

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / VULNERACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / PRINCIPIO DE IRRENUNCIABILIDAD / CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL - No es requisito de procedibilidad / RECONOCIMIENTO Y PAGO DE REAJUSTE SALARIAL A SOLDADO PROFESIONAL

[E] demandante, por medio de apoderada judicial promovió demanda en contra de la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional, con el objeto de obtener la nulidad del Oficio (...) por medio del cual se le negó el reajuste y pago de su salario en un 20 %, conforme al inciso 2.º del artículo 1.º del Decreto 1794 de 2000 y como consecuencia directa de ello, el reajuste de sus prestaciones sociales dejadas de percibir. En ese orden de ideas, se tiene que, el acto acusado es de contenido particular y concreto y hace referencia a la decisión de negar un reajuste salarial y consecuencial a éste, también prestacional, conforme a la norma en cita, de manera tal que bien puede afirmarse que en este caso, en principio, no era exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad de la acción instaurada, atendiendo el principio de irrenunciabilidad consagrado en el artículo 53 Constitucional (...) la Sección Segunda de esta Corporación a través de sentencia de unificación jurisprudencial de 25 de agosto de 2016 precisó que con base en el inciso 2.º del artículo 1.º del Decreto 1794 de 2000 los soldados voluntarios que posteriormente a su vinculación fueron incorporados como profesionales tienen derecho a ser remunerados mensualmente en el monto de un salario básico incrementado en un 60 %. Lo anterior, al considerar que ante la incorporación masiva de soldados voluntarios al régimen de carrera de los soldados profesionales del Ejército Nacional se les canceló un salario equivalente a un mínimo legal mensual incrementado en un 40 %, con base en el inciso 1.º del artículo 1.º del Decreto 1794 de 2000, situación que desconoce el régimen de transición para los soldados que venían prestando sus servicios como voluntarios y se incorporaron como profesionales, circunstancia que vulnera sus derechos adquiridos. (...) Todo lo anterior, lleva a concluir que en este caso, no era exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad de la acción instaurada, atendiendo el principio de irrenunciabilidad consagrado en el artículo 53 Constitucional, razón que impone acceder al amparo de los derechos invocados por la parte actora en su solicitud y, en aplicación de los principios de celeridad y efectividad de la justicia se dejará sin efectos la providencia de 24 de abril de 2018 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, y en consecuencia, dejará en firme la decisión adoptada por el Juzgado 15 Administrativo del Circuito Judicial de Medellín, que declaró no probada la excepción de «ausencia de conciliación como requisito de procedibilidad», ordenándole continuar con las siguientes etapas del proceso.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 53 / DECRETO 1794 DE 2000 - ARTÍCULO 1 INCISO 1 / DECRETO 1794 DE 2000 - ARTÍCULO 1 INCISO

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNANDEZ

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de agosto de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 11001-03-15-000-2018-02266-00(AC)

Actor: JORGE ALEXANDER CASTAÑEDA RODRÍGUEZ

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA

El señor JORGE ALEXANDER CASTAÑEDA RODRÍGUEZ, actuando a través de apoderado judicial, instauró acción de tutela en contra del Tribunal Administrativo de Antioquia, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, con ocasión de la providencia de 24 de abril de 2018, proferida dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho 2017-00063-01.

1. Hechos

Del escrito de tutela, se extraen los siguientes:

El 13 de diciembre de 2016, el demandante actuando a través de apoderada judicial, radicó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la Nación, Ministerio de Defensa Judicial, Ejército Nacional donde se pretendió la nulidad del acto administrativo a través del cual se le negó la solicitud de reajuste de la asignación salarial mensual o sueldo básico, conforme con lo establecido en el inciso 2.º del artículo 1.º del Decreto 1794 de 14 de septiembre de 2000, en vista que el Ministerio de Defensa Nacional, está tomando el salario mínimo legal vigente incrementado solo en un 40% cuando la norma establece que para los soldados que a 31 de diciembre de 2000 ostentaban la calidad de voluntarios, la asignación salarial mensual debe liquidar con base en el salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%, la cual hará variar la base prestacional para liquidación de prestaciones tales como la prima de servicios, cesantías, auxilio de cesantías y vacaciones.

Allí se solicitó se diera aplicación a lo señalado por el Consejo de Estado, en sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016, dentro del proceso radicado 85001333300220130006001, con ponencia de la Consejera Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, con aclaración de 6 de octubre de 2016.

De igual manera dijo que la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad prevista en el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009 y el artículo 161 numeral 1.º de la Ley 1437 de 2011 para ese caso no es obligatoria por cuanto la prestación reclamada tiene naturaleza irrenunciable, cierta e indiscutible, y que las normas que regulan su relación legal y reglamentaria que obligan a la entidad a liquidarle su asignación salarial mensual como lo indica el inciso 2.º del artículo 1.º del Decreto 1794 de 2000, esto es, que la asignación salarial mensual del demandante corresponde a un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60% y no como lo ha venido pagando la entidad accionada.

El conocimiento del proceso le correspondió al Juzgado 15 Administrativo Oral de Circuito Judicial de Medellín radicado 05001-33-33-015-2017-00063-00, el cual en audiencia inicial resolvió declarar no probada la excepción propuesta por la entidad, denominada «ausencia de conciliación prejudicial como requisito de

procedibilidad» para lo cual señaló que «no es procedente la conciliación cuando con ella se pretende disponer de los derechos mínimos laborales y de la seguridad social, siempre que estos se hayan obtenido con el lleno de los requisitos señalados en la ley, es decir cuando estos son ciertos e indiscutibles».

Contra la anterior decisión la entidad presentó y sustentó el recurso de apelación, por lo que el Tribunal Administrativo de Antioquia a través de providencia de 24 de abril de 2018 revocó la decisión proferida por el Juzgado 15 Administrativo del Circuito Judicial de Medellín, al considerar que las pretensiones eran meras expectativas.

Que no se entiende la posición de la entidad demandada de dilatar el proceso, cuando el mismo Ministerio de Defensa Nacional ordenó a sus apoderados judiciales mediante Oficio 16-00035 de 28 de septiembre de 2016, que no fuesen apeladas las sentencias dictadas en casos de reajuste salarial y prestacional del 20% solicitado por los soldados que fueron voluntarios y que se encuentren ajustadas a los lineamientos de la sentencia de unificación proferida el 25 de agosto de 2016.

2. Fundamentos de la acción

Se señala en la acción que en el presente caso la providencia judicial emitida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, trasgrede derechos de rango fundamental como lo es el acceso a la administración de justicia, la igualdad, el debido proceso y la irrenunciabilidad de los derechos mínimos, ciertos e indiscutibles, por la configuración del desconocimiento de precedente judicial y defecto sustantivo, todo esto sustentado en las siguientes afirmaciones:

De igual forma se indica que, la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad prevista en el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009 y el artículo 161 numeral 1.º de la Ley 1437 de 2011, no es obligatoria para ese caso por cuanto la prestación reclamada tiene naturaleza irrenunciable, cierta e indiscutible, pues se encuentra señalado en normas que regulan su relación legal y reglamentaria y que obligan a la entidad a liquidarle su asignación salarial mensual como lo indica el inciso 2.º del artículo 1.º del Decreto 1794 de 2000, esto es, que la asignación salarial mensual del demandante corresponde a un salario mínimo legal mensual vigente incrementada en un 60% y no como lo ha venido haciendo la entidad accionada.

Precisó que el derecho reclamado se encuentra en una norma que es de carácter vinculante para la entidad accionada y por ende el cumplimiento de la ley no se puede conciliar transigir, ni desistir; que el Consejo de Estado, en la sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016, dentro del proceso radicado 85001333300220130006001, con ponencia de la Consejera Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, con aclaración de 6 de octubre de 2016 estableció que los uniformados que reúnan las condiciones contempladas en el inciso 2.º del artículo 1.º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, como es el caso del accionante, devengarán un salario mínimo mensual legal vigente incrementado en un 60%, por lo que se puede concluir que el derecho reclamado es cierto, indiscutible y no se trata de una simple expectativa o un derecho en formación.

Los derechos discutidos en relación con el reajuste del 20% en salario y prestaciones sociales son ciertos e indiscutibles con la característica de irrenunciables, premisa que se fundamenta en que el salario es una prestación periódica que es remunerada de forma mensual, es decir, es un derecho laboral que es irrenunciable, a la luz de los artículos 48, 53 y 58 de la Constitución Política de Colombia.

El Tribunal Administrativo de Antioquia, en la providencia que confirmó el rechazo de la demanda señaló que el asunto es susceptible de conciliación por cuanto se tratan de meras expectativas y que la pretensión del pago del 20% del salario con las pretensiones no estaban inmersas en el universo de derechos ciertos e indiscutibles. Sin embargo, dicha afirmación no es coherente con la Constitución toda vez, que los derechos laborales de los soldados que ostentaron la calidad de voluntarios si son ciertos e indiscutibles.

3. Pretensiones

El accionante solicitó:

[...]

1. Respetuosamente solicito a su Despacho tutele los Derechos Fundamentales a la igualdad, al Debido Proceso, a la administración de justicia, así como a los principios constitucionales de favorabilidad, eficacia, economía y celeridad, a los pronunciamientos del Consejo de Estado, y demás derechos fundamentales que están siendo vulnerados, por el fallo proferido el día siete (7) de mayo de 2018 (sic¹), por el Tribunal Administrativo de Antioquia- Sala Primera de Decisión, con ponencia del Magistrado John Jairo Álzate López, al resolver la apelación en contra de la providencia dictada en audiencia inicial por el Juzgado quince (15) administrativo oral del Circuito de Medellín, el día 09 de noviembre de 2017. Por considerar que dicha Sentencia se fundamenta en una actuación arbitraria contraria al ordenamiento jurídico y al precedente jurisprudencial, que además de los derechos fundamentales vulnerados ya enunciados, desconoce normas de rango legal e interpreta indebidamente las mismas, desconoce los precedentes jurisprudenciales tanto de la H. Corte Constitucional y del H. Consejo de Estado, viola directamente a Constitución Política de Colombia, al negarle al Accionante la reliquidación de su asignación salarial mensual, declarando falta de agotamiento de conciliación judicial, al revocar en forma injusta la providencia recurrida que consideró que no es necesario para el caso en concreto agotar la conciliación como requisito de procedibilidad para obtener el reajuste salarial mensual reclamado por el demandante conforme al inciso 20 del artículo 1o del Decreto 1794 de 2000.

2. Ordene al Tribunal Administrativo de Antioquia-Sala Primera de Decisión Acoja los diferentes pronunciamientos jurisprudenciales del Consejo de Estado, referente a la conciliación prejudicial, las cuales en términos generales han manifestado que tratándose de las prestaciones periódicas, como salarios, en vigencia del vínculo laboral (como es el caso en concreto), los cuales no son susceptibles de conciliación, porque no hay lugar a transacción por ser derechos ciertos e indiscutibles y por ende irrenunciables, razón por la cual NO requieren del requisito de conciliación prejudicial.

¹ La providencia que se cuestiona es de 24 de abril de 2018 (f. 2)

3. En consecuencia de lo anterior, DEJAR SIN EFECTOS la decisión adoptada el día veinticuatro (24) de abril de 2018, por el Tribunal Administrativo de Antioquia-Sala primera de Decisión, con ponencia del Magistrado John Jairo Alzate López, que revocó la providencia dictada en audiencia inicial por el Juzgado quince (15) administrativo oral del Circuito de Medellín, el día 9 de noviembre de 2017, dentro del proceso de Nulidad y restablecimiento del derecho radicado No. 05001-33-33-015-2017-00063-00, incoado por el señor JOSE (sic) ALEXANDER CASTAÑEDA RODRÍGUEZ contra el Ministerio de Defensa Nacional- Ejército Nacional [...].

4. Trámite.

Mediante auto de 12 de julio de 2018², se dispuso la admisión de la acción, se ordenó notificar a los Magistrados del Tribunal Administrativo de Antioquia como accionados; al igual que al Juzgado 15 Administrativo de Medellín y a la Nación, Ministerio de Defensa, Ejército Nacional, como terceros interesados para que se pronunciaran sobre los hechos que sustentan la presente tutela.

5. Informes

5.1. El Tribunal Administrativo de Antioquia³, guardó silencio.

5.2. La Jueza 15 Administrativa del Circuito Judicial de Medellín⁴, precisó en síntesis, que reitera su posición, según la cual, en el presente caso no es obligatoria la exigencia del agotamiento de la audiencia de conciliación prejudicial pues la controversia versa sobre el reajuste y asignación salarial mensual de los soldados voluntarios, que pasaron a ser soldados profesionales, conforme a las previsiones del Decreto 1716 de 2009 y el artículo 161 de la Ley 1437 de 2011.

I. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Esta Sala de Subsección es competente para conocer la petición de amparo constitucional solicitada por el accionante contra el Tribunal Administrativo de Antioquia, de conformidad con lo establecido en los Decretos 2591 de 1991 y 1983 de 2017, artículo 1.º.

2.- Problema jurídico

En el caso concreto, el accionante pretende que se le amparen los derechos fundamentales invocados y, en consecuencia, se ordene al Tribunal Administrativo de Antioquia, revocar la providencia del 24 de abril de 2018 y confirme la providencia de 9 de noviembre de 2017 proferida el Juzgado 15 Administrativo de Medellín a través de la cual negó la excepción propuesta por la entidad, de «ausencia de audiencia de conciliación como requisito de procedibilidad».

² Fol. 18.

³ Folio 233.

⁴ Fols. 237 y s.s. C. 1º

Así las cosas, debe determinar la Sala de Subsección si el Tribunal Administrativo incurrió en los defectos ya anotados y con esto, si la Ley 1285 de 2008 es aplicable al caso objeto de estudio, esto es, si la conciliación prejudicial debe adelantarse o no como requisito de procedibilidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho frente a las pretensiones de reajuste de asignación salarial mensual conforme con el Decreto 1794 de 2000.

3.- La acción de tutela contra providencias judiciales

En términos generales y de acuerdo con la jurisprudencia constitucional vigente⁵, aceptada mayoritariamente por la Sala Plena de esta Corporación⁶, es posible acudir al recurso de amparo para obtener la protección material de los derechos fundamentales, cuando éstos resulten amenazados o vulnerados por decisiones judiciales. Esto, en atención a que el ejercicio de la judicatura, como cualquier rama del poder en el Estado democrático, supone la absoluta sujeción a los valores, principios y derechos que la propia Constitución establece; y en esa perspectiva, cualquier autoridad investida de la potestad de administrar justicia, sin importar su linaje, es susceptible de ser controlada a través de ese mecanismo constitucional cuando se desbordan los límites que la Carta le impone.

Ahora bien, siendo la tutela una acción de carácter excepcional y residual, supone el cumplimiento de ciertas exigencias por parte de quien pretende la protección de sus derechos, en tanto que el ejercicio natural de la jurisdicción se inscribe dentro de procedimientos destinados a la eficacia de los mismos y en esa medida las irregularidades que allí surjan son subsanables en el contexto del proceso.

De ahí que la Corte Constitucional estructurara, después de años de elaboración jurisprudencial, los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales, que tienen como propósito garantizar el delicado equilibrio entre el principio de seguridad jurídica, la autonomía e independencia de los jueces para interpretar la ley y la necesidad de asegurar la vigencia efectiva de los derechos constitucionales fundamentales.

Tales requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales son los siguientes:

- a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional.
- b. 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.
- c. Debe cumplirse 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.
- d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte accionante.

⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-590-05.

⁶ Sentencia de treinta y uno (31) de julio de dos mil doce (2012). Radicación número: 11001-03-15-000-2009-01328-01(IJ) Accionante: Nery Germania Álvarez Bello. C.P. María Elizabeth García González.

- e. Se deben identificar de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y se debió alegar tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible.
- f. No se debe tratar de sentencias de tutela.

Además de estas exigencias, la Corte en la mencionada sentencia C-590 de 2005, precisó que era imperioso acreditar la existencia de unos requisitos especiales de procedibilidad, que el propio Tribunal Constitucional ha considerado como las causales concretas que «de verificarse su ocurrencia autorizan al juez de tutela a dejar sin efecto una providencia judicial». Así pues, el juez debe comprobar la ocurrencia de al menos uno de los siguientes defectos:

- 1.- Defecto orgánico, que tiene lugar cuando el funcionario judicial que emite la decisión carece, de manera absoluta, de competencia para ello.
- 2.- Defecto procedimental absoluto, que tiene lugar cuando el juez actuó al margen del procedimiento establecido.
- 3.- 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.
- 4.- Defecto material o sustantivo, que se origina cuando las decisiones son proferidas con fundamento en normas inexistentes o inconstitucionales, o que presentan una evidente contradicción entre los fundamentos y la decisión.
- 5.- Error inducido, que se presenta cuando la autoridad judicial ha sido engañada por parte de terceros y ese engaño lo llevó a tomar una decisión que afecta derechos fundamentales.
- 6.- Decisión sin motivación, que tiene lugar cuando el funcionario judicial no da cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de su decisión, pues es en dicha motivación en donde reposa la legitimidad de sus providencias.
- 7.- Desconocimiento del precedente, que se origina cuando el juez ordinario, por ejemplo, desconoce o limita el alcance dado por esta Corte a un derecho fundamental, apartándose del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.
- 8.- Violación directa de la Constitución.

De lo expuesto, la Sala de Subsección advierte que cuando el juez constitucional conoce una demanda impetrada en ejercicio de la acción de tutela y en la que se alega la vulneración de derechos fundamentales con ocasión de la expedición de una providencia judicial, en primer lugar, debe verificar la ocurrencia de los requisitos generales y, luego de encontrarlos satisfechos, examinar si en el caso objeto de análisis se presenta uno de los defectos especiales ya explicados, permitiéndole de esta manera «dejar sin efecto o modular la decisión». (Sentencia T- 225 del 23 de marzo de 2010, Magistrado Ponente: Dr. Mauricio González Cuervo) que se encaje en dichos parámetros.

En el presente caso, advierte la Sala que el asunto a resolver es de marcada relevancia constitucional, en la medida en que se centra en establecer la presunta violación de los derechos fundamentales al acceso a la administración de justicia, debido proceso, a la igualdad y a los principios de prevalencia del derecho sustancial y de la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en normas laborales y favorabilidad en materia laboral, con ocasión de la providencia de 24 de abril de 2018, que al revocar el auto de 9 de noviembre de 2017, proferido por el Juzgado 15 administrativo del Circuito Judicial de Medellín, declaró probada la excepción de «ausencia de conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad» dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho radicado 05001333301520170006301, interpuesto por el accionante contra la Nación, Ministerio de Defensa, Ejército Nacional, donde reclamó el reajuste de su

salario y su consecuente implicación prestacional, con fundamento en el inciso 2.º de artículo 1.º del Decreto 1794 de 2000.

Además, se cumplió con el requisito de la inmediatez, por cuanto han transcurrido menos de seis (6) meses, desde cuando se profirió la última providencia judicial enjuiciada (24 de abril de 2018⁷) y la presentación de la solicitud de amparo constitucional (6 de julio de 2018)⁸.

No se está ventilando la presencia de una irregularidad procesal que tenga un efecto decisivo en la decisión controvertida y la parte accionante identificó los hechos que generaron la supuesta vulneración o amenaza de los derechos fundamentales.

4.- Análisis de la Sala.

Como se advirtió en la parte histórica, en la acción de tutela se asevera dentro de la actuación judicial cuestionada, se incurrió en defecto sustantivo y desconocimiento del precedente judicial, sin embargo debe señalar esta Sala de Subsección que el defecto cuya configuración se vislumbra es el de violación directa de la Constitución y con ello del derecho de acceso a la administración de justicia. En estos términos se realizará una breve caracterización del mismo, para luego contrastarlo con *iter* judicial surtido.

4.1. Causal de violación directa de la Constitución.

Esta causal especial de procedibilidad de la acción de tutela encuentra fundamento en que el actual modelo de ordenamiento constitucional reconoce valor normativo a los preceptos superiores, de modo tal que contienen mandatos y previsiones de aplicación directa por las distintas autoridades y, en determinados eventos, por los particulares.

Por ende, resulta plenamente factible que una decisión judicial pueda cuestionarse a través de la acción de tutela cuando desconoce o aplica indebida e irrazonablemente tales postulados⁹.

La Corte Constitucional ha señalado que ésta causal se estructura cuando el juez ordinario adopta una decisión que desconoce la Carta Política, ya sea porque: (i) deja de aplicar una disposición ius fundamental a un caso concreto¹⁰; o porque (ii) aplica la ley al margen de los dictados de la Constitución¹¹.

En el primer caso, la Corte ha dispuesto que procede la tutela contra providencias judiciales por violación directa de la Constitución: (a) cuando en la solución del

⁷ Fol. 2 y s.s.

⁸ Fol.1.

⁹ Sentencias T-310 de 2009 M.P. Mauricio Gonzalez Cuervo y T-555 de 2009 M.P. Luís Ernesto Vargas Silva.

¹⁰ En Sentencia C – 590 de 2002 M.P Jaime Córdoba Triviño, la Corte dijo que se deja de aplicar una disposición iusfundamental en los casos en que, “... *si bien no se está ante una burda trasgresión de la Carta, si se trata de decisiones ilegítimas que afectan derechos fundamentales*”.

¹¹ En la sentencia C – 590 de 2005 M.P Jaime Córdoba Triviño, se reconoció autonomía a esta causal de procedibilidad de la acción de tutela, y se establecieron algunos criterios para su aplicación.

caso se dejó de interpretar y aplicar una disposición legal de conformidad con el precedente constitucional, (b) cuando se trata de un derecho fundamental de aplicación inmediata,¹² y (c) cuando el juez en sus resoluciones vulneró derechos fundamentales y no tuvo en cuenta el principio de interpretación conforme con la Constitución¹³.

En el segundo caso, la jurisprudencia ha sostenido que el juez debe tener en cuenta en sus fallos, que de conformidad con el artículo 4.º de la Constitución Política, ésta es norma de normas, y que en todo caso en que encuentre, deduzca o se le interpele sobre una norma que le es incompatible, debe aplicar las disposiciones constitucionales con preferencia a las legales, mediante el ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad.

4.2. Del derecho de acceso a la administración de justicia.

Frente a este tema, en sentencias¹⁴ proferidas por esta Corporación, se ha establecido que en aquellos eventos en los que se encuentre en discusión el derecho de acceso a la administración de justicia, la acción de tutela le permite al juez constitucional hacer una evaluación más amplia de todas las circunstancias que rodearon la decisión tomada por el juez ordinario, pues el derecho de acceso a la administración de justicia constituye uno de los pilares sobre los que se levanta el Estado Social de Derecho.

En efecto, el artículo 229 de la Constitución Política consagra expresamente el derecho de acceso a la administración de justicia, también llamado derecho a la tutela judicial efectiva, que se concreta en la posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para obtener la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes.

La jurisprudencia constitucional ha establecido¹⁵ que el derecho de acceso a la administración de justicia es un derecho medular, cuyo marco jurídico de aplicación compromete, en un orden lógico:

¹²Sentencias T-765 de 1998 M.P. José Gregorio Hernández Galindo y T-001 de 1999 M.P. José Gregorio Hernández. Los derechos de aplicación inmediata están consagrados en el artículo 85 de la C.P, que establece que los derechos de aplicación inmediata son el derecho a la vida, a la integridad personal, a la igualdad, a la personalidad jurídica, intimidad, al buen nombre, la honra, al libre desarrollo de la personalidad, libertad, de conciencia, de cultos, expresión, de petición, a la libertad de escoger profesión u oficio, a la libertad personal, a la libre circulación, al debido proceso, al habeas corpus y a la segunda instancia en materia penal, a la inviolabilidad del domicilio, a la no incriminación, de reunión, de asociación y los derechos políticos.

¹³ Ver entre otras, las sentencia T – 199 de 2005 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-590 de 2009 M.P. Luís Ernesto Vargas Silva y T-809 de 2010. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

¹⁴ Ver entre otras: Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Consejero Ponente doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila. Sentencia del 4 de febrero de 2010. Expediente No. 2009-0124300-00. Actor: Andrés Holguín Ramos.

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-426/02. Magistrado Ponente doctor Rodrigo Escobar Gil.

(i) el derecho de acción o de promoción de la actividad jurisdiccional, que se concreta en la posibilidad que tiene todo sujeto de ser parte en un proceso y de utilizar los instrumentos que allí se proporcionan para plantear sus pretensiones al Estado, sea en defensa del orden jurídico o de los intereses particulares.

(ii) el derecho a que la promoción de la actividad jurisdiccional concluya con una decisión de fondo en torno a las pretensiones que han sido planteadas.

(iii) el derecho a que existan procedimientos adecuados, idóneos y efectivos para la definición de las pretensiones y excepciones debatidas.

(iv) el derecho a que los procesos se desarrollen en un término razonable, sin dilaciones injustificadas y con observancia de las garantías propias del debido proceso y,

(v) el derecho a que subsistan en el orden jurídico una gama amplia y suficiente de mecanismos judiciales -acciones y recursos- para la efectiva resolución de los conflictos.

4.3. La conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad

En primer lugar, sobre este tema, debe recordarse que, por disposición constitucional, son materia de conciliación aquellos derechos que tengan el carácter de «inciertos y discutibles» (art.53).

Ahora bien, a partir de la entrada en vigencia del artículo 37¹⁶ de la Ley 640 de 2001, se dispuso que la conciliación era un requisito de procedibilidad en algunas acciones previstas en el Código Contencioso Administrativo, como son las de reparación directa y de controversias contractuales.

Luego, con la expedición de la Ley 1285 de 2009, se estableció la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, como se indica en su artículo 13¹⁷, disposición conforme a la cual, antes de admitirse la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, debe verificar si el asunto es o no conciliable.

Posteriormente, mediante el Decreto 1716 del 14 de mayo de 2009 se reglamentó el artículo 13, el cual en su artículo 2º dispuso los asuntos susceptibles de conciliación extrajudicial en materia contenciosa administrativa:

¹⁶ **ARTICULO 37. Requisito de procedibilidad en asuntos de lo contencioso administrativo.** Antes de incoar cualquiera de las acciones previstas en los artículos 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo, las partes, individual o conjuntamente, deberán formular solicitud de conciliación extrajudicial, si el asunto de que se trate es conciliable. La solicitud se acompañará de la copia de la petición de conciliación enviada a la entidad o al particular, según el caso, y de las pruebas que fundamenten las pretensiones”. Subraya fuera de texto original.

¹⁷ **ARTÍCULO 13.** Apruébase como artículo nuevo de la Ley 270 de 1996 el siguiente:

«Artículo 42A. Conciliación judicial y extrajudicial en materia contencioso-administrativa. A partir de la vigencia de esta ley, cuando los asuntos sean conciliables, siempre constituirá requisito de procedibilidad de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo o en las normas que lo sustituyan, el adelantamiento del trámite de la conciliación extrajudicial.»

«Artículo 2. Asuntos susceptibles de conciliación extrajudicial en materia contencioso administrativa. Podrán conciliar, total o parcialmente, las entidades públicas y las personas privadas que desempeñan funciones propias de los distintos órganos del Estado, por conducto de apoderado, sobre los conflictos de carácter particular y contenido económico de los cuales pueda conocer la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo o en las normas que los sustituyan.

Parágrafo 1°. No son susceptibles de conciliación extrajudicial en asuntos de lo contencioso administrativo:

- Los asuntos que versen sobre conflictos de carácter tributario.
- Los asuntos que deban tramitarse mediante el proceso ejecutivo de que trata el artículo 75 de la Ley 80 de 1993.
- Los asuntos en los cuales la correspondiente acción haya caducado».

Corolario de lo anterior, se tiene que el requisito de exigibilidad de la conciliación prejudicial en los términos de la Ley 1285 de 2009, debe ser analizado en cada caso concreto, atendiendo a la calidad de los derechos reclamados y la posibilidad de su debate en el escenario conciliatorio, sin perder de vista las disposiciones constitucionales.

5.- Caso concreto.

Una vez analizado el expediente administrativo, y en especial, la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho así como los soportes allegados, se tiene que, el demandante, por medio de apoderada judicial promovió demanda en contra de la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional, con el objeto de obtener la nulidad del Oficio 20163171561591 MDN CGFM COEJC SECEJ- JEMGF-COPER-DIPER de 17 de noviembre de 2016, por medio del cual se le negó el reajuste y pago de su salario en un 20 %, conforme al inciso 2.º del artículo 1.º del Decreto 1794 de 2000 y como consecuencia directa de ello, el reajuste de sus prestaciones sociales dejadas de percibir.

En ese orden de ideas, se tiene que, el acto acusado es de contenido particular y concreto y hace referencia a la decisión de negar un **reajuste salarial** y consecuencial a éste, también prestacional, conforme a la norma en cita, de manera tal que bien puede afirmarse que en este caso, en principio, no era exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad de la acción instaurada, atendiendo el principio de irrenunciabilidad consagrado en el artículo 53 Constitucional, que señala:

«ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; **remuneración mínima vital y móvil**, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; **irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en**

normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.» Negrilla de la Sala.

En lo que interesa al caso, se destaca de la norma constitucional transcrita los siguientes principios: (i) los trabajadores tienen facultad para conciliar y transigir **sobre derechos inciertos y discutibles;** (ii) la **existencia de unos beneficios mínimos establecidos en normas laborales que son irrenunciables,** y (iii) la prohibición consistente en que, a través de la ley, de los contratos o de los acuerdos y convenios de trabajo, puedan menoscabarse la libertad, la dignidad o los derechos de los trabajadores.

Uno de éstos beneficios mínimos irrenunciables se trata, según la misma Corte Constitucional¹⁸ del salario, que se erige como un derecho cierto o adquirido, en la medida en que significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que éste último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar¹⁹.

Ahora bien, no puede olvidarse, como lo dejó sentado la Corte Constitucional en sentencia SU 995 de 1999 con ponencia del Dr. Carlos Gaviria Díaz, que la figura de la retribución salarial está directamente relacionada con la satisfacción del derecho fundamental de las personas a la subsistencia, por lo que el pago oportuno y **completo** de los salarios es un derecho que no se agota en la satisfacción de las necesidades de mera subsistencia biológica del individuo, pues debe permitir el ejercicio y realización de los valores y propósitos de vida individuales y su falta compromete el logro de las aspiraciones legítimas del grupo familiar que depende económicamente del trabajador. Todas estas características del salario refuerzan desde la óptica constitucional su condición de **beneficio mínimo irrenunciable.**

Es así, pues alrededor del trabajo se desarrolla una compleja dinámica social que está ligada a la realización de proyectos de vida digna y desarrollo, tanto individual

¹⁸ Sentencia T- 149 de 1995. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁹ Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo -relativo a la protección del salario-, ratificado por la Ley 54 de 1992, Artículo 1º.

como colectivo que, están garantizados por la Carta Política como fundamento del orden justo.

Todo lo anterior, pone de manifiesto, que de ninguna manera puede concebirse que el derecho a reclamar el pago del salario completo, en los porcentajes que señale el legislador, consista en un derecho de naturaleza conciliable, y por ende, incierto y discutible. Al contrario, el mismo legislador estableció tal prerrogativa en respeto de los derechos adquiridos y señaló unos parámetros para determinar a quién debe aplicársele la mencionada disposición jurídica.

En consecuencia, tampoco se trata de una pretensión conciliable, pues el derecho al pago completo de la asignación salarial como retribución por la labor desarrollada no es transigible ni renunciable.

De acuerdo con lo señalado no hay posibilidad alguna de debate de la pretensión del accionante en el escenario conciliatorio, situación que confirma la improcedencia de exigir en este caso la conciliación prejudicial como requisito para formular la demanda en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Todo lo dicho no obsta para señalar que la Sección Segunda de esta Corporación a través de sentencia de unificación jurisprudencial²⁰ de 25 de agosto de 2016 precisó que con base en el inciso 2.º del artículo 1.º del Decreto 1794 de 2000 los soldados voluntarios que posteriormente a su vinculación fueron incorporados como profesionales tienen derecho a ser remunerados mensualmente en el monto de un salario básico incrementado en un 60 %.

Lo anterior, al considerar que ante la incorporación masiva de soldados voluntarios al régimen de carrera de los soldados profesionales del Ejército Nacional se les canceló un salario equivalente a un mínimo legal mensual incrementado en un 40 %, con base en el inciso 1.º del artículo 1.º del Decreto 1794 de 2000, situación que desconoce el régimen de transición para los soldados que venían prestando sus servicios como voluntarios y se incorporaron como profesionales, circunstancia que vulnera sus derechos adquiridos. En efecto, la Sección señaló:

«[...] En ese sentido, interpreta la Sala, con efecto unificador, que el Gobierno Nacional, al fijar el régimen salarial de los soldados profesionales en el Decreto Reglamentario 1794 de 2000, en aplicación del principio de respeto por los derechos adquiridos, dispuso conservar, para aquellos que venían de ser soldados voluntarios, el monto del salario básico que percibían en vigencia de la Ley 131 de 1985, cuyo artículo 4º establecía, que estos últimos tenían derecho a recibir como sueldo, una *“bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un 60%”*.

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 25 de agosto de 2016, Consejera ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez, radicación 85001-33-33-002-2013-00060-01(3420-15)CE-SUJ2-003-16

De esta manera, se constituyó para los soldados voluntarios que posteriormente fueron incorporados como profesionales, una suerte de régimen de transición tácito en materia salarial, en virtud del cual, pese a aplicárseles íntegramente el nuevo estatuto de personal de los soldados profesionales, en materia salarial conservarían el monto de su sueldo básico que les fue determinado por el artículo 4º de la Ley 131 de 1985, es decir, un salario mínimo legal vigente aumentado en un 60%.

En armonía con lo expuesto, para la Sala no es de recibo la interpretación que sobre el particular realiza la parte demandada, según la cual, los referidos Soldados profesionales, antes voluntarios, no tienen derecho a percibir un sueldo básico equivalente a un salario mínimo incrementado en un 60%, dado que a su juicio, al vincularse a la planta de personal de las Fuerzas Militares como soldados profesionales, se les aplica íntegramente el régimen propio de estos últimos.

Ello por cuanto, la interpretación adecuada del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, derivada de la literalidad de dicha norma y de la aplicación del principio constitucional de respeto a los derechos adquiridos estipulado en la Ley 4ª de 1992 y el Decreto Ley 1793 de 2000, consiste en que los soldados voluntarios que luego fueron incorporados como profesionales, tienen derecho a percibir una asignación salarial equivalente a un salario mínimo legal aumentado en un 60%, en virtud de los argumentos anteriormente expuestos.

Refuerza la Sala esta conclusión al tener en cuenta que luego de la revisión integral de los Decretos 1793 y 1794 de 2000, en ninguno de sus apartes se encuentra disposición alguna que establezca que los soldados voluntarios que posteriormente fueron enlistados como profesionales, vayan a percibir como salario mensual el mismo monto que devengan los soldados profesionales que se vinculan por vez primera, es decir, un salario mínimo aumentado en un 40%.

En ese sentido, tampoco es válido el argumento del Ministerio de Defensa atinente a que en el caso de los soldados voluntarios hoy profesionales, no hay lugar a reajustar su salario en un 20%, pues, dicho porcentaje se entiende redistribuido al reconocerles otro tipo de prestaciones sociales que con anterioridad no percibían en vigencia de la Ley 131 de 1985.

Entiende la Sala sobre el particular, que respeta a los soldados voluntarios hoy profesionales, el hecho el inciso 2º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, les que perteneciendo a la misma institución pasen a ganar la misma asignación salarial que tenían en vigencia de la Ley 131 de 1985, esto es, una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un 60%, situación que deber ser vista desde la órbita de la garantía de conservar los derechos adquiridos; y cosa distinta es que luego de su conversión a soldados profesionales, empiecen a disfrutar de varias prestaciones sociales que antes no devengaban. Todo lo anterior, en aras de compensar a los soldados voluntarios que, desde la creación de su régimen con la Ley 131 de 1985, sólo percibían las bonificaciones mensuales, de navidad y de retiro.

Ahora bien, en atención a que el Decreto 1794 de 2000 establece que los soldados profesionales, sin distingo alguno, además de la asignación salarial, tienen derecho a las primas de antigüedad, de servicio anual, vacaciones y navidad, así como al subsidio familiar y a cesantías, y que

tales prestaciones se calculan con base en el salario básico; es necesario precisar a continuación los efectos prestaciones del reajuste salarial del 20% reclamado. [...]»

Todo lo anterior, lleva a concluir que en este caso, no era exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad de la acción instaurada, atendiendo el principio de irrenunciabilidad consagrado en el artículo 53 Constitucional, razón que impone acceder al amparo de los derechos invocados por la parte actora en su solicitud y, en aplicación de los principios de celeridad y efectividad de la justicia se dejará sin efectos la providencia de 24 de abril de 2018 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, y en consecuencia, dejará en firme la decisión adoptada por el Juzgado 15 Administrativo del Circuito Judicial de Medellín, que declaró no probada la excepción de «ausencia de conciliación como requisito de procedibilidad», ordenándole continuar con las siguientes etapas del proceso.

II. DECISIÓN

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

FALLA

PRIMERO.- AMPÁRESE el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia del señor Jorge Alexander Castañeda Rodríguez, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- DÉJASE SIN EFECTOS la providencia de 24 de abril de 2018 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, radicado con el 05001-33-33-015-2017-00063-01, donde figura como demandante el señor Jorge Alexander Castañeda Rodríguez.

Como consecuencia de lo anterior, a partir de la ejecutoria de esta providencia, queda en firme la decisión adoptada por el Juzgado 15 Administrativo del Circuito Judicial de Medellín de 9 de noviembre de 2017, que declaró no probada la excepción de «ausencia de conciliación como requisito de procedibilidad», ordenándole, por tanto, a dicha autoridad judicial continuar con las siguientes etapas del proceso.

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

CUARTO.- 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.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

Esta sentencia se estudió y aprobó en sesión celebrada en la fecha.

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS