



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA - SUB SECCIÓN "A"

Consejero ponente: DR. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Bogotá, dieciocho (18) de febrero de dos mil dieciséis (2016)

Radicación No. 25000 23 42 000 2012 00730 01 (3512-13)
Apelación sentencia
Autoridades nacionales
Actor: MADELAINE ARANA MONTAÑEZ

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante contra la sentencia proferida en audiencia celebrada el 17 de julio de 2013 por la Subsección C de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

ANTECEDENTES

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, MADELAINE ARANA MONTAÑEZ mediante apoderado, solicitó al Tribunal inaplicar por inconstitucionales los efectos del Decreto 1301 de



1994 y de la Ley 352 de 1997, así como cualquier otra disposición que se haya expedido en desmejora de la remuneración mensual de los civiles de la planta global del Ministerio de Defensa, en especial de la Dirección de Sanidad; declarar que por prestar su servicio en esa Dirección, tiene derecho a que se pague a su favor la misma remuneración de los empleados civiles del Ministerio de Defensa, en los términos del Decreto 1214 de 1990.

Como pretensión subsidiaria solicita aplicar el régimen salarial de los empleados de la Rama Ejecutiva; declarar la nulidad del oficio No. 319879 CGFM-DGSM-SAF-GTH. 1.5. de abril 9 de 2012, proferido por la Dirección General de Sanidad Militar, mediante el cual se negó el reconocimiento y pago de la prima de actividad; como consecuencia de tal declaración, ordenar el reconocimiento y pago de dicha prima, equivalente al 49.5% adicional a la asignación básica o en porcentaje superior.

En subsidio de todo lo anterior, solicita reconocer y pagar su salario, según los parámetros fijados por el Gobierno Nacional, aplicables a los empleados de la Rama Ejecutiva, desde el año 2007 o, en su defecto, reconocer el incremento de prima de actividad fijado por el Gobierno mediante Decreto 737 de 2009, que varió el porcentaje, con efectos desde su vigencia hasta que se haga efectivo el pago; así mismo, reconocer, reliquidar, indexar, reajustar y pagar las prestaciones sociales dejadas de recibir, por la negativa del pago de la referida prima, los intereses moratorios, el pago de gastos y costas procesales y que el cumplimiento de la sentencia se produzca en la



forma y términos de los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

Los hechos que sirven de fundamento a sus pretensiones, son los que se resumen a continuación:

Fue nombrada en el cargo de servidor misional en sanidad militar código 2-2 grado 6, una vez cumplidos los requisitos exigidos en Resolución No. 1379 de 14 de octubre de 2009 y acta 1752 de 1 de marzo de 1996.

Desde que presta sus servicios en la Dirección de Sanidad se le ha negado el derecho a recibir la prima de actividad consagrada en el artículo 39 del Decreto 1214 de 1990, a la que tiene derecho por hacer parte de la planta de personal del Ministerio de Defensa.

Radicó petición el 16 de enero de 2012, bajo el No. 2012-111-000435-2 en la que solicitó: i) informar los porcentajes y su equivalente en sumas de dinero, de los incrementos efectuados en su asignación mensual para los años 2007 a 2011; ii) reconocer y pagar la prima de actividad en el equivalente a 49.5% adicional al salario mensual a partir del año 2007 y mientras permanezca en la planta de personal; iii) se reliquide, reajuste y pague la asignación básica, incluyendo la prima de actividad a que tiene derecho y iv) que a partir del año 2007 se reliquide la asignación básica incluyendo la prima referida e indexar de manera permanente los nuevos valores producto de tal reliquidación.



Mediante comunicación recibida el 1º de febrero se le informó que la solicitud había sido remitida por competencia al Director de Sanidad de la Fuerza Aérea, y en comunicación de 25 de enero de 2011 el Director de Sanidad le informó que carecía de competencia para resolver la solicitud y que sería remitida al Brigadier General de Sanidad Militar.

Finalmente después de vencido el término con que cuenta la administración para resolver ese tipo de solicitud, mediante oficio No. 319879 CGFM-DGSM-SAF-GTH.1.5., negó la solicitud y no informó acerca de los recursos procedentes, por lo que se entiende agotada la vía gubernativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La entidad demandada no contestó la demanda.

LA SENTENCIA APELADA

La Subsección C de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca se constituyó en audiencia inicial y en ella profirió sentencia en la que denegó las súplicas de la demanda.

Consideró que no era viable la inaplicación del Decreto 1301 de 1994 ni la Ley 352 de 1997, pues la decisión de inaplicar por



inconstitucionalidad una norma, solo surge en cuanto es evidente y notoria su oposición con las disposiciones constitucionales, lo que no ocurre en el caso analizado.

Precisó que la demandante se vinculó al Instituto de Salud de las Fuerzas Militares en el año 1996 y posteriormente al Ministerio de Defensa Nacional – Dirección General de Sanidad Militar - Dirección de Sanidad Fuerza Aérea y por tal motivo su régimen salarial y prestacional no es el contemplado en el Decreto 1214 de 1990, lo que impide el reconocimiento a su favor de la prima de actividad reclamada.

Sostuvo que el régimen salarial aplicable a la demandante es el previsto por el Gobierno Nacional y el prestacional que se ha fijado para los empleados de la Rama Ejecutiva y como tales disposiciones no consagran el reconocimiento de la prima de actividad, no pueden ser prósperas las pretensiones de la demanda.

LA APELACIÓN

La apoderada de la parte actora, presentó recurso de apelación contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y precisó que la controversia surge por la diferencia salarial que existe entre algunos integrantes de la planta global del Ministerio de Defensa, especialmente quienes prestan servicios en la Dirección de Sanidad respecto



a sus iguales, es decir, el personal restante que hace parte de la planta global única del Ministerio de Defensa.

Afirmó que el Tribunal pasó por alto que la controversia es de carácter salarial y no prestacional; por lo tanto, los argumentos que aluden a la Ley 100 de 1993 y al Decreto 2701 de 1998 no aplican en este caso.

Dijo que es imposible la coexistencia de diferentes plantas de personal en el sector salud del Ministerio y más aún la de regímenes distintos dentro de la misma planta, pues a pesar de las disposiciones prestacionales que existen, es evidente que salarialmente solo hay un régimen y es el del sector central del cual hace parte, en el que deben ser aplicados, por lo menos, los salarios fijados por el Gobierno Nacional para la Rama Ejecutiva.

Aseguró que el Tribunal no analizó ni se pronunció respecto de las pretensiones subsidiarias de la demanda y solo las despachó desfavorablemente, sin argumentación.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Segunda Delegada ante esta corporación allegó en forma y tiempo el escrito que obra de folios 173 a 182.



Para la Agencia Fiscal, el problema jurídico se centra en establecer si la accionante tiene derecho al reconocimiento y pago de la prima de actividad en condición de servidor de la planta de salud del Ministerio de Defensa Nacional.

El marco jurídico aplicable es el previsto en el Decreto 1214 de 1990, en sus artículos 4º y 38, en cuanto definen la condición de empleado público y consagran el derecho al reconocimiento y pago de la prima de actividad a favor de los empleados públicos del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional; además, la Ley 100 de 1993 que facultó al Presidente de la República para organizar el sistema de salud de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, el Decreto 1301 de 1994 que organizó el mismo y en cuyo artículo 88 estableció el régimen salarial de su personal y la Ley 352 de 1997 que reestructuró ese sistema y dictó normas en materia de seguridad social.

El Consejo de Estado ha precisado 3 etapas en torno al régimen aplicable al personal vinculado al sistema de salud de las Fuerzas Militares, así: i) Empleados públicos -personal civil- vinculados antes del 22 de junio de 1994 a quienes los cobijaba el Decreto 1214 de 1990 y por ende, se les reconocía la prima de actividad; ii) empleados públicos vinculados al Instituto de Salud de las Fuerzas Militares, a quienes se aplicarían las normas que sobre la materia estableciera el Gobierno Nacional -artículo 88 del Decreto 1301 de 1994- y iii) empleados públicos incorporados a la planta de personal del Ministerio de Defensa -sector salud- con ocasión de la supresión y



liquidación del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares, quienes continuarían sometidos al régimen salarial que regía en ese instituto.

En el caso de la demandante, como se vinculó a la Dirección General de Sanidad mediante Resolución No. 1379 del 14 de octubre de 2009, el régimen salarial aplicable es el consagrado por el Gobierno Nacional en los términos del artículo 88 del Decreto 1301 de 1994; por lo tanto, no es posible acudir a normas previstas en el Decreto 1214 de 1990 para resolver su situación, por tal motivo, su concepto se dirige a que la sentencia recurrida sea confirmada.

Se decide, previas estas

CONSIDERACIONES

Se pretende en el sub judice la inaplicación del Decreto 1301 de 1994 y de la Ley 352 de 1997 o, en su defecto, la nulidad del Oficio No. 319879 CGFM-DGSM-SAF-GTH.1.5. de 9 de abril de 2012, mediante el cual se negó el reconocimiento y pago de la prima de actividad a Madelaine Arana Montañez y el consecuente reconocimiento de la prima de actividad o subsidiariamente, el pago del salario con los parámetros fijados por el Gobierno Nacional para los empleados de la Rama Ejecutiva.

La prima de actividad reclamada por la accionante, está



consagrada en el artículo 38 del Decreto 1214 de 1990 “Por el cual se reforma el estatuto y el régimen prestacional civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional”, así:

“ARTÍCULO 38. PRIMA DE ACTIVIDAD. Los empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional, tienen derecho a una prima de actividad del veinte por ciento (20%) del sueldo básico mensual, mientras permanezcan en el desempeño de sus funciones”.

El régimen prestacional consagrado en el decreto mencionado previamente, se aplica al personal civil que presta sus servicios en el Ministerio de Defensa, la Policía Nacional, la Justicia Penal Militar y su Ministerio Público, según se prevé en el artículo 1º.

Y el personal civil a que alude la citada norma está integrado por *las personas naturales que presten sus servicios en el Despacho del Ministro, en la Secretaría General, en las Fuerzas Militares o en la Policía Nacional, quedando excluidos quienes prestan sus servicios en los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta y las unidades administrativas especiales, adscritos o vinculadas al Ministerio de Defensa, cuyo régimen está comprendido por las normas orgánicas y estatutarias propias de cada organismo, al tenor de lo dispuesto en el artículo 2º ibídem.*

En lo que tiene que ver con el personal que integra el sistema de salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, en el artículo 248 de la Ley 100 de 1993 se revistió al Presidente de la República de facultades



extraordinarias por el término de 6 meses, entre otras cosas, para organizar ese sistema, en aspectos relacionados con su organización estructural, niveles de atención médica y grados de complejidad, organización funcional, régimen que incluya normas científicas y administrativas, y régimen de prestación de servicios de salud.

En virtud de lo anterior, se profirió el Decreto 1301 de 1994 “por el cual se reestructura el Sistema de Salud y se dictan otras disposiciones en materia de Seguridad Social para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional” y en el artículo 29 se estableció la estructura organizacional, dentro de la cual se incluyó al Instituto de Salud de las Fuerzas Militares, organizado como un establecimiento público, adscrito al Ministerio de Defensa Nacional¹.

En lo que respecta al régimen salarial del personal al servicio del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares, el artículo 88 del Decreto 1301 de 1994 estableció:

“ARTICULO 88. REGIMEN SALARIAL DEL PERSONAL. Los empleados públicos y trabajadores oficiales del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares y del Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional para efectos de remuneraciones, primas, bonificaciones, viáticos, horas extras y subsidios se regirán por las normas legales que para esta clase de servidores establezca el gobierno Nacional.

En consecuencia, los empleados públicos y trabajadores oficiales de dichos organismos para efectos de remuneraciones, primas, bonificaciones, viáticos y subsidios, **no se regirán por las normas establecidas para el personal civil del Ministerio de Defensa Nacional.**

¹ Artículo 35 del Decreto 1301 de 1994.



PARAGRAFO. Los empleados públicos y trabajadores oficiales, que al entrar en vigencia el presente Decreto se encuentren prestando servicios en el Ministerio de Defensa Nacional y que ingresen al Instituto de Salud de las Fuerzas Militares o al Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional, se someterán al régimen salarial establecido para la entidad respectiva”. (Resalta la Sala).

Con posterioridad, el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional sufrió una reestructuración que se materializó en la Ley 352 de 1997, en cuyo artículo 9º se creó la Dirección General de Sanidad y en el 53 se dispuso la supresión y liquidación, entre otros, del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares.

A causa de la supresión y liquidación previamente mencionadas, la Ley 352 de 1997 estableció que el personal que prestaba sus servicios en las entidades objeto de liquidación, serían incorporadas en la planta de personal de salud del Ministerio de Defensa Nacional o de la Policía Nacional, según el caso, de acuerdo con la reglamentación especial que al respecto expida el Gobierno Nacional, garantizando los derechos adquiridos y sin que se les exija requisitos adicionales.

En lo que respecta a su régimen prestacional, en el artículo 55 de la ley en comento, se estableció que quienes se hubieren vinculado con anterioridad a la Ley 100 de 1993 continuarían siendo beneficiados de las disposiciones que sobre la materia establece el Decreto Ley 1214 de 1990. Mientras que los demás, quedarían sometidos a lo contemplado en la Ley 100 de 1993 y en lo no contemplado en ella, se les aplicaría lo dispuesto en el título VI del Decreto Ley 1214 de 1990.

Y en materia salarial, en el artículo 56 se estableció que los empleados públicos y trabajadores oficiales que se incorporaran a las plantas de personal del Ministerio de Defensa Nacional y Policía Nacional en virtud de lo dispuesto en esa ley, continuarían sometidos al mismo régimen que se aplicaba en el Instituto de Salud de las Fuerzas Militares y en el Instituto de Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional, según el caso.

La Subsección B de la Sección Segunda de esta Corporación ha distinguido 3 etapas en lo que respecta a la vinculación al sector salud de las Fuerzas Militares, así:

“Así las cosas, y de acuerdo con el marco normativo expuesto en precedencia, estima la Sala que en punto del régimen salarial aplicable al personal vinculado al sistema de salud de las Fuerzas Militares se hace necesario distinguir tres etapas, a saber:

- I. Empleados públicos – personal civil- vinculados al Ministerio de Defensa con anterioridad al 22 de junio de 1994² le eran aplicables las disposiciones previstas en el Decreto 1214 de 1990, dentro de las cuales se encontraba contemplado el reconocimiento y pago de la prima de actividad y el subsidio familiar, artículos 38 y 49 ibídem.
- II. Empleados públicos vinculados al Instituto de Salud de las Fuerzas Militares le serían aplicables las normas legales que para esta clase de servidores estableciera el Gobierno Nacional, artículo 88 del Decreto 1301 de 1994.
- III. Empleados públicos incorporados a la planta de personal del Ministerio de Defensa –sector salud-, con ocasión del proceso de supresión y liquidación del Instituto de salud de las Fuerzas Militares, continuarían sometidos al régimen salarial que se les aplicaba en el referido Instituto.

De acuerdo con lo expuesto, concluye la Sala que a partir de la expedición del Decreto 1301 de 1994, por expresa disposición del Gobierno Nacional, el régimen salarial aplicable a los servidores públicos vinculados al sector salud de las Fuerzas Militares no es otro que el previsto para los empleos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional lo que, en otras

² Fecha en la que entra en vigencia el Decreto 1301 de 1994 y se crea el Instituto de Salud de las Fuerzas Militares.



palabras, debe decirse excluye cualquier posibilidad de aplicar a este tipo de servidores el régimen salarial previsto en el Decreto 1214 de 1990, esto es, el dispuesto para el personal civil del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional³.

En el caso de la demandante, se vinculó al Instituto de Salud de las Fuerzas Militares en el empleo de profesional universitario 3020-07, según acta de posesión de 1 de marzo de 1996⁴, posteriormente fue vinculada en el empleo de servidor misional en sanidad militar código 2-2, grado 6, a partir del 27 de octubre de 2009, como consta en el acta de posesión No. 1180 de la fecha⁵ y conforme a la certificación expedida por el Coordinador Grupo de Talento Humano⁶, la prestación del servicio ha sido continua desde la primera fecha de vinculación.

Lo anterior quiere decir que su vinculación al Instituto de Salud de las Fuerzas Militares se produjo con posterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 1301 de 1994; por lo tanto, en su caso no es viable la aplicación del régimen salarial y prestacional establecido en el Decreto 1214 de 1990, ni el consecuente reconocimiento de la prima de actividad, lo que impone confirmar la sentencia de primera instancia, en cuanto negó el reconocimiento y pago de la misma.

Debe precisarse que en este caso no hay vulneración al derecho

³ Al respecto puede verse las sentencias de 27 de noviembre de 2014. Radicados. 2853-2013 y 3129-2013. M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

⁴ Folio 3.

⁵ Folio 2.

⁶ Folio 26.



a la igualdad, como lo sugiere la demandante, toda vez que a pesar de que quienes se encontraban vinculados al sector salud del Ministerio de Defensa, con anterioridad al Decreto 1301 de 1994, pudieron seguir beneficiándose del régimen contenido en el Decreto 1214 de 1990, ese beneficio deriva de la fecha de vinculación con la administración, mientras que la diferencia en el caso analizado radica, en que al momento de posesión de la demandante ya se encontraba vigente el Decreto 13001 de 1994 y por ende, fue ese al que quedó sometida en aspectos salariales y prestacionales.

Ahora bien, el recurrente considera que el a quo omitió pronunciarse respecto de las pretensiones subsidiarias, en especial la que está encaminada al reconocimiento de su asignación básica mensual en los términos descritos en el numeral 6 del artículo 3º del Decreto 3062 de 1997, es decir, con base en los decretos expedidos por el gobierno y aplicables al personal de la rama ejecutiva.

La Sala considera que las pretensiones subsidiarias a que alude el recurso, que a su vez remiten a lo pedido en la demanda, no debe ser objeto de pronunciamiento en esta instancia, teniendo en consideración que tal como se observa en la petición que obra de folios 4 a 17, la demandante no hizo reclamación en ese sentido⁷ a la administración; por lo tanto, al no haberse concedido a la administración la posibilidad de pronunciarse en torno tales reclamaciones y no existir respuesta que decida sobre las mismas, un

⁷ Encaminada al reconocimiento de su asignación básica mensual en los términos descritos en el numeral 6 del artículo 3º del Decreto 3062 de 1997.



pronunciamiento en tal sentido podría conllevar la vulneración del derecho de defensa de la administración.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub Sección “A” administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A

CONFÍRMASE la sentencia proferida en la audiencia celebrada el diecisiete (17) de julio de dos mil trece (2013) por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda – Sub Sección “C”, de conformidad con lo manifestado en las consideraciones.

Cópiese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

La anterior providencia se estudió y aprobó la Sala en sesión de la fecha.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

