

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Bogotá, D.C. agosto seis (6) de dos mil cuatro (2004)

Consejera Ponente: olga inés navarrete barrero

Ref: Expediente No. 25000232500020040113101

Actor: ARGEMIRO ACUÑA DELGADO

Procede la Sala a decidir la impugnación presentada por ARGEMIRO ACUÑA DELGADO respecto del fallo de 28 de mayo de 2004, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda Subsección A, mediante el cual se niega la solicitud de tutela interpuesta por el ciudadano demandante.

I.- ANTECEDENTES

Se interpuso acción de tutela contra la Nación representada por el Ministerio de Defensa Nacional, con el fin de obtener la protección inmediata del derecho fundamental a la igualdad.

A. HECHOS

La tutela se basó en los siguientes hechos:

1. El 22 de noviembre de 1988 ocurrió un atentado terrorista que produjo la muerte de tres escoltas militares y lesiones múltiples en el conductor del vehículo objeto del atentado.
2. El concepto del Comandante de la Unidad concluyó que las lesiones sufridas fueron en el servicio, es decir, por causa y razón del mismo, en cumplimiento de su labor de escolta del Ministerio de Defensa Nacional.
3. Los informes administrativos adelantados por la muerte de los Suboficiales Escoltas concluyeron que: "las circunstancias de modo, tiempo y lugar indican que la muerte ocurrió en los términos del artículo 181 del Decreto 89 de 1984", es decir, por acción directa del enemigo.
4. El Ministerio lo retiró del servicio, por tener derecho a la pensión de jubilación, a través de la Resolución 0386 de 2002.
5. La Secretaría General del Ministerio de Defensa, en Oficio 3883 del 16 de abril de 2004, negó por improcedente la solicitud de modificación de la calificación de las circunstancias en que ocurrieron las lesiones, ya que según establece el literal c) del artículo 35 del Decreto 094 de 1989, las lesiones deben causarse en combate y, a pesar de que en el presente caso las lesiones se produjeron con ocasión de un atentado terrorista, el escolta no se encontraba en tareas de mantenimiento o restablecimiento del orden público.

B. DEFENSA

Dentro del término concedido, el Ministerio de Defensa Nacional manifestó lo siguiente:

La pretensión del accionante va encaminada a obtener un aumento en el pago de la indemnización por las lesiones sufridas en el atentado mencionado.

Sobre la solicitud de cambio de las circunstancias de ocurrencia del accidente, el trámite establecido para el cambio de la calificación de las mismas debió ejercerse con base en lo establecido en las normas vigentes, es decir, debió agotar los recursos pertinentes para atacar tal decisión administrativa.

El reconocimiento de la indemnización se produjo través de la Resolución No 2222 de 1993, la cual fue producto del dictamen técnico de la Junta Médico Laboral sobre la invalidez del accionante, el cual manifiesta: "*estas lesiones ocurrieron durante el desempeño del cargo y por causa y razón del mismo según el informe administrativo.*"

Contra esta resolución también debió agotar los respectivos recursos, y mal podría sacar provecho de la tutela para revivir términos ya vencidos.

C . EL FALLO IMPUGNADO

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante el fallo impugnado, declaró improcedente la solicitud de tutela, argumentando lo siguiente:

La acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, es un instrumento de las personas para reclamar ante los jueces, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados.

El accionante pretende que se ordene al Ministerio de Defensa Nacional " modificar la calificación de las circunstancias en que adquirió las lesiones el día 22 de noviembre de 1988, consignada en el concepto del 14 de febrero de 1989 y se predique que las mismas las adquirió por acción directa del enemigo, mas concretamente que se tipifican dentro de la hipótesis del literal C) del artículo 20 del Decreto 1836 de 1979, norma vigente al momento de suceder el hecho."

De los hechos de la demanda y de lo dicho por la entidad accionada, se desprende que al interesado se le practicó el examen de invalidez por parte de la Junta Médico Laboral, la cual reconoció la indemnización mediante la Resolución No 2222 de 1993, expedida por el Ministerio de Defensa.

Tanto el Concepto que califica las circunstancias del hecho, como la resolución que reconoció la indemnización al accionante, son actos administrativos contra los cuales, en su momento se pudieron ejercer los recursos gubernativos ordinarios e iniciar las acciones propias ante la justicia administrativa, en este caso la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

II. IMPUGNACIÓN

En el recurso interpuesto contra la decisión anterior el accionante manifestó lo siguiente:

La sentencia impugnada quebrantó tanto las normas procesales como la jurisprudencia existente sobre la acción de tutela en relación con el derecho fundamental a la igualdad de trato por parte de las autoridades, las cuales han sido reiterativas en afirmar, que ante una misma situación de hecho, a todos los involucrados o afectados debe dárseles el mismo tratamiento.

Hay error grave en la sentencia apelada cuando se dice que el Concepto de 14 de febrero de 1989, es un acto administrativo contra el cual cabe la interposición de recursos. El Concepto del comandante es un mero acto de trámite que no pone fin a ninguna actuación administrativa; no se notifica personalmente, ni se entrega copia de él y, por lo mismo, no se le informa al afectado de los recursos que puede interponer, ni del término que tiene para hacerlo.

La resolución que ordenó reconocer y pagar la indemnización sí es un acto administrativo en todo el sentido jurídico de expresión. Pero la sentencia de primera instancia fue más allá,

aduciendo que contra ella no se ejercieron en su momento los recursos de la vía gubernativa, negó las pretensiones y desvió el foco de la discusión hacia un acto administrativo que no es objeto del presente debate, llegando hasta el extremo de afirmar que la tutela no es de recibo cuando el peticionario ha dejado vencer los términos judiciales para el ejercicio de las acciones.

Tal argumento es aceptable frente a la Resolución 2222 de 1993 que reconoce la indemnización, pero completamente equivocado respecto del Concepto del origen de la lesión, emitido el 14 de febrero de 1989, que no es recurrible en la vía gubernativa, ni demandable ante lo contencioso.

III . CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala procederá a confirmar el fallo impugnado con base en lo siguiente:

La acción de tutela como mecanismo de protección contra la vulneración que exista frente a los derechos fundamentales, procede cuando no exista otro medio judicial ordinario por el cual se pueda proteger la vulneración al derecho, es decir, como un mecanismo subsidiario a falta de instrumentos legales ordinarios o, cuando existiendo otros mecanismos judiciales ordinarios, la tutela se interponga como "mecanismo transitorio" para evitar un perjuicio irremediable.

Revisada la actuación, encuentra la Sala que en el presente asunto es evidente que el mecanismo de la tutela no es el adecuado para acceder a las prestaciones solicitadas por el accionante. Este instrumento no puede ser utilizado de manera caprichosa por el ciudadano, ya que debe ceñirse a los lineamientos que establece el ordenamiento jurídico, y no utilizar el mecanismo constitucional para evadir el proceso ordinario que debe agotar quien se crea legitimado.

En el presente asunto el accionante pretende obtener un cambio en la calificación de las circunstancias en que sufrió las lesiones producto de un atentado terrorista en el año de 1988, queriendo con esto aumentar el monto de la indemnización que le reconoció el Ministerio de Defensa a través de la Resolución 2222 de 1993.

Frente a lo anterior, es evidente la improcedencia de la acción de tutela, ya que como bien lo manifestó el Tribunal de primera instancia, el ciudadano pudo en su momento agotar las vías procesales que le ofrecía el Decreto que se encontraba en vigencia (Decreto 1836 de 1979). En efecto, el Concepto que sirvió de fundamento a la Resolución 2222, donde se determinó que las lesiones ocurrieron durante el desempeño del cargo y por causa y razón del mismo, era controvertible, tal como se puede deducir del artículo 22 del Decreto 1836 de 1979: **Modificación de la calificación** según el cual: "*El ministerio de defensa y la dirección general de la Policía Nacional quedan facultados para modificar la calificación de las circunstancias en que se adquirió la lesión o afección cuando éstas sean contrarias a las pruebas allegadas*"; además, el accionante pudo interponer los recursos de la vía gubernativa cuando se profirió la Resolución 2222 de 1993, en la cual se le reconocía la indemnización, que estuvo fundamentada en el Concepto aludido. De manera que existiendo medio de defensa judicial la tutela resulta improcedente.

En cuanto a la violación alegada del derecho a la igualdad, las pruebas que obran en el expediente no permiten concluir tal situación, ya que, si bien es cierto las lesiones que se produjeron son producto del mismo atentado que se les hizo a los militares que perdieron la vida, el decreto 1836 de 1979, norma que se encontraba en vigencia para el momento del atentado, y que pretende el actor que se le aplique para calificar las circunstancias de sus lesiones, sólo es aplicable por acción directa del enemigo en tareas de mantenimiento o restablecimiento del orden público, circunstancia que en su caso, al parecer de la Policía, no se tipifica; aspecto que igualmente, debió controvertir mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Este tipo de situaciones han sido estudiadas a fondo por la Corte Constitucional así: "*El principio de igualdad genérico consagrado en el artículo 13 de la Constitución. Es objetivo y no formal; él se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales. Se*

supera así el concepto de la igualdad de la ley a partir de la generalidad abstracta, por el concepto de la generalidad concreta, que concluye con el principio según el cual no se permite regulación diferente de supuestos iguales y prescribe diferente normación a supuestos distintos. Con este concepto sólo se autoriza un trato diferente si está razonablemente justificado. "(Corte Constitucional Sentencia C - 221 de 1992).

Por último, advierte la Sala que el actor puede iniciar las acciones judiciales pertinentes contra el Oficio 3883 del abril 16 de 2004.

En mérito de lo expuesto, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley, la Sección Primera del Consejo de Estado.

FALLA

PRIMERO: CONFÍRMASE la providencia impugnada.

SEGUNDO: NOTIFIQUESE la presente decisión a las partes.

Por Secretaría, envíese copia de esta decisión al Tribunal de origen y, dentro del término de ley, envíese a la Corte Constitucional para que se surta la eventual revisión.

COPÍESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUÉSE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de 6 de agosto de 2004.}

CAMILO ARCINIEGAS ANDREDE
Presidente

OLGA INES NAVARRETE BARRERO

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA

GABRIEL E. MENDOZA MARTELO