

DEFECTO SUSTANTIVO - Definición / DEFECTO SUSTANTIVO - Causales de configuración

Este defecto se origina cuando la autoridad judicial, desconoce las normas de rango legal o infra legal aplicables al caso determinado, ya sea por su absoluta inadvertencia, por su aplicación indebida, por error grave en su interpretación o por el desconocimiento del alcance de las sentencias judiciales con efectos erga omnes cuyos precedentes se ubican en el mismo rango de la norma sobre la que pesa la cosa juzgada. La jurisprudencia constitucional ha señalado que en una providencia judicial se configura el defecto sustantivo cuando ocurre alguna de las siguientes ocasiones: i) Cuando la norma aplicable al caso es claramente inadvertida o no tenida en cuenta por el fallador. ii) Cuando a pesar del amplio margen interpretativo que la Constitución le reconoce a las autoridades judiciales, la aplicación final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación contra legem o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes. iii) Cuando el fallador desconoce las sentencias con efectos erga omnes tanto de la jurisdicción constitucional como de lo contencioso administrativo cuyos precedentes se ubican en el mismo rango de la norma sobre la que pesa la cosa juzgada respectiva.

NOTA DE RELATORIA: En relación con el defecto sustantivo, ver sentencia SU-159 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

SERVICIO MILITAR - Marco normativo / SERVICIO MILITAR VOLUNTARIO - Bonificación / SOLDADOS PROFESIONALES - Régimen prestacional

La Ley 48 de 1993 reglamentó el servicio de reclutamiento y movilización de las fuerzas militares y previó las modalidades de prestación del servicio militar... La ley 131 de 1985 instituyó el servicio militar voluntario para aquellos soldados que habiendo prestado el servicio militar obligatorio (en cualquiera de sus modalidades, regular, bachiller, auxiliar de policía o campesino) hubieren manifestado el deseo de continuar en la institución de manera voluntaria y hayan sido aceptados. El artículo 4 de la ley referida dispuso para los soldados voluntarios una prestación denominada bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un sesenta por ciento (60%). El Gobierno Nacional en uso las facultades extraordinarias concedidas por la Ley 578 de 2000, expidió el Decreto 1793 de 2000, por medio del cual se estableció el régimen de carrera y estatuto personal de los soldados profesionales de las Fuerzas Militares. Dicha reglamentación 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.

REGIMEN PRESTACIONAL - De los soldados voluntarios que se incorporaron como soldados profesionales antes del 31 de diciembre de 2000 / SOLDADOS PROFESIONALES - Régimen prestacional varía según la modalidad de vinculación / REGIMEN PRESTACIONAL - De los soldados voluntarios que fueron convertidos en profesionales mediante orden militar en noviembre de 2003

Teniendo en cuenta las normas citadas y la dicotomía legítimamente establecida por la reglamentación de la materia, se entiende que quienes se vincularon como soldados voluntarios antes del 31 de diciembre de 2000 fueron incorporados como soldados profesionales de las fuerzas militares acogiéndose al régimen prestacional designado para éstos, pero conservando, en virtud del artículo 1 del Decreto 1794, una asignación mensual equivalente a un salario, mínimo legal

vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%), lo mismo que el derecho a que se les cancele el porcentaje de la prima de antigüedad que tuvieron al momento de la incorporación al nuevo régimen... No obstante lo anterior es necesario aclarar que el Decreto 1793 de 2000 establecía una fecha máxima para que los soldados voluntarios que quisieran incorporarse como profesionales lo manifestaran ante sus superiores, el 31 de diciembre de 2000, razón por la cual se infiere que quienes no lo hicieron siguieron en su condición de voluntarios y por ende les seguía aplicando la Ley 131 de 1985. (En consecuencia ganaban un Salario Mínimo más el sesenta por ciento). La aclaración es importante porque al seguir en la condición de voluntarios no les aplicaban los Decretos 1793 y 1794 de 2000 y el problema surge por la Decisión del Ejército Nacional de convertir a todos los soldados voluntarios, mediante orden militar en profesionales. Esa decisión generó que quedaran tres grupos de soldados profesionales: i) Grupo 1, personal que ingresó directamente como soldado profesional a partir del año 2001, por la entrada en vigencia del Decreto 1793 del 2000; ii) Grupo 2, soldados voluntarios que manifestaron su interés de convertirse en profesionales hasta el 31 de diciembre del año 2000; iii) Grupo 3, soldados voluntarios que fueron convertidos en profesionales en virtud de la orden militar a partir del 1 de noviembre de 2003... En cuanto al grupo 1 y 2 no hay discusión alguna en cuanto al régimen salarial que les corresponde porque el Decreto 1794 de 2000 es claro en regular una y otra situación, sin embargo no ocurre lo mismo con el grupo 3, toda vez que esa forma de vinculación (obligatoria) no está expresamente regulada en ninguna norma. La duda jurídica que surge para el grupo 3 es la siguiente, a los soldados voluntarios que fueron convertidos de manera obligatoria en profesionales, en noviembre de 2003, se les debe aplicar el inciso del artículo 1 del Decreto 1794 (salario mínimo + 60%) o se les debe aplicar la norma general para los soldados profesionales (salario mínimo + 40%) por no haberse convertido en la oportunidad prevista para ello (31 de diciembre de 2000). Este tema ha generado posiciones encontradas en los Tribunales Administrativos del país, pues algunos han considerado que sí se les debe aplicar el inciso del artículo 1 del Decreto 1794 porque de todas maneras cumplían con la condición de ser soldados voluntarios, regidos por la Ley 131 de 1985, al 31 de diciembre de 2000 y otros que se les debe aplicar la norma general para los soldados profesionales (salario mínimo + 40%) por no haberse convertido en la oportunidad prevista para ello (31 de diciembre de 2000).

FUENTE FORMAL: LEY 48 DE 1993 / LEY 131 DE 1985 / LEY 578 DE 2000 / DECRETO 1793 DE 2000 / DECRETO 1794 DE 2000

REGIMEN PRESTACIONAL DE SOLDADO VOLUNTARIO CONVERTIDO EN PROFESIONAL POR ORDEN MILITAR - Ante la duda jurídica existente el juez ordinario debe proferir sentencia haciendo uso de los principios de autonomía e independencia judicial / ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Sentencia cuestionada no incurrió en defecto sustantivo

En este caso, el actor manifestó que el Tribunal Administrativo de Santander incurrió en violación de sus derechos fundamentales al negar el reajuste salarial pretendido, pues consideró que no aplicó debidamente la norma que regía dicha situación, es decir, lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000. (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 60%)... Se observa que el Tribunal Administrativo de Santander al momento de aplicar la norma pertinente para resolver el litigio planteado por el actor (entonces demandante) hizo un ejercicio hermenéutico para

determinar que debía hacer en el caso del actor... Se observa que su trayectoria por el ejército es la siguiente: i) Soldado Regular; ii) Soldado Voluntario, fecha de inicio 27 de abril de 1992; iii) Soldado Profesional, fecha de inicio 1 de noviembre de 2003... Lo anterior significa que el actor pertenece al grupo 3 de soldados profesionales, es decir, fue convertido de manera obligatoria por orden militar en noviembre de 2003 lo cual significa que el análisis hecho por el Tribunal accionado se encuentra enmarcado dentro de la autonomía e independencia judicial pues se encuentra debidamente sustentado y no resulta arbitrario con respecto a lo dispuesto en las normas ni la jurisprudencia pertinente, y en esa medida constituye una opción legítima por parte de esa Corporación. En consecuencia, no se configura el defecto sustantivo en el asunto objeto de estudio. De conformidad con lo anteriormente expuesto la Sala negará el amparo de los derechos fundamentales invocados por el actor.

FUENTE FORMAL: LEY 131 DE 1985 / DECRETO 1794 DE 2000

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: GUILLERMO VARGAS AYALA

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de abril del dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-00379-00(AC)

Actor: LUIS ORLANDO GELVEZ JAIMES

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER y CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES

La Sala decide sobre la acción de tutela interpuesta por LUIS ORLANDO GELVEZ JAIMES en contra de la Sentencia proferida el 30 de septiembre de 2014 por el Tribunal Administrativo de Santander y en contra de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES.

I. ANTECEDENTES

El actor manifestó en su escrito de tutela:

1.1. Que estuvo vinculado al Ejército Nacional, inicialmente en condición de **soldado regular** pues ingresó para prestar el servicio militar obligatorio y lo hizo en esa calidad.¹

1.2. Que al terminar el servicio militar obligatorio (en calidad de soldado regular) fue aceptado como **soldado voluntario** del Ejército Nacional a partir del 01 de octubre de 1992. (regidos por la Ley 131 de 1985)

1.3. Que por decisión del Ejército Nacional, todos los soldados voluntarios pasaron a ser denominados **soldados profesionales** a partir del 1 de noviembre de 2003. (regidos por los Decretos 1793 y 1794 de 2000). Y expresa que pidió la baja con derecho a asignación de retiro a partir del 30 de mayo de 2011.

1.4. Que durante el tiempo en que estuvo vinculado como **soldado voluntario**, su relación con el Ejército Nacional estuvo regida por la Ley 131 de 1985, en virtud de la cual solo se le pagaba una bonificación mensual que equivalía a un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%), más una bonificación adicional en el mes de diciembre de cada año.

1.5. Que en el año 2000 fueron proferidos los decretos 1793 y 1794 del 14 de septiembre de ese año, mediante los cuales se creó el régimen de carrera del **soldado profesional** y se estableció el régimen salarial y prestacional que cobijaría a los soldados que ostentaran la condición de profesionales, respectivamente.

1.6. Que mediante la Orden Administrativa de Personal No. 1175 del 20 de octubre de 2003 se indicó que todos los soldados que se encontraban bajo la condición de **voluntarios** (regidos bajo la ley 131 de 1985) serían denominados **soldados profesionales** e iban a estar regidos por los Decretos 1793 y 1794 de 2000.

1.7. Que el Ejército no ha cumplido con los pago en forma completa y ha aplicado normas "a su acomodo" y obliga a los soldado a acudir a la Administración de Justicia para reclamar el reconocimiento de derechos que les asiste.

1.8. Que por haber prestado su servicio durante 20 años adquirió el derecho a devengar asignación de retiro a cargo de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS

¹ Las modalidades en las cuales puede prestarse el servicio militar obligatorio están reguladas en el artículo 13 de la Ley 48 de 1993 y son: soldado regular, soldado bachiller, auxiliar de policía bachiller o soldado campesino.

MILITARES, la cual le fue reconocida mediante Resolución No. 3745 del 2 de agosto de 2011.

1.9. Que solo se tomaron como partidas computables, el sueldo básico devengado y la prima de antigüedad y no se liquidó correctamente el porcentaje indicado en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 pues se aplicó el 70% de la prima y por ello se incurrió en error.²

1.10. Que en el momento del reconocimiento de la prestación periódica referida con anterioridad, se liquidó la asignación mensual en un salario mínimo incrementado en un cuarenta por ciento (40%), desconociendo lo establecido en el inciso segundo del artículo primero del Decreto 1794 de 2000 cuando la norma establece que para los soldados que a 31 de diciembre de 2000 ostentaban la calidad de voluntarios, la asignación salarial mensual se debe liquidar con base en el salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.

1.11. Por ello inició demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Resolución de reconocimiento de asignación de retiro proferida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares donde pretendía que se le ajustara el 20% dejado de percibir.

1.12. Que el proceso fue conocido en primera instancia por el Juzgado 1° Administrativo de San Gil, el cual mediante Sentencia de fecha 28 de marzo de 2014, resolvió acceder a las pretensiones de la demanda.

1.13. Que la segunda instancia fue conocida por el Tribunal Administrativo de Santander y resolvió, mediante Sentencia de 30 de septiembre de 2014, confirmar parcialmente (en cuanto al asunto referido en el numeral 1.7.) la de primera instancia y negar el reajuste salarial pretendido, es decir, que su asignación mensual fuera liquidada en cuantía equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente incrementado en un 60%, tal y como lo dispone el inciso segundo del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000.

II.- LA TUTELA

2.1. La solicitud.

² La discusión al respecto quedó zanjada pues en primera y en segunda instancia del proceso ordinario se le dio la razón al Actor en cuanto no se había liquidado de manera correcta el porcentaje indicado en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

El actor solicita el amparo de sus derechos a la igualdad, debido proceso, prevalencia del derecho sustancial y acceso a la administración de justicia, presuntamente vulnerados por el Tribunal Administrativo de Santander.

2.2. Fundamentos de la solicitud.

En concepto del actor, la sentencia atacada adolece de los siguientes vicios:

2.1. Violación directa de la Constitución.

Que la sentencia atacada no se detuvo en el análisis del precepto legal que establece el derecho salarial a devengar un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%.

Que respecto del régimen que se debía aplicar al actor, el Tribunal afirmó que él debía percibir la asignación básica incrementada en un 40% además de las prestaciones sociales, porque aceptar que el soldado voluntario que se incorpora como soldado profesional puede estar en situación más beneficiosa frente a sus pares, rompe con el principio de incescindibilidad y el de igualdad.

Esa afirmación a juicio del Actor desconoce lo establecido por el inciso del artículo 1° del Decreto 1794, razón por la cual se tomó una decisión equivocada y contraria a derecho, vulnerando los derechos del actor, específicamente el del debido proceso.

2.2. Defecto sustantivo.

Que como consecuencia de lo anterior se configuró un defecto sustantivo de la sentencia toda vez que a pesar de la absoluta claridad de la normatividad existente y de las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, el Tribunal modificó la sentencia de primera instancia y decidió negar las pretensiones relacionadas con el reajuste del veinte por ciento (20%).

Específicamente la indebida aplicación de la norma es la contenida en el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000.

2.3. Las pretensiones.

Con fundamento en la demanda interpuesta el actor formula la siguiente pretensión:

“Que se tutelen los derechos fundamentales invocados y que están siendo vulnerados por el H. TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE SANTANDER, al proferir las sentencias de fecha 30 de septiembre de 2013, en virtud de la cual se negó el reajuste de la asignación de retiro al actor.

Que como consecuencia de la tutela de los derechos fundamentales invocados se declare la NULIDAD PARCIAL de la sentencia antes referida en cuanto le negó al actor el derecho al reajuste de su asignación de retiro.

Que una vez ordenada la nulidad parcial solicitada, se ordene que se profiera una nueva Sentencia en virtud de la cual se condene a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES se liquide su asignación mensual en cuantía de un salario mínimo incrementado en un 60% de conformidad con el inciso segundo del artículo primero del Decreto 1794 de 2000 dentro de la asignación de retiro que actualmente devenga.

Que se advierta a la Entidades tuteladas, sobre las consecuencias que conlleva el incumplimiento de la providencia que su Despacho profiera.”³

2.4. Trámite de la solicitud.

Este Despacho, mediante auto del veinticuatro (24) de febrero de dos mil quince (2015), admitió la presente acción y ordenó notificar a los Magistrados del Tribunal Administrativo de Santander, la Juez Primero Administrativo de San Gil, al Ministro de Defensa Nacional, al Director de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

2.5. Manifestación de los interesados.

2.5.1. El Tribunal Administrativo de Santander guardó silencio.

2.5.2. El Juez Primero Administrativo de San Gil presentó informe en el que manifestó⁴ que la labor interpretativa realizada por el Juzgado dentro del fallo de primera instancia se encuentra debidamente sustentado y razonado, acatando los lineamientos jurisprudenciales y legales de rigor y que es en el fallo de segunda instancia donde radica la inconformidad del tutelante.

2.5.3. El Ministerio de Defensa guardó silencio.

³ Folios 2 y 3 del expediente.

⁴ Informe suscrito por el Dr. Álvaro Sánchez Caro, obrante a folio 54.

2.5.4. La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares presentó informe en el que manifestó⁵:

Que su obligación es dar cumplimiento a lo ordenado por los Despachos Judiciales a través de sus sentencias y que acudir a la acción de tutela como lo hace el actor es improcedente pues las pretensiones ya fueron debatidas en las dos instancias judiciales ya fenecidas.

Que la Caja de Retiro carece de legitimación en la causa por pasiva.

2.5.5. La Agencia Nacional de Defensa del Estado guardó silencio.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

3.1 Competencia.

De conformidad con lo previsto por los artículos 37 del Decreto Ley 2591 de 1991 y el numeral 2 del artículo 1° del Decreto 1382 de 2000 en materia de reparto de acciones de tutela contra providencias judiciales, esta Sala de Decisión es competente para conocer las solicitudes de amparo interpuestas contra decisiones judiciales de los Tribunales Administrativos.

3.2. Problema jurídico.

El asunto bajo examen supone determinar si el Tribunal Administrativo de Santander vulneró los derechos fundamentales del actor a la igualdad, debido proceso, prevalencia del derecho sustancial y acceso a la administración de justicia, al negar el reajuste salarial pretendido, es decir que su asignación mensual fuera liquidada en cuantía equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60% y no en un 40%.

3.3. Análisis del asunto.

Para resolverlo se estudiará la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales haciendo: **1)** Una revisión de los presupuestos y requisitos establecidos por la jurisprudencia constitucional para su procedencia; **2)** Un examen del cumplimiento de los requisitos o presupuestos de procedencia; **3)** Un

⁵ Informe suscrito por la doctora Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, obrante a folios 31 a 48.

estudio de las causales de procedibilidad en el caso concreto; y 4) con base en las anteriores consideraciones se entrará a definir su procedencia particular en este caso.

3.2.1. Los presupuestos y requisitos de procedibilidad de la acción de tutela frente a decisiones judiciales establecidas por la jurisprudencia constitucional.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política: *"Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública"* o de los particulares, en los casos señalados por el Decreto 2591 de 1991, reglamentario de la acción de tutela.

Si bien esta disposición constitucional no excluye del control de tutela las decisiones adoptadas por las autoridades judiciales, tempranamente la jurisprudencia constitucional advirtió la necesidad de *establecer un régimen particular de control frente a esta clase de determinaciones*. Los riesgos de poner en entredicho instituciones vertebrales del orden jurídico constitucional como el principio de seguridad jurídica, la independencia y autonomía judicial, la cosa juzgada o garantías esenciales como el juez natural o el debido proceso, han servido de base para la construcción de este particular régimen de procedencia de la acción de tutela. De aquí que desde la sentencia C-543 de 1992 se haya dejado en claro que el juez de tutela no puede inmiscuirse de cualquier manera en un proceso en curso o ya cursado, desplazando al juez natural o usurpando sus competencias mediante la adopción de decisiones que no le corresponden y que exceden sus facultades de juez constitucional. Según lo sostenido por la Corte Constitucional en este pronunciamiento el juez de tutela:

*No puede, por tanto, proferir resoluciones o mandatos que interfieran u obstaculicen diligencias judiciales ya ordenadas por el juez de conocimiento, **ni modificar providencias por él dictadas, no solamente por cuanto ello representaría una invasión en la órbita autónoma del juzgador y en la independencia y desconcentración que caracterizan a la administración de***

justicia (artículo 228 C.N.), sino porque, al cambiar inopinadamente las reglas predeterminadas por la ley en cuanto a las formas propias de cada juicio (artículo 29 C.N.), quebrantaría abierta y gravemente los principios constitucionales del debido proceso. Lo anterior sin tener en cuenta la ostensible falta de competencia que podría acarrear la nulidad de los actos y diligencias producidos como consecuencia de la decisión con los consiguientes perjuicios para las partes, la indebida prolongación de los procesos y la congestión que, de extenderse, ocasionaría esta práctica en los despachos judiciales (negrillas fuera de texto).

Esta misma preocupación por el desquiciamiento de las garantías judiciales que ofrece el sistema normativo y por la anulación práctica de disposiciones constitucionales como las que sancionan la existencia de jurisdicciones autónomas, separadas y especializadas en el conocimiento de determinados asuntos, llevó a que en este mismo fallo la Corte Constitucional indicara que “no encaja dentro de la preceptiva fundamental un sistema que haga posible al juez, bajo el pretexto de actuar en ejercicio de la jurisdicción Constitucional, penetrar en el ámbito que la propia Carta ha reservado a jurisdicciones como la ordinaria o la contencioso administrativa a fin de resolver puntos de derecho que están o estuvieron al cuidado de estas”.

De este modo, aun cuando existe claridad meridiana sobre el hecho que el juez de tutela no puede concebirse ni actuar como un juez de instancia, la necesidad de reconocer la primacía de los derechos fundamentales (artículo 5º C.P.) y de promover condiciones adecuadas para su amparo también frente a actuaciones procedentes del poder judicial, llevó a la jurisprudencia constitucional a acoger *la doctrina de la vía de hecho*. Con base en esta construcción, *de forma muy excepcional*, se admite el uso de la acción de tutela para cuestionar aquellas *decisiones que por contrariar de manera grave, flagrante y grosera el ordenamiento constitucional, no pueden tenerse por pronunciamientos judiciales*.

Con todo, las restricciones que en términos de protección de derechos supone la exigencia de configuración de una vía de hecho condujeron a que la jurisprudencia constitucional adoptara, a partir de la sentencia C-590 de 2005, una visión más amplia, objetiva y garantista de las condiciones que deben presentarse para que proceda en un caso concreto la acción de tutela contra decisiones judiciales. A partir de esta providencia la procedibilidad del amparo frente a las decisiones

judiciales está supeditada al cumplimiento de los denominados “*requisitos generales de procedencia*” y a la verificación de las “*causales específicas de procedibilidad*”⁶ definidas.

En relación con los “*requisitos generales de procedencia*” se ha señalado que son requisitos o presupuestos generales de procedencia de la acción, en síntesis, los siguientes, de conformidad con lo establecido en la sentencia C-590 de 2005 de la Corte Constitucional: (i) Que el asunto sea de evidente relevancia constitucional; (ii) que se hayan agotado todos los mecanismos de defensa judicial -ordinarios y extraordinarios- de que disponga el afectado, salvo que se trate de evitar un perjuicio irremediable; (iii) que se cumpla el requisito de la inmediatez; (iv) cuando se trate de una irregularidad procesal que tenga un efecto decisivo en la sentencia objeto de controversia y que afecte los derechos fundamentales de la parte actora; (v) que quien solicita el amparo identifique debidamente los hechos que generaron la vulneración y los derechos afectados y que hubiere alegado tal vulneración dentro del proceso judicial, siempre que ello hubiere sido posible; y (vi) que no se trate de sentencias de tutela.

En lo atinente a las “*causales específicas de procedibilidad*”⁷ se ha manifestado igualmente que representan causales de procedibilidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales las siguientes anomalías:

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

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

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

d. Defecto material o sustantivo, este defecto se presenta cuando se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales⁸ o que

⁶ Las clasificaciones consignadas en las consideraciones del fallo C-590 de 2005, relacionadas con los “*requisitos generales de procedencia*” y las “*causales generales de procedibilidad*”, han sido reiteradas entre muchas otras en las sentencias SU-813 de octubre 4 de 2007, M. P. Jaime Araújo Rentería, T-555 de agosto 19 de 2009, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva, T-549 de agosto 28 de 2009, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio, SU-819 de noviembre 18 de 2009, M. P. Nilson Pinilla Pinilla y T-268 de abril 19 de 2010, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁸ Corte Constitucional, sentencia T-522 de 2001.

presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

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

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

g. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance.

h. Violación directa de la Constitución.

Aun cuando por varios años el criterio mayoritario al interior del Consejo de Estado fue reacio a aceptar la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, con ocasión de la acción de tutela instaurada por la señora Nery Germania Álvarez Bello (Rad.: 2009-01328), en un asunto que fue asumido por importancia jurídica por la Sala Plena, en aras de rectificar y unificar el criterio jurisprudencial, mediante sentencia del 31 de julio de 2012 con ponencia de la Doctora María Elizabeth García González, se consideró necesario admitir que debe acometerse el estudio de fondo de la acción de tutela cuando se esté en presencia de providencias judiciales -sin importar la instancia y el órgano que las profiera- que resulten violatorias de derechos fundamentales, siempre que se den los requisitos o presupuestos de procedencia y causales de procedibilidad establecidos por la jurisprudencia y los que en el futuro determine la Ley y la propia doctrina judicial.

Atendiendo a este nuevo criterio jurisprudencial, esta Sección, en Sala de 23 de agosto de 2012, adoptó como parámetros a seguir para determinar la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, los señalados en la sentencia C-590 de 8 de junio de 2005, proferida por la Corte Constitucional (Magistrado Ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño), sin perjuicio de las demás pronunciamientos que esta Corporación elabore sobre el tema. De aquí que sean los elementos delineados por la jurisprudencia constitucional antes señalada los llamados a ser empleados en la definición de la procedencia o no de la acción interpuesta.

Antes de entrar a hacer el análisis de estos requisitos, la Sala considera oportuno hacer referencia a la Sentencia proferida por la Sala Plena de esta Corporación el 5 de agosto de 2014, en el proceso radicado con el número 2012-02201-01, con ponencia del magistrado Jorge Octavio Ramírez Ramírez, toda vez que en dicha ocasión se unificaron los criterios en relación con varios de los denominados presupuestos generales para que proceda la acción de tutela contra providencias judiciales.

Así, en punto a **la relevancia constitucional de la controversia** como uno de los requisitos generales de procedencia, en posición respecto de la cual quien elabora esta ponencia aclaró su voto, sostuvo la Sala Plena que:

“La relevancia constitucional es un asunto que puede ser desarrollado desde dos puntos de vista: i) para efectos de la revisión eventual realizada por la Corte Constitucional y, ii) como requisito de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales para evitar que se convierta en una tercera instancia.

El segundo aspecto, esto es, la relevancia constitucional como requisito de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, es el que interesa para efectos de esta sentencia.

*La relevancia constitucional como requisito de procedibilidad tiene dos cometidos fundamentales. Por un lado, **protege “el principio constitucional de la autonomía funcional de los jueces (artículos 228 y 230 de la Carta)”**⁹; por otro, evita que la acción de tutela se torne en un instrumento para **“involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones”**¹⁰.*

Que el asunto “tenga relevancia constitucional”, que afecte “derechos fundamentales de las partes”, es un requisito de la acción de tutela que supone la conjunción de dos elementos necesarios¹¹.

El primer elemento dice relación con la carga argumentativa del actor para demostrar en sede de tutela que el asunto es de relevancia constitucional por la afectación de sus derechos fundamentales. No basta, entonces, aducir la vulneración de derechos fundamentales para cumplir este requisito de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales.

A juicio de la Sala, si bien es cierto que el juez de tutela debe motivar su decisión, explicando por qué ella es de “relevancia constitucional”, no es menos cierto que el actor tiene la carga de argumentar el por qué su pretensión tiene

⁹ Sentencia T-173 de 1993. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

¹⁰ Literal a) del fundamento jurídico 24 de la sentencia C-590 de 2005.

¹¹ Esta exigencia se deriva del requisito general de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales, contemplado en el literal a) del fundamento jurídico 24 de la sentencia C-590 de 2005.

tal atributo, para que el juez pueda determinar si se cumple tal requisito, so pena del rechazar o declarar improcedente el amparo constitucional¹².

El segundo elemento supone que el procedimiento de tutela no puede erigirse en una instancia procesal adicional. En consecuencia, en caso que de la acción de tutela se derive que esa es la pretensión del actor, la decisión será rechazarla o declararla improcedente.

La tutela contra providencias judiciales supone siempre una discusión en torno a derechos fundamentales. No está concebida para cuestiones de mera legalidad o de apreciación judicial que no involucre aquellos. Dichas cuestiones carecerían de relevancia constitucional.”

3.2.2. Examen del asunto a la luz de los presupuestos o requisitos generales de procedencia de la acción de tutela frente a decisiones judiciales.

De conformidad con la jurisprudencia de la Sala Plena del Consejo de Estado, para que exista relevancia constitucional deben concurrir los siguientes elementos: **I)** que de la carga argumentativa expuesta por el actor se pueda concluir que hay una presunta vulneración de derechos fundamentales; y **II)** que la discusión planteada en sede de tutela no gire en torno a una inconformidad respecto de la mera legalidad de la decisión atacada o sobre cuestiones de apreciación judicial que no involucre derechos fundamentales.

Igualmente, en lo concerniente al requisito de la inmediatez sostuvo la Sala Plena en el fallo en cita, en consideraciones respecto de las cuales también aclaró voto el ponente de esta decisión¹³, que: ***“como regla general, [se] acoge un plazo de seis meses, contados a partir de la notificación o ejecutoria de la sentencia, según el caso, para determinar si la acción de tutela contra providencias judiciales***

¹² En España por ejemplo, de tiempo atrás, esta es una carga del demandante, avalada por el Tribunal Constitucional, contenida en el último requisito establecido en numeral 1 del artículo 49 (“la demanda justificará la especial trascendencia constitucional del recurso”) y en el literal a) del numeral 1 del artículo 50 (“el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales”) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), respecto de la procedencia de la acción de amparo en general y, en particular, contra providencias judiciales.

¹³ Esta Sección había sostenido que: ***“la inmediatez debe reflejarse en un término que, en principio, debe ser el mismo con que se cuenta para el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho; y que desde luego puede ser mayor, dependiendo de cada caso en concreto y de sus circunstancias específicas”***. En esa medida se tenía contemplado un plazo razonable de 4 meses para interponer una acción de tutela en contra de una providencia judicial, contados desde el momento en que quedaba ejecutoriada la Sentencia. Sentencia del 20 de junio de 2013 proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado. C.P.: María Elizabeth García González. Rad. Núm.: 2012-02131. Reiterada en sentencia del 6 de marzo de 2013 proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado. C.P.: Guillermo Vargas Ayala. Rad. Núm.: 2013-00730.

se ejerce oportunamente”¹⁴. Lo anterior teniendo en cuenta que dicho plazo ha sido considerado como razonable por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y que se trata de una decisión judicial adoptada en un proceso jurisdiccional, en virtud de lo cual resulta razonable imponer a las partes un deber de vigilancia y una carga de información respecto de las decisiones que se adoptan al interior de dicho trámite judicial.

Realizadas estas precisiones, la Sala entrará a estudiar el cumplimiento de los **requisitos generales de procedencia** de la acción de tutela contra providencias judiciales, así:

- Respecto a la relevancia constitucional¹⁵, la Sala observa que a la luz de los argumentos del actor y de las implicaciones de las decisiones enjuiciadas en el asunto *sub examine*, así como la posible afectación a los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia del actor por defecto sustantivo, toda vez que alegó una indebida aplicación normativa, se considera que cumple con este requisito.
- En lo relativo a que el actor haya hecho uso de todos los mecanismos procesales disponibles, se tiene por cumplida esta exigencia, por tratarse de una solicitud de amparo frente a una decisión de segunda instancia, por lo que los mecanismos ordinarios ya fueron agotados.
- En lo concerniente al requisito de la inmediatez, se observa que entre la notificación de la sentencia proferida por el Tribunal y la interposición de la tutela transcurrieron seis (6) meses lo cual constituye un término razonable. Por ende el caso examinado también atiende esta exigencia.
- Otro requerimiento tiene que ver con la incidencia que debe tener sobre la decisión cuestionada la eventual irregularidad procesal que se invoca como fundamento de la acción y su potencial de afectación de derechos fundamentales. En el presente asunto la parte demandante no señaló la existencia de una irregularidad procesal motivo por el cual no aplica este punto.

¹⁴ Sentencia radicación 2012-02201-01. Sala Plena Consejo de Estado. Consejero Ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

¹⁵ Requisito analizado en aplicación de la sentencia de unificación proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado el 5 de agosto de 2014. Radicado número: 11001 03 15 000 2012 02201 01 (IJ). Actor: Alpina Productos Alimenticios S.A. Consejero ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

- Se exige, igualmente, que quien solicita el amparo identifique debidamente los hechos que generaron la vulneración y los derechos afectados y que hubiere alegado tal vulneración dentro del proceso judicial, siempre que ello hubiere sido posible. La lectura del escrito de tutela permite apreciar que se cumple con este requisito. Toda vez que el fallo de primera instancia fue favorable al aquí demandante, es lógico que no haya podido ventilar en el juicio ordinario los argumentos sobre los que se fundamenta la solicitud de amparo, que se dirige esencialmente contra la sentencia de segunda instancia, no sujeta a recurso alguno como ya se mencionó.
- Se requiere también que no se trate de sentencias de tutela, esto es, que la acción de tutela no se dirija contra una decisión adoptada en un proceso de esta índole. Teniendo en cuenta que no es el caso, también se cumple con este requisito.

3.2.3. Examen del asunto a la luz de las causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela frente a decisiones judiciales.

El cumplimiento de los presupuestos o requisitos generales de procedencia de la acción de tutela frente a decisiones judiciales hace posible avanzar al siguiente paso dentro del esquema metodológico diseñado por la jurisprudencia, esto es, al examen de la configuración de alguna de las siguientes causales de procedibilidad establecidas:

- Defecto orgánico.
- Defecto procedimental absoluto.
- Defecto fáctico.
- Defecto material o sustantivo.
- Error inducido.
- Decisión sin motivación.
- Desconocimiento del precedente.
- Violación directa de la Constitución.

En este caso, el actor manifestó que el Tribunal Administrativo de Santander incurrió en violación de sus derechos fundamentales al negar el reajuste salarial pretendido, pues consideró que no aplicó debidamente la norma que regía dicha situación, es decir, lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1° del Decreto

1794 de 2000. (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 60%).

Para determinar si es cierta o no la aseveración del actor, se deberán aclarar dos cosas, la primera, el análisis se circunscribirá a la causal de defecto sustantivo o material y la segunda, se deberá estudiar el régimen normativo aplicable a su caso.

Defecto sustantivo.

Este defecto se origina cuando la autoridad judicial, desconoce las normas de rango legal o infra legal aplicables al caso determinado, ya sea por su absoluta inadvertencia, por su aplicación indebida, por error grave en su interpretación o por el desconocimiento del alcance de las sentencias judiciales con efectos erga omnes cuyos precedentes se ubican en el mismo rango de la norma sobre la que pesa la cosa juzgada.

La jurisprudencia constitucional ha señalado que en una providencia judicial se configura el defecto sustantivo cuando ocurre alguna de las siguientes ocasiones:

- Cuando la norma aplicable al caso es claramente inadvertida o no tenida en cuenta por el fallador.
- Cuando a pesar del amplio margen interpretativo que la Constitución le reconoce a las autoridades judiciales, la aplicación final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación *contra legem* o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes.
- Cuando el fallador desconoce las sentencias con efectos *erga omnes* tanto de la jurisdicción constitucional como de la de lo contencioso administrativo cuyos precedentes se ubican en el mismo rango de la norma sobre la que pesa la cosa juzgada respectiva.¹⁶

Hecha la definición general del defecto sustantivo a continuación la Sala estudiará lo relativo al régimen normativo que rigió al actor en el tiempo que prestó sus servicios al Ejército Nacional.

¹⁶ Sentencia SU-159 del 6 de marzo de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Régimen Normativo.

La Ley 48 de 1993 reglamentó el servicio de reclutamiento y movilización de las fuerzas militares y previó que las modalidades de prestación del servicio militar eran las siguientes:

“ARTICULO 13. Modalidades prestación servicio militar obligatorio. El Gobierno podrá establecer diferentes modalidades para atender la obligación de la prestación del servicio militar obligatorio. Continuarán rigiendo las modalidades actuales sobre la prestación de] servicio militar:

- a) Como soldado regular, de 18 a 24 meses;*
- b) Como soldado bachiller durante 12 meses;*
- c) Como auxiliar de policía bachiller, durante 12 meses;*
- d) Como soldado campesino, de 12 hasta 18 meses.*

PARAGRAFO 1°. Los soldados, en especial los bachilleres, además de su formación militar, y demás obligaciones inherentes a su calidad de soldado, deberán ser instruidos y dedicados a la realización de actividades de bienestar social a la comunidad y en especial a tareas para la preservación del medio ambiente y conservación ecológica.

PARAGRAFO 2° Los soldados campesinos prestarán su servicio militar obligatorio en la zona geográfica en donde residen. El Gobierno Nacional organizará tal servicio tomando en cuenta su preparación académica y oficio.”(Subrayas y negrillas)

La ley 131 de 1985 instituyó el servicio militar voluntario para aquellos soldados que habiendo prestado el servicio militar obligatorio (en cualquiera de sus modalidades, **regular**, bachiller, auxiliar de policía o campesino) hubieren manifestado el deseo de continuar en la institución de manera voluntaria y hayan sido aceptados.

El artículo 4 de la ley referida dispuso para los soldados voluntarios una prestación denominada “*bonificación mensual*” equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un sesenta por ciento (60%).¹⁷

El Gobierno Nacional en uso las facultades extraordinarias concedidas por la Ley 578 de 2000, expidió el Decreto 1793 de 2000, por medio del cual se estableció el

¹⁷ *“ARTICULO 4°. El que preste el servicio militar voluntario devengara 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.”*

régimen de carrera y estatuto personal de los soldados profesionales de las Fuerzas Militares. Dicha reglamentación 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, estableciendo lo siguiente:

“ARTICULO 1. SOLDADOS PROFESIONALES. *Los soldados profesionales son los varones entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar en las unidades de combate y apoyo de las Fuerzas Militares, en la ejecución de operaciones militares, para la conservación, restablecimiento del orden público y demás misiones que le sean asignadas.”*

En cuanto a la selección del personal se dispuso:

“ARTÍCULO 5. SELECCION. *Los aspirantes que cumplan con las condiciones establecidas en el artículo anterior, se someterán a un proceso de selección previa realizado por un comité multidisciplinario, el cual será nombrado por el Director de Reclutamiento de cada Fuerza.*

En la selección a que se refiere el presente artículo, tendrán prelación los reservistas de primera clase a los cuales se refiere el literal f) del artículo anterior.

PARAGRAFO. *Los soldados vinculados mediante la Ley 131 de 1985 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.”*
(Subrayado fuera de texto)

De lo anterior se concluye que los soldados regidos por la Ley 131 de 1985 tenían hasta el 31 de diciembre de 2000 para expresar su intención de incorporarse como **soldados profesionales** y que los que fueran aceptados quedarían bajo el nuevo régimen, es decir, el del Decreto 1793 de 2000. Con todo, en consideración a su antigüedad, **se previó de manera expresa que se les iba a respetar el porcentaje de la prima de antigüedad que tuvieran al momento de incorporación.**

El Decreto dispuso también que el Gobierno Nacional expediría los regímenes, salarial y prestacional del soldado profesional, con base en lo dispuesto por la Ley 4 de 1992, sin desmejorar derechos adquiridos¹⁸.

¹⁸ Artículo 38 Decreto 1793 de 2000.

Por lo anterior se expidió el Decreto 1794 de 2000, por medio del cual se estableció el régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales de las Fuerzas Militares. En su artículo primero dispuso lo siguiente:

“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%).”

La lectura de esta disposición permite entender que a partir de la expedición de los decretos 1793 y 1794 de 2000, y a la vista de la realidad objetiva de una vinculación preexistente y bajo un régimen diferente por parte de un grupo de **soldados profesionales** (a saber: los vinculados con anterioridad a 31 de diciembre de 2000), en aras de respetar los derechos adquiridos y de no desmejorar su situación laboral, a efectos salariales y en lo atinente a la prima de antigüedad, se tienen dos regímenes diferentes: el de quienes se vinculen *ex novo* a partir del 1 de enero de 2001 y el de aquellos que se encontraban vinculados a las fuerzas militares antes del 31 de diciembre de 2000 y optan por incorporarse al ejército como soldados profesionales. De aquí que **pese a ostentar el mismo rango, por las diferencias objetivas que se observan en la situación en que se encuentra cada grupo al momento de su vinculación, esto es, la antigüedad de unos y la novedad de otros, no es esta una distinción contraria a la Constitución.**

Teniendo en cuenta las normas citadas y la dicotomía legítimamente establecida por la reglamentación de la materia, se entiende que quienes se vincularon como soldados voluntarios antes del 31 de diciembre de 2000 fueron incorporados como soldados profesionales de las fuerzas militares acogiéndose al régimen prestacional designado para éstos, pero conservando, en virtud del artículo 1 del Decreto 1794, una asignación mensual equivalente a un salario, mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%), lo mismo que el derecho a que se les cancele el porcentaje de la prima de antigüedad que tuvieron al momento de la incorporación al nuevo régimen.

El anterior es el régimen salarial que cubre a los soldados profesionales y voluntarios en cuanto a su asignación mensual.

No obstante lo anterior es necesario aclarar que el Decreto 1793 de 2000 establecía una fecha máxima para que los **soldados voluntarios** que quisieran incorporarse como **profesionales** lo manifestaran ante sus superiores, el 31 de diciembre de 2000, razón por la cual se infiere que quienes no lo hicieron siguieron en su condición de **voluntarios** y por ende les seguía aplicando la Ley 131 de 1985. (En consecuencia ganaban un Salario Mínimo más el sesenta por ciento)

La aclaración es importante porque al seguir en la condición de voluntarios no les aplicaban los Decretos 1793 y 1794 de 2000 y el problema surge por la Decisión del Ejército Nacional de convertir a todos los soldados voluntarios, mediante "*orden militar*" en profesionales.

Esa decisión generó que quedaran tres grupos de soldados profesionales:

Grupo 1	Grupo 2	Grupo 3
Personal que ingresó directamente como soldado profesional a partir del año 2001, por la entrada en vigencia del Decreto 1793 del 2000.	Soldados voluntarios que manifestaron su interés de convertirse en profesionales hasta el 31 de diciembre del año 2000.	Soldados voluntarios que fueron convertidos en profesionales en virtud de la orden militar a partir del 1 de noviembre de 2003.

En cuanto al grupo 1 y 2 no hay discusión alguna en cuanto al régimen salarial que les corresponde porque el Decreto 1794 de 2000 es claro en regular una y otra situación, sin embargo no ocurre lo mismo con el **grupo 3**, toda vez que esa forma de vinculación (obligatoria) no está expresamente regulada en ninguna norma.

La duda jurídica que surge para el **grupo 3** es la siguiente, a los soldados voluntarios que fueron convertidos de manera obligatoria en profesionales, en noviembre de 2003, se les debe aplicar el inciso del artículo 1 del Decreto 1794 (salario mínimo + 60%) o se les debe aplicar la norma general para los soldados

profesionales (salario mínimo + 40%) por no haberse convertido en la oportunidad prevista para ello (31 de diciembre de 2000).

Este tema ha generado posiciones encontradas en los Tribunales Administrativos del país, pues algunos han considerado que sí se les debe aplicar el inciso el inciso del artículo 1 del Decreto 1794 porque de todas maneras cumplían con la condición de ser soldados voluntarios, regidos por la Ley 131 de 1985, al 31 de diciembre de 2000 y otros que se les debe aplicar la norma general para los soldados profesionales (salario mínimo + 40%) por no haberse convertido en la oportunidad prevista para ello (31 de diciembre de 2000).¹⁹

3.2.3. Caso Concreto

Respecto de las normas aplicables al caso concreto el Tribunal accionado manifestó lo siguiente en la Sentencia del 30 de septiembre de 2014:

“Para la Sala, cuando el texto referenciado señala que, “sin perjuicio...”, ha de entenderse que regula la situación del soldado voluntario incorporado en virtud de la Ley 131 de 1985 a 31 de diciembre del 2000, que no manifestó la intención de incorporarse como soldado profesional, en razón de que tal texto debe interpretarse armónicamente con el artículo 5 del Decreto 1793 de 2000, esto es, que los voluntarios que opten conforme al párrafo, les será aplicado dicho decreto y de igual manera integralmente el Decreto 1794 de 2000 ya en condición de soldado profesional, con reconocimiento de la antigüedad.

De otra manera, quienes a 31 de diciembre de 2000 sean soldados voluntario y no se incorporen continuarán devengando como bonificación un SMLMV con un incremento del 60%, sin quedar sometidos al estatuto del soldado profesional, ni tener derecho a los beneficios prestacionales y salariales de dicho estatuto.”

En cuanto al caso concreto manifestó lo siguiente:

“De las pruebas obrantes en el expediente, advierte la Sala que en virtud de la citada Ley 131 de 1985 el accionante ingresó al Ejército

¹⁹ Ejemplo de los que han considerado que debe aplicarse el inciso: Tribunal Administrativo de Sucre, Sala Segunda de Decisión Oral, Sentencia 3 de abril de 2014 Exp 2013-00050, M.P. Rufo Arturo Carvajal Argoty. Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda, Subsección A, Sentencia 7 de noviembre de 2013, Exp. 2012 - 00238 – M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

Ejemplos de los que han considerado que se debe aplicar la norma general: Tribunal Administrativo de Santander Sección Segunda, Sentencia del 3 de abril de 2014, Exp. 2013-00018 MP. Francy del Pilar Pinilla Pedraza.

Nacional como soldado voluntario, después de prestar su servicio militar obligatorio.

Ahora bien, tal como se evidencia al dossier, en el extracto de la hoja de Servicios Militares, el señor Luis Orlando Gelvez Jaimes fue vinculado como soldado profesional en los términos del Decreto 1793 de 2000 y al momento de su retiro llevaba 20 años, 03 meses y 22 días de servicio a la Institución, siéndole reconocido asignación de retiro mediante Resolución no. 3745 del 02 de agosto de 2011 en cuantía del 70% del salario mensual indicado en el inciso primero del artículo 1 del Decreto 1794 de 2003 (sic), es decir el monto equivalente a 1 SMLMV incrementado en un 40% más la prima de antigüedad como soldado profesional.

Como el actor se vinculó antes de la vigencia del decreto 1793 de 2000 como soldado voluntario, al pasar a soldado profesional quedó sometido íntegramente a la regulación que lo cobija, tanto en materia salarial y como prestacional, advirtiendo la Sala que no se le venía aplicando el régimen prestacional del estatuto del soldado profesional.

De lo anterior, se colige que el señor Gelvez Jaimes debe percibir la asignación básica incrementada en un 49%, además de hacerse acreedor en virtud de la citada norma, a las prestaciones sociales, subsidio de vivienda familiar, prima de antigüedad, bonificación de orden público soldado profesional, subsidio familiar; así como, asignación de retiro, pensión por muerte, sustitución de pensión, salud o sus beneficiarios, capacitación y convenio de recreación entre otros.

De aceptar que el soldado voluntario que se incorpora como soldado profesional puede estar en situación más beneficiosa frente a sus pares, se rompe, el principio de inescindibilidad y el de igualdad.

En efecto, no es posible privilegiar a quien venía como soldado voluntario, permitiéndole que continúe con la misma asignación salarial, es el incremento del 60% sobre el salario mínimo legal mensual vigente propio del régimen anterior, y obtenga los beneficios prestacionales del soldado profesional – nuevo régimen – rompiendo la igualdad que debe existir en relación con todos los soldados profesionales con independencia de que su ingreso se haya dado por la incorporación al mismo del soldado voluntario o por vinculación directa.”

De lo transcrito se observa que el Tribunal Administrativo de Santander al momento de aplicar la norma pertinente para resolver el litigio planteado por el actor (entonces demandante) hizo un ejercicio hermenéutico para determinar que debía hacer en el caso del actor.

De los anexos allegados²⁰ por el actor se observa que su trayectoria por el ejército es la siguiente:

²⁰ Folio 20 de los anexos, Constancia expedida por la Jefatura de Desarrollo Humana, Dirección de personal.

Descripción	Fecha de inicio
Soldado Regular	19 de octubre de 1989
Soldado Voluntario	27 de abril de 1992
Soldado Profesional	1 de noviembre de 2003

Lo anterior significa que el actor pertenece al **grupo 3** de soldados profesionales, es decir, fue convertido de manera obligatoria por “orden militar” en noviembre de 2003 lo cual significa que el análisis hecho por el Tribunal accionado se encuentra enmarcado dentro de la autonomía e independencia judicial pues se encuentra debidamente sustentado y no resulta arbitrario con respecto a lo dispuesto en las normas ni la jurisprudencia pertinente, y en esa medida constituye una opción legítima por parte de esa Corporación. En consecuencia, no se configura el defecto sustantivo en el asunto objeto de estudio.

De conformidad con lo anteriormente expuesto la Sala negará el amparo de los derechos fundamentales invocados por el actor.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

IV. FALLA

PRIMERO: NEGAR el amparo del derecho fundamental al debido proceso del actor por las razones expuestas en la parte motiva de esta.

SEGUNDO: NOTIFICAR a los interesados por el medio más expedito en los términos del Artículo 16 del Decreto 2591 de 1991.

De no ser impugnada la presente providencia, por secretaría y dentro del término de ley, remítase a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO
Presidenta

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

GUILLERMO VARGAS AYALA

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

Ausente con excusa