



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

Yopal Casanare, quince (15) de julio de dos mil quince (2015)

Referencia:	Radicación No. 85001 - 3331 - 701- 2011 – 00099-01
Acción:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Accionante:	RAÚL CASAS OVALLE BALLESTEROS
Accionado:	NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL
Asunto:	Fallo sustitutivo en cumplimiento de una acción de tutela

Magistrado Ponente: **JOSÉ ANTONIO FIGUEROA BURBANO**

I.- OBJETO

Procede el Tribunal a proferir sentencia sustitutiva en virtud de lo ordenado por el H. Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección “A” en providencia del 22 de abril de 2015 a través de la cual se confirmó el fallo emitido el 16 de octubre de 2014 por la Sección Primera de la misma Corporación.

II.- ANTECEDENTES

1.- El ciudadano RAÚL CASAS OVALLE, a través de apoderado legalmente constituido, instauró demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional en la que solicitó el reajuste del 20% de sus emolumentos salariales y prestacionales desde el 1 de noviembre de 2003 y hasta su retiro de la Institución.

2.- La primera instancia del proceso de la referencia fue tramitada por el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión del Circuito de Yopal, el cual emitió sentencia estimatoria por considerar en síntesis que:

a.- La Ley 131 de 1985 estableció las normas relativas a la prestación del servicio militar voluntario, donde se determinó que la remuneración para estos soldados sería una bonificación mensual equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente incrementada en un 60%.

b.- El Decreto 1793 de 2000, al crear el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares, reiteró el reconocimiento de la contraprestación arriba señalada asignándole la denominación de salario y garantizando el derecho adquirido de los soldados voluntarios a quienes ostentaran dicha calidad antes del 31 de diciembre de 2000.

c.- Está demostrado que el demandante ingresó al Ejército Nacional como soldado voluntario el 2 de mayo de 1991 estando vigente la Ley 131 de 198. En la hoja de servicios se precisa como fecha de iniciación el 18 de noviembre de 1992.

d.- Señaló que la entidad desconoció los derechos adquiridos del soldado Raúl Casas Ovalle, al aplicar únicamente una parte de la norma la cual debió ser aplicada en su integridad, toda vez que la misma no regula excepciones, por ende asiste la razón al actor que pretende el reconocimiento y pago de la diferencia salarial tanto en la asignación mensual como en los factores prestacionales.

e- Con base en lo anterior declaró la nulidad de los actos demandados –Oficios N° 20115661059761 MDN-CGFM-CE-JEDEH-DIPER-NOM-DP de 5 de diciembre de 2011 y 20125660035531 MDN-CGFM-CE-JEDEH-DIPER-NOM-DP ordenó a la entidad demandada que liquidara y pagara las diferencias salariales y prestacionales del demandante desde el 26 de agosto de 2008 hasta el 13 de julio de 2011, teniendo en cuenta la prescripción. Igualmente ordenó indexar la suma resultante.

3.- La decisión fue apelada por la parte demandada, el recurso fue desatado por el Tribunal Administrativo de Casanare mediante sentencia del 10 de julio de 2014, de la cual debe resaltarse lo siguiente:

3.1.- El problema jurídico fue planteado así:

¿Debe confirmarse la sentencia recurrida en la que el a quo ordenó a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional declarar la nulidad de los actos administrativos contenidos en los oficios N° 20115661059761 MDN-CGFM-CE-JEDEH-DIPER-NOM de 5 de diciembre de 2011, y 20125660035531 MDN-CGFM-CE-JEDEH-DIPER-NOM y como consecuencia ordenar el reconocimiento y pago de la diferencia salarial del 20% dejado de percibir a partir del 26 de agosto de 2008 hasta la fecha de retiro del actor y otras disposiciones; o por el contrario debe revocarse y negar las pretensiones de la demanda por las razones esgrimidas por la parte demandada en el recurso de apelación?

3.2.- Para resolverlo se consideró lo siguiente:

3.2.1.- 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 ibídem 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.”

El Decreto Ley 1793 de 2000 el 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 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.”

3.2.2.- 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 obtenidos 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 inciso primero que reza:

Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultare en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

(...)

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 sentencia¹, 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”*¹³³*(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.

3.2.3.- En el proceso que se analiza, se aportaron pruebas documentales que no fueron cuestionadas por las partes y sobre las cuales este Tribunal tampoco encuentra reparos. Además, todas ellas resultan pertinentes, pues existe relación directa entre el objeto de la presente acción; todas conducentes, si se tiene en cuenta que estamos en presencia de una acción de una nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral y porque las pruebas fueron aportadas en forma lícita al proceso; y finalmente, todas ellas eficaces, si se tiene en cuenta que son útiles para llevar al convencimiento del juez los hechos que se pretenden demostrar. Y se encontró probado lo siguiente:

a.- En constancia de tiempo de servicios fechada 8 de abril de 2013 expedida por la Jefatura de Desarrollo Humano de la Dirección de Personal de Ejército, se demuestra que el actor ingresó al Ejército Nacional el día 2 de mayo de 1991 como soldado regular, pasó a ser soldado voluntario el 18 de noviembre de 1992, hasta el 31 de octubre de 2003 y posteriormente fue vinculado como soldado profesional el 1 de noviembre de 2003 hasta el 30 de mayo de 2011, esta última fecha corresponde a la de retiro de la institución por derecho a la pensión. (fl 7 c 2).

b.- A través de la Resolución N° 3372 del 13 de julio de 2011 la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reconoció y ordenó el pago de asignación de retiro al demandante en calidad de soldado profesional (ra) partir del 30 de agosto de 2011, en cuantía del 70% del salario mensual y adicionado un 38% de la prima de antigüedad en los términos del inciso 1 del artículo 1 del Decreto 1974 de 2000. (fl 15 al 16 cp).

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

c.- En constancia de fecha 8 de abril de 2013 la Jefatura de Desarrollo Humano de la Dirección de Personal Ejercito certifica que el señor Raúl Casas Ovalle en calidad de soldado voluntario, en la nómina mensual del mes de octubre de 2003 recibió un total devengado de \$ 847.927 (fl 87 c2).

d.- En constancia de fecha 8 de abril de 2013 la Jefatura de Desarrollo Humano de la Dirección de Personal Ejercito certifica que para el mes de noviembre de 2003 el señor Raúl Casas Ovalle percibió un total devengado de \$ 497.790; se observa que para esta fecha ya había entrado en vigencia la novedad fiscal del 1 de noviembre de 2003 según Orden Administrativa de personal N° 1795 del 20 de octubre del mismo año. (88 c2 y 8 vto c1 respectivamente).

e.- El 26 de agosto de 2011 el actor radica en el Comando del Ejército Nacional derecho de petición para que se disponga el reajuste de prestaciones sociales que se hayan causado desde el mes de noviembre de 2003 y hasta su retiro de la institución con fundamento en el ajuste del 20% del salario deducido desde el mes de noviembre del año mentado (fl. 2 al 6 c1).

f.- Con la expedición de uno de los actos demandados, oficio 20115661059761 MDN-CGFM-CE-JEDEH-DIPER-NOM FECHADO 5 de diciembre de 2011, la Jefatura Sección Procesamiento de Nómina del Ejército Nacional, dio respuesta a las peticiones de 36 soldados profesionales argumentando que los que a 31 de diciembre de 2000 estuvieran vinculados conforme a la Ley 131 de 1985, es decir como soldados voluntarios se les incrementaría su salario en un 60% pero dicho régimen es exclusivo para aquellos que continúan bajo la calidad de soldados voluntarios; que dichos soldados fueron vinculados bajo la modalidad de Soldados Profesionales en los términos del Decreto 1793 de 2000, motivo por el cual se hicieron acreedores al régimen salarial y prestacional reconocido al personal de soldados profesionales contemplado en el artículo 1 párrafo 1 del Decreto ley 1794 de 2000. (fls 8 al 9 vto c1).

g.- Contra el acto administrativo contemplado con la respuesta dada en el oficio N° 20115661059761 el actor interpuso recurso de reposición argumentando que el inciso segundo del artículo primero del Decreto 1794 de 2000 contempla que quienes a 31 de diciembre de 2000 se encontraban como soldados de acuerdo a la Ley 131 de 1985, devengarían un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60% (fl 12 al 14 c1).

h.- Mediante oficio N° 20125660035531 MDN-CGFM-CE-JEDEH-DIPER-NOM del 16 de enero de 2012, la Subdirección de Personal de Ejército respondió al actor que la diferencia salarial entre los soldados profesionales y los soldados voluntarios tiene origen en las prerrogativas salariales y prestacionales que preceptúa el Decreto 1794 de 2000. (fl 10 al 11 vto c1).

i.- La prueba que se trasladó al proceso de manera oficiosa contenida en los oficios N° 20145660604441/MDN-CGFM-CE-JEDEH-DIPER-NOM y N° 20145660595431/MDN-CGFN-CE-JEDEH-DIPER-NOM de fecha 10 de junio de 2014 y 7 de junio del mismo año respectivamente, (fl 65 al 67 vto c3) aporta la siguiente información:

Que el personal que era incorporado como soldado voluntario de acuerdo a la Ley 131 de 1985 recibía los siguientes pagos:

- Una Bonificación mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.
- Una prima de antigüedad del 6,5% sobre la bonificación mensual y por cada año un 6,5 hasta completar el 58.5%
- Una prima de navidad anual equivalente a una bonificación mensual.
- Un mes de bonificación por cada año de servicio prestado y proporcionalmente por las fracciones de meses, a quienes fueran dados de baja.

Que el personal que era incorporado como soldado profesional en virtud del Decreto 1793 y 1794 de 2000 tiene derecho a las siguientes prestaciones:

- Derecho a pensión en cumplimiento de 20 años de servicio.
- Un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40%.
- Prima de antigüedad del 6.5% sobre bonificación mensual y por cada año un 6.5 hasta completar el 58.5%.
- Prima de servicios anual del 50% del salario básico devengado.
- Prima de vacaciones del 50% del salario básico mensual por cada año de servicio.
- Prima de navidad del 50% del salario básico devengado.
- Pasajes por traslado de guarnición a guarnición.
- Beneficios en planes y programas de vivienda militar.
- Bonificación de prima de orden público por participación operacional correspondiente al 25% sobre el sueldo básico mensual.

3.2.4.- Aunque aparentemente hay una disminución de los emolumentos laborales que recibía como contraprestación de los servicios que prestaba el actor, por parte del Estado, 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:

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

De acuerdo a los valores indicados en el cuadro 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 voluntarios de acuerdo a la Ley 131 de 1985 no fueron desmejorados salarialmente cuando pasaron a ser soldados profesionales 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 que participen en operaciones militares 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 y/o beneficios para acceder a ella

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.

Estas fueron las razones por las cuales se acogieron los planteamientos de la entidad apelante, se desestimaron los de la parte demandante, se revocó la decisión recurrida y en su lugar se negaron las pretensiones de la demanda.

III. CONSIDERACIONES

1.- DE LA SENTENCIA DE TUTELA DEL CONSEJO DE ESTADO

De la sentencia proferida por el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección "A" el 22 de abril de 2015, se extracta que el señor RAÚL CASAS OVALLE promovió acción de tutela contra el Tribunal Administrativo de Casanare por considerar que la sentencia proferida el 10 de julio de 2014 vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso, acceso a la administración de justicia, y prevalencia del derecho sustancial sobre el formal.

La primera instancia de la acción constitucional le correspondió a la Sección Primera de la citada Corporación, la cual mediante providencia del 16 de octubre 2014 accedió al amparo solicitado. Esta decisión fue apelada y la Sección Segunda de la misma Corporación luego de analizar la sentencia proferida por la Sección Primera, así como el fallo de segunda instancia proferido dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho por el Tribunal Administrativo de Casanare, amparó los derechos invocados por RAÚL CASAS OVALLE.

En las consideraciones de la Sección Segunda del Consejo de Estado, se señaló en la parte pertinente lo siguiente:

3.1. Procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales

El artículo 86 de la Constitución Política dispone que la acción de tutela es un mecanismo al alcance de cualquier persona, diseñado para buscar la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, incluyéndose en este género las decisiones proferidas por los jueces, como lo indicó la Corte Constitucional en sentencia C-543 de 1992, al declarar inexecutable las normas del Decreto 2591 de 1991 (artículos 11, 12 y 40), que regulaban el ejercicio de la acción de tutela contra providencias judiciales, posición mayoritariamente aceptada por la Sala Plena del Consejo de Estado.

En este sentido, dicha Corporación ha venido decantando unas rigurosas exigencias para hacer posible la procedencia de la acción de amparo constitucional contra decisiones judiciales, las cuales se encuentran consolidadas en la sentencia C-590 de 2005, al disponer como requisitos generales de procedibilidad: (i) que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional; (ii) que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable; (iii) que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración; (iv) que tratándose de una irregularidad procesal, se indique claramente el efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora; (v) que 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 (vi) que no se trate de sentencias de tutela.

En el presente caso, advierte la Sala que la pretensión de amparo constitucional cumple con los requisitos generales diseñados por la jurisprudencia, que habilitan su interposición. En efecto, el asunto a resolver es de marcada relevancia constitucional, en la medida en que se centra en establecer la violación del debido proceso, por el supuesto desconocimiento de las normas que gobernaron la situación fáctica.

De igual forma se encuentra que fue agotado el recurso de apelación en el proceso ordinario; se advierte igualmente que la interposición del mecanismo constitucional se dio en un lapso “razonable y proporcionado”², no se trata de irregularidades procesales, ni de

² La sentencia fue proferida el 10 de julio de 2014, notificada el 16 de julio por estado, quedando ejecutoriada el 21 de julio de 2014 (fl. 80 C. 2) y la acción de tutela fue interpuesta el 3 de septiembre de 2014 (fl. 1 C. 1).

tutela contra tutela y se encuentran identificados de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como el derecho vulnerado.

Después de verificar que la tutela de la referencia cumple con los requisitos generales de procedencia, la Sala entrará a analizar si en este caso se configuró alguna de las causales específicas de la acción de tutela en contra de la providencia judicial impugnada, que amerite conceder el amparo.

La doctrina constitucional ha señalado las causales especiales, indicando que la acción constitucional resulta procedente únicamente en aquellos eventos en los cuales, con ocasión de la actividad jurisdiccional, se vean afectados derechos fundamentales, al verificar la ocurrencia de uno de los siguientes eventos: (i) defecto orgánico: se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello; (ii) defecto procedimental absoluto: se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido; (iii) defecto fáctico: surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión; (iv) defecto material o sustantivo: se configura cuando el juez decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión; (v) error inducido: 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; (vi) decisión sin motivación: 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; (vii) desconocimiento del precedente; y (viii) violación directa de la Constitución.

Específicamente, el demandante señaló que para su caso por parte del Tribunal Administrativo de Casanare no se tuvo en cuenta la norma aplicable al sub lite y al contrario, se le dio una interpretación totalmente irrazonable pues, lo pedido no es la escogencia entre dos regímenes sino la aplicación integral de la norma y que además se está desconociendo por parte del Tribunal que al 31 de diciembre de 2000, desaparecieron del mundo jurídico los soldados voluntarios razón de más para que se advierta el verdadero sentido del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000.

El vicio que encontró configurado la Sección Primera del Consejo de Estado se trató del defecto sustantivo, el cual, conforme a línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional se configura cuando en una providencia: (i) la norma aplicable al caso es claramente inadvertida o no tenida en cuenta por la autoridad judicial, (ii) el juez apoya su decisión en una norma evidentemente inaplicable al caso concreto, bien sea, porque ha sido derogada y ya no produce ningún efecto en el ordenamiento jurídico, es claramente inconstitucional y el funcionario se abstuvo de aplicar la excepción de inconstitucionalidad, su aplicación al caso concreto es inconstitucional, ha sido declarada inexecutable por la propia Corte

Constitucional o, a pesar de estar vigente y ser constitucional, no se adecúa a la circunstancia fáctica a la cual se aplicó; (iii) el fallador desconoce las sentencias con efectos erga omnes tanto de la jurisdicción constitucional como de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y, finalmente; (iv) la aplicación de la norma jurídica derivada interpretativamente de una disposición normativa, es inaceptable por ser producto de una hermenéutica abiertamente errónea o irrazonable.

Ahora bien, en el sub examine, la impugnante señala que no puede darse la protección de los derechos señalados como vulnerados, pues existe una sentencia dictada por parte de la Subsección de ésta Corporación, que en un caso similar negó el amparo solicitado, al señalar que no podía pretenderse convertir la acción de tutela en una tercera instancia.

En efecto esta Subsección en sentencia de cinco (5) de agosto de dos mil catorce (2014), dentro del proceso radicado con el No. 11001-03-15-000-2014-01492-00

Actor: JOSÉ MANUEL LEÓN FERNÁNDEZ, precisó en un caso en el que se pretendía el reajuste salarial del 20% para un soldado profesional conforme al Decreto 1794 de 2000, lo siguiente:

“ ...

Puesta así la situación, tenemos que el accionante consideró vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia, dado que las instancias judiciales cuestionadas no accedieron a las pretensiones descritas en la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, interpuesta con el propósito de dejar sin efecto jurídico alguno las resoluciones emanadas de la Nación y el Ejército Nacional de Colombia que negaron el reconocimiento del reajuste salarial del 20% en su calidad de soldado profesional de las Fuerzas Armadas del Estado.

En ese sentido, la Sala analizó la totalidad del material probatorio allegado al expediente de tutela, concretamente los fallos proferidos por las entidades accionadas, a partir de las cuales no encontró la existencia de ninguna vía de hecho que vulnere los derechos fundamentales ut supra descritos, y, por el contrario, se observó que tales providencias se enmarcan dentro de los preceptos del actual ordenamiento jurídico, dado que no resultan de una actuación caprichosa o arbitraria, sino que nacen de un estudio juicioso y detallado del caso sometido a consideración de la jurisdicción.

De ese modo, observó la Sala que en primer lugar, las instancias esgrimieron la existencia de un problema jurídico que centraba su origen en determinar “si le asiste o no derecho al señor José Manuel León Fernández a que el Ejército Nacional, reconozca un reajuste del 20% a su salario derivado de la presunta diferencia que resulta

entre el valor devengado por concepto de bonificación mensual como soldado voluntario y el salario mensual devengado como soldado profesional, con ocasión del cambio de régimen salarial, así como el reajuste de las prestaciones sociales y otras acreencias laborales devengadas”.

Lo anterior, como segundo lugar, denota una coherencia entre la pretensión del actor y lo estudiado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Además de ello, es posible detallar que dicha Corporación expuso como fundamentos de la decisión la Ley 131 de 1985 y el Decreto 1793 de 2000, con un posterior análisis legal frente a lo dispuesto por tales normativas y la situación particular del petente, argumentación que se insiste, no vulnera los derechos fundamentales del demandante.

En síntesis, la existencia del amparo constitucional no pretende invadir en su totalidad las esferas propias de los jueces y juezas de la República, más aun cuando de su interpretación jurídica deviene una decisión objetivamente fundamentada que soluciona los litigios sometidos a su conocimiento. A contrario sensu, y como fue descrito, la acción de tutela resulta procedente cuando el juez o jueza desconoce la normatividad vigente, interpreta y/o valora de manera injustificada el material probatorio aportado al plenario, y finamente se aparta del precedente jurisprudencial establecido para el caso concreto. En ese entendido, nos enfrentamos ante las denominadas “vías de hecho”, y por lo tanto, la inexorable presencia del amparo fundamental, situación que no se observó a lo largo del presente proceso constitucional.”

Pese a lo anterior considera la Sala que no puede darse en este caso aplicación a lo dispuesto en esa oportunidad, por cuanto el efecto del fallo señalado es inter partes, habida cuenta de que cada caso es diferente y por ello, la configuración o no del defecto sustantivo dependerá del análisis y manejo del desarrollo de la argumentación que el Juez le dé al marco jurídico puesto de presente como sustento de las pretensiones.

Ahora bien, en lo que interesa al sub lite, es indiscutible que el Tribunal Administrativo de Casanare al proferir la sentencia cuestionada inaplicó, sin razón alguna, el tenor literal del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, esto como consecuencia de desconocer el verdadero problema jurídico puesto de presente conforme a las pretensiones del tutelante como era la aplicación de tal norma, y con ello la obtención de la nivelación salarial.

En ningún momento el actor señaló en su demanda que solicitaba la aplicación de dos regímenes diferentes como erróneamente señaló el Colegiado, sino que basó su pretensión en el tenor literal del Decreto 1794 de 2000, artículo 1º.

En cambio el Tribunal, fue más allá de lo solicitado en el petitum y de la misma naturaleza de la acción y efectuó un análisis de la normatividad y del contenido de las disposiciones en materia salarial y prestacional, para colegir que el Decreto 1794 de 2000 era más

beneficioso al actor, pero no señaló el motivo por el cual no daba aplicación a su caso del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000.

En efecto, el Tribunal partió de examinar las prestaciones allí previstas y concluyó que “analizadas las condiciones salariales y prestacionales en uno y otro estadio, esto es, hasta el 31 de octubre de 2003 como soldado voluntario y desde el 1º de noviembre de 2003 como soldado profesional, los soldados voluntarios de acuerdo a la Ley 131 de 1985 no fueron desmejorados salarialmente cuando pasaron a ser soldados profesionales 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 1º 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 1º 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 que participen en operaciones militares 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 y/o beneficios para acceder a ella.

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 1º de noviembre de 2003, razones más que suficientes para acoger los planteamientos de la entidad apelante, desestimar los de la parte demandante, revocar la decisión recurrida y en su lugar negar las pretensiones de la demanda.”

Se repite entonces, que lo pretendido por el actor, no era que se analizara cuál régimen le era más beneficioso sino que al contrario, se diera aplicación íntegra a su caso del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000 que señala:

“ARTÍCULO 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 parágrafo 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%).” Se resalta.

Así pues, la sola lectura de la norma impone para “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%).” Era tal condición la que debía verificarse por el a quo para determinar si debía o no acceder a las pretensiones de la demanda, es decir, conforme a su tenor literal, y verificarse si el actor se encontraba o no fungiendo como soldado a 31 de diciembre de 2000, conforme a la Ley 131 de 1985; situación que se aúna a lo señalado por el tutelante, y que no fue controvertido por la entidad accionada, como es que en la actualidad no existen soldados voluntarios.

Por tanto, ante el desaparecimiento de esa forma de vinculación laboral en las Fuerzas Militares y por ende, del régimen que ésta conllevaba, es más que incontrovertible, que lo que quiso el legislador fue establecer un régimen de transición para quienes estuvieran vinculados como tales a 31 de diciembre de 2000, sin que pueda colegirse que debieran permanecer como soldados voluntarios más allá del 1º de enero de 2001 para que fueran merecedores la señalando beneficio.

Por ello acoge la Sala íntegramente el pronunciamiento señalado por la Sección Quinta que señala:

“

Como ya advirtió la Sala, una vez el Tribunal transcribió las anteriores normas, construyó una argumentación tendiente a concluir que el actor estaba cobijado por el régimen de los soldados profesionales (Decretos 1793 y 1794 de 2000) y que en esas condiciones contaba con beneficios que no tuvo como soldado voluntario, y que solo bajo la Ley 131 de 1985 podía devengar un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%), cuando lo cierto es que el Legislador extraordinario, en la norma inaplicada, estableció el régimen de transición para aquellos soldados que habían sido voluntarios y que posteriormente se incorporaran como profesionales, y por ello previó que solo en ese evento, el salario que los últimos recibirían sería el de un salario mínimo mensual incrementado en un 60%, a diferencia de aquellos soldados que ingresaron a la institución sin que previamente hubiesen prestados sus servicios como voluntarios, pues para ellos el pago sería de “un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario”

Entonces, a diferencia de cómo lo consideró el Tribunal tutelado, el actor no estaba solicitando la aplicación de dos regímenes buscando beneficiarse con las mejores condiciones de cada uno de ellos, sino la observancia del régimen de transición previsto en la norma que le era aplicable, esto es, el Decreto 1794 de 2000.

Así las cosas, evidente para la Sala es que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “C”, al proferir la

sentencia de 24 de mayo de 2012, incurrió en la irregularidad de naturaleza sustantiva alegada por el tutelante, pues inaplicó, sin razón alguna, el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000 en abierta contradicción con su propia argumentación según la cual dicha normativa regía por completo la situación del señor Cabezas Quiñones.”

Por ello, ante la configuración del defecto sustantivo en la sentencia objeto de la acción, se cumple una condición habilitante para dejarla sin efectos, razón por la cual se confirmará la providencia emitida por la Sección Primera de esta Corporación que concedió el amparo deprecado.

Y con base en las anteriores consideraciones resolvió:

“PRIMERO.- CONFÍRMASE la providencia de 16 de octubre de 2014 proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado, dentro de la acción de tutela presentada por el señor Raúl Casas Ovalle contra el Tribunal Administrativo de Casanare, de conformidad con lo señalado en la parte motiva.

SEGUNDO.- LÍBRENSE las comunicaciones de que trata el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, para los fines ahí contemplados.

TERCERO.- DE NO SER IMPUGNADA dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, **REMÍTASE** el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión”.

2.- La sentencia de la Sección Primera en su ordinal primero amparó los derechos del señor Ovalle, dejó sin efectos la sentencia del 10 de julio de 2014 proferida por este Tribunal y dispuso que dentro de los 20 días siguientes a la ejecutoria se emitiera un nuevo pronunciamiento teniendo en cuenta los argumentos expuestos por el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

3.- La sentencia de segunda instancia fue notificada a esta el 26 de junio del año en curso.

3.- Los fallos de tutela emitidos por el Superior Funcional son de obligatorio acatamiento.

Para tales efectos por auto del 26 de junio del año en curso, se obedeció y dio cumplimiento a dicha sentencia y se solicitó en calidad de préstamo el expediente de nulidad y restablecimiento del derecho (fl. 32), el cual fue allegado el 14 de julio de 2015 (fl. 36).

4.- Por lo tanto, se procede a proferir el fallo de cumplimiento en los siguientes términos:

4.1.- PRONUNCIAMIENTO SOBRE NULIDADES Y PRESUPUESTOS PROCESALES

Revisada la actuación surtida hasta el momento, en cumplimiento del control de legalidad establecido en el CPACA³, no se observan irregularidades procedimentales

³ Artículos 180-5 y 247 – 5 de la Ley 1437 de 2011.

que conlleven a declarar la nulidad total o parcial de lo actuado. Por el contrario, se encuentra cumplido el procedimiento previsto en los artículos 162, 192 y 247 siguientes y concordantes del CPACA, es decir, se agotó el debido proceso establecido en el artículo 29 de la Constitución Política.

Están cumplidos los presupuestos procesales. En efecto:

- Este Tribunal es competente para conocer de la presente acción por la naturaleza del asunto, por el último lugar de prestación de servicios del demandante y el factor funcional, acorde con las previsiones de los artículos 153, 156 y ss. del C.P.A.C.A.
- El demandante es una persona natural y acreditó su existencia, con lo cual está demostrada la capacidad para ser parte. La entidad demandada es la Nación - Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, de quien se encuentra acreditada su capacidad o aptitud para comparecer como sujeto de derecho dentro de este proceso.
- El actor es mayor de edad, por lo cual puede comparecer por sí mismo; las partes actuaron a través apoderados legalmente constituidos.

Y existe demanda en forma.

Por lo tanto, la decisión será de mérito.

4.2.- ESTUDIO DEL CASO

4.2.1- Esta Corporación en Sala plena venía sosteniendo la teoría del caso planteada en el numeral 3.2 de los antecedentes, con relación al reajuste del 20% del salario y prestaciones sociales de los soldados voluntarios.

4.2.2.- Ante lo considerado y decidido en la sentencia del 22 de abril de 2015 por el Honorable Consejo de Estado, es necesario variar esa línea jurisprudencial del Tribunal y acoger los planteamientos del Máximo Organismo de la Jurisdicción Contenciosa, según los cuales, al señor RAÚL CASAS OVALLE le es aplicable el régimen de transición previsto en el inciso 2 del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000.

Por las razones expuestas, se revocará la sentencia objeto de apelación y en su lugar se confirmará la sentencia proferida por el juez Tercero Administrativo de Descongestión del circuito de Yopal el 21 de noviembre de 2014 que accedió a las pretensiones de la demanda.

V. COSTAS

Reiterando lo expuesto en múltiples sentencias proferidas después de la vigencia de la Ley 1437 de 2011, debe señalarse que en un Estado de Derecho como el que prevé nuestra Constitución (artículo 1 C.P.) resulta razonable ponderar en cada caso la actividad procesal de las partes para deducir de allí si hay lugar o no a condena en costas, teniendo en cuenta, por ejemplo, la conducta temeraria de la parte, si ella resulta dilatoria en la interposición de un recurso la proposición o trámite de un incidente, o el fundamento mismo de los actos procesales, pues algunos no son serios sino caprichosos, arbitrarios o algo similar.

Bajo estos presupuestos, para el caso que se analiza no resulta procedente la condena en costas en ninguna de las instancias.

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** la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión del Circuito de Yopal el 21 de noviembre de 2014 a través de la cual accedió a las pretensiones incoadas por RAÚL CASAS OVALLE contra la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, por las razones expuestas en la parte considerativa.

SEGUNDO: **NO CONDENAR** en costas en esta instancia.

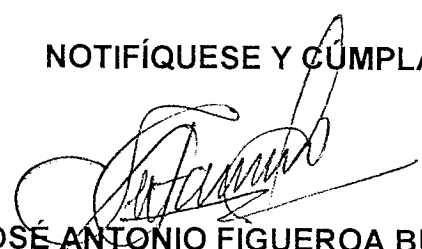
TERCERO: Sin esperar ejecutoria, **ORDENAR** remitir copia auténtica del presente fallo a la Sección Quinta del Honorable Consejo de Estado.

CUARTO: **ORDENAR** que por Secretaría se **DEVUÉLVA** el proceso de nulidad y restablecimiento del proceso radicado con el número 85001333170120110099 que fue pedido en calidad de préstamo.

QUINTO: **ORDENAR** notificar el presente fallo a los sujetos procesales e incorporarlo al expediente de nulidad y restablecimiento del derecho radicado con el número 850013333000220130004300, y devolverlo al juzgado de origen dejando las constancias de rigor.

Aprobado en sesión de la fecha, según acta N°

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JOSÉ ANTONIO FIGUEROA BURBANO
Magistrado


HÉCTOR ALONSO ÁNGEL ÁNGEL
Magistrado


NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ
Magistrado