



**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN A**

Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá D. C, quince (15) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

**Radicado: 25000234200020120073401
N.º interno: 1083-2014
Actora: MARÍA BIBIANA SANTOS ORTEGA
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL –
COMANDO GENERAL – DIRECCIÓN GENERAL DE
SANIDAD MILITAR.**

SO. 0014

Ley 1437 de 2011

Decide la Sala de Subsección el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 5 de diciembre de 2013, proferida por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, que negó las súplicas de la demanda de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES.

MARÍA BIBIANA SANTOS ORTEGA, por intermedio de apoderada y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho¹, acudió ante

¹ Al respecto se aclara que, pese a que la parte actora invocó la normativa contenida en el Código Contencioso Administrativo, la radicación de la demanda se realizó el 12 de septiembre de 2012, cuando ya había entrado en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con el fin de que se acceda a las pretensiones que a continuación se transcriben:

«Con fundamento en los hechos expuestos y previos los trámites del (sic) legales, consagrados en el título V, del nuevo C.C.A., y teniendo en cuenta el agotamiento de la vía gubernativa acorde con lo previsto en el artículo 135 del anterior C.C.A., respetuosamente promuevo ante ese despacho, acción de nulidad y restablecimiento del derecho, para lo cual con todo respeto me permito solicitar se hagan las siguientes o similares declaraciones y condenas:

1. Se inapliquen por inconstitucional (sic) los efectos jurídicos derivados del decreto (sic) 1301 de 1994 “por el cual se crea el instituto de salud de las Fuerzas Militares como un establecimiento público del sector descentralizado”; y de la ley (sic) 352 de 1997 “por la 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”; así como cualquier otra disposición que haya sido expedida en desmejora de la remuneración mensual de CIVILES INTEGRANTES DE LA PLANTA GLOBAL DEL MINISTERIO DE DEFENSA, específicamente de la DIRECCIÓN GENERAL DE SANIDAD.

2. Se declare que el demandante al pertenecer de la Dirección General de Sanidad es integrante de la Planta Global del Ministerio de Defensa, y que como tal le asiste el legítimo derecho a percibir la remuneración de los empleados civiles del Ministerio de Defensa, según los parámetros del decreto (sic) 1214 de 1990, por pertenecer al sector central de la institución.

SUBSIDIARIA DE LA SEGUNDA PRETENSIÓN: En (sic) el hipotético evento de estimar que el régimen salarial aplicable al actor no fuera el del personal civil del Ministerio del Defensa – Sector Central, de modo respetuoso solicito se declare aplicable al demandante el régimen salarial impuesto para los servidores de la Rama Ejecutiva, fijado según los decretos anuales.

3. Se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No. (sic) 319893 CGFM-DGSM-SAF-GTH.1.5 de 9 de abril de 2012 y proferido por LA DIRECCIÓN GENERAL DE SANIDAD MILITAR, mediante el cual negó el reconocimiento y pago de la PRIMA DE ACTIVIDAD al actor (sic), de acuerdo con las razones expuestas en la presente demanda.

4. Como consecuencia de la declaración anterior se disponga el restablecimiento del derecho del demandante, y se ordene a la demandada que el reconocimiento que se realice hacia el futuro sea incluido en la respectiva nómina mensual, así como el pago de la prima de actividad en un porcentaje equivalente al 49.5% adicional a la asignación básica, o en unos superiores en caso de resultas (sic) así demostrados.

SUBSIDIARIA DE LA TERCERA PRETENSIÓN: En (sic) el hipotético evento de encontrar no procedente el reconocimiento de la prima de actividad, respetuosamente solicito sea reconocido y pagado el salario del

Radicado: 25000-23-42-000-2012-00734-01 (1083-2014)

Actor: María Bibiana Santos Ortega

Demandado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional - Comando General – Dirección General de Sanidad Militar.

actor (sic), según los parámetros fijados por el gobierno y aplicables a los empleados de la Rama Ejecutiva desde 2007 o en su defecto, se reconozca el incremento de la prima de actividad fijado por el gobierno mediante decreto (sic) 737 de 2009, que varió el porcentaje del 37.5 al 49.5% desde la fecha de su vigencia y hasta que el pago se haga efectivo, con los efectos económicos solicitados en las demás pretensiones, o en unos superiores en caso de resultar así demostrados; todo según la determinación que a bien tenga por hacer respecto de la segunda pretensión.

5. Ordenar a la demandada reconocer, reliquidar, indexar, reajustar y pagar las prestaciones sociales dejadas de percibir en razón a la negativa del pago de la prima de actividad.

6. Ordenar el pago de los intereses moratorios sobre los dineros provenientes del reconocimiento de la aplicación de los porcentajes precitados en los numerales anteriores a partir de la respectiva sentencia . (Sentencia C 188/99, expediente 2191 del 24 de marzo de 1999).

7. Ordenar a la Entidad (sic) demandada el cumplimiento de la sentencia que ponga fin a la presente acción en la forma y términos señalados en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.».

2. HECHOS NARRADOS EN EL ESCRITO DE DEMANDA.

El señor apoderado de la parte actora narró los hechos que se resumen a continuación:

- 2.1. La señora MARÍA BIBIANA SANTOS ORTEGA fue nombrada en provisionalidad el cargo de servidor misional en sanidad militar Código 2-2 grado 4, de la planta de personal del Ministerio de defensa, por medio de la Resolución 1379 de 14 de octubre de 2009, y acta 009 de 7 de marzo de 2002.
- 2.2. Mientras ha persistido el vínculo con la entidad demandada se le ha negado el derecho a percibir la prima de actividad que estaba consagrada antiguamente en el Decreto 1214 de 1990, y que debería percibir en razón a que es integrante de la planta de personal del Ministerio de Defensa.

Radicado: 25000-23-42-000-2012-00734-01 (1083-2014)

Actor: María Bibiana Santos Ortega

Demandado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional - Comando General – Dirección General de Sanidad Militar.

2.3. Por medio de petición con radicado 2012-111-000440-2 la mencionada actora solicitó lo siguiente:

«1. Se me informen los porcentajes y su equivalente en sumas de dinero de los incrementos efectuados a la asignación recibida por mis poderdantes, reflejados durante los lapsos comprendidos entre 2007 y 2011.

2. Se efectúe el reconocimiento, pago y liquidación de la asignación de mi cliente, incluyendo dentro del valor devengado el porcentaje equivalente a la prima de actividad en cuantía del 49.5% adicional al valor del salario mensual, dada su condición de empleado público – personal civil de la Dirección de Sanidad de la Fuerza Aérea, a partir de 2007 y durante el tiempo que permanezca en dicha planta de personal.

3. Se efectúe la reliquidación, reajuste y pago de la asignación básica que viene percibiendo mi cliente, dada su condición de personal civil, perteneciente a la planta de personal de las entidades que integran el sector defensa, incluyendo el valor de la PRIMA DE ACTIVIDAD a la que tiene legítimo derecho.

4. Como consecuencia de lo anterior, se efectúe a partir de 2007 el reajuste de la asignación básica, tomando como base el reconocimiento de la prima de actividad vigente para la asignación mensual, y seguidamente proceder a indexar de manera permanente, los nuevos valores a la asignación básica, arrojados por la reliquidación de que tratan los numerales anteriores».

2.4. La entidad demandada respondió de manera negativa a través del oficio 319893 CGFM-DGSM-SAF-GTH.1.5 de 9 de abril de 2012.

3. CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

La parte actora señaló que en el artículo 38 del Decreto 1214 de 1990 se consagró la prima de actividad para todo el personal del Ministerio de Defensa.

Posteriormente, por medio del Decreto 1301 de 1994 el ejecutivo constituyó un nuevo sistema de salud para los miembros de la fuerza pública; dispuso su salida del sector central y creó establecimientos públicos del nivel

descentralizados denominados «institutos de salud». En virtud de tal normativa varió la condición del personal civil integrante de sanidad.

Respecto del régimen salarial y prestacional de dichos empleados se expidieron los Decretos 171 de 1996 y 181 de 1996.

Sin embargo, por medio de la Ley 352 de 1997 se dispuso la supresión de los establecimientos públicos denominados institutos de salud de las Fuerzas Militares y se determinó que quienes prestaban sus servicios en tales entidades se incorporarían al Ministerio de Defensa y se continuarían rigiendo por el régimen salarial que se les aplicaba en los mencionados institutos.

Posteriormente, se expidió el Decreto 3062 de 1997 en el que se regularon las garantías mínimas de tales servidores, y en el Decreto 005 de 1998 se estableció la estructura de la nueva planta de personal.

Ahora bien, por medio del Decreto 2489 de 2006 se estableció el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos públicos de las instituciones pertenecientes a la Rama Ejecutiva, y en el artículo 6 se determinó que el personal civil del Ministerio de Defensa se regiría por las equivalencias contenidas en dicha norma, sin perjuicio de lo prescrito para tales servidores en los Decretos 1214 de 1990 y 407 de 2006.

En consecuencia, considera que a tales funcionarios les es aplicable lo previsto en el Decreto 1214 de 1990.

La parte actora argumentó que no es posible desconocer el derecho a percibir la prima de actividad en virtud del principio de progresividad consagrado en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Adicionalmente, indicó que el acto demandado incurrió en falsa motivación, pues en el Decreto 1214 de 1990 no se excluyó del régimen salarial al personal de sanidad del Ministerio de Defensa.

Por último, indicó que a través del Decreto 1792 de 2000 se creó un régimen uniforme para todos los empleados públicos del Ministerio de Defensa, el cual no discriminó al personal de sanidad militar.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

El MINISTERIO DE DEFENSA contestó la demanda y se opuso a las pretensiones con base en los argumentos que a continuación se resumen:

En primer lugar, indicó que la planta de empleados públicos del Ministerio de Defensa Nacional – Dirección General de sanidad militar se rige por lo dispuesto en el Decreto 2701 de 1988; así como lo previsto en los Decretos 843 de 2012 y 853 de 2012.

A lo anterior agregó que de acuerdo con lo establecido en el numeral 6 del artículo 3 del Decreto 3062 de 1997 a los empleados públicos y trabajadores oficiales del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares que serían incorporados a las plantas de personal de salud creadas en el Ministerio de Defensa se les aplicaría el régimen salarial propio de los empleos de la Rama Ejecutiva.

Así mismo sostuvo que el legislador, en uso de su libertad de configuración en materia salarial, dispuso que el régimen salarial aplicable a los empleados y trabajadores que fueran incorporados a las plantas de personal del sistema de salud del Ministerio de Defensa, sería el de la rama ejecutiva, lo cual fue aceptado en el acuerdo suscrito con ASEMIL el 25 de junio de 1997, en el

cual se determinó que se haría una nivelación salarial a todos los trabajadores aplicando los topes del Decreto 194 de 1997.

Por otra parte, indicó que ni el Decreto Ley 1792 de 2000, ni el Decreto Ley 092 de 2007, modificaron derogaron o regularon el tema salarial del personal civil y no uniformado de la planta de personal de salud del Ministerio de Defensa, dado que exclusivamente se limitaron a disponer lo pertinente respecto de las situaciones administrativas y el sistema de nomenclatura y clasificación del sector defensa.

Así mismo, manifestó que el Decreto 407 de 2006 no le es aplicable al personal de sanidad militar pues el mismo se limita a establecer el salario del personal civil del Ministerio de Defensa Nacional, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional que se rige por el Decreto Ley 1214 de 1990, y no se relacionan los empleos creados mediante el Decreto 5 de 1998 para la planta de personal de salud del Ministerio de Defensa.

Por último, realizó las siguientes conclusiones:

«PRIMERA: El sistema de salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional es autónomo y se rige exclusivamente por las disposiciones de la Ley 352 de 1997.

SEGUNDA: Por disposición del artículo 56 de la Ley 352 de 1997 y el artículo 3, numeral 6 del Decreto Reglamentario No. (sic) 3062 de 1997 el régimen salarial aplicable al personal civil incorporado a la planta de personal de salud del Ministerio de Defensa Nacional de la Policía Nacional es el que rige para los empleos de la rama ejecutiva del poder público y en consecuencia quedaron excluidos del régimen salarial previsto en el Decreto 1214 de 1990.

TERCERA: El hecho de hacer parte del personal civil y de la planta global de personal del sector defensa, no conlleva el cambio del régimen salarial legalmente establecido para el personal civil y no uniformado de la planta de salud del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional, razón por la que no les es aplicable la prima de actividad prevista en el artículo 38 del Decreto Ley 1214 de 1990 y los incrementos previstos en las normas que lo modifican.

Radicado: 25000-23-42-000-2012-00734-01 (1083-2014)

Actor: María Bibiana Santos Ortega

Demandado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional - Comando General – Dirección General de Sanidad Militar.

CUARTA: Los empleados públicos y trabajadores oficiales que ingresaron al Instituto de Salud de las Fuerzas Militares o al instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional y se hubieren vinculado al Ministerio de Defensa Nacional o a la Policía Nacional antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 continuarán cobijados por el Título VI del Decreto Ley 1214 de 1990».

5. DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL

En el trámite de la audiencia inicial no hubo lugar a resolver excepciones previas puesto que todos los argumentos expuestos en la contestación de la demanda están dirigidos a enervar el fondo de las pretensiones.

Por su parte, el litigio quedó fijado en los siguientes términos:

«El magistrado ponente procedió a indagar a las partes acerca de los hechos sobre los cuales, según los medios documentales de prueba allegados al expediente, no existía controversia y sobre las pretensiones de la demanda. Posteriormente, fijó el litigio, así: establecer i) si la demandante, al haber sido incorporada en el año 2002 a la Dirección General de Sanidad Militar – Dirección de Sanidad Fuerza Aérea, tiene o no derecho a percibir la remuneración de los empleados civiles del Ministerio de Defensa y, ii) como consecuencia de ello, le asiste derecho al reconocimiento de la prima de actividad preceptuada en el artículo 38 del Decreto 1214 de 1990.

La apoderada judicial de la parte actora, manifestó que en la fijación del litigio se dejaron de lado las pretensiones subsidiarias establecidas en el libelo de la demanda, y en consecuencia solicitó que dicha fijación fuera adicionada en ese sentido.

Al respecto el Magistrado Conductor (sic), adicionó la fijación del litigio, en el sentido de indicar que en el evento de no proceder las pretensiones principales de la demanda, se entrará a estudiar las pretensiones subsidiarias planteadas, relacionadas con el régimen aplicable a los empleados de la Rama Ejecutiva».

6. SENTENCIA APELADA

En audiencia inicial de fecha 5 de diciembre de 2013, la Subsección C de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca decidió: (i) negar las

pretensiones de la demanda y (ii) no condenar en costas porque no confluyeron los presupuestos consagrados en el artículo 188 del CPACA.

Al respecto, reiteró los argumentos expuestos en la sentencia 2013-0532, cuya ponente fue AMPARO OVIEDO PINTO.

En relación con la excepción de inconstitucionalidad solicitada en la demanda, afirmó:

«Al respecto considera la sala, que si bien es cierto en virtud del artículo 4 de la Carta se autoriza el control de constitucionalidad difuso, también lo es que a esta excepción de inconstitucionalidad debe recurrir el funcionario judicial para inaplicar una norma particular en cuestión, de la que advierta clara, evidente y notoria oposición a disposiciones constitucionales.

Así lo ha orientado la Corte Constitucional en varias sentencias, cuando señala que una decisión de esta índole, debe tener en cuenta la jurisprudencia de las jurisdicciones autorizadas por la Carta para esos efectos, es decir, la Corte Constitucional respecto de la constitucionalidad de las leyes, y el Consejo de Estado respecto de los decretos presidenciales, puesto que de no seguir estas reglas, el control de constitucionalidad estaría atado a la voluntad de cada juez o administrador, contraviniendo la presunción de constitucionalidad de esas disposiciones legales y reglamentarias, y vulnerando el principio de seguridad jurídica.

La Corte Constitucional al respecto ha señalado, como bien lo alega la entidad demandada, en la sentencia C – 665 de 1996, cuando refiere que el legislador sigue la orientación del constituyente al efectuar la diferenciación de estos regímenes y al consagrar dos situaciones, como son: 1. La anterior a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, respetando los derechos adquiridos. Y 2. La posterior a la Ley 100 de 1993 a quienes no adquirieron tales derechos. Y señala que el legislador está autorizado para establecer excepciones a las normas legales, atendiendo razones justificadas respecto de los derechos adquiridos, como ocurre en este caso que ahora se examina.

(...)

y en relación con el caso en concreto, indicó:

«Para la Sala es claro que de conformidad con lo previsto en el párrafo del artículo 55 de la Ley 352 de 1997, transcrito en líneas precedentes, la situación de la demandante está gobernada en primer término por la Ley 100 de 1993, pues de las piezas procesales obrantes en el expediente se logra establecer que el ingreso de la señora María Bibiana Santos Ortega a la Dirección de Sanidad se produjo el 7 de marzo de 2002 y solo en lo no previsto en dicha norma es posible

acudir al título VI del Decreto 1214 de 1990. En este punto, debe enfatizar la Sala que si bien el párrafo 55 de la Ley 352 del 97, consagra una remisión al Decreto 1214 del 90, dicha remisión, según quedó visto, es residual, pues solamente procede a lo no previsto en la Ley 100 del 93 y además es restrictiva pues se refiere exclusivamente al título VI del Decreto 1214 del 90 y no a todo el articulado, teniendo en cuenta lo anterior, la Sala encuentra que en el caso concreto de la accionante no es procedente reconocer y pagar prima de actividad de que trata el artículo 38 del Decreto 1214 del 90, pues dicho beneficio se encuentra consagrado dentro del título III del referenciado estatuto y no dentro del título VI, artículos 81 a 131, siendo este último el único aplicable por vía de remisión taxativa que consagra el párrafo del artículo 55 de la Ley 352 del 97.

(...)

En consecuencia, no siendo beneficiaria de la prima de actividad, no puede hablarse del desconocimiento de los derechos adquiridos, máxime si como se ha examinado, el derecho para quienes lo adquirieron quedó garantizado por expresa disposición de las normas revisadas. No siendo de recibo entonces la primera pretensión, como se solicitó en la fijación del litigio, por las mismas razones anotadas es claro que tampoco prosperarán las pretensiones subsidiarias, que si bien es cierto, invocan el régimen de la rama ejecutiva, en suma, deprecian la prima de actividad del 49.5% de la misma manera que se reconoce al personal civil del Ministerio de Defensa como el factor que a su vez incrementa las demás prestaciones (sic). Luego entonces, no le asiste derecho a la actora al reconocimiento de la prima de actividad solicitada, conforme a lo deprecado y preceptuado en la normatividad (sic) analizada, toda vez que su régimen salarial que comprende las remuneraciones, primas, bonificaciones, etc., es el establecido por el gobierno nacional para los empleados de la rama ejecutiva del poder público del orden nacional. En consideración, el análisis lógico y sistemático de las normas aplicables al caso de la actora, las cuales no generan duda alguna en cuanto a su interpretación, la Sala concluye que el acto administrativo demandado no está inmerso en ninguna causal de nulidad alegada por el extremo activo, y en consecuencia, la Sala procederá a denegar las pretensiones de la demanda».

7. RECURSO DE APELACIÓN

La parte actora presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia. Al respecto, afirmó que el *a quo* pasó por alto que la controversia es de carácter salarial y no prestacional.

Además, precisó que el litigio surge por la diferencia salarial que existe entre algunos integrantes de la planta global del Ministerio de Defensa Nacional, 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 Nacional.

Así mismo, indicó que el artículo 56 de la Ley 352 de 1997 consagra que el régimen salarial de los empleados públicos y trabajadores oficiales que se incorporaron a las plantas de personal del Ministerio de Defensa Nacional, sería el mismo que se les aplicaba en el Instituto de Salud de las Fuerzas Militares. Sin embargo, adujo que nada se dijo respecto de quienes se vincularan hacia futuro a la Dirección General de Sanidad.

Por otra parte, sostuvo que las normas que regularon la supresión y liquidación del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares, así como la consecuente incorporación de su personal a la planta de salud del Ministerio de Defensa, trajo consigo una ostensible desmejora en las prestaciones sociales y salariales previstas para los citados funcionarios.

Finalmente, señaló que a la demandante le es aplicable el régimen salarial previsto para los servidores de la Rama Ejecutiva del Poder Público y, en esa medida deben prosperar las pretensiones subsidiarias.

8. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante Reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

Parte demandada: No presentó alegatos de conclusión en segunda instancia.

Concepto del Ministerio Público: No rindió concepto en segunda instancia.

Radicado: 25000-23-42-000-2012-00734-01 (1083-2014)

Actor: María Bibiana Santos Ortega

Demandado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional - Comando General – Dirección General de Sanidad Militar.

II. CONSIDERACIONES

Como no se observa causal que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes consideraciones.

1. Problema jurídico

El problema jurídico a resolver en esta instancia se contrae a determinar si la señora MARÍA BIBIANA SANTOS ORTEGA tiene derecho al reconocimiento y pago de la prima de actividad con base en el Decreto 1214 de 1990, en calidad de empleada pública de la Dirección General de Sanidad Militar del Ministerio de Defensa Nacional.

Para dar solución al problema planteado, resulta necesario precisar algunos aspectos sobre el régimen prestacional de los empleados públicos del orden nacional y la competencia para su regulación.

2. Marco normativo y jurisprudencial aplicable al caso

2.1. Prima de actividad para los empleados del sistema de salud de las Fuerzas Militares.

El Gobierno Nacional mediante Decreto 1214 de 8 de junio de 1990 «por el cual se reforma el estatuto y el régimen prestacional civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional» estableció en su artículo 38 el reconocimiento y pago de una prima de actividad, a favor de los empleados públicos del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional, equivalente al 20% de la asignación básica mensual que vinieran percibiendo. Al respecto el citado artículo señaló:

« [...] 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 [...]»

Radicado: 25000-23-42-000-2012-00734-01 (1083-2014)

Actor: María Bibiana Santos Ortega

Demandado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional - Comando General – Dirección General de Sanidad Militar.

De otra parte, el legislador al expedir la Ley 100 de 1993 «por la cual se crea el sistema de seguridad social integral» facultó al presidente de la República para que, en el término de 6 meses contados a partir de la publicación de la referida norma, organizara el sistema de salud de las Fuerzas Militares y de Policía. Para el efecto señaló:

«ARTÍCULO 248. FACULTADES EXTRAORDINARIAS. De conformidad con lo previsto en el ordinal 10 del artículo 150 de la Constitución Política, revístase al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias por el término de seis (6) meses, contados desde la fecha de publicación de la presente Ley para:

[...]

6. Facultase al Gobierno Nacional para que en el término de seis meses, contados a partir de la fecha de la presente Ley, organice el sistema de salud de las Fuerzas Militares y de Policía y al personal regido por el Decreto ley 214 de 1990, en lo atinente a:

- a) Organización estructural;
- b) Niveles de Atención Médica y grados de complejidad;
- c) Organización funcional;
- d) Régimen que incluya normas científicas y administrativas;
- e) Régimen de prestación de servicios de salud [...]

En virtud de tal competencia, el Gobierno Nacional mediante Decreto 1301 de 1994 organizó el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares, de la Policía Nacional y del personal no uniformado de la Policía Nacional y, para para ello, concibió y creó el Instituto de Salud de las Fuerzas Militares como un establecimiento público del orden nacional adscrito al Ministerio de Defensa Nacional, esto, con el fin de ejecutar las políticas, planes y programas que en materia de salud fueran adoptados por el referido Ministerio y el Consejo Superior de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

En lo que se refiere al régimen salarial del personal vinculado a la citada institución, el artículo 88 *ibídem*² preceptuó que en materia de remuneración, primas,

² "(...) ARTÍCULO 88. REGIMEN SALARIAL DEL PERSONAL. Los empleados públicos y trabajadores oficiales del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares y del Instituto de Salud de las

Radicado: 25000-23-42-000-2012-00734-01 (1083-2014)

Actor: María Bibiana Santos Ortega

Demandado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional - Comando General – Dirección General de Sanidad Militar.

bonificaciones y subsidios, sus empleados y trabajadores oficiales estarían sujetos a las normas legales que para tal efecto estableciera el Gobierno Nacional. Excluyó la posibilidad de que los empleados del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares se beneficiaran de las normas que en materia prestacional estaban previstas para el personal civil del Ministerio de Defensa Nacional.

El legislador a través de la Ley 352 de 1997 «por la 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» ordenó la creación³ de la Dirección General de Sanidad Militar con el objeto de administrar los recursos del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares. Como consecuencia de lo anterior, el legislador ordenó la supresión y liquidación del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares, al tiempo que dispuso la incorporación de su personal a la planta del Ministerio de Defensa Nacional o de la Policía Nacional, según fuera el caso, conforme la regulación que para tal efecto el Gobierno Nacional debía expedir. Así mismo, precisó que sería conforme a la reglamentación especial que expidiera el Gobierno Nacional, garantizando los derechos adquiridos; y, en cuanto al régimen prestacional estableció que estaría condicionado a la fecha de vinculación laboral del empleado, de manera que si se registró con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 se les continuaría aplicando lo dispuesto en el Título VI del Decreto 1214

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 registrarán 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 registrarán por las normas establecidas para el personal civil del Ministerio de Defensa Nacional.

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.”

(...)”.

³ "ARTÍCULO 9o. DIRECCIÓN GENERAL DE SANIDAD MILITAR. Créase la Dirección General de Sanidad Militar como una dependencia del Comando General de las Fuerzas Militares, cuyo objeto será administrar los recursos del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares e implementar las políticas, planes y programas que adopte el CSSMP y el Comité de Salud de las Fuerzas Militares respecto del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares.

PARÁGRAFO. El Gobierno Nacional adoptará las disposiciones necesarias para que todos los recursos materiales organizados como unidades prestadoras de servicios del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares se trasladen a las fuerzas de origen, salvo el Hospital Militar Central, que se constituirá como establecimiento público de conformidad con las disposiciones que más adelante se dictan para el efecto.”.

de 1990 o, en su defecto, si es con posterioridad a dicha fecha, se aplicarían lo regulado por la Ley 100 de 1993.

En lo que respecta a su régimen prestacional, en el artículo 55 de la Ley 352 de 1997, se señaló que quienes se hubieren vinculado con anterioridad a la Ley 100 de 1993 continuarían siendo beneficiados de las normas que sobre la materia señala el Decreto Ley 1214 de 1990. Mientras que los demás, quedarían sometidos a lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 y en lo no contemplado en ella, se les aplicaría lo señalado en el título VI del Decreto Ley 1214 de 1990.

Por su parte, en materia salarial el artículo 56 de la mencionada Ley 352 de 1997 indicó 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 señalado 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.

2.2. Posición jurisprudencial del Consejo de Estado en relación con la prima de actividad.

El Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, en sentencia de 29 de enero de 2015⁴, en relación con el tema del proceso de creación y transformación que ha venido experimentado el sistema de salud de las Fuerzas Militares desde la expedición de la Ley 352 de 1997, indicó que:

«Así las cosas, lo que determina el régimen aplicable a 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 que se incorporen a las plantas de personal de salud del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional, respectivamente, es que se hubieren vinculado a estas entidades antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, caso en el cual se les continuará aplicando en su integridad el Título VI del Decreto-Ley 1214 de 1990 o las normas que lo modifiquen o

⁴Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 29 de enero de 2015, expediente 3406-2013, magistrado ponente GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN.

Radicado: 25000-23-42-000-2012-00734-01 (1083-2014)

Actor: María Bibiana Santos Ortega

Demandado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional - Comando General – Dirección General de Sanidad Militar.

adicionen. Los empleados públicos y trabajadores oficiales que se incorporen a las plantas de personal del Ministerio de Defensa Nacional y de la Policía Nacional por virtud de la presente ley, continuarán sometidos al mismo régimen salarial que se les aplicaba en el Instituto de Salud de las Fuerzas Militares o en el Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional, según sea el caso.

Luego lo determinante para saber el tipo de régimen aplicable en el caso en estudio es la fecha de vinculación de la actora dada la naturaleza del empleo que desempeña cuyo régimen se encontraba previsto en el Decreto 1301 de 1994 y en la Ley 352 de 1997, que para el caso no solo no se observan contrarios a la norma fundamental, como para inaplicarlos en este caso sino que se advierte desarrollan en concreto el régimen excepcional previsto para las Fuerzas Militares previsto constitucionalmente».

En igual sentido, en la sentencia de 27 de noviembre de 2014⁵, se indicó que en relación con el 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 1994 le eran aplicables las disposiciones previstas en el Decreto 1214 de 1990, dentro de las cuales se encontraba estipulado el reconocimiento y pago de una prima de actividad, artículo 38 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

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 27 de noviembre de 2014, expediente 2853 -2013, consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE.

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 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 Nacional».

2.3. Caso concreto

En el caso concreto, la demandante se incorporó a la Dirección General de Sanidad Militar en el año 2002, esto es, con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y a la expedición del Decreto Ley 1301 de 1994, el régimen salarial aplicable a su situación particular era el previsto por el Gobierno Nacional para los servidores públicos del orden nacional, en los términos del artículo 88 del referido decreto, sin que sea procedente la aplicación del régimen salarial y prestacional determinado en el Decreto 1214 de 1990, ni el consecuente reconocimiento de la prima de actividad.

De tal manera, no es procedente el reconocimiento de la prima de actividad deprecada, toda vez que a la fecha de incorporación de la demandante al Instituto de Salud de las Fuerzas Militares (año 2002) y a la Dirección General de Sanidad Militar en el año 2009, el régimen aplicable era el contenido en el Decreto Ley 1301 de 1994 y en la Ley 352 de 1997, que señalaban como estatuto salarial el previsto por el Gobierno Nacional para los servidores públicos del orden nacional, lo cual, excluye la aplicación de normas especiales, tales como el Decreto 1214 de 1990, que consagraba la prima de actividad.

De otra parte, respecto de la presunta vulneración del derecho a la igualdad, al coexistir regímenes salariales y prestacionales diferentes para el personal civil de la Dirección General de Sanidad Militar, con sus pares del Ministerio de Defensa Nacional, es preciso indicar que no se trata de sujetos que se encuentren en las mismas situaciones, toda vez que si bien son personas vinculadas al Ministerio de Defensa Nacional, la normativa regula situaciones de hecho claramente diferentes.

Radicado: 25000-23-42-000-2012-00734-01 (1083-2014)

Actor: María Bibiana Santos Ortega

Demandado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional - Comando General – Dirección General de Sanidad Militar.

En efecto, si bien en un principio el régimen salarial y prestacional del personal civil del Ministerio de Defensa Nacional se encontraba regulado por el Decreto 1214 de 1990, lo cierto, es que con la expedición del Decreto Ley 1301 de 1994 y la Ley 352 de 1997, se reestructuró el sistema de salud de las Fuerzas Militares y con ello, su régimen salarial y prestacional⁶.

Las normas parten de supuestos diferentes en cuanto a la aplicación del régimen salarial y prestacional, sin que ello constituya de manera alguna una discriminación, porque cuando existen situaciones fácticas diferentes que ameritan tratamientos distintos, el legislador puede razonablemente regularlas de manera disímil⁷.

Por tanto, no es procedente darle un efecto ultractivo al Decreto Ley 1214 de 1990 como lo pretende la demandante, toda vez que al momento de su posesión en la entidad demandada ya se encontraba vigente el Decreto 1301 de 1994 y por consiguiente, ese es el régimen que le aplica en aspectos salariales y prestacionales, sin que exista discriminación o violación del derecho a la igualdad por este aspecto.

Finalmente, en lo referente a las solicitudes subsidiarias de la demandante, relativas a la aplicación del régimen salarial de los empleados de la Rama Ejecutiva del poder público del orden nacional, la Sala sostiene que no podrá hacer el respectivo análisis, como quiera que no se agotó el procedimiento administrativo frente a dicha pretensión.

Lo anterior, tiene como sustento, lo expuesto en pronunciamientos anteriores por parte de esta Corporación, como a continuación se transcribe:

«Respecto del requisito previo para demandar en este tipo de asuntos el Consejo de Estado⁸ ha señalado que esta exigencia « [...] implica que los

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 11 de septiembre de 2017, expediente: 4858-15, magistrado ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ.

⁷ Corte Constitucional, sentencia C- 980 de 13 de noviembre de 2002, magistrado ponente: MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 20 de mayo de 2010, expediente 3712-2004, consejero ponente: VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA.

puntos que son llevados ante la jurisdicción para que sean decididos deben haberse puesto previamente en consideración de la entidad administrativa, con el objeto de que ella misma, en principio, sea quien tenga la posibilidad de decidir favorablemente o no sobre la viabilidad de una reclamación [...].

De lo anterior se colige que los aspectos que son discutidos en el procedimiento administrativo, comprenden la materia objeto de juzgamiento dentro de un posterior proceso contencioso administrativo, en el cual se discuta la legalidad de un acto administrativo y, el consecuente restablecimiento del derecho. Razón por la cual, sin perjuicio de que puedan esgrimirse nuevos argumentos a favor de las pretensiones, los tópicos ventilados en el procedimiento administrativo guían durante todas sus etapas el proceso ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo»⁹.

Con base en lo anterior, se observa que la demandante en sede administrativa, se limitó a solicitar el reconocimiento y pago de la prima de actividad sin que se advirtiera consideración alguna frente a que le fuera aplicado otro régimen salarial diferente al previsto en el Decreto 1214 de 1990, en consecuencia, esa petición no puede ser materia de juzgamiento dentro del presente proceso.

Por las razones que anteceden, la Subsección confirmará la sentencia de primera instancia en todas sus partes.

7.- De la condena en costas.

En el presente caso no hay lugar a imponer condena en costas en la segunda instancia, porque si bien es cierto que la demandante resultó vencida en esta instancia, no hubo intervención de la parte demandada.

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 de Colombia y por autoridad de la ley,

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 11 de septiembre de 2017, expediente: 4858-15, magistrado ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ.

Radicado: 25000-23-42-000-2012-00734-01 (1083-2014)

Actor: María Bibiana Santos Ortega

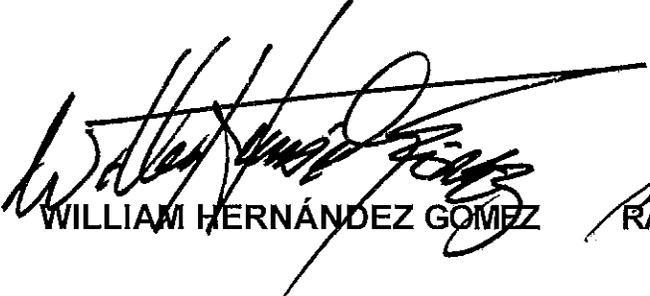
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional - Comando General – Dirección General de Sanidad Militar.

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la fecha 5 de diciembre de 2013, la Subsección C de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca por medio de la cual negó las pretensiones de la demanda incoada por la señora MARÍA BIBIANA SANTOS ORTEGA en contra de la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – DIRECCIÓN GENERAL DE SANIDAD MILITAR, de conformidad a lo expuesto a la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas en la segunda instancia.

TERCERO: Efectuar las anotaciones correspondientes en el programa “Justicia Siglo XXI” y ejecutoriada esta providencia devolver el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE
GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ
RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS