

SOLICITUD DE SENTENCIA DE UNIFICACION JURISPRUDENCIAL – Por razones de importancia jurídica, trascendencia económica o social, o necesidad de sentar jurisprudencia / NECESIDAD DE SENTAR JURISPRUDENCIA – Antecedente jurisprudencial de la Corte Constitucional. Definición / SENTENCIAS DE UNIFICACION JURISPRUDENCIAL – El Consejo de Estado en calidad de órgano de cierre de la jurisdicción debe desarrollar criterios o tesis para, por ejemplo, aclarar puntos oscuros o zonas grises de la legislación, doctrinales o jurisprudenciales, perfeccionar o refinar sus propios precedentes y garantizar los derechos fundamentales

La jurisprudencia constitucional transcrita aporta algunos elementos para definir lo que se entiende por sentar jurisprudencia, especialmente las ideas de: desarrollo de la jurisprudencia, desarrollo de precedentes y garantía de los derechos fundamentales. En ese sentido, la expresión “*necesidad de sentar jurisprudencia*” contenida en el artículo 271 de la Ley 1437 de 2011, como causal que faculta al Consejo de Estado para proferir sentencias de unificación jurisprudencial, alude a la identificación, a partir de los supuestos facticos del caso estudiado, de escenarios propicios para que la Corporación en su calidad de órgano de cierre de la jurisdicción, desarrolle criterios o tesis para, por ejemplo, aclarar puntos oscuros o zonas grises de la legislación, doctrinales o jurisprudenciales, perfeccionar o refinar sus propios precedentes y garantice los derechos fundamentales, esto último en pro de asegurar los fines del Estado establecidos por el Constituyente en el artículo 2 superior.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTICULO 271

SOLICITUD DE SENTENCIA DE UNIFICACION JURISPRUDENCIAL – Tribunal Administrativo del Casanare / TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CASANARE – Solicita unificar jurisprudencia respecto de la procedencia del reconocimiento del reajuste salarial reclamado por los soldados profesionales que se desempeñaron como soldados voluntarios / ASIGNACION MENSUAL DE SOLDADO PROFESIONAL QUE SE DESEMPEÑO COMO SOLDADO VOLUNTARIO – Decreto 1794 de 2000 / NECESIDAD DE SENTAR JURISPRUDENCIA – Respecto de la asignación mensual de los soldados profesionales que se desempeñaron como soldados voluntarios en aplicación del Decreto 1794 de 2000 / NECESIDAD DE SENTAR JURISPRUDENCIA – Avoca conocimiento para proferir sentencia de unificación jurisprudencial

El ad quem explica que la posición del Tribunal ha consistido en señalar que no hay lugar a ordenar el reajuste salarial solicitado por los soldados profesional, antes voluntarios, porque su situación mejoró a raíz de su profesionalización, ya que empezaron a devengar otras prestaciones de las que antes no gozaban, y que siguiendo esa tesis ha proferido las sentencias. Pero que, que estos fallos fueron revocados por el Consejo de Estado a través de sentencias de tutela, sin indicar cuales, ni con que argumentos. Sin embargo, señala que sobre el particular no ha observado una jurisprudencia uniforme, puesto que en fallo de tutela de 28 de mayo de 2015, proferido por la Sección Cuarta en el expediente 1100103150020150000701, con ponencia de la Consejera Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez, “*se reconoce que el Tribunal Administrativo del Casanare interpretó y aplicó en debida forma la legislación que regula la materia*”. (...) En efecto, a través de fallo de tutela de 28 de mayo de 2015, emitido en el expediente 11001-03-15-000-2015-00007-01, con ponencia de la Consejera Carmen Teresa Ortiz de

Rodriguez: *“Ahora, si bien el criterio de la Sala difiere del que tienen las secciones Primera y Quinta de esta Corporación, en los casos en que se niega el reajuste salarial del 20 % reclamado por los soldados profesionales que antes se desempeñaban como soldados voluntarios, lo cierto es que sí coincide con la tesis de la Sección Segunda del Consejo de Estado —especializada en asuntos laborales—, que, en sede tutela (ver fallo impugnado), también concluyó que, al incorporarse como soldado profesional, el señor Jiménez Suárez decidió libremente acogerse al régimen salarial previsto en el Decreto 1794 de 2000 y renunciar al régimen que cobija a los soldados voluntarios (Ley 131 de 1985). (...) Sin embargo, a través de fallo de tutela de 3 de septiembre de 2015, proferido en el expediente 11001-03-15-000-2015-00379-01, con ponencia de la Consejera aquí sustanciadora se consideró lo siguiente: “Sumado a esto, en atención a que el accionante ingresó al Ejército Nacional como Soldado Regular el 19 de octubre de 1989 y, posteriormente, como Soldado Voluntario el 27 de abril de 1992 hasta el 1° de noviembre de 2003, cuando se convirtió en Soldado Profesional, resultaría inocuo apelar al criterio de diferenciación expuesto por el Tribunal accionado y avalado por el Juez de tutela de Primera Instancia según el cual, dependiendo de la fecha de conversión de Soldado Voluntario a Soldado Profesional se determina el régimen aplicable, pues, independientemente de que en el caso concreto el señor Luis Orlando Gelvez Jaimes fue convertido por orden militar en noviembre de 2003, no puede desconocerse que el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000 estableció que aquellos que a 21 de diciembre de 2000 se encontraban como soldados voluntarios, de acuerdo al régimen de la Ley 131 de 1985, devengarían un salario mínimo legal vigente, incrementado en un 60%, supuesto que cumple el actor”. (...) De acuerdo con los antecedentes jurisprudenciales transcritos, en el asunto de la referencia se evidencia la necesidad de sentar, y por esa vía, unificar la jurisprudencia, pues, además de que la materia debatida no ha sido estudiada por la Corporación en ejercicio del rol que le atribuye el artículo 237 Superior de “tribunal supremo de lo contencioso administrativo”, sino como juez de tutela, los pronunciamientos realizados por la Corporación no han guardado uniformidad de criterio.*

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de junio de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 85001-33-33-002-2013-00060-01(3420-15)

Actor: BENICIO ANTONIO CRUZ

Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL

Referencia: Asunto: Reajuste de los salarios de los soldados voluntarios que se profesionalizaron / Se avoca el conocimiento con miras a proferir sentencia de unificación jurisprudencial

La Sala Plena de la Sección Segunda conoce el proceso de la referencia con informe de la Secretaría del pasado 26 de enero,¹ en el que se indica que a través de auto de 4 de agosto de 2015,² el Tribunal Administrativo de Casanare, lo remite al Consejo de Estado para que, con miras a proferir sentencia de unificación jurisprudencial, avoque su conocimiento y profiera la correspondiente decisión de segunda instancia.

I.- ANTECEDENTES

1.1.- La demanda

En ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho,³ el señor BENICIO ANTONIO CRUZ,⁴ interpone demanda⁵ ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en la que solicita lo siguiente:

1. Declarar la nulidad de los actos administrativos contenidos en los oficios 20125660377501MDN-CGFM-CE-JEDEH-DIPER-NOM de 18 de abril de 2012, por el cual la Sección de Nómina de la Dirección de Personal del Ejército Nacional, le negó una solicitud de ajuste salarial del 20%; y 20125660441631MDN-CGFM-CE-JEDEH-DIPER-NOM de 4 de mayo de 2012, proferido por la misma dependencia, que al resolver un recurso de reposición, confirmó el anterior.
2. Que como consecuencia de lo anterior, y en calidad de restablecimiento del derecho, se ordene a la parte demandada reconocerle y pagarla de manera indexada las diferencias resultantes de reajustar en un 20% su salario y demás prestaciones sociales desde el 1º de noviembre de 2003 hasta su retiro.

En sustento de sus pretensiones, el actor alega que ingresó al Ejército Nacional el 19 de septiembre de 1991 en condición de soldado regular; que a partir del 1º de abril de 1993 se desempeñó como soldado voluntario; y que fue finalmente retirado con derecho a asignación de retiro el 28 de febrero de 2012.

¹ Fl. 96 del cuaderno principal del expediente.

² Fls. 71 a 74 del cuaderno principal expediente.

³ Consagrado en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

⁴ A través de apoderada judicial legalmente constituida.

⁵ Fls. 2-16 del cuaderno 2º del expediente.

Explica, que a través del Decreto Reglamentario 1793 de 2000, el Gobierno Nacional ordenó la profesionalización de todos los soldados, quienes pasaron a llamarse soldados profesionales, decisión que el Ministerio de Defensa materializó a partir del 1º de noviembre de 2003. Relata, que el régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales fue establecido en el Decreto Reglamentario 1794 de 2000, cuyo artículo 1º precisó que quienes estando en el servicio activo como soldados voluntarios a 31 de diciembre de 2000, y posteriormente se incorporaron como soldados profesionales, devengarían un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.

Argumenta, que pese a que venía como soldado voluntario desde 1993 e incorporarse como soldado profesional a partir del 1º de noviembre de 2003, su salario sólo fue ajustado en un 40%, lo cual, en su sentir, desconoce el artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000.

1.2.- La primera instancia

La demanda fue repartida al Juzgado 2º Administrativo Oral de Yopal, despacho judicial que a través de auto de 21 de marzo de 2013⁶ la admitió. Luego de surtidas las notificaciones respectivas y el pago de los gastos procesales⁷, el Ministerio de Defensa Nacional⁸ contestó la demanda oponiéndose a su prosperidad.

Posteriormente, a través de sentencia de 27 de febrero de 2015, el Juzgado 2º Administrativo de Yopal declara la nulidad de los actos administrativos demandados y ordena restablecer el derecho del actor condenando a la parte accionada a reajustar su salario desde el 1º de noviembre de 2003 hasta la fecha de su retiro, alegando que efectivamente el artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000 establece que los soldados voluntarios que se incorporen como profesionales, tienen derecho a un reajuste de su salario del 60%.

Mediante escrito de 17 de marzo de 2015⁹, la parte accionada interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, el cual es concedido en el efecto

⁶ Fls. 56-57 del cuaderno 2º del expediente.

⁷ Fls. 58-64 del cuaderno 2º del expediente.

⁸ Fls. 56-80 del cuaderno 2º del expediente.

⁹ Fls. 224-232 del cuaderno 2º del expediente.

suspensivo a través de auto de 8 de mayo de 2015¹⁰.

1.3.- La segunda instancia

El Tribunal Administrativo de Casanare, a través de auto fechado el 28 de mayo de 2015¹¹, admite el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia, para luego, mediante proveído de 18 de junio de 2015¹², correr traslado a las partes para que presenten sus alegatos de conclusión, lo cual hizo la parte actora a través de escrito de 22 de junio de 2015¹³ y el Ministerio de Defensa Nacional con oficio de 6 de julio de 2015¹⁴.

Durante el trámite de la segunda instancia, el Ministerio Público emitió concepto solicitando confirmar el fallo de primera instancia que accedió a las pretensiones de la demanda, acogiendo la tesis del a quo, según la cual, el artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000 establece que los soldados voluntarios que se incorporen como profesionales, tienen derecho a un reajuste de su salario del 60%¹⁵.

II.- DE LA SOLICITUD DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CASANARE PARA QUE SE EMITA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL

A través de auto de 4 de agosto de 2015¹⁶, el Tribunal Administrativo de Casanare remite el asunto de la referencia a la Sección Segunda del Consejo de Estado, a fin de que sea proferida sentencia de unificación jurisprudencial respecto de la procedencia del reconocimiento del reajuste salarial reclamado por los soldados profesionales que antes se desempeñaban como soldados voluntarios, pues, considera que se cumplen los requisitos previstos en el artículo 271 de la Ley 1437 de 2011, ya que se trata de un litigio de importancia jurídica, trascendencia económica y social y existe necesidad de unificar la jurisprudencia que sobre la materia han elaborado los Tribunales Administrativos del país.

Expone el Tribunal Administrativo de Casanare en el citado auto, que el proceso

¹⁰ Fl. 242 del cuaderno 2º del expediente.

¹¹ Fl. 4 del cuaderno principal del expediente.

¹² Fl. 7 del cuaderno principal del expediente.

¹³ Fls. 9-13 del cuaderno principal del expediente.

¹⁴ Fls. 53-59 del cuaderno principal del expediente.

¹⁵ Fls. 60-69 del cuaderno principal del expediente.

¹⁶ Folios 71-74 del cuaderno principal del expediente.

de la referencia debe ser asumido por el Consejo de Estado para proferir sentencia de unificación, porque esta Corporación a través de fallos de tutela le ha revocado sentencias ordinarias en las que ha negado el reajuste reclamado.

Señala al respecto, que la posición del Tribunal ha consistido en señalar que no hay lugar a ordenar el reajuste salarial solicitado por los soldados profesional, antes voluntarios, porque su situación mejoró a raíz de su profesionalización, ya que empezaron a devengar otras prestaciones de las que antes no gozaban. Precisa, que en esa dirección el Tribunal profirió las sentencias de 26 de junio (85001333300220130004301), 10 de julio (8500133330012013006901), 24 de julio (85001000100220120001001) y 4 de septiembre de 2014 (8500133317012013000101).

Aclara, que estos fallos fueron revocados por el Consejo de Estado a través de sentencias de tutela, pero no indicó cuales, ni con que argumentos. Sin embargo, señala que sobre el particular no ha observado una jurisprudencia uniforme, puesto que en fallo de tutela de 28 de mayo de 2015, proferido por la Sección Cuarta en el expediente 1100103150020150000701, con ponencia de la Consejera Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez, *“se reconoce que el Tribunal Administrativo del Casanare interpretó y aplicó en debida forma la legislación que regula la materia”*.

II.- CONSIDERACIONES

Con miras a dar trámite al presente asunto, procede la Sala Plena de la Sección Segunda a determinar si en el caso concreto se dan los presupuestos exigidos por el artículo 271 de la Ley 1437 de 2011¹⁷ para asumir el conocimiento del proceso de la referencia con el objeto de proferir una sentencia de unificación jurisprudencial.

Sobre el particular, dispone la norma en comento lo siguiente:

"Artículo 271. Decisiones por importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia. Por razones de importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia, que ameriten la expedición de una sentencia de unificación jurisprudencial, el Consejo de Estado podrá asumir conocimiento de los asuntos pendientes de fallo de oficio o a solicitud de parte, o por remisión de las secciones o subsecciones o de los tribunales, o a petición del Ministerio

¹⁷ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Público.

En estos casos corresponde a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dictar sentencias de unificación jurisprudencial sobre los asuntos que provengan de las secciones. Las secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dictarán sentencias de unificación en esos mismos eventos en relación con los asuntos que provengan de las subsecciones de la Corporación o de los tribunales, según el caso.

Para asumir el trámite a solicitud de parte, la petición deberá formularse mediante una exposición sobre las circunstancias que imponen el conocimiento del proceso y las razones que determinan la importancia jurídica o trascendencia social o económica o la necesidad de unificar o sentar jurisprudencia.

Los procesos susceptibles de este mecanismo que se tramiten ante los tribunales administrativos deben ser de única o de segunda instancia. En este caso, la solicitud que eleve una de las partes o el Ministerio Público para que el Consejo de Estado asuma el conocimiento del proceso no suspenderá su trámite, salvo que el Consejo de Estado adopte dicha decisión.

La instancia competente decidirá si avoca o no el conocimiento del asunto, mediante auto no susceptible de recurso.” (Subraya la Sala).

De acuerdo con la norma trascrita, por razones de importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia, que ameriten la expedición de una sentencia de unificación jurisprudencial, el Consejo de Estado podrá asumir conocimiento de los asuntos pendientes de fallo de oficio o a solicitud de parte, o por remisión de las secciones o subsecciones o de los tribunales, o a petición del Ministerio Público.

Igualmente dispone la norma, que para asumir el trámite a solicitud de parte, la petición deberá formularse mediante una exposición sobre las circunstancias que “*imponen el conocimiento del proceso*” y las razones que determinan la importancia jurídica o trascendencia social o económica o la necesidad de unificar o sentar jurisprudencia.

Sobre la necesidad de sentar jurisprudencia

Examinado nuevamente el artículo 271 de la Ley 1437 de 2011, se tiene que dicho enunciado normativo es claro en otorgar a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y a las Secciones que la integran, la competencia para proferir sentencias de unificación por razones de importancia jurídica y trascendencia social

o económica y, cuando exista la **necesidad de sentar jurisprudencia**.

Sobre la necesidad de sentar jurisprudencia como causal que habilite la expedición de una sentencia de unificación jurisprudencial, dijo la Corte Constitucional a modo de óbiter dicta en la sentencia C-816 de 2011,¹⁸ que consiste en la tarea de *“definición jurisprudencial”*.

En la mencionada sentencia C-816 de 2011, la Corte Constitucional estudió una demanda de constitucionalidad contra un aparte del artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, según el cual, *“las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos”*.¹⁹

Dijo la Corte sobre la facultad del Consejo de Estado de sentar jurisprudencia, a modo de óbiter dicta, se insiste, lo siguiente:

“El nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo utiliza la expresión sentencia de unificación jurisprudencial en una acepción precisa y taxativa, definida en su artículo 270:

‘Artículo 270. Sentencias de unificación jurisprudencial. Para los efectos de este Código se tendrán como sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009.’

Así, en el ámbito de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, son sentencias de unificación, las proferidas por el Consejo de Estado como “tribunal supremo de lo contencioso administrativo” -CP, art 237- con arreglo a alguno de los siguientes criterios: (i) finalístico o de unificación y definición jurisprudencial; (ii) material o de importancia jurídica o trascendencia pública del asunto; (iii) funcional o de decisión de recursos extraordinarios o de revisión.”

¹⁸ Con ponencia del Magistrado Mauricio González Cuervo.

¹⁹ El cargo formulado contra la norma en cita se resume así: La orden a las autoridades de extender los efectos de una sentencia de unificación del Consejo de Estado, sin considerar los fallos de otras corporaciones como la Corte Constitucional, está propiciando que la postura jurisprudencial del Consejo socave la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional específicamente en materia de derechos fundamentales, lo cual iría en contra de la supremacía de la Constitución y de su interpretación autorizada. La Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada del inciso integrado del artículo 102 de la Ley 1437 de 2011, argumentando que la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en materia de interpretación de la Constitución y los derechos fundamentales, tiene preeminencia en relación con la jurisprudencia de los órganos judiciales de cierre de las diferentes jurisdicciones, dada la supremacía de la Constitución sobre la normatividad restante del sistema jurídico y las competencias constitucionales de la Corte.

En ese sentido, para la Corte Constitucional la labor de sentar jurisprudencia a cargo del Consejo de Estado consiste básicamente en la definición de la misma.

Para esta Sala, otro criterio a usarse para conceptuar sobre la labor de sentar jurisprudencia a cargo del Consejo de Estado a partir de la Ley 1437 de 2011, lo constituye el entendimiento que la Corte Constitucional le ha dado a las competencias de la Corte Suprema de Justicia en materia de recurso extraordinario de casación, asunto en el que la jurisprudencia constitucional ha señalado, que la ley procesal penal ha ampliado la cobertura de la casación, en el entendido que la Corte Suprema tiene la facultad discrecional para aceptar este recurso cuando lo estime necesario para el desarrollo jurisprudencial o para la protección de los derechos fundamentales, por lo que dada la amplitud y maleabilidad de estas dos categorías conceptuales, se trata de un recurso de amplio espectro.

En la sentencia C-792 de 2014,²⁰ la Corte recopiló su doctrina sobre la materia en los siguientes términos:

“Con respecto a la casación, se aclara, por un lado, que aunque en principio este recurso se encuentra previsto únicamente para revisar fallos de tribunales o sentencias por delitos que tengan una pena privativa de la libertad igual o superior a los cinco años, la misma ley procesal ha ampliado su cobertura, en el entendido de que la Corte Suprema de Justicia tiene la facultad discrecional para aceptar recursos que no cumplan la condición anterior, cuando lo estime necesario para el desarrollo jurisprudencial o para la protección de los derechos fundamentales; y dada la amplitud y maleabilidad de estas dos categorías conceptuales, se trata de un recurso de amplio espectro. Por otro lado, en esta sentencia se argumenta que aunque en principio la evaluación del juez de casación está orientada únicamente a determinar si hubo una violación del derecho sustancial, una incongruencia entre la acusación y la decisión, o una nulidad que afecte la sentencia, una interpretación flexible de tales causales ha convertido a esta herramienta en ‘una manera, casi ilimitada, de corregir errores judiciales que vulneren derechos fundamentales’.

(...)

Destaca la Corte que el nuevo régimen procesal amplió de manera decisiva el objeto del recurso, ya que anteriormente sólo recaía sobre algunas sentencias de segunda instancia, en función de criterios como el tipo de infracción cometida, la sanción imponible o el juez encargado del juzgamiento. Así por ejemplo, bajo la vigencia del Decreto 2700 de 1991 y de la Ley 600 de 2000, el objeto del recurso eran únicamente las sentencias

²⁰ Con ponencia del Magistrado Luis Guillermo Guerrero Pérez.

*proferidas en segunda instancia por los Tribunales Superiores del Distrito Judicial y el Tribunal Penal Militar, por delitos con pena privativa de la libertad cuyo máximo excediese los ocho años, y sólo de manera excepcional sobre otras sentencias penales cuando se considerara necesario para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales.*²¹

(...)

Además, el juez de casación puede inadmitir la demanda a partir de juicios discrecionales, cuando considere que el demandante carece de interés o cuando se estime que no se requiere del fallo para satisfacer las finalidades del recurso. En este entendido, por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia podría inadmitir el recurso interpuesto en contra de un fallo de segunda instancia que impone por primera vez una condena, con el argumento de que la hipótesis fáctica que subyace al caso ya ha sido definida jurisprudencialmente, y que por tanto, la selección correspondiente no será funcional o útil para la unificación o el desarrollo de precedentes. Como puede advertirse, el juez de casación cuenta con amplias potestades para dosificar y graduar la casación a partir de criterios cuya valoración otorga un amplio margen de discrecionalidad, y que son ajenos al objetivo de garantizar la defensa de los condenados en los juicios penales.”²²

La jurisprudencia constitucional transcrita aporta algunos elementos para definir lo que se entiende por sentar jurisprudencia, especialmente las ideas de: desarrollo de la jurisprudencia, desarrollo de precedentes y garantía de los derechos fundamentales.

En ese sentido, la expresión “*necesidad de sentar jurisprudencia*” contenida en el artículo 271 de la Ley 1437 de 2011, como causal que faculta al Consejo de Estado para proferir sentencias de unificación jurisprudencial, alude a la identificación, a partir de los supuestos facticos del caso estudiado, de escenarios propicios para que la Corporación en su calidad de órgano de cierre de la

²¹ Artículo 205 de la Ley 600 de 2000, y artículo 218 del Decreto 2700 de 1991, modificado por la Ley 553 de 2000.

²² Por medio de la cual la Corte estudió una demanda conforme a la cual, el Código de Procedimiento Penal omite la previsión del recurso de apelación contra los fallos que en segunda instancia, condenan por primera vez a una persona en un juicio penal, en contravía del derecho a la igualdad, previsto en el artículo 13 de la Carta Política, y del derecho a impugnar toda sentencia condenatoria, contemplado en el artículo 29 superior y los artículos 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La Corte constató, que se había configurado una inconstitucionalidad por omisión, incompatible con el derecho de toda persona a impugnar la sentencia condenatoria que le haya sido impuesta en un proceso penal. En este entendido, la Corte declaró la inconstitucionalidad de las prescripciones demandadas, en cuanto omiten la posibilidad de impugnar todas las sentencias condenatorias, y exequible, en cuanto a su contenido positivo. Preciso la Corte que se le debe atribuir tres efectos jurídicos a la omisión declarada, así: (i) la declaratoria de inconstitucionalidad deberá tener efectos diferidos y no inmediatos; (ii) se exhortará al Congreso para que en el término razonable de un año, contado a partir de la ejecutoria de la sentencia, regule integralmente el derecho a impugnar todas las sentencias condenatorias, efectúe los ajustes normativos a que haya lugar, y adopte las medidas para su implementación efectiva; (iii) para asegurar la eficacia del derecho, se dispondrá que en caso de que el legislador no atienda el deber anterior, se entenderá que procede la impugnación de todas las sentencias condenatorias ante el superior de quien impuso la condena.

jurisdicción, desarrolle criterios o tesis para, por ejemplo, aclarar puntos oscuros o zonas grises de la legislación, doctrinales o jurisprudenciales, perfeccionar o refinar sus propios precedentes y garantice los derechos fundamentales, esto último en pro de asegurar los fines del Estado establecidos por el Constituyente en el artículo 2 superior.

Análisis del asunto planteado por el Tribunal Administrativo de Casanare

En el caso concreto, el ad quem explica que la posición del Tribunal ha consistido en señalar que no hay lugar a ordenar el reajuste salarial solicitado por los soldados profesional, antes voluntarios, porque su situación mejoró a raíz de su profesionalización, ya que empezaron a devengar otras prestaciones de las que antes no gozaban, y que siguiendo esa tesis ha proferido las sentencias de 26 de junio (85001333300220130004301), 10 de julio (8500133330012013006901), 24 de julio (85001000100220120001001) y 4 de septiembre de 2014 (8500133317012013000101). Pero que, que estos fallos fueron revocados por el Consejo de Estado a través de sentencias de tutela, sin indicar cuales, ni con que argumentos.

Sin embargo, señala que sobre el particular no ha observado una jurisprudencia uniforme, puesto que en fallo de tutela de 28 de mayo de 2015, proferido por la Sección Cuarta en el expediente 1100103150020150000701, con ponencia de la Consejera Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez, *“se reconoce que el Tribunal Administrativo del Casanare interpretó y aplicó en debida forma la legislación que regula la materia”*.

En efecto, a través de fallo de tutela de 28 de mayo de 2015, emitido en el expediente 11001-03-15-000-2015-00007-01, con ponencia de la Consejera Carmen Teresa Ortiz de Rodriguez, esta Corporación sostuvo:

“En el sub examine, el señor Jorge Eliécer Villalba Zapata adujo que la autoridad judicial demandada incurrió en defecto sustantivo, por falta de aplicación del artículo 1º, inciso 2, del Decreto 1794 de 2000, que, a su juicio, establece que quienes a 31 de diciembre de 2000 ostentaran la condición de soldados voluntarios, y posteriormente se incorporaran como soldados profesionales, tienen derecho a devengar un salario mínimo mensual legal vigente incrementado en un 60 %.

Para determinar si se configuró el defecto que alega el demandante, es necesario citar, en lo pertinente, la sentencia del 4 de diciembre de 2014, que aquí se cuestiona:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

resultados son los siguientes:

	Soldados voluntarios Ley 131 de 1985 Y D.370/91	Soldado profesionales Decreto 1794 de 2000
REMUNERACIÓN	Bonificación igual a 1 SMLMV incrementado en un 60%	1 SMLMV incrementado en un 40%
PRIMA DE ANTIGÜEDAD	6.5% por cada año y hasta un máximo de 58%	6.5% por cada año y hasta un máximo de 58%
PRIMA DE NAVIDAD	1 SMLMV	½ SMLMV
PRIMA DE SERVICIOS	No tenía	½ SMLMV
PRIMA DE VACACIONES	No tenía	½ SMLMV
PRIMA DE ORDEN PÚBLICO (casos específicos)	No tenía	25% sobre el salario básico
VIVIENDA FAMILIAR	No tenía	Acceso a beneficios

De

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

(...)”.

Como se ve, en la sentencia atacada, el Tribunal Administrativo de Casanare, sí estudió y aplicó la norma que el demandante asevera que se ignoró, y, además, concluyó lo siguiente:

Que la Ley 131 de 1985 creó el servicio militar voluntario para los soldados que terminaron de prestar el servicio militar obligatorio y deseaban continuar en servicio activo.

Que para los soldados voluntarios el artículo 4° de esa ley estableció una bonificación mensual equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60 %.

Que, por su parte, el Decreto 1793 de 2000 determinó que los soldados voluntarios vinculados antes del 31 de diciembre de 2000 podían ser soldados profesionales, siempre que expresaran su intención y fueran admitidos por los comandantes de fuerza.

Que, a su turno, el artículo 1° del Decreto 1794 de 2000 reguló el régimen salarial de los soldados profesionales. En lo que interesa, esa norma estableció que la asignación mensual sería de un salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente incrementado en un 40 %.

Que el parágrafo del artículo 2° del 1794 de 2000 definió que los soldados vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 2000 y luego incorporados como soldados profesionales se les aplicaría íntegramente ese decreto.

El tribunal concluyó que el cambio de soldado voluntario a soldado profesional no deriva en ninguna desmejora salarial, sino que, por el contrario, permite que el soldado reciba prestaciones sociales y otros beneficios que no percibía como soldado voluntario, como la prima de servicios, la prima de vacaciones, las cesantías y ciertos beneficios para la adquisición de vivienda propia. Según el tribunal, esos beneficios adicionales compensaron la disminución salarial (de un salario mínimo legal mensual vigente aumentado en un 60 % a un salario mínimo legal mensual vigente aumentado en un 40 %) que alega la parte actora.

Como bien lo advirtió el a quo, es razonable y ponderada la conclusión del Tribunal Administrativo de Casanare, por cuanto los soldados voluntarios que se incorporaron como soldados profesionales (como lo hizo el señor Jorge Eliecer Villalba Zapata debían someterse íntegramente al régimen salarial previsto para los soldados profesionales. Por lo tanto, la asignación básica que le correspondía devengar el actor, conforme con el parágrafo del artículo 2° del Decreto 1794 de 2000, era un salario mínimo legal mensual vigente aumentado en un 40 %, mas no un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60 %.

Finalmente, la Sala observa que en la impugnación se sugiere que la presente controversia debe resolverse de la misma manera en que las secciones Primera y Quinta de esta Corporación han decidido casos similares, es decir, que debe concederse el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia y, en consecuencia, dejar sin efectos el fallo cuestionado y ordenar que se dicte una nueva sentencia en la que se acceda al reajuste salarial reclamado por el actor.

Sobre el particular, conviene precisar que, en casos como el del señor Jiménez Suárez, el criterio reiterado de esta Sección es que las autoridades judiciales no vulneran ningún derecho fundamental cuando concluyen que no hay lugar a ordenar el reconocimiento y pago del reajuste salarial reclamado porque i) los soldados voluntarios que se incorporaron como soldados profesionales aceptaron libremente acogerse al régimen previsto en el Decreto 1794 de 2000, cuyo artículo 1° establece que la asignación mensual de los soldados profesionales es de un salario mínimo legal mensual vigente aumentado en un 40 %, y ii) el régimen que cubre a los soldados profesionales (Decreto 1794 de 2000) es más beneficioso que el de los soldados voluntarios (Ley 131 de 1985).

Ahora, si bien el criterio de la Sala difiere del que tienen las secciones Primera y Quinta de esta Corporación, en los casos en que se niega el reajuste salarial del 20 % reclamado por los soldados profesionales que antes se desempeñaban como soldados voluntarios, lo cierto es que sí coincide con la tesis de la Sección Segunda del Consejo de Estado —especializada en asuntos laborales—, que, en sede tutela (ver fallo impugnado), también concluyó que, al incorporarse como soldado profesional, el señor Jiménez Suárez decidió libremente acogerse al régimen salarial previsto en el Decreto 1794 de 2000 y renunciar al régimen que cubre a los soldados voluntarios (Ley 131 de 1985).

Es normal que dos jueces de la misma categoría tengan posiciones diferentes frente a un particular asunto. Sin embargo, en este caso el criterio de las secciones Primera y Quinta no se aviene a los planteamientos expuestos por la Sección Segunda de esta Corporación, que, se insiste, es la especializada en dirimir conflictos de orden laboral administrativo. Por lo tanto, la Sala debe desestimar el argumento de la impugnación, relacionado con la aplicación en el sub lite del precedente fijado por las secciones Primera y Quinta del Consejo de Estado.

En esos términos, el problema jurídico queda resuelto: la sentencia cuestionada no incurrió en defecto sustantivo cuando sostuvo que el salario del actor estaba debidamente fijado, conforme con el inciso 1° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000.”

Sin embargo, a través de fallo de tutela de 3 de septiembre de 2015, proferido en el expediente 11001-03-15-000-2015-00379-01, con ponencia de la Consejera aquí sustanciadora se consideró lo siguiente:

“Mediante Sentencia de 30 de septiembre de 2015 el Tribunal Administrativo de Santander, modificó el fallo de primera instancia proferido el 28 de marzo de 2014 por el Juzgado Primero Administrativo Oral de San Gil; y, en su lugar, negó las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por el tutelante en contra de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, con los siguientes argumentos:

“(…) 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 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.”

(...)

5.5. Del caso concreto - Solución al problema jurídico planteado.

El tutelante manifiesta que el Tribunal Administrativo Santander, incurrió en una violación flagrante a su derecho a la igualdad al modificar la Sentencia de 28 de marzo de 2014 expedida por el Juzgado Primero Administrativo Oral de San Gil en el sentido de ordenar el reajuste de su asignación en un 20%, razón por la cual la Sala entrara a determinar si frente a la referida pretensión la decisión incurrió en una vía de hecho.

Así, para desatar la inconformidad planteada por el señor Luis Orlando Gelvez Jaimes es necesario precisar el marco normativo y jurisprudencial aplicable al incremento de la asignación de retiro de los Soldados Voluntarios que pasaron a denominarse Soldados Profesionales en el régimen de carrera del Ejército Nacional.

En consecuencia, lo primero que se debe señalar es que el Decreto 1794 de 2000, a través del cual se reguló el régimen salarial y prestacional de los Soldados Profesionales, dispuso:

(...)

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

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

(...)

Mediante Sentencia de 17 de octubre de 2013, el Consejo de Estado – Sección Quinta, señaló que:

“(...) El accionante alegó que el Tribunal en la providencia censurada afirmó que a él le aplicaba íntegramente el Decreto 1794 de 2000, que establece el régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales del Ejército Nacional, pero que, en síntesis, inaplicó el inciso 2º del artículo 1º de esa norma.

En este punto, le basta a la Sala con verificar el contenido de la norma que se alega inaplicada y los fundamentos de la providencia censurada ya analizados, para concluir que, en efecto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “C”, con sentencia de 24 de mayo de 2012, si bien transcribió la norma a folio 11 del fallo, no tuvo en cuenta su contenido, y además, inexplicablemente concluyó que el interés del actor era el de obtener la aplicación simultánea de dos regímenes.

El contenido del artículo del Decreto 1794 de 2000 que alega inaplicado el

tutelante es el que la Sala resalta a continuación:

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

Sin perjuicio de lo dispuesto en el 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%).”

Y el párrafo del artículo 2 del Decreto 1794 de 2000 dice:

“ARTÍCULO 2. PRIMA DE ANTIGÜEDAD. Cumplido el segundo año de servicio, el soldado profesional de las Fuerzas Militares tendrá derecho a una prima mensual de antigüedad equivalente al seis punto cinco por ciento (6.5%) de la asignación salarial mensual básica. Por cada año de servicio adicional, se reconocerá un seis punto cinco por ciento (6.5%) más, sin exceder del cincuenta y ocho punto cinco por ciento (58.5%).

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

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

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

Así las cosas, evidente para la Sala es que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “C”, al proferir la sentencia de 24 de mayo de 2012, incurrió en la irregularidad de naturaleza sustantiva alegada por el tutelante, pues inaplicó, sin razón alguna, el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000 en abierta contradicción con su propia argumentación según la cual dicha normativa regía por completo la situación del señor Cabezas Quiñones”.

(...)

Así mismo, la Sección Primera de esta Corporación en sentencia de 16 de octubre de 2014, expediente núm. 2014-02293-00. M.P. María Elizabeth García González

manifestó sobre el particular lo siguiente:

(...)

El Tribunal Administrativo de Casanare interpretó la norma de manera equivocada, toda vez que entendió que el inciso segundo del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, hace referencia exclusivamente a los soldados voluntarios quienes devengarán una asignación mensual consistente en un salario mínimo legal mensual incrementado en un 60%, como lo establecía la Ley 131 de 1985. Sin embargo, lo realmente pretendido por el Legislador con la disposición en comento, fue establecer un régimen de transición para aquellos soldados que al 31 de diciembre de 2000, fungían como voluntarios, pero que con posterioridad pasaban a ser profesionales, a quienes su asignación básica mensual corresponde a un salario mínimo incrementado en un 60%; diferente del evento estipulado en el inciso primero de la norma bajo análisis, según el cual, los soldados profesionales que no hubiesen prestado sus servicios con anterioridad como voluntarios, tendrán derecho a una asignación de un salario mínimo incrementado en un 40%.

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

En tal sentido, es claro que el Consejo de Estado sobre la materia, en jurisprudencia desarrollada a través de acciones de tutela, ha mantenido una posición pacífica en la cual se ha determinado que en efecto los soldados voluntarios que se encontraban vinculados a la Institución Militar con anterioridad al 31 de diciembre de 2000 y que pasaron a ser parte del régimen de soldados profesionales les correspondía una asignación del salario mínimo legal más una compensación del 60%, porcentaje que debe tener en cuenta al incrementar la asignación de retiro.

Tal línea jurisprudencial ha sido acogida por esta Sala de Decisión que, en otras oportunidades ha determinado, que una interpretación diferente es desconocer lo previsto en el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, en los siguientes términos:

(...)

“La Sala reitera que efectivamente el Tribunal Administrativo del Atlántico inaplicó de manera indebida el artículo 1° del Decreto 1794 de 2000 ya que consideró, equivocadamente, que a los soldados que fueron voluntarios con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, y que pasaban a ser soldados profesionales, les correspondía una asignación del salario mínimo legal más una compensación del 40%, desestimando que el Decreto en comento dispuso una compensación del 60% para quienes habían sido soldados voluntarios y habían pasado a ser parte del régimen de los soldados profesionales.

En ese orden de ideas, la Sala encuentra que, el Tribunal Administrativo del

Atlántico no solo interpretó erróneamente la norma en comento, sino que omitió lo preceptuado en el inciso segundo del artículo 1° de la citada norma que dispuso que, “Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo del artículo siguiente, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento 60%),” incurriendo así en defecto sustantivo que vulnera los derechos fundamentales invocados por el actor”²³.

(...)

Por lo visto, encuentra la Sala que en la Sentencia de 30 de septiembre de 2014 el Tribunal Administrativo de Santander se limitó a hacer un estudio de la normatividad aplicable al asunto planteado sin tener en cuenta la posición sentada por el Consejo de Estado respecto al tema, razón por la cual no tuvo la oportunidad de efectuar un estudio de la misma para señalar las razones por las cuales, a su juicio, se debía apartar de esa línea y dar una interpretación diferente a las disposiciones del Decreto 1794 de 2000.

(...)

Sumado a esto, en atención a que el accionante ingresó al Ejército Nacional como Soldado Regular el 19 de octubre de 1989 y, posteriormente, como Soldado Voluntario el 27 de abril de 1992 hasta el 1° de noviembre de 2003, cuando se convirtió en Soldado Profesional, resultaría inocuo apelar al criterio de diferenciación expuesto por el Tribunal accionado y avalado por el Juez de tutela de Primera Instancia según el cual, dependiendo de la fecha de conversión de Soldado Voluntario a Soldado Profesional se determina el régimen aplicable, pues, independientemente de que en el caso concreto el señor Luis Orlando Gelvez Jaimés fue convertido por orden militar en noviembre de 2003, no puede desconocerse que el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000 estableció que aquellos que a 21 de diciembre de 2000 se encontraban como soldados voluntarios, de acuerdo al régimen de la Ley 131 de 1985, devengarían un salario mínimo legal vigente, incrementado en un 60%, supuesto que cumple el actor.

En este orden de ideas, se revocará la Sentencia de Primera Instancia proferida el 29 de abril de 2015 por la Sección Primera del Consejo de Estado para, en su lugar, tutelar los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad y acceso a la administración de justicia del actor y, en consecuencia, se dejará sin efectos la Sentencia de 30 de septiembre de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo Santander, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Luis Orlando Gelvez Jaimés contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, Expediente No. 2013 00108 01.

En su lugar, se ordenará al Tribunal Administrativo de Santander, que dentro del término de diez (10) días profiera una nueva sentencia, teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.”

De acuerdo con los antecedentes jurisprudenciales transcritos, en el asunto de la referencia se evidencia la necesidad de sentar, y por esa vía, unificar la jurisprudencia, pues, además de que la materia debatida no ha sido estudiada por la Corporación en ejercicio del rol que le atribuye el artículo 237 Superior de

²³ Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B, Sentencias de 16 de marzo 2015, radicado N° 11001-03-15-000-2014-02434-01 y 21 de mayo de 2015, radicado N° 11001-03-15-000-2015-00917-00, M.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve; Subsección B, Sentencia de 21 de octubre de 2014, C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, radicado N° 11001-03-15-000-2014-02296-00; Sentencia de 24 de junio de 2015, radicado No. 11001-03-15-000-2015-01256-00, con ponencia de quien ahora lo hace en el presente asunto.

“tribunal supremo de lo contencioso administrativo”, sino como juez de tutela, los pronunciamientos realizados por la Corporación no han guardado uniformidad de criterio.

En mérito de lo expuesto, la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

RESUELVE

PRIMERO. AVOCAR el conocimiento del presente asunto con el objeto proferir sentencia de unificación jurisprudencial, y para su trámite se **DISPONE**:

SEGUNDO. NOTIFICAR personalmente este auto a las partes, esto es, al señor BENICIO ANTONIO CRUZ y a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional.

TERCERO. NOTIFICAR personalmente este auto al señor Agente del Ministerio Público delegado ante esta Corporación, y al señor Representante Legal de la Agencia de Defensa Jurídica del Estado.

CUARTO. OFICIAR a los Tribunales Administrativos del país que suspendan el trámite de los procesos de Nulidad y Restablecimiento del Derecho en los que se debatan asuntos similares y que se encuentren para proferir fallo de segunda instancia, hasta tanto se profiera la correspondiente sentencia de unificación.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala Plena de la Sección Segunda, en sesión de la fecha, por los señores Consejeros:

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Presidenta

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

CARMELO PERDOMO CUÉTER

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Relatoria JORM