

Sentencia T-872/12

(Bogotá, DC, octubre 26)

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-Caso de suboficial que solicita reconocimiento y pago de la pensión de invalidez acorde con el régimen especial de la fuerza pública

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Requisitos generales y especiales de procedibilidad

La Corte Constitucional ha admitido que la acción de tutela procede excepcionalmente contra sentencias judiciales. En este sentido, la sentencia C-590 de 2005 recogió la jurisprudencia constitucional sobre la materia e indicó las causales genéricas y específicas que debe analizar el juez constitucional al resolver una tutela contra providencia judicial. La procedencia de la acción de tutela contra sentencias judiciales se deriva de la constatación de todos los requisitos generales, y de al menos una de las causales específicas de procedibilidad; y no depende de la jerarquía del juez que expidió la providencia, pues incluso este amparo procede contra las sentencias proferidas por el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, contenciosa administrativa y disciplinaria.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Caso en que se le aplicó al actor que pertenece a las fuerzas militares la Ley 100 de 1993 dentro de un proceso de acción de nulidad y restablecimiento del derecho, norma inaplicable al caso

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Procedencia por vulneración del debido proceso en sentencia dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho al inaplicar la ley correspondiente al caso

PENSION DE INVALIDEZ EN REGIMEN ESPECIAL DE FUERZAS MILITARES-Orden a Tribunal Administrativo para dictar nuevo fallo que aplique la norma que se ajusta al caso concreto

Referencia: expedientes T-3.463.468

Fallos de tutela objeto revisión: sentencia del Consejo de Estado -Sección Quinta- del 23 de febrero de 2012, modificatoria de la sentencia del Consejo de Estado -Sección Cuarta- del 21 de julio de 2011.

Accionante: Juan Carlos Velásquez Rojas como apoderado de Álvaro de Jesús Cano Cartagena.

Accionado: El Juzgado 18 Administrativo de Bogotá y la Sección Segunda Subsección "D" del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Sala Segunda de Revisión: Mauricio González Cuervo, Luís Guillermo Guerrero Pérez y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Magistrado sustanciador: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.

I. ANTECEDENTES.

1. La demanda de tutela.1

1.1. Elementos y pretensión.

1.1.1. Derechos fundamentales invocados: acceso a la administración de justicia, debido proceso, seguridad social, mínimo vital e igualdad.

1.1.2. Conducta que causa la vulneración: la aplicación por parte de los jueces de primera y segunda instancia, en desarrollo de un proceso de acción de nulidad y restablecimiento del derecho, de una disposición jurídica que a juicio del accionante no es la aplicable al caso.

1.1.3. Pretensión: el accionante solicita al juez de tutela que dicte una sentencia de reemplazo en la cual se le reconozca la pensión de invalidez teniendo en cuenta lo dispuesto

en la Ley 923 de 2004, por considerar que es la disposición aplicable a su caso.

1.2. Fundamentos de la pretensión.

La interposición de la demanda de tutela surge de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, al cual lo preceden los siguientes hechos:

1.2.1. El suboficial Álvaro de Jesús Cano Cartagena, trabajó en el Ejército Nacional hasta el primero (1º) de diciembre de dos mil cuatro (2004), día en el cual fue retirado del servicio por incapacidad laboral.

1.2.2. El 19 de abril de 2005 la Junta Médico Laboral de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, mediante acta No. 7922 del 19 de abril de 2005, determinó que el actor tiene una incapacidad permanente parcial del 62.3% con una calificación de no apto, la cual se produjo en desarrollo del servicio y por acción directa del enemigo². Manifiesta el actor que el acta en mención estableció como fecha de estructuración el 19 de abril de 2005.

1.2.3. El suboficial Cano Cartagena solicitó al Ministerio de Defensa Nacional el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez acorde con el régimen especial de la fuerza pública. El Ministerio mediante resolución No. 4605 del 26 de diciembre de 2005 e invocando el artículo 38 del Decreto 1796 de 2000³ le negó el derecho, indicando que debía presentar una incapacidad parcial permanente igual o superior al 75%⁴.

1.2.4. El señor Cano Cartagena ante la negativa por parte del Ministerio para reconocerle la pensión de invalidez, interpuso recurso de reposición el cual fue rechazado mediante la resolución 1578 del 9 de junio de 2006.

1.2.5. Como consecuencia de esta decisión y al considerar vulnerados sus derechos fundamentales, el señor Cano Cartagena promovió acción de tutela, la cual fue seleccionada por la Corte Constitucional y culminó con la sentencia T-595 de 2007.

En esta oportunidad la Corte declaró improcedente la tutela, debido a que el actor no ejerció las acciones ordinarias para lograr obtener la protección de sus derechos fundamentales. Sin embargo, realizó dos aclaraciones importantes para el caso:

- En primer lugar, informa que la Corte se pronunció sobre la caducidad de la acción de

nulidad y restablecimiento del derecho⁵, frente a actos que niegan el reconocimiento de la pensión, teniendo en cuenta que el derecho de la pensión es imprescriptible e irrenunciable. Al respecto consideró la Corte que la caducidad de la acción recae sobre las mesadas dejadas de percibir, situación no le impide al peticionario acudir ante la administración nuevamente cuando crea que su derecho ha sido vulnerado y concluyó con:

“En consecuencia, la confirmación de la sentencia de segunda instancia, así como el hecho de haber caducado la acción contencioso administrativa, no impiden al actor acudir nuevamente ante la administración con el fin de obtener la solución a su problema pensional y, en caso de obtener una decisión negativa, buscar la protección de sus derechos ante la jurisdicción. Ello, se reitera, en consideración a que el derecho a la pensión es un derecho irrenunciable e imprescriptible”⁶.

- En segundo lugar, la Corte observó que el Ministerio de Defensa estaba exigiendo requisitos adicionales a los establecidos en las disposiciones que regulan la materia y, adicionalmente, que estaba desconociendo la aplicación de la Ley 923 de 2004, la cual establece en el artículo 6 que se hará de manera retroactiva a aquellas personas que hubiesen sufrido una incapacidad con posterioridad al 7 de agosto de 2002. Debido a esto la Corte previno a “la Institución demandada para que se abstenga de tomar decisiones que, como ésta, vulneran el debido proceso por desconocer el principio de legalidad y el principio de favorabilidad en la interpretación y aplicación de las normas laborales”⁷.

1.2.6. Como consecuencia de lo anterior, el día 28 de mayo de 2008 el señor Cano Cartagena solicitó nuevamente el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez. Sin embargo, el Ministerio de Defensa a través de oficio de fecha 23 de julio de 2008 negó la solicitud con el argumento que el poder otorgado al apoderado no cumplía con los requisitos de ley y por lo tanto no debía adelantarse ninguna actuación al respecto⁸.

1.2.7. Ante la situación descrita anteriormente, el accionante interpuso demanda de nulidad y restablecimiento del derecho con el fin de que se declarara nula la resolución 4605 del 26 de diciembre de 2005, la resolución 1578 del 9 de junio de 2006 y el oficio del 23 de julio de 2008. La litis fue resuelta de manera favorable a los intereses del accionante y mediante sentencia del 9 de junio de 2010 proferida por el Juzgado 18^o Administrativo de Bogotá, se ordenó declarar la nulidad de las mencionadas resoluciones; y dando aplicación a la Ley 100

de 1993 le ordenó al ministerio reconocerle y pagarle una pensión de invalidez equivalente al 45% de lo devengado en el año 2005 por un sargento segundo del ejército.

Esta decisión fue confirmada en segunda instancia por la Sección Segunda – Subsección “D” del Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante providencia del 17 de marzo de 2011.

1.2.8. El señor Álvaro de Jesús Cano Cartagena, interpuso acción de tutela a través de apoderado al considerar que dichas decisiones le vulneraron sus derechos fundamentales al acceso a la administración de justicia, al debido proceso, a la seguridad social, al mínimo vital y a la igualdad.

1.2.9. Finalmente, informa el accionante que le reconocieron y le pagaron la indemnización sustitutiva en cumplimiento a lo establecido en el artículo 181 del decreto 1211 de 1990 y el artículo 37 del decreto 1796 de 20009.

2. Respuesta de las entidades accionadas¹⁰.

2.1. El Juzgado 18 Administrativo de Bogotá – Sección Segunda, mediante oficio 1018 del 13 de julio de 2011, solicita que la acción de tutela sea negada de acuerdo con los siguientes argumentos¹¹:

2.1.1. En primer lugar, asegura que lo que pretende el actor es que se expida una nueva sentencia acorde con su perspectiva jurídica.

2.1.3. Finalmente el demandante realiza un informe sobre las diferentes etapas que fueron agotadas en desarrollo de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho para concluir que se cumplió con todas y cada una de las etapas procesales contempladas para este tipo de procesos y por lo tanto que no se incurrió en ninguna de las causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales.

2.2. La Magistrada de la Subsección D, Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante escrito de julio 13 de 2011, solicitó no acceder a las pretensiones del actor debido a lo siguiente¹²:

2.2.1 Si bien la Ley 923 de 2004 dispone que esta se debe aplicar a hechos ocurridos desde

el 7 de agosto de 2002, se evidencia que en el presente caso los hechos que generaron la pérdida de la capacidad laboral del actor sucedieron el 20 de mayo de 1997, es decir, mucho antes del 7 de agosto 2002, a pesar que la fecha de estructuración sea 19 de abril de 2005. Por tal razón considera que al señor Cano Cartagena no le es aplicable la Ley 923 de 2004.

2.2.2. Después de determinar que la Ley 923 de 2004 no era la disposición legal aplicable al caso, analizó lo dispuesto en el Decreto 094 de 1989 y en el Decreto 1796 de 2000 los cuales establecen que los militares podían acceder a la pensión de invalidez cuando la pérdida de la capacidad laboral era igual o superior al 75 %, por otra parte, la Ley 100 de 1993 determinó que a partir de perder el 50% de la capacidad laboral se consideraba una persona invalida y por lo tanto puede acceder a la pensión. Debido a lo anterior, y aplicando el principio de favorabilidad aplicó al caso la Ley 100 de 1993, al resultarle más benéfica al actor.

2.2.3. Concluye manifestando que la decisión tomada en desarrollo del proceso fue producto del análisis de las diferentes normas que regulan la materia. Por otra parte, considera que la sentencia objeto de reproche no incurrió en ninguno de los defectos de procedibilidad de la acción de tutela.

2.3. El Ministerio de Defensa guardo silencio.

3. Decisiones judiciales objeto de revisión:

3.1. El Consejo de Estado – Sección Cuarta, mediante providencia del 21 de julio de 2011. (Primera Instancia)¹³.

3.1.1. El juez constitucional negó las pretensiones del actor al considerar que los argumentos de éste van encaminados a reprochar la aplicación de las normas que realizaron los jueces de primera y de segunda instancia en desarrollo del proceso de acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Al respecto, considera que cuando la aplicación de las normas corresponde a criterios razonables y jurídicos, esto no implica una vulneración a los derechos fundamentales de los accionantes y por el contrario y en caso que se llegara a aceptar esta situación se estaría desconociendo la autonomía funcional del juez natural.

3.2. Impugnación¹⁴.

Mediante escrito del 25 de noviembre de 2011 la apoderada del señor Cano Cartagena apeló

la decisión manifestando que con el fallo proferido se evidencia el déficit de protección al que ha sido sometido el actor por parte del Estado Colombiano.

3.3 El Consejo de Estado- Sección Quinta, mediante providencia del 23 de febrero de 2012. (Segunda Instancia)¹⁵.

3.3.1. La Sección Quinta del Consejo de Estado declaró la improcedencia de la acción de tutela expresando que aceptar las pretensiones del tutelante implica desconocer los principios de independencia y autonomía de los jueces, el de seguridad jurídica y el de cosa juzgada, además que supone admitir que el juez de tutela puede reemplazar al juez natural.

II. CONSIDERACIONES.

1. Competencia.

La Corte Constitucional es competente para revisar la decisión judicial mencionada, con base en la Constitución Política -artículos 86 y 241.9- y lo desarrollado en el Decreto 2591 de 1991 -artículos 31 a 36-16.

2. Procedencia de la demanda de tutela.

2.1. Legitimación pasiva: El Juzgado 18 Administrativo de Bogotá y la Sección Segunda Subsección "D" del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, son autoridades públicas¹⁷.

2.2. Legitimación activa: La acción de tutela es interpuesta por el señor Juan Carlos Velásquez Rojas como apoderado del subintendente Álvaro de Jesús Cano Cartagena¹⁸. Lo anterior encuentra su fundamento constitucional en el artículo 8619 de la Carta, el cual establece que toda persona que considere que sus derechos fundamentales han sido vulnerados o se encuentran amenazados, podrá interponer acción de tutela en nombre propio o de un representante que actué en su nombre, el Decreto 2591 en el artículo 10 reitera lo anterior y establece que los poderes se presumirán auténticos.

3. Problema jurídico constitucional.

Corresponde a la Corte Constitucional determinar si en el proceso de acción de nulidad y

restablecimiento del derecho adelantado por el señor Álvaro de Jesús Cano Cartagena contra el Ministerio de Defensa, se presentó una vulneración al debido proceso por defecto material o sustantivo, al aplicarse a una persona que pertenece al régimen especial de las fuerzas militares la Ley 100 de 1993.

Para responder el problema planteado, se analizarán los siguientes temas: (i) Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales; (ii) el caso concreto

4. Procedencia excepcional de la Acción de Tutela contra providencias judiciales. Reiteración de jurisprudencia.

El artículo 86 de la Carta Política, establece que la acción de tutela es procedente contra cualquier autoridad pública cuando está haya vulnerado o amenace derechos fundamentales. En virtud de lo anterior, la Corte Constitucional ha admitido que la acción de tutela procede excepcionalmente contra sentencias judiciales. En este sentido, la sentencia C-590 de 2005 recogió la jurisprudencia constitucional sobre la materia e indicó las causales genéricas y específicas que debe analizar el juez constitucional al resolver una tutela contra providencia judicial.

Las causales genéricas son:

- a) “Que la cuestión que se discuta tenga una evidente relevancia constitucional; (...)
- b) Que se hayan agotado todos los medios de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable;(…)
- c) Que se cumpla con el requisito de la inmediatez; (...)
- d) Que, tratándose de una irregularidad procesal, quede claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora. (...)
- e) Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados, y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible;(…) y

f) Que no se trate de sentencias de tutela (...)”²⁰.

Una vez el juez constitucional ha analizado todos los requisitos y estos han sido superados de manera completa, procederá a estudiar las causales específicas de procedibilidad, que son los posibles defectos en los que pudo incurrir la sentencia que se ataca mediante acción de tutela. Estas causales son:

“a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales²¹ o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

e. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

f. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

g. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado²².

h. Violación directa de la Constitución”²³.

De lo anterior, se desprende que la procedencia de la acción de tutela contra sentencias judiciales se deriva de la constatación de todos los requisitos generales, y de al menos una de las causales específicas de procedibilidad; y no depende de la jerarquía del juez que expidió la providencia, pues incluso este amparo procede contra las sentencias proferidas por el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, contenciosa administrativa y disciplinaria²⁴.

4.2. Verificación del cumplimiento de cada uno de los requisitos genéricos.

4.2.1. En primer lugar, se trata de una cuestión de evidente relevancia constitucional, en tanto hace referencia a los derechos al debido proceso, seguridad social y al mínimo vital. Adicionalmente, lo que se pretende propugnar es la defensa de los intereses de una persona que se encuentra en situación de discapacidad, es decir, de una persona que es un sujeto de especial protección constitucional.

4.2.2. En segundo lugar, con la interposición de la acción de tutela el accionante pretende atacar las sentencias proferidas en primera y segunda instancia en desarrollo de un proceso de acción de nulidad y restablecimiento del derecho. La Sala observa que en el presente caso los mecanismos judiciales ordinarios fueron agotados, debido a esto, el actor no cuenta con otro medio judicial para solicitar la protección de sus derechos fundamentales.

4.2.3 En cuanto al requisito de inmediatez, la Sala observa que la sentencia de segunda instancia fue proferida el 17 de marzo de 2011 por la Sección Segunda - Subsección D del Tribunal Administrativo de Cundinamarca²⁵ y la acción de tutela fue interpuesta el 30 de junio de 2011, es decir dentro de un lapso razonable.

4.2.4. De otro lado, el presente caso no tiene que ver con una irregularidad procesal por lo que no es un punto que debe ser probado por el accionante.

4.2.5. También queda claro que la parte actora ha identificado de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados, y los cuales fueron alegados durante el proceso de acción de nulidad y restablecimiento.

4.2.6. Finalmente, resulta probado que la sentencia contra la que se dirige la acción de tutela, es un fallo emitido en el marco del proceso de acción de nulidad y restablecimiento.

4.3. El defecto sustantivo como causal de procedibilidad de la acción de tutela contra

providencias judiciales. Reiteración de jurisprudencia

4.3.1. El defecto sustantivo o material se da cuando el juez decide con base en normas inconstitucionales o inexistentes. Adicionalmente en la sentencia SU-817 de 2010 se hace mención a otros presupuestos que han sido desarrollados por la jurisprudencia constitucional, en los cuales se configura dicho defecto. Dichas hipótesis son las siguientes:

“(i) cuando la decisión cuestionada se funda en una norma indiscutiblemente inaplicable al caso concreto, (ii) cuando la decisión se fundamenta en normas inexistentes o inconstitucionales, (iii) cuando a pesar del amplio margen interpretativo que la Constitución le reconoce a las autoridades judiciales, la interpretación o aplicación que se hace de la norma en el caso concreto desconoce sentencias con efectos erga omnes que han definido su alcance, es contraevidente (interpretación contra legem) o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes (irrazonable o desproporcionada)²⁶, (iv) cuando la interpretación de la norma se hace sin tener en cuenta otras disposiciones aplicables al caso y que son necesarias para efectuar una interpretación sistemática, (v) cuando la norma aplicable al caso concreto es desatendida y por ende inaplicada o (v) cuando a pesar de que la norma en cuestión está vigente y es constitucional, no se adecua a la situación fáctica a la cual se aplicó²⁷”²⁸.

4.3.2. El principio de la autonomía e independencia judicial le permite al juez aplicar e interpretar las normas jurídicas que considere son las pertinentes para decidir el caso; sin embargo, esta facultad no se puede ejercer de manera arbitraria, por el contrario, encuentra límites en la Constitución, la ley, el respeto por los derechos fundamentales y los principios generales que rigen el ordenamiento jurídico.²⁹

5. Caso Concreto

5.1. La norma judicialmente aplicada y la configuración del defecto.

5.1.1. El suboficial Álvaro de Jesús Cano Cartagena, actuando a través de apoderado, interpuso acción de tutela contra el Juzgado 18 Administrativo de Bogotá y la Sección Segunda Subsección “D” del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, al considerar que en el desarrollo del proceso de acción de nulidad y restablecimiento del derecho le vulneraron los derechos fundamentales al acceso a la administración de justicia, debido proceso,

seguridad social, mínimo vital e igualdad, al aplicarle la Ley 100 de 1993 y no la Ley 923 de 2004.

5.1.2. El accionante considera que en su caso debe ser aplicada la Ley 923 de 2004: en primer lugar, porque hace parte de los miembros de la fuerza pública y por ende las disposiciones aplicables son las que rigen este régimen especial; en segundo lugar, debido a que los hechos que dieron origen a su discapacidad ocurrieron el 20 de mayo de 1997, la fecha de estructuración es del 19 de abril de 2005, es decir que se cumple con lo establecido en el artículo 6 de la mencionada ley el cual dispone que “el Gobierno Nacional deberá establecer el reconocimiento de las pensiones de invalidez y sobrevivencia originadas en hechos ocurridos en misión del servicio o en simple actividad desde el 7 de agosto de 2002”.

5.1.3. La Sala observa, que en el presente caso en efecto las partes accionadas no le dieron aplicación a la Ley 923 de 2004, al considerar que ésta sólo aplica para hechos ocurridos con posterioridad al 7 de agosto de 2002. Una vez determinaron que la ley en mención no era la disposición aplicable al caso, acudieron a los Decretos 094 de 1989 y 1796 de 2000, los cuales disponen que los militares tendrán derecho a la pensión de invalidez cuando la pérdida de la capacidad laboral sea igual o superior al 75%, es decir, que el señor Cano Cartagena tampoco cumplía con este requisito, pues su incapacidad es del 62.3%. Debido a esto, procedieron a analizar lo establecido en la Ley 100 de 1993, la cual regula el sistema general de pensiones y estipula que una persona puede adquirir el derecho a la pensión de invalidez cuando la pérdida de la capacidad laboral sea igual o superior al 50%. Los jueces consideraron que la Ley 100 de 1993 era la aplicable al caso al resultar más favorable a los intereses del señor Cano Cartagena.

5.1.4. Expuesto lo anterior, pasa a estudiar la Sala si el fallo del 9 de junio de 2010 emanado por el Juzgado 18 Administrativo de Bogotá y el del 17 de marzo de 2011 proferido por la Sección Segunda Subsección “D” del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, vulneraron el debido proceso al configurarse un defecto sustantivo, al decidir el proceso con base en una disposición legal inaplicable al caso concreto.

5.1.5. Como ya se explicó anteriormente la vulneración al debido proceso por defecto sustantivo se da principalmente cuando: (i) el operador judicial resuelve un caso basándose

en normas inconstitucionales o inexistentes o indiscutiblemente inaplicables al caso; (ii) la aplicación o interpretación desconoce sentencias con efecto erga omnes que definieron su alcance; (iii) no se tiene en cuenta el conjunto del ordenamiento jurídico aplicable y, por lo tanto, no se realiza una interpretación sistemática; (iv) la norma aplicable al caso es desatendida y en consecuencia inaplicada, entre otras hipótesis.

5.1.6. El artículo 217 constitucional establece que las fuerzas militares tendrán un régimen especial de carrera, disciplinario y prestacional que les es propio³¹, es decir, que estas materias serán reguladas de manera especial para los miembros de la fuerza pública y serán las únicas disposiciones aplicables. Así, la Sala considera que al suboficial Álvaro de Jesús Cano Cartagena se le deben aplicar las normas del régimen especial, al haber pertenecido al Ejército Nacional y estar reclamando una pensión de invalidez por hechos ocurridos durante el servicio.

5.1.7. En conclusión, los operadores judiciales al resolver la acción de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por el suboficial Álvaro de Jesús, resolvieron el caso basándose en lo dispuesto por la Ley 100 de 1993, norma que resulta indiscutiblemente inaplicable al caso concreto al ser este miembro de la fuerza pública y en consecuencia pertenecer al régimen especial.

5.2. La norma aplicable al caso concreto.

5.2.1. La Ley 923 de 2014, en el artículo 6, dispone:

“El Gobierno Nacional deberá establecer el reconocimiento de las pensiones de invalidez y sobrevivencia originadas en hechos ocurridos en misión del servicio o en simple actividad desde el 7 de agosto de 2002, de acuerdo con los requisitos y condiciones de la presente ley”.

5.2.2. Si bien, los hechos que generaron la incapacidad del actor ocurrieron mucho antes del 7 de agosto de 2002, la fecha de estructuración es del 19 de abril de 2005, es decir posterior a dicho término, siendo ésta la llamada a tenerse en cuenta al momento de conceder el derecho pensional, debido a que una persona es considerada invalida a partir de que se estructura la pérdida de la capacidad laboral y no antes. En consecuencia la Ley 923 de 2004 es la aplicable al presente caso.

5.2.3. La Ley 923 de 2004 fue reglamentada mediante Decreto 4433 del mismo año, el cual fijó el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública. Este Decreto, en el artículo 3232 que versa sobre el “reconocimiento y liquidación de la incapacidad permanente parcial en combate o actos meritorios del servicio”, establece que un miembro de las fuerzas militares tendrá derecho a la pensión de invalidez a partir de la fecha del retiro, cuando tenga una incapacidad permanente parcial igual o superior al 50% e inferior 75%, ocurrida entre otras circunstancias por acción directa del enemigo.

5.2.4. En el caso que nos ocupa se evidencia que el actor tiene una incapacidad permanente parcial del 62.3% con calificación de no apto, la cual se produjo en desarrollo del servicio y por acción directa del enemigo³³. La situación descrita evidencia que se encuadra dentro de lo establecido en el artículo 32 del decreto 4433 de 2004, que como ya se explicó, es la norma aplicable al presente caso.

5.2.5. Por otra parte, la Sala evidencia que al accionante le reconocieron y le pagaron una indemnización con ocasión del retiro³⁴; debido a lo anterior, la Sala facultará al Ministerio de Defensa Nacional para que descuente de la mesada pensional el valor indexado de dicha indemnización. En todo caso, los descuentos que realice la entidad no pueden hacerse de forma tal que afecten el mínimo vital del actor y de su familia; así, deberá procurarse un acuerdo entre la entidad y el señor Cano Cartagena.

5.2.6. Por lo expuesto anteriormente, la Sala procederá a revocar el fallo del 21 de julio de 2011 proferido por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, que declaró la improcedencia de la acción de tutela; y ordenará al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda de la Subsección D, que en el término de cinco (5) días hábiles a partir de la notificación de esta sentencia, proceda a proferir una nueva sentencia teniendo en cuenta lo expuesto en esta providencia.

6. Razón de la decisión.

6.1. Síntesis del caso.

El fallo del 17 de marzo de 2011 proferido por la Sección Segunda Subsección “D” del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, vulneró el derecho al debido proceso del actor, al incurrir en defecto sustantivo como resultado de inaplicar al caso concreto la Ley 923 de

2004 y el Decreto 4433 del mismo año, disposiciones que contienen el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.

La inaplicación de la norma indiscutiblemente regulatoria de un determinado supuesto de hecho en una providencia judicial, determinante del desconocimiento de un derecho fundamental, configura un defecto fáctico que habilita la protección constitucional contra el fallo en cuestión.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la providencia dictada el 23 de febrero de 2012 del Consejo de Estado- Sección Quinta que declaró improcedente la pretensión de tutela y en su lugar, CONCEDER el amparo del derecho fundamental al debido proceso del señor Álvaro de Jesús Cano Cartagena.

SEGUNDO.- ORDENAR al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda de la Subsección D que, en el término de cinco (5) días hábiles a partir de la notificación de esta sentencia, proceda a proferir un nuevo fallo teniendo en cuenta lo expuesto en esta providencia.

TERCERO.- FACULTAR al Ministerio de Defensa Nacional para que descuente de la mesada pensional el valor indexado de dicha indemnización, advirtiendo que los descuentos que realice no podrán afectar el mínimo vital del actor y de su familia.

CUARTO.- LÍBRESE por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado Ponente

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ GABRIEL E. MENDOZA MARTELO

Magistrado

Magistrado

Ausente en comisión

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Acción de tutela presentada el 30 de junio de de 2011 por el señor Juan Carlos Velásquez Rojas como apoderado del señor Álvaro de Jesús Cano Cartagena (folios 1 al 14 del cuaderno No.1).

2 Manifestación del accionante en los hechos de la demanda. (Folio 2 del cuaderno 1).

3 Cfr. Decreto 1796 de 2000. Diario Oficial No. 443141 del 14 de septiembre de 2000 “Por el cual se regula la evaluación de la capacidad sicofísica 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”. Artículo 38: “Cuando mediante Junta Médico-Laboral o Tribunal Medico-Laboral de Revisión Militar y de Policía, haya sido determinada una disminución de la capacidad laboral igual o superior al 75%, ocurrida durante el servicio, el personal a que se refiere el presente artículo, tendrá derecho, (...), a una pensión mensual (...)”

4 Manifestación del accionante en el hecho 8 y 9 de la demanda. (Folio 2 y 3 del cuaderno 1)

5 Sentencia C-108 de 1994

6 Sentencia T-595 de 2007.

7 Ibidem

8 Manifestación del accionante en el hecho 12 y 13 de la demanda. (Folio 3 y 4 del cuaderno 1).

9 Manifestación del accionante en el hecho 4 de la demanda. (Folio 2 del cuaderno 1)

10 El Consejo de Estado - Sección Cuarta- mediante oficio del 30 de junio de 2011, admitió la acción de tutela y vinculó al Ministerio de Defensa al ser un tercero interesado, al Juzgado 18 Administrativo de Bogotá le solicitó allegar copia de las sentencias de primera y segunda instancia y ordenó remitir copia de la acción de tutela a los accionados para que ejerzan su derecho de defensa. (folio 18 y 19 del cuaderno No. 1)

11 Respuesta del Juzgado 18 Administrativo de Bogotá - Sección Segunda (Folio 29 al 33 del cuaderno No. 1).

12 Respuesta de la Magistrada de la Subsección D, Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca (Folio 49 al 54 del cuaderno No. 1).

13 Sentencia (Folios 80 a 92 del cuaderno No.1.)

14 Impugnación (Folio 98 del cuaderno No.1.)

15 Sentencia (Folios 108 a 118 del cuaderno No.1.)

16 En Auto del trece (13) de julio de 2012 de la Sala de Selección de tutela No 7 de la Corte Constitucional, dispuso la revisión de la providencia en cuestión y se procedió a su reparto.

17 Constitución Política de Colombia, Artículo 86.

18 Acción de tutela (Folios 1 al 14 del cuaderno No.1.)

19 Constitución Política, Artículo 86 “toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”

20 C-590 de 2005

21 Sentencia T-522/01

22 Cfr. Sentencias T-462/03; SU-1184/01; T-1625/00 y T-1031/01.

23 C-590 de 2005.

24 Ver entre otras las sentencias T-838 de 2007, T-341 de 2008, T-186 de 2009 y T-109 de 2009, en las que la Corte concedió el amparo contra providencias judiciales en firme que, con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado, y desconociendo los precedentes constitucionales, negaron la nulidad de actos administrativos que sin motivación alguna desvincularon a funcionarios provisionales que ocupaban cargos de carrera.

25 Copia de la Sentencia proferida por la Sección Segunda - subsección D del Tribunal Administrativo de Cundinamarca del 17 de marzo de 2011. (folio 58 a 74 del cuaderno No. 1).

26 Sentencia T-462 de 2003.

27 Sentencias T-765 de 1998, T-001 de 1999, SU-159 de 2002, T-244 de 2007, T-092 de febrero de 2008 y T-310 de 2009.

28 Sentencia SU-817 de 2010.

29 Sentencia T-360 de 2011.

30 Sentencia T-638 de 2011.

31 Constitución Política, artículo 217. "La Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea.

Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional.

La Ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y

disciplinario, que les es propio”.

32 Decreto 4433 de 2004. Artículo 32. “Reconocimiento y liquidación de la incapacidad permanente parcial en combate o actos meritorios del servicio. El personal de Oficiales, Suboficiales y Soldados de las Fuerzas Militares, y de Oficiales, Suboficiales, Miembros del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, que adquieran una incapacidad permanente parcial igual o superior al cincuenta por ciento (50%) e inferior al setenta y cinco por ciento (75%) ocurrida en combate, o actos meritorios del servicio, o por acción directa del enemigo, o en tareas de mantenimiento o restablecimiento del orden público o en conflicto internacional, o en accidente ocurrido durante la ejecución de un acto propio del servicio, tendrá derecho a partir de la fecha del retiro o del vencimiento de los tres meses de alta cuando se compute como tiempo de servicio y mientras subsista la incapacidad a que el Tesoro Público les pague una pensión mensual, que será reconocida por el Ministerio de Defensa Nacional o por la Dirección General de la Policía Nacional, según el caso, equivalente al cincuenta por ciento (50%) de las partidas dispuestas en el presente decreto, siempre y cuando exista declaración médica de no aptitud para el servicio y no tenga derecho a la asignación de retiro”. Subrayado por fuera de texto.

33 En desarrollo del proceso de acción de nulidad y restablecimiento del derecho quedó demostrado mediante el Acta de la Juanta Médica Laboral No. 7922 del 19 de abril de 2005 expedida por la Dirección de Sanidad de las Fuerzas Militares de Colombia que el actor tiene una pérdida de la capacidad laboral del 62.3% ocurrida por acción directa del enemigo. (Folio 37, 42 y 71 del cuaderno 1).

34 Manifestación del accionante en el hecho 4 de la demanda. (Folio 2 del cuaderno 1)