

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



*Ref.: Acción de nulidad y restablecimiento. Sentencia. Modificación de línea horizontal. Reconocimiento y pago del 20% del salario por ser soldado profesional al 1º de diciembre de 2000. Cumplimiento de fallo de tutela de la Sección Primera del Consejo de Estado. Rectificación de línea.*

Yopal, doce (12) de febrero de dos mil quince (2015).

Radicado: 850013331002-2013-00008-01  
 Demandante: JOSÉ EFRAÍN BOTACHE TAPIERO  
 Demandado: NACIÓN -MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO

Medio de control de nulidad y restablecimiento

Magistrado ponente: HÉCTOR ALONSO ÁNGEL ÁNGEL

**ASUNTO POR RESOLVER**

Se profiere sentencia de segunda instancia en el ordinario de nulidad y restablecimiento del derecho de la referencia, en cumplimiento de la sentencia de tutela núm. 11001-03-15-000-2014-02434-00 proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado el 13 de noviembre de 2014, que dejó sin efectos la sentencia del 14 de agosto de 2014 proferida por esta Corporación y ordenó emitir nuevo pronunciamiento teniendo en cuenta los lineamientos expuestos en la parte motiva de dicho fallo (ff. 2 al 10, c.3º). Se busca el reajuste salarial y prestacional (equivalente al 20% del básico) de un exsoldado profesional del Ejército que actualmente goza de asignación de retiro. La entidad demandada apeló la sentencia estimatoria.

**HECHOS RELEVANTES**

El señor José Efraín Botache Tapiero se vinculó al Ejército Nacional como soldado regular el 3 de julio de 1987, posteriormente como soldado voluntario a partir del 1º de marzo de 1989 hasta el 30 de junio de 2008 cuando fue retirado con derecho a asignación de retiro (fol. 33).

Indicó que se desempeñó como soldado profesional desde el 1º de noviembre de 2003 implicando una desmejora salarial del 20%, toda vez que de devengar \$531.200 pasó a ganar un sueldo básico de \$465.800.

Narró que mientras estuvo en el servicio no pudo presentar ninguna reclamación por el temor a ser retirado y solo hasta su retiro definitivo pudo elevar la respectiva reclamación.

### ASUNTO LITIGIOSO

Se discuten el reconocimiento del reajuste salarial y prestacional de un exsoldado voluntario con asignación de retiro.

Según el demandante, tiene derecho al reajuste solicitado toda vez que cuando pasó a ser soldado profesional su salario se vio disminuido en un 20%.

Para la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército no tiene derecho al reajuste acorde con el régimen especial de la Fuerza Pública, previsto en el Decreto 1794 de 2000, pues allí se consagraron a favor del demandante prestaciones que no tenía como soldado voluntario y no pueden mezclarse los contenidos de la Ley 131 de 1985 y su Decreto Reglamentario 370 de 1991 con lo previsto en los Decretos 1793 y 1794 de 2000.

### DECISIÓN RECURRIDA

El juez primero administrativo de Yopal profirió sentencia estimatoria el 5 de diciembre de 2013 por las razones que se exponen a continuación:

Sostuvo que en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000 al demandante le asistía derecho a una asignación mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60% por encontrarse vinculado como soldado de acuerdo a la Ley 131 de 1985 y, en consecuencia, la asignación mensual y prestaciones sociales que devengó desde el 1 de noviembre de 2003 hasta la fecha de su retiro deben ser reajustadas con el aumento en un 20%.

Por lo anterior, declaró la nulidad de los actos acusados y condenó a la demandada a liquidar y pagar al demandante las diferencias salariales y prestacionales que resulten de la aplicación del inciso final del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000; esto es, como se expresó anteriormente, 1 SMMLV incrementado en un 60%, en los periodos comprendidos desde el 6 de marzo de 2008<sup>1</sup> hasta el 30 de junio de 2008, fechas a las que se llegó luego de declarar la prescripción cuatrienal de las diferencias salariales prestacionales

---

<sup>1</sup> En virtud de la prescripción cuatrienal que decretó.

causadas que sean anteriores al 6 de marzo de 2008 (Art. 174 del Decreto 1211 de 1990) (fl. 136 c. 1).

Indicó que: i) el régimen salarial y prestacional de estos servidores públicos le corresponde fijarlo al Congreso (art. 189 numeral 11 C.P.), ii) el presidente de la República puede, en ejercicio de la facultad reglamentaria, expedir decretos reglamentarios de leyes marco o cuadro para fijar las dotaciones y emolumentos de los servidores públicos (art. 189 numeral 11 C.P.), y iii) conforme a la Ley 4 de 1992, se reiteró la competencia del Gobierno Nacional para fijar el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos sin desmejorar los mismos y respetando los derechos adquiridos y los regímenes especiales.

### FUNDAMENTOS DEL RECURSO

La entidad accionada (ff. 143 - 151, c.1). Solicitó revocar la sentencia apelada, en dicho memorial se transcribió en gran parte la contestación de la demanda.

Allí se argumentó que a los soldados voluntarios les fueron mejoradas las condiciones prestacionales, quedando cobijados con los mismos beneficios de los soldados profesionales, que con el nuevo régimen los soldados tienen derecho a devengar prestaciones sociales, además, empezaron a recibir subsidio familiar, de vivienda, acceso parcial a los beneficios de las cajas de compensación, devengan ahora prima de antigüedad y navidad.

Señaló que en aplicación del principio de igualdad y de confianza legítima no es dable al a quo mezclar el contenido de la Ley 131 de 1985 y su Decreto reglamentario 370 de 1991, con el de los Decretos 1793 y 1794 de 2000 a fin de favorecer al demandante.

### ACTIVIDAD PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

El expediente arribó al despacho del sustanciador el 19 de marzo de 2014; el día siguiente se admitió el recurso (f.3, c. 2º), sin novedades; el 3 de abril de 2014 se abrió etapa de alegaciones en la cual concurrieron las partes (ff. 9 y 57, c. 2º); el Ministerio Público no emitió concepto y el asunto entró en turno para fallo el 27 de mayo de 2014 (f. 65, c.3).

Se profirió fallo de segunda instancia el 14 de agosto de 2014 siendo notificado a las partes, según certificación de la Secretaría, el 18 de agosto de esa anualidad (f. 81, c.2º), contra la anterior decisión el actor presentó Acción de Tutela ante el Consejo de Estado la cual le correspondió por reparto a la doctora María Claudia Rojas Lasso quien mediante fallo del 13 de noviembre

de 2014 decretó la nulidad de la sentencia del 14 de agosto de 2014 y ordenó a este Tribunal proferir nuevo fallo siguiendo los lineamientos señalados por ella en este asunto.

Resumen de los alegatos. *Parte actora* (fol. 9 c.2). Solicitó confirmar la sentencia apelada pues a su juicio es una condena justa y acorde a la normatividad legal aplicable.

Indicó que se acreditó la vinculación del demandante con el Ejército Nacional por más de 20 años y conforme al artículo 1° del Decreto 1794 de 2000 el salario por devengar es un SMMLV incrementado en un 60% y no el 40% de incremento que recibió durante su vida militar desde el 1° de noviembre de 2003. Apoyó sus argumentos en pronunciamiento del Consejo de Estado en sede de tutela<sup>2</sup> y de otras corporaciones<sup>3</sup> en las que se analizó el tema objeto de litigio.

*Entidad Accionada* (f. 57, c. 2°). Reprodujo los argumentos de la apelación, agregó transcripciones de precedentes de otras corporaciones<sup>4</sup> y juzgados de la jurisdicción contenciosa administrativa en las que en casos similares se han negado las pretensiones.

Concluyó que en aplicación de los principios de igualdad y confianza legítima no pueden mezclarse los contenidos de la Ley 131 de 1985 y su Decreto Reglamentario 370 de 1991 con lo previsto en los Decretos 1793 y 1794 de 2000 para favorecer al demandante porque se viola el principio de inescindibilidad de las normas; luego al demandante trasladarse a la categoría de soldado profesional optó por el régimen salarial y prestacional previsto para dichos servidores en los Decretos 1793 y 1794 de 2000 lo cual hizo voluntariamente y a ellos debe acogerse.

### CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

*Examen procesal.* Examinado el ritual según lo ordenado en el art. 132 del C. G. del P, en armonía con los arts. 207 de la Ley 1437 y 29 de la Carta, se

---

<sup>2</sup> Sentencia del 17 de octubre de 2013, radicado 110010315000-2012-01189-01, ponente Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

<sup>3</sup> Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sentencia del 31 de mayo de 2012, sin más datos; sentencia del 14 de junio de 2012, ponente Luis Ernesto Arciniegas; sentencia del 18 de marzo de 2013, radicado 2011-00191-01, ponente Luceny Rojas Conde; sentencia del 21 de febrero de 2013, radicado 2011-0015, ponente Luis Alberto Álvarez; sentencia del 4 de abril de 2013, radicado 110013331018-2011-00435-01, ponente Yolanda García de Carvajalino.

<sup>4</sup> Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, sentencia del 30 de mayo de 2012, radicado 2010-00495-01, ponente José María Armenta Fuentes; sentencia del 17 de mayo de 2012, radicado 2011-00152, ponente Amparo Oviedo Pinto.

ha encontrado acorde al ordenamiento procesal. La competencia es privativa del Tribunal para desatar la segunda instancia de un fallo que proviene de un juzgado de su Distrito. Y es por orden, mediante tutela, del superior funcional que se profiere nuevo fallo en el sub lite.

### *Alcance de la apelación.*

Puesto que la sentencia de primer grado estimó las pretensiones, la censura de la demandada propone la revocatoria total, para que en su lugar se denieguen las pretensiones. La Sala decide con el pleno control del litigio.

### *Medios y hechos relevantes probados:*

Según la demanda, el señor José Efraín Botache se vinculó como soldado regular el 3 de julio de 1987, posteriormente como soldado voluntario a partir del 1º de marzo de 1989 y luego como soldado profesional desde el 1º de noviembre de 2003 hasta cuando fue retirado con derecho a asignación de retiro (f. 33 vto.).

El 6 de marzo de 2012 solicitó el pago del reajuste del 20% en sus salarios y prestaciones sociales, deducidos desde noviembre de 2003 (ff. 2 a 5, c. 1º); petición negada a través del oficio núm. 20125660356461 toda vez que al ser reincorporado como soldado profesional no pueden ser cancelados haberes que no se consagran para dichos servidores en el Decreto 1794/2000 (ff. 7, c. 1).

La anterior decisión fue recurrida (ff. 9 y 10, c.1º) y a través del Oficio 20125660417391 MDN-CGFM-CE-JEDEH-DIPER-NOM-DP del 26 de abril de 2012, se resolvió el recurso de reposición sin acceder a lo pedido (f. 8, c. 1º).

La tesis que ha mantenido esta Corporación en la línea reiterativa en estos procesos donde se solicita el reconocimiento y pago del 20% del reajuste del salario de los soldados voluntarios que pasaron a ser profesionales a partir del 1º de noviembre de 2003 era, en términos generales: *“que los soldados voluntarios que se acogieron al régimen de los soldados profesionales a partir del 1º de noviembre de 2003, no tenían derecho a la acumulación del monto de la bonificación preexistente con las nuevas garantías de una verdadera relación laboral”*, para llegar a eso se tomaron dos problemas jurídicos de fondo, así:

“(…)

4.1.1 Tesis. Sí, porque no existe derecho subjetivo a la permanencia de un determinado sistema de remuneración, de manera que puede ser variado sin

*menoscabo de los derechos ya adquiridos, esto es, incorporados al patrimonio del servidor público y siempre que no constituyan regresión respecto de los beneficios laborales introducidos por el ordenamiento.*

*4.1.2 Las personas que sirven al Estado en virtud de relación legal y reglamentaria no pactan condiciones de remuneración; las fija unilateralmente el Gobierno, en virtud de la competencia compartida que consagra el art. 150, numeral 19 literal "e" de la Carta<sup>5</sup>. Por ello, en rigor, no existe un derecho subjetivo a la intangibilidad de un sistema de remuneración (salarios o prestaciones), pues el Estado puede introducir variaciones pro futuro, sin afectar los derechos adquiridos, esto es, el reconocimiento y pago de los que ya han sido efectivamente causados e incorporados al patrimonio del trabajador<sup>6</sup>.*

*4.1.3 No obstante, esa facultad de modificación no es absoluta; además del respeto a las situaciones administrativas consolidadas y, en algunos casos definidos expresamente por la ley, de la inmutabilidad transitoria de expectativas legítimas objeto de especial protección, la relativa libertad de configuración normativa está restringida por los lineamientos que fijen la respectiva ley marco o los decretos ley, o se disponga desde la Carta o el bloque de constitucionalidad; igualmente, por principios derivados de la art. 53 Superior, tales como el de progresividad y el de condición más beneficiosa cuando surjan "fronteras porosas" entre los preceptos que puedan aplicarse.*

*(...)"*

*4.1.5 Lo que se indica en precedencia presupone que los sistemas de remuneración que se pretenda comparar sean simétricos, esto es, de naturaleza jurídica semejante; además, que se tomen en consideración todos los elementos que los integran para inferir razonadamente si el nuevo erosiona efectivamente el núcleo esencial de las garantías ya consagradas en el ordenamiento.*

*Por ello no basta confrontar aisladamente alguno de los factores o emolumentos de servicio para inferir regresividad; menos, centrar la atención exclusivamente en la contraprestación básica que se obtuviera en un modelo de*

---

<sup>5</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-402 de 2013, ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. Aunque se refiere a servidores territoriales, reitera el alcance de la facultad del Gobierno de reglamentar *leyes marco* y los efectos de los decretos. Similar enfoque puede verse en CONSEJO DE ESTADO, SECCION SEGUNDA, SUBSECCION "B", C.P.: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, sentencia del 15 de septiembre de 2011, Radicación número: 20001-23-31-000-2010-00046-02(1078-11).

<sup>6</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-258/13, ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, acerca de la intangibilidad relativa de los derechos adquiridos y la ponderación entre restricciones a los fundamentales y la sostenibilidad fiscal. Otros matices de similar razonamiento pueden verse en las sentencias SU130-13, ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-329/12, ponente: María Victoria Calle Correa y C-177/05, ponente: Manuel José Cepeda Espinosa, sentencia del 01 de marzo de 2005. Las tres últimas acerca de *pensiones*, modificación del régimen de expectativas sin desbordar principios de razonabilidad y proporcionalidad y respeto a los derechos adquiridos.

*vinculación no laboral, con la que sirva de punto de partida de otro más complejo, de verdadero vínculo laboral, acompañado de las prestaciones asistenciales, económicas y demás beneficios propios de los trabajadores dependientes.*

*4.1.6 El marco abstracto que precede orientará las inferencias que deban hacerse al comparar el modelo normativo de soldados voluntarios, excluidos en su época del reconocimiento de vínculo laboral efectivo, con el de soldados profesionales, para quienes la progresividad del ordenamiento extendió un régimen ampliado de emolumentos de servicio, a partir de su reconocimiento como servidores públicos sometidos a una situación administrativa legal y reglamentaria, intermedia entre la simple conscripción (cumplimiento de un deber constitucional) y la carrera militar propiamente dicha.*

*Esto es, la Sala no se someterá a la escueta comparación entre la bonificación de 1,6 SMLMV (soldado voluntario) y 1,4 SMLMV (soldado profesional), pues semejante reducción ofrecería una respuesta obvia, que desconocería la ponderación integral de los sistemas de remuneración de las dos formas de vinculación.*

*4.2 PJ2. Se trata de dilucidar si el soldado voluntario incorporado al régimen prestacional y salarial propio de los soldados profesionales en virtud del Decreto 1794 de 2000, tiene derecho a conservar la bonificación del 60% del SMLMV que devengaba conforme a la legislación preexistente, junto con las garantías ofrecidas por el nuevo régimen.*

*4.2.1 Tesis del Tribunal: No y así se reitera. Ante la ausencia de sentencia de unificación sobre el tema, este Tribunal considera que los soldados voluntarios que se acogieron al régimen de los soldados profesionales, a partir del 1° de noviembre de 2003, no tenían derecho a la acumulación del monto de la bonificación preexistente con las nuevas garantías de una verdadera relación laboral, pues el modelo que entonces se introdujo no desmejoró objetivamente su remuneración, integralmente comparados los dos regímenes.*

*4.2.2 Precedente horizontal y su postulado teórico. En la sentencia que abrió línea en torno a este problema jurídico se indicó:*

*“2.1.- Marco normativo – transición de soldados voluntarios a profesionales – régimen salarial aplicable*

*La Ley 131 de 1985 por medio de la cual “se dictan normas sobre servicio militar voluntario”, instituyó el servicio militar voluntario para aquellos soldados que habiendo prestado el servicio militar obligatorio, hubieren manifestado el deseo de continuar en la institución de manera voluntaria y hayan sido aceptados.*

*El artículo 4 de la ley en comento consagró para ellos una contraprestación denominada bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un 60% de la misma, en estos términos:*

*“ARTÍCULO 4o. El que preste el servicio militar voluntario devengará una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un sesenta por ciento (60%) del mismo salario, el cual no podrá sobrepasar los haberes correspondientes a un Cabo Segundo, Marinero o Suboficial Técnico Cuarto.”*

*Para el año 2000, el Decreto Ley 1793, por medio del cual se estableció el régimen de carrera y estatuto personal de los soldados profesionales de las fuerzas militares, integró como soldados profesionales a quienes antes del 31 de diciembre de 2000 venían prestando el servicio militar voluntario definido en la Ley 131 de 1985.*

*A su turno, su artículo 38 (Decreto Ley 1793 de 2000) dispuso que:*

*“ARTÍCULO 38. REGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL. El Gobierno Nacional expedirá los regímenes salarial y prestacional del soldado profesional, con base en lo dispuesto por la Ley 4 de 1992, sin desmejorar los derechos adquiridos.”*

*Efectivamente, el Gobierno, en desarrollo de las normas contenidas en la Ley 4 de 1992, expidió el Decreto 1794 de 2000, por medio del cual estableció el régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales de las Fuerzas Militares. En su artículo 1 dispuso:*

*“ARTICULO 1. ASIGNACION SALARIAL MENSUAL. Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario.*

*Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo del artículo siguiente, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%).*  
*(Subrayado fuera de texto).*

*El párrafo del artículo siguiente a que se refiere la norma transcrita, es decir, el párrafo del artículo 2 del Decreto 1794 de 2000 es del siguiente tenor:*

*“PARÁGRAFO. Los soldados vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, que expresen su intención de incorporarse como soldados profesionales y sean aprobados por los*

*comandantes de fuerza, serán incorporados el 1 de enero de 2001, con la antigüedad que certifique cada fuerza, expresada en número de meses. A estos soldados les será aplicable íntegramente lo dispuesto en este decreto, respetando el porcentaje de la prima de antigüedad que tuviere al momento de la incorporación al nuevo régimen.”*

## **2.2.- De los derechos adquiridos y la prohibición de rebajar salarios**

*Desde la Constitución de 1886 (artículo 30) están garantizados en Colombia los derechos adquiridos, dentro de los cuales se encuentran por supuesto los salarios y prestaciones sociales adquiridos legítimamente con fundamento en el ordenamiento jurídico vigente en el momento en que se causaron. Tal principio fue reiterado en la Constitución de 1991 en su artículo 58.*

*En materia de salarios y prestaciones sociales, además existe el principio de progresividad, según el cual, debe haber un mejoramiento progresivo y no una disminución real o nominal de los salarios y prestaciones, si se tiene en cuenta que el artículo 53 de la Constitución, para proteger el trabajo y al trabajador dispuso que el Congreso de la República debía expedir un estatuto que contuviera entre otros los siguientes principios fundamentales:*

- a) Igualdad de oportunidades para los trabajadores.*
- b) Remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo.*
- c) Estabilidad en el empleo.*
- d) Irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales.*
- e) Facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles.*
- f) Situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho;*
- g) Primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.*
- h) Garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario.*
- i) Protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.*
- j) El derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.*

*Así mismo previó que la ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.*

*Y por si fuera poco, la misma disposición estableció que los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.*

*Es cierto que el estatuto del trabajo aún no ha sido expedido por el Congreso pero ello no significa que los principios contenidos en el artículo 53 no sean aplicables de manera directa.*

*La Corte Constitucional se ha referido ininidad de veces a los derechos adquiridos, a su concepto, a su diferenciación con las expectativas de derecho, etc. Una síntesis sobre esta materia se encuentra en la sentencia C-177 de 2005, la cual se considera relevante para el caso por haberse referido en muchas de sus páginas a asuntos relacionados con materia laboral. De esa sentencia consideramos necesario traer a colación los siguientes conceptos:*

*“La Corte ha dicho que la noción de derecho adquirido estriba en las relaciones de derecho que producen los hechos legalmente consumados, como que aquellos hacen parte de nuestro patrimonio. Agrega que los derechos adquiridos quedan comprendidos en la idea de propiedad, considerada en toda su amplitud y en todas sus manifestaciones. (Sentencia del 2 de marzo del año 1918).”*  
(...)

*“Como se puede apreciar, la jurisprudencia al igual que la doctrina, distingue los derechos adquiridos de las simples expectativas, y coinciden ambas en afirmar que los primeros son intangibles y por tanto, el legislador al expedir la ley nueva no los puede lesionar o desconocer. No sucede lo mismo con las denominadas “expectativas”, pues como su nombre lo indica, son apenas aquellas probabilidades o esperanzas que se tienen de obtener algún día un derecho; en consecuencia, pueden ser modificadas discrecionalmente por el legislador.*

*Nuestro Estatuto Superior protege expresamente, en el artículo 58, los derechos adquiridos y prohíbe al legislador expedir leyes que los vulneren o desconozcan, dejando por fuera de esa cobertura a las llamadas expectativas, cuya regulación compete al legislador, conforme a los parámetros de equidad y justicia que le ha trazado el propio Constituyente para el cumplimiento de su función.”*

*Con posterioridad, la misma Corporación se ha referido también a esta materia. Así por ejemplo, en sentencia C-983 de 2010 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, dijo:*

*“Esta Corte ha establecido que configuran derechos adquiridos*

*“...las situaciones jurídicas individuales que han quedado definidas y consolidadas bajo el imperio de una ley y que, en tal virtud, se entienden incorporadas válida y definitivamente o pertenecen al patrimonio de una persona.” De manera que “la Constitución prohíbe el desconocimiento o modificación de las situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de una ley, con ocasión de la expedición de nuevas regulaciones legales.”*

*En otra sentencia<sup>7</sup>, la misma corporación señaló que:*

*“De este modo se construye el principio de la irretroactividad de la ley, es decir, que la nueva ley no tiene la virtud de regular o afectar las situaciones jurídicas del pasado que han quedado debidamente consolidadas, y que resultan intangibles e incólumes frente a aquélla, cuando ante una determinada situación de hecho se han operado o realizado plenamente los efectos jurídicos de las normas en ese momento vigentes”<sup>1331</sup>(Subrayado fuera de texto)”, y esto fue reiterado en sentencia C-177 de 2005.*

*Así las cosas, con fundamento en la teoría de los derechos adquiridos, irretroactividad de la ley y en el de la progresividad en material salarial y prestacional, debemos concluir a título de regla general que no es posible rebajar los salarios y prestaciones sociales de los trabajadores.*

*(...)*

*2.3.4.- Aparentemente hay una disminución de los emolumentos laborales que recibía como contraprestación de los servicios que prestaba el actor, por parte del Estado, pero ello realmente no ocurre porque para establecer si realmente existe o no esa desmejora es necesario comparar todos los factores que integran el salario de conformidad con las normas vigentes en cada caso. En el cuadro que aparece a continuación se relacionan esos elementos integrantes del salario y los resultados son los siguientes:*

	<b>Soldados voluntarios Ley 131 de 1985</b>	<b>Soldados profesionales Decreto 1794 de 2000</b>
<b>Remuneración</b>	Bonificación igual a 1 SMLMV incrementado en un 60%	1 SMLMV incrementado en un 40%
<b>Prima de antigüedad</b>	6.5% por cada año y hasta un máximo de 58%	6.5% por cada año y hasta un máximo de 58%
<b>Prima de navidad</b>	1 SMLMV	½ SMLMV
<b>Prima de servicios</b>	No tenía	½ SMLMV
<b>Prima de vacaciones</b>	No tenía	½ SMLMV
<b>Prima de orden público (casos específicos)</b>	No tenía	25% sobre el salario básico
<b>Vivienda familiar</b>	No tenía	Acceso a beneficios

<sup>7</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-147 de 1997, Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonel.

*De acuerdo a los valores indicados en el recuadro anterior es evidente que, a pesar de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, analizadas las condiciones salariales y prestacionales en uno y otro estadio, estos es, hasta el 31 de octubre de 2003 como soldado voluntario y desde el 1 de noviembre de 2003 como soldado profesional, los soldados de acuerdo a la Ley 131 de 1985 no fueron desmejorados salarialmente, teniendo en cuenta que:*

*a.- Con anterioridad a la entrada en vigencia del decreto mencionado no tenían vínculo laboral alguno con la entidad demandada y a partir del 1 de noviembre de 2003 se formalizó.*

*b.- El porcentaje de antigüedad es el mismo.*

*c.- La prima de navidad de la Ley 131 de 1985, que equivalía a una bonificación al año, se divide en 2: medio sueldo por concepto de prima de servicios y medio por prima de navidad.*

*d.- No recibían salario sino bonificación incrementada en un 60%, la que en términos nominales se disminuyó en un 20% a partir del 1 de noviembre de 2003; sin embargo, parte del porcentaje (4.16%, que es el resultado de dividir medio salario a que equivale la prima anual de vacaciones entre 12) se recupera con esta prestación.*

*e.- Pero además, se les da a los soldados profesionales un 25% mensual por concepto de prima de orden público que los soldados voluntarios no tenían.*

*f.- Adicionalmente, se les otorga el auxilio de vivienda<sup>8</sup>.*

*4.2.3 Así las cosas, el nuevo régimen salarial y prestacional previsto en el Decreto 1794 de 2000 consagra a favor de los soldados voluntarios que se acogieron al sistema de remuneración de los soldados profesionales mayores beneficios, no obstante que prevé un porcentaje inferior al que recibían a título de bonificación pero sin carácter salarial (Ley 131 de 1985), pues aparentemente dicho ingreso mermó en un 20% desde el 1° de noviembre de 2003 al pasar a ser soldado profesional; sin embargo, comparadas integralmente las condiciones de servicio de los dos regímenes (soldados voluntarios y soldados profesionales), se establece que a partir del 1° de noviembre de 2003 fueron mejoradas para los soldados que por decisión propia quisieron permanecer en las Fuerzas Militares, salvedad hecha de los conscriptos, pues pasaron del modelo restrictivo de la Ley 131 de 1985, que los trató como un híbrido (sin relación laboral, con pago de bonificación y*

---

<sup>8</sup> TAC, sentencia del 29 de junio de 2014, radicado 85001-3333-002-2013-00043-01, ponente José Antonio Figueroa Burbano. Reiteración en fallo del 10 de julio de 2014, del mismo ponente, radicación 850013331701-2011-00099-01.

*algunas coberturas de seguridad social), a tener un pleno vínculo laboral con el Ejército, con todas las consecuencias propias en prestaciones sociales y, entre otros beneficios adicionales, devengar prima de orden público y acceder al auxilio de vivienda<sup>9</sup>.*

Como se indicó en el segundo problema jurídico de la tesis que tenía esta Corporación, no existe una sentencia de unificación sobre el tema objeto de la litis, por lo que este Tribunal consideraba *“que los soldados profesionales, a partir del 1° de noviembre de 2003, no tenían derecho a la acumulación del monto de la bonificación preexistentes con las nuevas garantías de una verdadera relación laboral, pues el modelo que entonces se introdujo no desmejoró objetivamente su remuneración...”*, pero esta Sala, aunque no comparte lo señalado en dicha sentencia, no se puede apartar de lo ordenado por el superior funcional, en el cual la Sección Primera del Consejo de Estado indicó que: *“advierte que la Sala ya ha tenido oportunidad de fijar su pensamiento en torno a la cuestión que en el caso sub - examine vuelve a plantearse, con ocasión de acción de tutela contra el mismo Tribunal Administrativo de Casanare, en un caso de supuestos fácticos y jurídicos análogos”*, que al respecto, cabe aclarar, se desconoce el contenido de dicho pronunciamiento por cuanto no se ha notificado el fallo que menciona; por el contrario, con el extracto y la citación del superior funcional, es ostensible que se refiere a una sentencia del 16 de octubre de 2014<sup>10</sup>, esto es, posterior a la que ahora se sustituye, proferida dos (2) meses antes; por lo tanto a esa fecha no se había modificado la línea que se traía hasta el momento.

Ahora bien, según el fallo de tutela este Tribunal incurrió en defecto sustantivo por interpretación errónea de la norma, artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, además que omitió dar cumplimiento al inciso segundo del artículo 1° ibídem, pues bien, el citado artículo señala que:

*“ARTICULO 1. ASIGNACIÓN SALARIAL MENSUAL. Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario.*

*Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo del artículo siguiente, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%)”.*

<sup>9</sup> TAC, sentencia de 24 de julio de 2014, Radicado: 850013331002-2012-00013-01, M. P. Dr. Néstor Trujillo González.

<sup>10</sup> Según los datos, la produjo la Sección Primera, ponente María Elizabeth García González, radicación 2014-02293-00. Consultada ficha de Relatoría, al parecer no se ha dado a conocer a este Tribunal para su acatamiento.

Por lo tanto, como el señor Botache ingresó como soldado regular el 3 de julio de 1987 (f. 97, c. ppal.); con ocasión del Decreto 1794 del 2000 se acogió al régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales, permaneció en las filas en esa condición, sin que se conozca reclamo ni pleito alguno anterior por las nuevas condiciones laborales. Fue retirado del servicio el 29 de septiembre de 2008 con asignación de retiro (ff. 11-12 c. 1).

Lo anterior significa que el actor al 31 de diciembre de 2000 ostentaba la calidad de soldado voluntario y pasó a ser soldado profesional a partir del 1º de noviembre de 2003, entonces, en cumplimiento del fallo de tutela, será confirmar el fallo proferido por el Juzgado Primero Administrativo de Casanare el 5 de diciembre de 2013 que consintió las pretensiones de José Efraín Botache Tapiero contra la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional.

Para informar lo pertinente sobre el cumplimiento del fallo de tutela se ordenará que por secretaría se remita copia de este fallo a la Sección Primera del Consejo de Estado, consejera María Claudia Rojas Lasso.

**Costas.** No se impondrán a la actora vencida, pues no se vislumbra conducta procesal impropia que las amerite<sup>11</sup>.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Casanare, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### RESUELVE:

**PRIMERO: CONFIRMAR** en su integridad la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Yopal el 5 de diciembre de 2013, en virtud de la cual se accedió a las pretensiones de José Efraín Botache Tapiero contra la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, por las razones expuestas en la parte considerativa.

**SEGUNDO: NO CONDENAR** en costas.

**TERCERO: ORDENAR** remitir copias auténticas de los fallos de primera y segunda instancia con constancia de notificación y ejecutoria a la entidad

---

<sup>11</sup> Sobre condena en costas en el nuevo sistema por audiencias ver: apertura de línea en sentencia del 28 de febrero de 2013, expediente 850012333002-2012-00201-00; entre las últimas reiteraciones, sentencia del 8 de mayo de 2014, radicación 850012333002 -2013-00041-00, ambas con ponencias del magistrado Néstor Trujillo González.

Exactamente en la misma dirección, fallo del 18 de abril de 2013, radicado 850012331001-2012-00213- 00 y autos del 6 y del 11 de junio de 2013, expedientes 850013333002-2012-00074-01 y 850013333-002-2012-00044-01, entre otros, ponencias del magistrado José Antonio Figueroa. La línea es uniforme y ha sido adoptada por la Corporación en pleno.

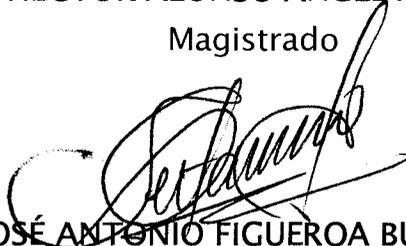
accionada, acorde con las previsiones legales (art. 192 Ley 1437); para informar sobre el cumplimiento del fallo de tutela remítase copia del presente fallo a la Sección Primera del Consejo de Estado; y devolver el expediente al juzgado de origen, cuando se encuentre en firme esta sentencia, previa desanotación. Déjense las copias de rigor.

(Aprobado en Sala de la fecha, acta )

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

  
HÉCTOR ALONSO ÁNGEL ÁNGEL

Magistrado

  
JOSÉ ANTONIO FIGUEROA BURBANO

Magistrado<sup>12</sup>

*con aclaración de voto*

  
NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ

Magistrado<sup>13</sup>

*Aclaro voto*

<sup>12</sup> Aclara voto.

<sup>13</sup> Aclara voto.

**ACLARACIÓN DE VOTO.** SENTENCIA DEL 12-II-2015, ponente Héctor Alonso Ángel Ángel, radicación, 850013331002-2013-00008-01, demandante José Efraín Botache Tapiero Vs. NACIÓN – Defensa – Ejército. ASUNTO: *Modificación de línea horizontal. Reconocimiento y pago del 20% adicional a compensación salarial de soldado profesional que estaba vinculado al 1º de diciembre de 2000 como soldado voluntario. Cumplimiento de fallo de tutela de la Sección Primera del Consejo de Estado. Rectificación de línea.*

El problema jurídico y la línea que se abandona para el caso concreto. Se trata de deducir los efectos del art. 1º del Decreto 1794 de 2000 respecto de los soldados voluntarios que se acogieron al régimen salarial de soldados profesionales, en los términos de ese estatuto.

El Tribunal consolidó una línea seria, profusamente motivada, en la cual concluyó que: i) la comparación de los dos sistemas de remuneración tiene que ser integral, para superar la obviedad de establecer que 1,6% siempre será mayor que 1,4%, inferencia que no requiere argumentación alguna; ii) los soldados voluntarios recibían efectivamente hasta diciembre de 2000 el 1,6% de un SMLMV, *sin reconocimiento de vínculo laboral, sin garantías sociales, sin prestaciones*; iii) quienes se acogieron al nuevo régimen, vieron reducida su compensación ahora como soldados profesionales, *más todos los efectos de un vínculo laboral pleno, más las pertinentes prestaciones sociales*<sup>1</sup>.

Así lo hizo teniendo presente arraigada jurisprudencia constitucional que señala que el Estado puede variar sistemas salariales, dentro de límites precisos relativos al principio de progresividad, a la condición más beneficiosa al trabajador y al respeto a los derechos adquiridos<sup>2</sup>.

De manera que la sentencia del 14 de agosto de 2014, que ahora se sustituye por orden del juez constitucional, no constituyó decisión arbitraria; es una de las opciones interpretativas serias que el problema jurídico ha enfrentado en la jurisdicción contencioso administrativa, en diversos tribunales y juzgados.

Acorde con sus parámetros abstractos, examinado el caso concreto se encontró que el actor *no sufrió menoscabo alguno* de derechos adquiridos, ni disminución de su remuneración integral real: por el contrario, pasó de un exiguo modelo de pago periódico del 1,6% SMLM y limitados beneficios, al pleno de vínculo laboral más prestaciones completas, pero con la compensación o remuneración del 1,4% del SMLM.

<sup>1</sup> Apertura de línea en TAC, sentencia del 29 de junio de 2014, radicado 85001-3333-002-2013-00043-01, ponente José Antonio Figueroa Burbano. Reiteración en fallo del 10 de julio de 2014, del mismo ponente, radicación 850013331701-2011-00099-01. Entre otras reiteraciones, fallos TAC del 24 de julio de 2014, 850013331002-2012-00013-01; 14 de agosto del 2014, radicación 850013331001-2012-00135-02 y del 4 de septiembre del 2014, radicación 850013331701-2013-00001-01, ponencias de Néstor Trujillo González.

<sup>2</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-402 de 2013, ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. Aunque se refiere a servidores territoriales, reitera el alcance de la facultad del Gobierno de reglamentar *leyes marco* y los efectos de los decretos. Similar enfoque puede verse en CONSEJO DE ESTADO, SECCION SEGUNDA, SUBSECCION "B", C.P.: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, sentencia del 15 de septiembre de 2011, Radicación número: 20001-23-31-000-2010-00046-02(1078-11).

CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-258/13, ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, acerca de la intangibilidad relativa de los derechos adquiridos y la ponderación entre restricciones a los fundamentales y la sostenibilidad fiscal. Otros matices de similar razonamiento pueden verse en las sentencias SU130-13, ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-329/12, ponente: María Victoria Calle Correa y C-177/05, ponente: Manuel José Cepeda Espinosa, sentencia del 01 de marzo de 2005. Las tres últimas acerca de *pensiones*, modificación del régimen de expectativas sin desbordar principios de razonabilidad y proporcionalidad y respeto a los derechos adquiridos.

CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-789/11, Referencia: expediente D-8469 Magistrado Ponente: JORGE IVAN PALACIO PALACIO y sentencia C-038/04, ponente: Eduardo Montealegre Lynett.

La orden del juez constitucional. La Sección Primera del Consejo de Estado, retomando la posición de la Sección Quinta, ordenó rehacer la sentencia anulada para adecuarla a la única opción interpretativa que estima legítima, esto es:

En efecto, la Sección Quinta y esta Sala han advertido que la interpretación que el Tribunal Administrativo del Casare hizo del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000 es errónea y además omite dar cumplimiento al inciso segundo de la citada norma en lo pertinente al caso concreto. Por ser de la mayor relevancia para el presente proceso la Sala cita el siguiente aparte:

*“Resulta claro para la Sala, así como lo fue para la Sección Quinta de esta Corporación en la sentencia citada en precedencia, que el Tribunal accionado incurrió en una imprecisión al considerar que debía aplicar el régimen más favorable entre el establecido en el Decreto 1794 de 2000 y la Ley 131 de 1985, pues de la simple lectura de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho y del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, se advierte claramente que no hay contraposición entre los regímenes, pues lo que pretende el Legislador es la salvaguarda de los derechos adquiridos por los soldados que con anterioridad al 31 de diciembre del año 2000, prestaban sus servicios como voluntarios y que con posterioridad a dicha fecha expresaran su intención de incorporarse como soldados profesionales, evento en el cual se les aplicará en su totalidad el Decreto 1794 de 2000, como lo indica el párrafo del artículo 2°, pero su asignación mensual no equivaldrá a un salario mínimo incrementado en un 40%, sino en un 60%, toda vez que la primera solamente aplica para los soldados que no fueron voluntarios con anterioridad al 31 de diciembre de 2000.*

*Visto lo anterior, resulta forzoso concluir que el Tribunal Administrativo de Casanare incurrió en un defecto sustantivo que vulneró los derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la Administración de Justicia del actor, razón por la que se dejará sin efecto la sentencia de 10 de julio de 2014 y, en su lugar, se le ordenará que emita un fallo en consideración a los lineamientos aquí expresados.”<sup>3</sup>*

La Sala reitera que efectivamente el Tribunal interpretó de manera indebida el artículo 1° del Decreto 1794 de 2000 ya que consideró, equivocadamente, que a los soldados voluntarios que pasaban a ser soldados profesionales les correspondía una asignación del salario mínimo legal más una compensación del 40%, desestimando la orden dada por el legislador quien reconocía una compensación del 60% para quienes habían sido soldados voluntarios y habían pasado a ser parte del régimen de los Soldados Profesionales creado por la regulación en cita.

A propósito del *ad quem* según el cual que el cumplimiento del incremento está dado con el pago de las prestaciones sociales, la prima de orden público o el auxilio de vivienda, beneficios que adquirieron los soldados voluntarios al cambiar de régimen y pasar a ser Soldados Profesionales, carece de fundamento jurídico, pues se trata de figuras diferentes, y la norma es lo suficientemente clara y jamás expuso, respecto del ingreso de los soldados voluntarios al nuevo régimen, que las prerrogativas prestacionales que les serían reconocidas como soldados profesionales compensarían el incremento salarial del 60% ordenado por el inciso segundo del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000.

En ese orden de ideas la Sala encuentra que, el Tribunal Administrativo de Casanare no solo interpretó erróneamente la norma en comento, sino que sin fundamento constitucional alguno omitió dar cumplimiento al inciso segundo del artículo 1° de la citada norma que dispuso que, *“Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo del artículo siguiente, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento(60%),”* incurriendo así en defecto sustantivo que, efectivamente, vulnera los derechos fundamentales deprecados por el actor.

Fuerza es, entonces, concluir que el Tribunal Administrativo de Casanare incurrió en defecto sustantivo que vulneró los derechos fundamentales invocados, razón por la que se dejará sin efecto la sentencia

---

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sección Primera, 16 de octubre de 2014, Consejo Protectora María Estela García González, expediente núm. 2014-02293-00, acción de tutela, actor: Raúl Casas Ovalle, accionado Tribunal Administrativo del Casanare.

de 14 de julio de 2014 y, en su lugar, se le ordenará que emita un fallo en consideración a los lineamientos aquí expresados<sup>4</sup>.

Acatamiento al juez constitucional. Reservas académicas. Pese a que el análisis jurídico abstracto y la ponderación de otros casos podría hallar abrigo para otras opciones interpretativas acorde con el principio constitucional de autonomía judicial, que la *disciplina de precedentes* de ideación jurisprudencial ha modulado pero no podrá derogar sin que se reforme la Carta, tanto más cuando la solución no es apacible ni en la “federación” de esta jurisdicción ni en el propio Consejo de Estado, el mandato directo de la sentencia de tutela para **este caso** es ineludible; por ello he suscrito la decisión sustitutiva a la que me refiero, cuya sustentación es, simplemente, la obediencia al superior.

No obstante, me reservo el derecho a disentir en sede académica y a expresar las preocupaciones que subsisten, pues la decisión del juez constitucional – aquí no funge como superior funcional, en la sección especializada correspondiente – por la vía de resolver lo que ha calificado una *injusticia material por defecto substantivo*, crea otra dificultad insalvable. Tendrá que idearse una salida diferente: *trabajo igual, salario igual*, entrañable principio del bloque de constitucionalidad que emerge ahora gravemente quebrantado.

Es así como encuentro parco el razonamiento de la sentencia que debo acatar; por el contrario, en la línea horizontal citada en el fallo anulado se dieron serios y suficientes argumentos para indicar por qué no podía hacerse una simple comparación entre 40% y 60% como monto de la compensación para los soldados profesionales, a la que se reduce la literal aplicación del inciso 2º del art. 1º del Decreto 1794 de 2000, pues se trata de **dos sistemas de remuneración estructuralmente diferentes**, que debían por consiguiente examinarse en su conjunto, para zanjar la zona de penumbra que genera la defectuosa redacción de ese decreto.

Las prerrogativas del nuevo, que no existían en el anterior, explican en perspectiva constitucional por qué al soldado profesional que se acoja al nuevo en vez del 60% que recibían los *voluntarios* por el antiguo modelo, se le asignó compensación del 40%; el resto, se compensa con prestaciones y otros beneficios inherentes a verdadera e integral relación laboral.

Nótese que el mandato de la sentencia de tutela introduce una discriminación que carece de justificación entre *soldados que hacen o hacían exactamente lo mismo pero se remuneran con escalas diferentes*, a saber: i) soldado voluntario que opta por no acogerse al nuevo sistema, con 1,60% del SMLM, *sin prestaciones*; ii) soldado voluntario incorporado antes del 31 de diciembre de 2000, que pasa a soldado profesional, con el 1,60% SMLMV MÁS PRESTACIONES SOCIALES COMPLETAS; y iii) soldado profesional que se incorpora a partir del 1º de enero de 2001, con 1,40% SMLMV más las aludidas prestaciones.

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia constitucional del 13 de noviembre de 2014, ponente María Claudia Rojas Lasso, radicación 11001031500020140243400.

Nota de quien aclara: ya el ponente advirtió en la motivación del fallo sustitutivo que *hasta ahora este Tribunal conoce esos fallos del Consejo*. Por cierto, entre la fecha de las sentencias de tutela del Consejo de Estado, las comunicaciones telegráficas escuetas y las notificaciones para cumplimiento, pasan semanas y meses, que no se explican por la dinámica expedita trazada en el D.L. 2591 de 1991. ¿Quién ronda a las secretarías de esa corporación?

Agrego que aquí *no se desobedecen mandatos directos de las sentencias de tutela*, cuando cierran toda posibilidad de apartarse de sus “lineamientos”, sea que se compartan o no. Otra cosa lo es *refutar* y ejercer responsable y motivadamente la autonomía judicial cuando hay cabida para ello. He expresado otras veces y lo repito: los jueces no están sometidos al principio de *obediencia debida* propia de la estructura *jerárquica* de las Fuerzas Militares. Tampoco abogo por rebeldía ni vanidad. Aún dentro de la llamada *disciplina de precedentes*, la identificación de tensiones jurisprudenciales y la carga calificada de argumentación permiten apartarse del *superior funcional*, dentro de precisos límites. A ello sí tengo que obedecer.

No me queda claro cómo incurre un juez en *defecto substantivo* cuando al interpretar el sistema de fuentes identifica una solución constitucionalmente viable que contiene o remedia esa discriminación; ella sí abiertamente en tensión con los principios del art. 53 de la Carta y con el ideario de un *orden justo* como basamento del Estado.

Me sorprende más el silencio de la parte pasiva. Si existen lecturas distintas en los tribunales administrativos, como se ha puesto de presente en la línea horizontal que se ha obligado a rectificar *para el caso concreto*, y también en las secciones del Consejo de Estado, dos de ellas en la misma dirección que, por las particularidades del mandato de tutela, ahora hay que obedecer, la ocasión ha de ser propicia para que la Administración propenda por la unificación jurisprudencial, en el Consejo mismo o en la Corte Constitucional.

En mi perspectiva de juez humanista estimo que se erosiona la *confianza legítima* de la comunidad, cuando idénticos problemas jurídicos con circunstancias fácticas igualmente idénticas, reciben respuesta judicial diferente, en fallos todos motivados, formal y substancialmente válidos. Cualquiera que sea el rumbo de la unificación, grave más o libere al Fisco de obligaciones, siempre será preferible a la incertidumbre de los usuarios del sistema de Justicia, la Nación como centro de imputación incluida; la *justicia material* de la sentencia no puede depender del azar del reparto entre tribunales, jueces o secciones del superior funcional.

La dimensión del problema no es simplemente la solución del caso; se conoció el año anterior un conflicto colectivo, con miles de interesados; pasó por un juzgado administrativo de Bogotá, el Tribunal de Cundinamarca y el Consejo de Estado. Desde entonces se sabe que están en juego situaciones particulares y concretas de miles de soldados profesionales. Y varios *billones* de pesos.

No me queda más que dejar esta constancia académica de las tensiones que identifico en la nueva opción impuesta por el fallo de tutela que provoca la rectificación de la referencia; exhorto a la Administración, al Ministerio Público y a la Defensoría del Pueblo, a que utilicen los instrumentos normativos para llevar este interesante debate a la Corte Constitucional a procurar su selección, respecto de alguno de los fallos que reseña la Sección Primera o de los que están por venir<sup>5</sup>.

Atentamente,

  
NESTOR TRUJILLO GONZALEZ  
Magistrado

<sup>5</sup> El Tribunal ha descubierto recientemente traslado de otras tutelas contra sus fallos, por similares razones a las que han ponderado las Secciones Primera y Quinta. Todavía no se conocen resultados de fondo.



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CASANARE**  
**CARRERA 20 N° 8-90 PISO 2, INTERIOR 2**  
**TELEFAX 6356688**

**ACLARACIÓN DE VOTO A LA SENTENCIA PROFERIDA EL 12 DE FEBRERO DE 2015 DENTRO DEL SIGUIENTE PROCESO**

Referencia:	<b>850013331002-2013-00008-01</b>
Acción:	<b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>
Accionante:	<b>JOSÉ EFRAÍN BOTACHE TAPIERO</b>
Accionado:	<b>NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL</b>
Magistrado ponente	<b>HÉCTOR ALONSO ÁNGEL ÁNGEL</b>

Con el debido respeto consigno a continuación las razones para aclarar voto a la providencia indicada en la referencia. Ellas son las siguientes:

1.- Como integrante del Tribunal Administrativo de Casanare acato la decisión de tutela emitida por el Consejo de Estado porque esta, de conformidad con nuestro ordenamiento jurídico es de obligatorio cumplimiento.

2.- No obstante lo anterior, discrepo respecto de la afirmación contenida en el fallo de tutela, en el sentido de que al emitir el fallo inicial de segunda instancia incurrió en defecto substantivo, porque al analizar una vez más los hechos que se tuvieron en cuenta para emitir la decisión con relación a las normas que se tuvieron en cuenta para emitirlo, a mi juicio, es una interpretación válida, sobre todo teniendo en cuenta que, hasta donde se conoce, no existe un precedente unificado sobre la materia.

Las razones que fundamentan esa discrepancia, en síntesis son las siguientes:

**2.1.- Marco normativo - transición de soldados voluntarios a profesionales – régimen salarial aplicable**

La Ley 131 de 1985 por medio de la cual “se dictan normas sobre servicio militar voluntario”, instituyó el servicio militar voluntario para aquellos soldados que habiendo prestado el servicio militar obligatorio, hubieren manifestado el deseo de continuar en la institución de manera voluntaria y hayan sido aceptados.

El artículo 4 de la ley en comento consagró para ellos una contraprestación denominada bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un 60% de la misma, en estos términos:

*“ARTÍCULO 4o. El que preste el servicio militar voluntario devengará una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un sesenta por ciento (60%) del mismo salario, el cual no podrá sobrepasar los haberes correspondientes a un Cabo Segundo, Marinero o Suboficial Técnico Cuarto.”*

Para el año 2000, el Decreto Ley 1793, por medio del cual se estableció el régimen de carrera y estatuto personal de los soldados profesionales de las fuerzas militares, integró como soldados profesionales a quienes antes del 31 de diciembre de 2000 venían prestando el servicio militar voluntario definido en la Ley 131 de 1985.

A su turno, su artículo 38 (Decreto Ley 1793 de 2000) dispuso que:

**“ARTÍCULO 38. REGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL.** El Gobierno Nacional expedirá los regímenes salarial y prestacional del soldado profesional, con base en lo dispuesto por la Ley 4 de 1992, sin desmejorar los derechos adquiridos.”

Efectivamente, el Gobierno, en desarrollo de las normas contenidas en la Ley 4 de 1992, expidió el Decreto 1794 de 2000, por medio del cual estableció el régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales de las Fuerzas Militares. En su artículo 1 dispuso:

**“ARTICULO 1. ASIGNACION SALARIAL MENSUAL.** Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo del artículo siguiente, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%).” (Subrayado fuera de texto)

El párrafo del artículo siguiente a que se refiere la norma transcrita, es decir, el párrafo del artículo 2 del Decreto 1794 de 2000 es del siguiente tenor:

**“PARAGRAFO.** Los soldados vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, que expresen su intención de incorporarse como soldados profesionales y sean aprobados por los comandantes de fuerza, serán incorporados el 1 de enero de 2001, con la antigüedad que certifique cada fuerza, expresada en número de meses. A estos soldados les será aplicable íntegramente lo dispuesto en este decreto, respetando el porcentaje de la prima de antigüedad que tuviere al momento de la incorporación al nuevo régimen.”

## **2.2.- De los derechos adquiridos y la prohibición de rebajar salarios**

Desde la Constitución de 1886 (artículo 30) están garantizados en Colombia los derechos adquiridos, dentro de los cuales se encuentran por supuesto los salarios y prestaciones sociales adquiridos legítimamente con fundamento en el ordenamiento jurídico vigente en el momento en que se causaron. Tal principio fue reiterado en la Constitución de 1991 en su artículo 58.

En materia de salarios y prestaciones sociales, además existe el principio de progresividad, según el cual, debe haber un mejoramiento progresivo y no una disminución real o nominal de los salarios y prestaciones, si se tiene en cuenta que el artículo 53 de la Constitución, para proteger el trabajo y al trabajador dispuso que el Congreso de la República debía expedir un estatuto que contuviera entre otros los siguientes principios fundamentales:

- a) Igualdad de oportunidades para los trabajadores.
- b) Remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo.
- c) Estabilidad en el empleo.
- d) Irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales.
- e) Facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles.

**Radicación número 850013331002-2013-00008-01**

- f) Situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho;
- g) Primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.
- h) Garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario.
- i) Protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.
- j) El derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Así mismo previó que la ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores. Y por si fuera poco, la misma disposición estableció que los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

Es cierto que el estatuto del trabajo aún no ha sido expedido por el Congreso pero ello no significa que los principios contenidos en el artículo 53 no sean aplicables de manera directa.

La Corte Constitucional se ha referido ininidad de veces a los derechos adquiridos, a su concepto, a su diferenciación con las expectativas de derecho, etc. Una síntesis sobre esta materia se encuentra en la sentencia C-177 de 2005, la cual se considera relevante para el caso por haberse referido en muchas de sus páginas a asuntos relacionados con materia laboral. De esa sentencia consideramos necesario traer a colación los siguientes conceptos:

*“La Corte ha dicho que la noción de derecho adquirido estriba en las relaciones de derecho que producen los hechos legalmente consumados, como que aquellos hacen parte de nuestro patrimonio. Agrega que los derechos adquiridos quedan comprendidos en la idea de propiedad, considerada en toda su amplitud y en todas sus manifestaciones. (Sentencia del 2 de marzo del año 1918).”*

*(...)*

*“Como se puede apreciar, la jurisprudencia al igual que la doctrina, distingue los derechos adquiridos de las simples expectativas, y coinciden ambas en afirmar que los primeros son intangibles y por tanto, el legislador al expedir la ley nueva no los puede lesionar o desconocer. No sucede lo mismo con las denominadas "expectativas", pues como su nombre lo indica, son apenas aquellas probabilidades o esperanzas que se tienen de obtener algún día un derecho; en consecuencia, pueden ser modificadas discrecionalmente por el legislador.*

*Nuestro Estatuto Superior protege expresamente, en el artículo 58, los derechos adquiridos y prohíbe al legislador expedir leyes que los vulneren o desconozcan, dejando por fuera de esa cobertura a las llamadas expectativas, cuya regulación compete al legislador, conforme a los parámetros de equidad y justicia que le ha trazado el propio Constituyente para el cumplimiento de su función.”*

Con posterioridad, la misma Corporación se ha referido también a esta materia. Así por ejemplo, en sentencia C-983 de 2010 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, dijo:

*“Esta Corte ha establecido que configuran derechos adquiridos “...las situaciones jurídicas individuales que han quedado definidas y consolidadas bajo el imperio de una ley y que, en tal virtud, se entienden incorporadas válida y definitivamente o pertenecen al patrimonio de una persona.” De manera que “la Constitución prohíbe*

*el desconocimiento o modificación de las situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de una ley, con ocasión de la expedición de nuevas regulaciones legales.”*

En otra sentencia<sup>1</sup>, la misma corporación señaló que:

*“De este modo se construye el principio de la irretroactividad de la ley, es decir, que la nueva ley no tiene la virtud de regular o afectar las situaciones jurídicas del pasado que han quedado debidamente consolidadas, y que resultan intangibles e incólumes frente a aquélla, cuando ante una determinada situación de hecho se han operado o realizado plenamente los efectos jurídicos de las normas en ese momento vigentes”<sup>1331</sup>(Subrayado fuera de texto)”, y esto fue reiterado en sentencia C-177 de 2005.*

Así las cosas, con fundamento en la teoría de los derechos adquiridos, irretroactividad de la ley y en el de la progresividad en material salarial y prestacional, debemos concluir a título de regla general que no es posible rebajar los salarios y prestaciones sociales de los trabajadores.

### **2.3.- Estudio del caso**

Al analizar el caso específico, a la luz de la normatividad mencionada y las pruebas aportadas, las conclusiones son las siguientes:

a.- Aparentemente hay una disminución de los emolumentos laborales que recibía como contraprestación de los servicios que prestaba el actor, por parte del Estado, pero ello realmente no ocurre porque para establecer si realmente existe o no esa desmejora es necesario comparar, no solo el salario básico sino todos los factores que integran el concepto de salario de conformidad con las normas vigentes en cada caso.

Los resultados son los siguientes:

	<b>Soldados voluntarios Ley 131 de 1985</b>	<b>Soldados profesionales Decreto 1794 de 2000</b>
<b>Remuneración</b>	Bonificación igual a 1 SMLMV incrementado en un 60%	1 SMLMV incrementado en un 40%
<b>Prima de antigüedad</b>	6.5% por cada año y hasta un máximo de 58%	6.5% por cada año y hasta un máximo de 58%
<b>Prima de navidad</b>	1 SMLMV	½ SMLMV
<b>Prima de servicios</b>	No tenía	½ SMLMV
<b>Prima de vacaciones</b>	No tenía	½ SMLMV
<b>Prima de orden público (casos específicos)</b>	No tenía	25% sobre el salario básico
<b>Vivienda familiar</b>	No tenía	Acceso a beneficios

b.- En consecuencia, es evidente que, a pesar de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, analizadas las condiciones salariales y prestacionales de un soldado voluntario hasta el 31 de octubre de 2003 con relación a un soldado profesional desde el 1 de noviembre de 2003, a la luz de la Ley 131 de 1985, no fueron desmejorados salarialmente, teniendo en cuenta que:

i.- Con anterioridad a la entrada en vigencia del decreto mencionado no tenían vínculo laboral alguno con la entidad demandada y a partir del 1 de noviembre de 2003 se formalizó.

<sup>1</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-147 de 1997, Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonel.

**Radicación número 850013331002-2013-00008-01**

ii.- El porcentaje de antigüedad es el mismo.

iii.- La prima de navidad de la Ley 131 de 1985, que equivalía a una bonificación al año, se divide en 2: medio sueldo por concepto de prima de servicios y medio por prima de navidad.

iv.- No recibían salario sino bonificación incrementada en un 60%, la que en términos nominales se disminuyó en un 20% a partir del 1 de noviembre de 2003; sin embargo, parte del porcentaje (4.16%, que es el resultado de dividir medio salario a que equivale la prima anual de vacaciones entre 12) se recupera con esta prestación.

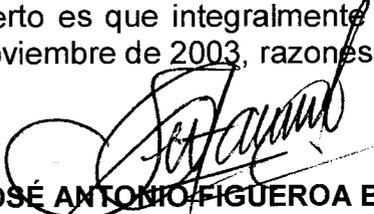
v.- Pero además, se les da a los soldados profesionales un 25% mensual por concepto de prima de orden público que los soldados voluntarios no tenían.

vi.- Adicionalmente, se les otorga el auxilio de vivienda.

Resta observar que, la tutela no es una tercera instancia para debatir nuevamente hechos que se decidieron por el proceso ordinario establecido por la ley, tal como lo consagra expresamente la Constitución en su artículo 86, el Decreto Extraordinario 2591 de 1991 y la jurisprudencia constante de las Altas Cortes, de las cuales a título de ejemplo transcribo parcialmente un fallo de la Corte Suprema de Justicia, según el cual<sup>2</sup>:

*“(...) Sobre este particular ha sido prolija la jurisprudencia de esta Sala, la que ha destacado, de vieja data, que ‘Dirimida una controversia tras el agotamiento de las correspondientes etapas procesales, precisamente establecidas en orden a otorgar a las partes un escenario adecuado para el ejercicio de sus derechos, no queda opción distinta que acatar sin miramientos el designio judicial, que se torna inmutable y definitivo’ (Sent. de nov. 3/99, exp. 7410). Por consiguiente, para que el Juez constitucional pueda superar tan caro valladar, como es la cosa juzgada, ‘no basta que exista una equivocación: es indispensable que ésta sea abiertamente ilegal y, por ello, inadmisibles, a fuerza que paladina e inobjetable’ (Sent. de oct. 11 de 2000, exp. 491-01); con otras palabras, es necesaria la presencia de ‘un error grosero o un yerro superlativo o mayúsculo que, abrupta y paladinamente cercene el ordenamiento positivo’ (Sentencia de 11 de mayo de 2001, exp. 0183)” (Sent. de feb. 23/04, exp. 41-01), ya que “Los errores ordinarios, aún graves, de los jueces in iudicando o in procedendo, no franquean las puertas de este tipo de control que, por lo visto, se reserva para los que en grado absoluto y protuberante se apartan de los dictados del derecho y de sus principios y que, por lo tanto, en la forma o en su contenido traslucen un comportamiento arbitrario y puramente voluntarista por parte del juez que los profiere (C. Const. Sent. T-231, mayo 13/94)”.*

Así las cosas, aunque aparentemente el salario nominal mensual de los soldados voluntarios se disminuyó en un 20% cuando pasaron a ser soldados profesionales, lo cierto es que integralmente hay un beneficio salarial y prestacional a partir del 1 de noviembre de 2003, razones que conllevan a realizar la presente aclaración de voto.

  
**JOSÉ ANTONIO FIGUEROA BURBANO**

Magistrado

Fecha ut supra.

<sup>2</sup> Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 19 de marzo de 2014. Radicada con el número 11001-22-03-000-2014-00222-01. M.P.: LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA.