, de los que el actor consideró que no fueron estudiados, de cuya valoración se determinó la imposibilidad de reintegro a un cargo en el que pudiera realizar tareas o labores administrativas dentro de la institución, dada la existencia de un concepto especializado emitido por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía que lo calificó “No apto para la actividad policial”.*

*En esa medida, con los argumentos expuestos por el accionante no se logró desvirtuar la presunción de legalidad del acto que dispuso el retiro del servicio como patrullero y, por consiguiente, no era factible jurídicamente que el Tribunal*

---

<sup>37</sup> Sección Cuarta del Consejo de Estado, sentencia del 18 de marzo de 2021, rad. 11001031500020210028600, C.P. Milton Chaves García.

*Administrativo de Antioquia – Sala Cuarta de Oralidad dispusiera el reintegro a la Policía Nacional.*

*Para la Sala es evidente que la parte demandante se encuentra en desacuerdo con las conclusiones a las que arribó el Tribunal Administrativo de Antioquia – Sala Cuarta de Oralidad, pero esta divergencia de criterios no es razón para que el juez constitucional intervenga; aceptar lo contrario implicaría una sustitución arbitraria del juez natural”.*

*En esos términos, se niega la ocurrencia del defecto fáctico alegado”<sup>38</sup>.*

Es claro, entonces, que en esa oportunidad, al igual que ocurrió en el caso de Senas López, se le dio una especial relevancia al concepto rendido por los entes técnicos especializados frente a la imposibilidad de reubicación del accionante.

5.9.- Por lo expuesto, no se considera configurado el defecto fáctico alegado, puesto que el Tribunal convocado se basó en las actas de la Junta y del Tribunal Médico Laboral, que concluyeron que la especial patología de Senas López le impide ejercer actividades propias de la actividad militar o, incluso, pertenecer a una institución jerarquizada en la que estaría rodeado de numerosos factores que podrían generar reacciones impredecibles. Además, hizo un estudio de las capacidades aprovechables para el Ejército Nacional y estableció que, con excepción de su entrenamiento como soldado, no había ninguna que pudiera ser usada en el campo administrativo o académico.

## **6.- Desconocimiento del precedente constitucional**

6.1.- Se precisa que esta causal se erige de manera autónoma para evitar que los jueces inapliquen el precedente fijado por la Corte Constitucional tanto en control abstracto como en control concreto de constitucionalidad. De ahí que el sentido, alcance y fundamento de obligatoriedad de sus pronunciamientos varíe según se trate de fallos de constitucionalidad o de revisión de tutelas<sup>39</sup>. No obstante, ambos se deben acatar para garantizar el carácter normativo de la Constitución –en tanto la Alta Corporación es la intérprete autorizada de la Carta<sup>40</sup>– y para unificar la interpretación de los preceptos constitucionales por razones de igualdad<sup>41</sup>.

---

<sup>38</sup> Sección Quinta del Consejo de Estado, sentencia del 11 de marzo de 2021, rad. 11001031500020200497301, C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio.

<sup>39</sup> Sentencia T-351 de 2011.

<sup>40</sup> Sentencias T-468 de 2003 y T-292 de 2006.

<sup>41</sup> Sentencia T-360 de 2014.

En efecto, el precedente constitucional puede llegar a desconocerse cuando: (i) se aplican disposiciones legales que han sido declaradas inexecutable por sentencias de control de constitucionalidad, (ii) se contraría la *ratio decidendi* de sentencias de control de constitucionalidad, especialmente la interpretación de un precepto que la Corte ha señalado es el que debe acogerse a la luz del texto superior, (iii) se desconoce la parte resolutoria de una sentencia de exequibilidad condicionada o (iv) se olvida el alcance de los derechos fundamentales fijado por la Corte Constitucional a través de la *ratio decidendi* de sus sentencias de control de constitucionalidad o de revisión de tutela.

6.2.- En el *sub examine*, el tutelante aduce que se omitieron las sentencias T-470 y T-503 de 2010, en las que se inaplicó el artículo 10 del Decreto 1793 de 2000, ante una situación de discapacidad del miembro de la fuerza pública; así como la sentencia C-539 de 2011, sobre el derecho a la igualdad en casos similares.

6.3.- En atención al defecto *sub examine*, se debe hacer referencia a la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Al respecto, esa corporación ha reiterado que la facultad de retiro no opera de forma automática cuando la persona ha sufrido alguna disminución de su capacidad psicofísica, pues ello podría causar la violación de sus derechos; en esos casos, el alto tribunal constitucional ha precisado que se requiere “(...) una valoración de las condiciones de salud, habilidades, destrezas y capacidades del afectado, para así poder definir si existe o no alguna actividad que pueda ser desarrollada por aquel dentro de la misma institución, de tal suerte que pueda ser reubicado en otro cargo”<sup>42</sup>.

En sentencia T-413 de 2014, el alto tribunal constitucional se pronunció sobre la posibilidad de retiro por disminución de la capacidad psicofísica sin que la pérdida de capacidad alcance el 50%, en los términos que siguen:

*“Ahora bien, el Decreto 1791 de 2000 en su artículo 59 consagra la excepción al retiro por disminución de la capacidad psicofísica, señalando que ‘se podrá mantener en servicio activo a aquellos policiales que habiendo sufrido disminución de la capacidad psicofísica y obtenido concepto favorable de la Junta Médico Laboral sobre reubicación, y sus capacidades puedan ser aprovechadas en actividades administrativas, docentes o de instrucción’.*

*Al respecto, esta Corte ha expresado que una persona en situación de discapacidad o con disminución de su capacidad psicofísica no puede ser retirada de la actividad militar solo por ese motivo ‘si se demuestra que se encuentra en condiciones de realizar alguna labor administrativa, de docencia o de instrucción’ y ha resaltado que es imprescindible que exista una dependencia o autoridad médica especializada que*

---

<sup>42</sup> Sentencia T-286 de 2019.

*realice tal valoración, que no es otra que la Junta Médico Laboral, 'con criterios técnicos, objetivos y especializados, determine si dicha persona tiene capacidades que puedan ser aprovechadas en actividades administrativas, docentes o de instrucción propias de la institución'.*

*Vale la pena resaltar que según la jurisprudencia, esa facultad discrecional está ajustada al ordenamiento superior, pues 'encuentra una justificación constitucional en razón a la dificultad y complejidad que conlleva la valoración de comportamientos y conductas de funcionarios de la Fuerza Pública, que en un momento determinado y por causales objetivas puedan afectar la buena marcha de la institución con claro perjuicio del servicio público y, por ende, del interés general'.*

*Ergo*, según la Corte Constitucional, cuando se presenta disminución de la capacidad psicofísica el retiro no puede ser una decisión automática, sino que debe estar precedido de un examen de la posibilidad de reubicación basado en las condiciones de salud, habilidades, destrezas y capacidades.

En punto de lo anterior, en la sentencia C-063 de 2018, en la cual se estudió la exequibilidad de algunos apartes del Decreto 1793 de 2000, puntualmente, en lo relacionado con la causal de retiro por disminución en la capacidad psicofísica del personal de la fuerza pública, se indicó:

*"(...) 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 acordes 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 (...) es la Junta Médico Laboral. No puede dejarse tal atribución a la mera liberalidad del superior o a cuestiones meramente subjetivas".*

En ese sentido, encuentra la Sala que la responsabilidad de evaluar las condiciones para la reubicación fue atribuida, por el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, a autoridades técnicas especializadas de la fuerza pública, es decir juntas o tribunales médicos laborales.

6.4.- Ahora bien, en cuanto a las sentencias que citó la parte actora como sustento de su reproche, se observa que la C-539 de 2011, es ajena al caso, pues en ella se estudió la constitucionalidad del artículo 114 de la Ley 1395 de 2010, mediante el cual se adoptaron medidas de descongestión judicial. Por otra parte, en la T-470 de 2010 se estudió un caso en el que el Tribunal Médico Laboral había sugerido la reubicación del actor, lo que hace el caso considerablemente diferente al *sub judice*; y en la T-503 de 2010 ni siquiera se

analizaron los conceptos emitidos por la Junta y el Tribunal Médico Laboral, por lo que tampoco resulta aplicable al caso.

6.5.- En adición a lo anterior, la Sala, como argumento complementario, considera pertinente referirse a la posición que ha sostenido la Sección Segunda del Consejo de Estado, que es la especializada en esta materia y que ha estudiado las reglas establecidas por la Corte Constitucional. Así, en sentencia del 3 de junio de 2021, la sección aludida efectuó las siguientes precisiones:

*“Dos asuntos a destacar, en efecto mediante esta Acta la Junta Médico Laboral declaró NO APTO y NO DISPUSO LA REUBICACIÓN LABORAL de la demandante, determinación que estaba dentro del margen de decisión de esta autoridad médico laboral (...)*

*Repárese el numeral 2° del artículo 15 transcrito, que establece como una de las funciones de la JML la de clasificar el tipo de incapacidad sicofísica y aptitud para el servicio, en el que utilizó el verbo ‘pudiendo recomendar la reubicación laboral cuando así lo amerite’, lo cual se traduce en criterio de esta Sala, en que la JML no está obligada a recomendar siempre y de manera favorable la reubicación laboral del paciente objeto de valoración, tal y como aconteció con el caso de la [s]ubintendente Héliida Cecilia.*

*Por tanto, se trata de una decisión autónoma como expresión del criterio de una autoridad especialista, científica y técnica en temas de salud ocupacional, como quiera que en ningún momento la JML está obligada a recomendar siempre y de manera favorable a los intereses del funcionario, acerca de su reubicación laboral como lo entiende la parte actora. (...)*

*Como se observa, son dos supuestos fácticos que a juicio de la Corte Constitucional -los cuales son compartidos por esta instancia-, debe tener en cuenta la Policía Nacional antes de retirar a uno de sus uniformados por disminución de su capacidad sicofísica, el primero es el concepto no favorable sobre reubicación laboral efectuado por la junta médico laboral y el segundo, el relativo al aprovechamiento de las capacidades del policial en actividades administrativas, docentes o de instrucción.*

*En todo caso lo que se ha de destacarse, es que en ningún momento la sentencia C-381 de 2005 de la Corte Constitucional, prohibió el retiro de un miembro de la Policía Nacional cuando la causal invocada es la pérdida de la capacidad sicofísica, sino que dicha determinación está supeditada al concepto previo de la Junta Médico Laboral, como autoridad especializada encargada de valorar mediante criterios técnicos, objetivos y especializados, si el uniformado tiene capacidades que puedan ser aprovechadas en actividades administrativas, docentes o de instrucción propias de la institución.*

*Para el caso en estudio se tiene acreditado que luego de la valoración médica efectuada a la Subintendente, la Junta Médico Laboral 0017 de 10 de abril de 2010 consideró que no era favorable la reubicación laboral de la subintendente, por haberse configurado los supuestos fácticos y normativos del artículo 59 literal c) y 68 literales a y b del Decreto 94 de 11 de enero de 1989 (...)<sup>43</sup>.*

---

<sup>43</sup> Sección Segunda del Consejo de Estado, sentencia del 3 de junio de 2021, rad. 68001233100020110087201, C.P. César Palomino Cortés.



6.6.- En consecuencia, la Sala no encuentra un precedente que se halle claramente desconocido y, al margen del criterio que hubiese sostenido como juez ordinario, no nota que la postura sostenida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca sea abiertamente contraria a la posición de la Corte Constitucional, la que no ha negado la plausibilidad de acudir a las condiciones puntuales del caso para negar la reubicación del afectado incluso si la pérdida de capacidad no ha superado el 50%, por lo que no se puede colegir la configuración del defecto en cuestión.

En mérito de lo expuesto, la Subsección C de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

### III.- RESUELVE

**PRIMERO: MODIFICAR** la sentencia de tutela del 24 de junio de 2022 proferida por la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en el sentido de **DECLARAR IMPROCEDENTES** los reproches relativos al defecto sustantivo y a la violación del principio de *non reformatio in pejus* y **NEGAR** los defectos fáctico y por desconocimiento del precedente constitucional, de conformidad con las razones *ut supra*.

**SEGUNDO: NOTIFICAR** la presente decisión a las partes intervinientes e interesados por el medio más expedito.

**TERCERO: ENVIAR** a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

### CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**NICOLÁS YEPES CORRALES**  
Presidente de la Sala

**JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS**  
Consejero de Estado

**GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE**  
Consejero de Estado  
Aclaración de voto Cfr. Rad. 11001-03-15-000-2019-01299-00