



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA - SUB SECCIÓN A**

Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Bogotá, D. C., ocho (8) de febrero de dos mil dieciocho (2018).

Radicación: 25000234200020120074201 (3695-2016)

Demandante: MARIA PATRICIA PEÑA FONSECA.

**Demandado: NACIÓN –MINISTERIO DE DEFENSA
NACIONAL, COMANDO GENERAL DE LAS FUERZAS
MILITARES-DIRECCIÓN GENERAL DE SANIDAD**

Asunto: PRIMA DE ACTIVIDAD

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la demandante, contra la sentencia proferida el 5 de septiembre de 2013 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, donde se negaron las pretensiones de la demanda.

1. Antecedentes

1.1. La demanda

1.1.1. Las pretensiones

La señora Maria Patricia Peña Fonseca a través de apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitó al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, se inapliquen por inconstitucional los efectos jurídicos derivados del Decreto 1301 de 1994 y de la Ley 352 de 1997, por medio del cual se reestructura el sistema de salud y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad social de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, así como cualquier otra medida que haya sido expedida desmejorando la remuneración de los civiles integrantes de la Dirección General de Sanidad del Ministerio de Defensa Nacional.

Como subsidiarias, y en el evento de considerar que el régimen salarial aplicable a la actora no fuera el del personal civil del Ministerio de Defensa solicitó se declare a la demandante como beneficiaria del régimen salarial equivalente a la asignación básica fijada anualmente por el gobierno para el personal civil del Ministerio de Defensa adicionándole el 49.5% por concepto de prima de actividad; en caso de no prosperar pidió se cancele su asignación básica mensual, en los mismos términos fijados en el numeral 6 del artículo 3 del Decreto 3062 de 1997, esto es, de acuerdo a los decretos expedidos por el gobierno aplicables al personal de la rama ejecutiva, aclarando que con este supuesto se deprecia la solicitud de prima de actividad.

Igualmente, requirió se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio 319915 CGFM-DGSM-SAF-GTH.1.5, de fecha 9 de abril de 2012, suscrito por la dirección general de Sanidad Militar, mediante el cual la entidad

negó el derecho al pago de la prima de actividad que ordena el Decreto 1214 de 1990.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicitó condenar a la demandada Nación-Ministerio de Defensa Nacional, para que realice el pago de la prima de actividad a la demandante y las prestaciones sociales con los correspondientes intereses moratorios.

1.1.2. Hechos

Los hechos que fundamentaron las pretensiones son, en síntesis, los siguientes:

El Ministerio de Defensa Nacional mediante las Resoluciones 0097 del 5 de febrero del 2007 y 1379 del 14 de octubre de 2009, nombró a la señora Peña Fonseca en provisionalidad, como Profesional Universitario código 2044 grado 11, y 2-2 grado 10, donde asumió el cargo de servidor misional en Sanidad Militar al servicio de la Fuerza Aérea Colombiana.

El 16 de enero de 2012, se radicó derecho de petición al Ministerio de Defensa para solicitar el reconocimiento y pago de las prestaciones ordenadas en el Decreto 1214 de 1990, en lo relativo a la prima de actividad, los que debió reconocerse desde la fecha de su vinculación.¹

El 9 de abril del 2012, el director general de Sanidad Militar respondió la solicitud presentada, manifestando que para para el personal de planta de

¹ Folios 5 al 18

empleados públicos del Ministerio de Defensa Nacional, dirección de Sanidad Militar, únicamente le es aplicable el título VI del Decreto 1214 de 1990, de acuerdo a lo establecido en los artículos 55 y 56 de la Ley 352 de 1997, motivo por el cual no se benefician de las asignaciones, primas y subsidios que contemplaba la norma y que, por estas razones, no procedía lo solicitado.

1.1.3. Normas violadas y concepto de violación

Como tales se señalaron los artículos 2, 13, 25, 29, 53 y 58 de la Constitución Política; 1, 2, 4, 38, 57, del Decreto 1214 de 1990; 1, 35, 36, 87, 88, del Decreto 1301 de 1994; 1, 2, 3 del Decreto 171 de 1996; 1, 9, 11, 53, 54, 56, de la Ley 352 de 1997; Decreto 1792 de 2000.

Al desarrollar el concepto de violación, la demandante afirmó que se están desconociendo las normas que regulan al personal de planta del Ministerio de Defensa, al vulnerarse el derecho a la igualdad, el cual tiene por objeto materializar en forma progresiva las condiciones sociales, económicas y culturales que reduzcan al máximo los desequilibrios existentes en las oportunidades del desarrollo humano.

Expresó que se evidencia sin manto de duda el error que comete la administración, al pretender atribuir una condición singular y discriminatoria en materia salarial para las personas integrantes de la planta de personal de sanidad.

Manifestó que los funcionarios que laboran al servicio de la Dirección General de Sanidad, siendo personal civil al que se le asignó por el artículo 2 del

Decreto 1214 de 1990, el derecho a percibir los haberes consignados en el título III del mencionado decreto, están privados de este beneficio debido a que se diferenció a los servidores de planta que prestan sus funciones en sanidad por el no reconocimiento de la prima de actividad en la forma reglamentada por ley.

1.2. Contestación de la demanda

El apoderado del Ministerio de Defensa Nacional, se opuso a las pretensiones de la demanda y expuso como argumento de defensa los siguientes:

Realizó un recuento de las diferentes normas que regulan el objeto de la pretensión, señalando que 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.

Manifestó que a la planta de empleados públicos del Ministerio de Defensa Nacional Dirección General de Sanidad Militar, no le aplica la prima de actividad, en razón a que el régimen salarial que rige para estos funcionarios es el establecido en el Decreto 2701 de 1988.

Afirmó que por disposición del artículo 56 de la Ley 352 de 1997, y el artículo 3 numeral 6 del Decreto Reglamentario 3062 de 1997, el régimen salarial aplicable al personal civil que ingresó a la planta de personal de salud del Ministerio de Defensa Nacional y la Policía Nacional, es igual al asignado a los cargos de la rama ejecutiva del poder público y, en consecuencia, estos funcionarios quedaron excluidos de lo consagrado en el Decreto 1214 de 1990.

Finalmente, sostuvo que las pretensiones subsidiarias solicitadas no proceden por no haberse agotado la vía gubernativa; igualmente reiteró que no se le ha negado el derecho a la demandante a percibir la prima de actividad que trata el artículo 38 del Decreto 1214 de 1990, simplemente no se le pagó porque de acuerdo a lo establecido en la norma no tiene derecho a ella.

1.3 El ministerio público

Señaló que las normas aplicables en el caso en estudio son las vigentes al momento en que la funcionaria se vinculó a la entidad y que, por lo tanto, se debe aplicar los decretos que año a año expide el Gobierno Nacional, siguiendo los lineamientos del artículo 56 de la Ley 352 de 1997; no encontró procedente acceder al reconocimiento de la prima de actividad.

Con relación a las pretensiones subsidiarias, advirtió que no se agotó la vía gubernativa.

1.4. La sentencia apelada

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante sentencia de 5 de septiembre de 2013, negó las súplicas de la demanda.

Sostuvo que la actora ingresó a la planta de personal del Ministerio de Defensa Nacional al servicio de sanidad de la Fuerza Aérea, en febrero de 2007, es decir, después de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. En consecuencia, su régimen prestacional no está regulado por la Ley 1214 de 1990, y que por lo tanto no se puede hablar de derechos adquiridos como personal civil de la entidad.

Igualmente señaló que no se está frente a una vulneración al derecho a la igualdad, porque se trata de dos grupos de servidores con situaciones diferentes, en la medida que unos son del personal civil del Ministerio de Defensa Nacional y al otro pertenece el personal del salud del comando central que se rigen por las disposiciones aplicables a los empleados de la Rama Ejecutiva por disposición del legislador.

En lo relacionado con la inaplicación por inconstitucionalidad de los efectos jurídicos del Decreto 1301 de 1994 y de la Ley 352 de 1997, precisó que no se accede en virtud de no encontrar una flagrante oposición de las normas señaladas con las disposiciones constitucionales.

En lo referente a las peticiones subsidiarias se abstuvo de pronunciamiento por no reclamarse ante la administración, lo cual constituye un requisito de procedibilidad.

1.5. El recurso de apelación

La señora Maria Patricia Peña Fonseca, actuando por intermedio de apoderado, interpuso recurso de apelación que sustentó con los siguientes planteamientos:

Manifestó que quienes hoy conforman la dirección general de Sanidad Militar, iniciaron sus funciones en el sector central a través de las unidades de salud de las diferentes fuerzas, siendo beneficiarios del contenido del Decreto 1214 de 1990.

Posteriormente, por decisión del legislador, el personal de las unidades de salud pasó al sector descentralizado del Ministerio de Defensa, con la creación

del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares, no siéndoles aplicable del Decreto 1214 de 1990, por disposición expresa.

Con la expedición de la Ley 352 de 1997, se liquidó el Instituto de Salud de las Fuerzas Militares y se retornó al sector central el personal que se encontraba vinculado, creándose la dirección general de Sanidad Militar, como una dependencia del Comando General.

De esta forma, el personal de sanidad pasó a formar parte de la planta global como civiles, los cuales fueron los únicos que recibieron una remuneración salarial distinta a los demás integrantes de la planta del Ministerio de Defensa, pues solo percibieron una asignación básica fijada por el Gobierno Nacional quedando en un estado de desigualdad.

Sostuvo que la inconformidad radica en que se pasó por alto la discusión del presente asunto, pues es de índole salarial y no prestacional, y por ende las argumentaciones sostenidas en la Ley 100 de 1993 y en el Decreto 2701 de 1998, se tornan alejadas de la discusión formulada. Igualmente no se tuvo en cuenta las pretensiones subsidiarias y se despacharon negativamente, sin realizarse un análisis frente a estas al estimar que no se agotó la vía gubernativa, generando perjuicios a la demandante ante una futura demanda que agote esta instancia.

1.6. Alegatos de conclusión en segunda instancia.

1.6.1. La parte demandante.

Guardó silencio.

1.6.2. La entidad demandada.

No presentó.

La Sala decide, previas las siguientes,

2. Consideraciones

2.1. El problema jurídico

Consiste en determinar si la demandante, en su condición de profesional especializado al servicio de Sanidad Militar, le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la prima de actividad con base en el Decreto 1214 de 1990.

2.2. Marco normativo

El Decreto 1214 del 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.», en su artículo 4 señaló: « Denominase empleado público del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional, la persona natural a quien legalmente se le nombre para desempeñar un cargo previsto en las respectivas plantas de personal del Ministerio de Defensa, de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional y tome posesión del mismo, sea cual fuere la remuneración que le corresponda».

Por su parte, el artículo 38 *ibidem* estableció el pago y reconocimiento de una prima de actividad en los siguientes términos:

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.

Mas adelante la Ley 100 del 23 de diciembre de 1993, « Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones.», consagró:

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:

1. Reestructurar al Instituto Nacional de Salud, y al Ministerio de Salud de acuerdo con los propósitos de esta Ley.

[...]

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 1214 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.

[...]

Posteriormente, el Decreto 1301 de junio 22 de 1994, derogado expresamente por la Ley 352 de 1997, artículo [65](#), dispuso:

Artículo 88. Régimen salarial del personal. Los empleados públicos y trabajadores oficiales del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares y 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.

Parágrafo. 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.

A su turno, la Ley 352 del 17 de enero 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», señala:

Artículo 53. Supresión de los establecimientos públicos. Ordenase la supresión y liquidación de los establecimientos públicos denominados Instituto de Salud de las Fuerzas Militares e Instituto para la Seguridad Social y bienestar de la Policía Nacional, creados mediante el Decreto 1301 del 22 de junio de 1994 y la Ley 62 del 12 de agosto de 1993, respectivamente, dentro de un plazo máximo de un año, contado a partir de la vigencia de la presente ley.

Parágrafo 1. Los institutos seguirán cumpliendo sus respectivas funciones hasta tanto las Fuerzas Militares y la Policía Nacional puedan asumir plenamente las funciones asignadas en el título I. Las actividades, estructura y

planta de personal de los institutos se irán reduciendo progresivamente hasta desaparecer en el momento en que finalice su liquidación, garantizando la continuidad de la vinculación del personal en los términos del artículo siguiente.

Parágrafo 2. Durante el proceso de liquidación se aplicaran a los institutos en liquidación las normas contractuales, presupuestales y de personal propias de los establecimientos públicos

Artículo 54. Personal. Los empleados públicos y trabajadores oficiales que actualmente prestan sus servicios en el Instituto de Salud de las Fuerzas Militares y en el Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional, se incorporaran a las plantas de personal de salud del Ministerio de Defensa Nacional o de la Policía Nacional, según sea el caso, conforme a la reglamentación especial que al respecto expida el Gobierno Nacional, garantizando los derechos adquiridos y sin tener que presentar o cumplir ningún requisito adicional.

Parágrafo 1. Inicialmente, las personas incorporadas continuaran prestando sus servicios en las mismas unidades y establecimientos en que laboraban antes de la expedición de la presente ley.

Parágrafo 2. El personal que actualmente presta sus servicios en la unidad prestadora de servicios Hospital Militar Central, se incorporara al establecimiento público de orden nacional, previsto en el artículo 40 de la presente ley.

Artículo 55. Régimen prestacional. 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, y que se hubieren vinculado a estas entidades antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, se les continuara aplicando en su integridad el Título VI del Decreto-ley 1214 de 1990 o las normas que lo modifiquen o adicionen.

Parágrafo. Los demás empleados públicos y trabajadores oficiales que se incorporen al Ministerio de Defensa Nacional o a la Policía Nacional por virtud de la presente ley quedarán sometidos al régimen de la Ley 100 de 1993. En lo no contemplado en la Ley 100 de 1993, se les aplicara lo dispuesto en el Título VI del Decreto-ley 1214 de 1990 o las normas que lo modifiquen o adicionen.

Así las cosas el régimen que debe aplicarse a los empleados públicos que prestan sus servicios al Instituto de Salud de las Fuerzas Militares depende de

la fecha en que estos se vincularon con la entidad, es decir, los que se encontraban antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se registrarán por el Decreto 1214 de 1990 y los que se incorporaron con posterioridad se les deberá aplicar la norma que se encontraba vigente para esa fecha.

2.3. Hechos probados

De conformidad con las pruebas que obran en el expediente, se puede establecer lo siguiente:

Mediante Resolución 0097 del 5 de febrero de 2007, se nombró en provisionalidad a la señora Maria Patricia Peña Fonseca en la planta de personal de salud del Ministerio de Defensa Nacional.²

El 16 de enero de 2012, la demandante presentó derecho de petición ante el Ministerio de Defensa, Fuerzas Militares de Colombia, Comando General, Dirección de Sanidad del Ejército, encaminado a lograr el pago de la prima de actividad de acuerdo a lo ordenado por el Decreto 1214 de 1990³

El 9 de abril de 2012, el director general de la dirección general de Sanidad Militar, dio respuesta a la solicitud, informando que los empleos de planta de la entidad, fueron excluidos del régimen salarial establecido en el Decreto 1214 de 1990 y que, por lo tanto, jurídicamente no se podía dar trámite favorable a la solicitud.⁴

² Folios 5 al 18

³ Folios 6 al 17

⁴ Folios 20 al 26

2.4. Caso concreto

En reiteradas oportunidades se han venido solicitando, por parte de los servidores públicos del Ministerio de Defensa Nacional, vinculados a la Dirección de Sanidad Militar, reclamaciones tendientes a obtener la liquidación y pago de la prima de actividad, las cuales se han sustentado en la aplicación del Decreto 1214 de 1990.

El Gobierno Nacional a través de la Ley 100 de 1993, organizó el sector salud de las fuerzas militares, creando el Instituto de Salud para la mencionada entidad y estableciendo un régimen salarial para sus funcionarios a quienes se les designó como servidores públicos.

Así las cosas, todos aquellos empleados públicos o trabajadores oficiales que se encontraban vinculados al Instituto de Salud de las Fuerzas Militares y del Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, se les debe aplicar las normas señaladas en el Decreto 1214 de 1990, o aquellas que posteriormente se expidan; no sucede lo mismo con aquellos servidores que ingresaron con posterioridad a la expedición de la norma⁵, quienes están sujetos al régimen previsto en la Ley 352 de 1997.

Ahora bien, el Consejo de Estado⁶ ha discriminado tres etapas en lo referente

⁵ Ley 100 de 1993, Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones

⁶ i) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 27 de noviembre de 2014, Consejero Ponente Gerardo Arenas Monsalve, número interno 2853-13; ii) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 18 de febrero de 2016, consejero ponente Luis Rafael

a la vinculación al sector salud de las Fuerzas Militares, así:

- Empleados públicos «personal civil» vinculados al Ministerio de Defensa con anterioridad al 22 de junio de 1994⁷ le eran aplicables las disposiciones previstas en el Decreto 1214 de 1990, dentro de las cuales se encontraba contemplado el reconocimiento y pago de una prima de actividad, artículo 38 ib.
- Empleados públicos vinculados al Instituto de Salud de las Fuerzas Militares le serían aplicables las normas legales que para esta clase de servidores determinara el Gobierno Nacional, artículo 88 del Decreto 1301 de 1994.
- 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.

En efecto la señora Maria Patricia Peña Fonseca, fue nombrada en provisionalidad por el Ministerio de Defensa Nacional, mediante Resoluciones 0097 y 1379 del 5 de febrero de 2007⁸ y del 14 de octubre de 2009,⁹ fecha en la cual ya se encontraba en vigencia la Ley 100 de 1993, lo que significa que no le es aplicable el Decreto 1214 de 1990.

Vergara Quintero, número interno 3512-2013; iii) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 12 de octubre de 2016, consejero ponente Cesar Palomino Cortés, número interno 0682-2014.

⁷ Fecha en la que entra en vigencia el Decreto 1301 de 1994 y se crea el Instituto de Salud de las Fuerzas Militares.

⁸ Folios 2 al 3

⁹ Folio 4

Con ocasión de la aplicación del Decreto 1214 de 1990, son varias las sentencias en las que esta sección se ha pronunciado y entre otras se han sentado las siguientes posiciones:

Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 24 de julio de 2017, Expediente 2660-2013, Consejero Ponente, William Hernández Gómez.

[...]

En lo concerniente al 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.

[...]

Con posterioridad, 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» se efectuó lo subsiguiente:

1. Restructuró el sistema de salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional;
2. Creó la Dirección General de Sanidad¹⁰ con el objeto de administrar los recursos del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares e implementar las políticas, planes y programas que adopten el Consejo Superior de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y el Comité de Salud de las Fuerzas Militares;
3. Ordenó la supresión y liquidación, entre otros, del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares y

¹⁰ Artículo 9 de la Ley 352 de 1997

4. Ordenó la incorporación de su personal a la planta del Ministerio de Defensa Nacional o de la Policía Nacional, según fuera el caso conforme a la reglamentación que para tal efecto el Gobierno Nacional debía expedir¹¹, con el respeto de los derechos adquiridos y sin la exigencia de requisitos adicionales.

En lo que respecta a su régimen prestacional, en el artículo 55 la Ley 352 de 1997 señaló que quienes se hubieren vinculado con anterioridad a la Ley 100 de 1993 continuarían siendo beneficiados de las disposiciones que sobre la materia señala el Decreto Ley 1214 de 1990. Mientras que los demás, quedarían sometidos a lo señalado 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 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 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.

Sección Segunda, Subsección A, Sentencia del 21 de enero de 2015, Expediente 3406-2013, Consejero Ponente, Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

[...]

En el caso de la demandante, de acuerdo con la prueba allegada al proceso, concluye la Sala que no se incorporó a la planta de personal de salud del Ministerio de Defensa antes de la vigencia de la Ley 100 como para efectuar el análisis del régimen aplicable, sino que fue nombrada el 11 de enero de 2011, tomando posesión del cargo el 12 del mismo mes y año, fecha para la cual por virtud del legislador ya el régimen aplicable era el previsto la Ley 352 de 1997 y normas que la desarrollan.

De todo lo anterior, se concluye que el régimen que tiene cabida para el personal vinculado al servicio de salud en el Ministerio de Defensa Nacional, es el aplicable para los servidores de la rama ejecutiva del poder público de

¹¹ Artículo 54 de la Ley 352 de 1997

orden nacional; es así como lo estableció el Decreto 3062 de 1997¹², determinando de esta manera la exclusión de lo contemplado en el Decreto 1214 de 1990.

Es claro en el caso en estudio, que la señora Peña Fonseca, fue nombrada y posesionada bajo la vigencia de la Ley 100 de 1993,¹³ y por lo tanto, será esta la norma que la rige desde el momento que comenzó a realizar sus labores como funcionaria del Ministerio de Defensa, al tenor de lo dispuesto en el artículo 279 *ibidem*, que consagra lo siguiente:

ARTICULO.279.-Excepciones. El sistema integral de seguridad social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las fuerzas militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquél que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las corporaciones públicas. (...)

Con base en la norma transcrita, se puede afirmar que aunque los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional están excluidos de la aplicación del sistema general de seguridad social contemplado en la Ley 100 de 1993, esta exclusión no cobija al personal civil que se vinculó al Ministerio

¹² Artículo 3 numeral 6. A los empleados públicos y trabajadores oficiales del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares que se incorporen a las Plantas de Personal de Salud que se creen en el Ministerio de Defensa Nacional se les aplicará el régimen salarial que rige a los empleos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional.

¹³ Resolución de nombramiento número 0423 de 13 de abril de 2000, y acta de posesión de fecha 18 de abril de 2000.

de Defensa y la Policía Nacional¹⁴ con posterioridad a la entrada en vigencia de la mentada ley, es decir, a partir de 1 de abril de 1994.

Así las cosas, como la vinculación de la accionante al Ministerio de Defensa se produjo en el 2007, forzoso es concluir que está amparado por el régimen establecido en la Ley 100 de 1993, previsión que fue corroborada con lo dispuesto en el artículo 55, parágrafo¹⁵ de la Ley 352 de 1997, y, por ende, no puede beneficiarse de la prima de actividad contemplada en la Ley 1214 de 1990, que se reclama en la demanda, pues, se repite, tales beneficios solo están dirigidos al personal civil que se vinculó con anterioridad a la entrada en vigencia de la aludida ley de seguridad social.

Esta Corporación ha reiterado tal planteamiento en providencias anteriores, tales como la que se transcribe a continuación, en lo pertinente:

En este sentido, debe precisarse que, no existe posibilidad de acudir a las normas previstas en el Decreto 1214 de 1990 para resolver las situaciones

¹⁴ Cobijado por el Decreto 1214 de 1990.

¹⁵ **Artículo 55. Régimen prestacional.** 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, y **que se hubieren vinculado a estas entidades antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993**, se les continuará aplicando en su integridad el Título VI del Decreto-ley 1214 de 1990 o las normas que lo modifiquen o adicionen.

Parágrafo. Los demás empleados públicos y trabajadores oficiales que se incorporen al Ministerio de Defensa Nacional o a la Policía Nacional por virtud de la presente ley quedarán sometidos al régimen de la Ley 100 de 1993. En lo no contemplado en la Ley 100 de 1993, se les aplicará lo dispuesto en el Título VI del Decreto-ley 1214 de 1990 o las normas que lo modifiquen o adicionen. (Negrilla fuera de texto).

particulares de los servidores vinculados al sector salud de las Fuerzas Militares en virtud a lo dispuesto en el Decreto 1301 de 1994 y la Ley 352 de 1997, dado que, se reitera, el régimen salarial aplicable a esta clase de servidores es el previsto por el Gobierno Nacional para los servidores públicos del orden nacional.¹⁶

Consecuente con lo anterior, no es viable lo solicitado en las pretensiones de la demanda por no tener la actora derecho al pago de la prima de actividad, emolumento que solo se garantizó para aquellas personas cuya vinculación se produjo en vigencia del Decreto 1214 de 1990.

3. Conclusión.

Con base en los argumentos previamente expuestos, no le asiste el derecho a la demandante, en su condición de empleado público no uniformado al servicio de la planta de salud del Ministerio de Defensa Nacional, al reconocimiento de la prima de actividad prevista en el Decreto 1214 de 1990, lo anterior, en el entendido que fue nombrada, estando en vigencia la Ley 100 de 1993. Por lo tanto, se confirmará la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, al quedar claramente establecido que para la fecha en que la

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 27 de noviembre de 2014, radicación: 25000-23-42-000-2012-00905-01(2853-13), M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

señora Peña Fonseca se posesionó en el cargo (año 2007), no le era aplicable lo establecido en la Ley 1214 de 1990.

Ahora bien, en cuanto a las pretensiones subsidiarias, se encuentra que no fueron reclamadas a la administración, siendo un requisito de procedibilidad para agotar vía gubernativa. Por lo tanto no se puede realizar pronunciamiento alguno frente a estas pretensiones.

Con relación al tema de agotamiento de vía gubernativa, concepto que desapareció en la Ley 1437 de 2011, pero permanece su esencia, esta subsección se ha pronunciado en varias oportunidades y es así, como en sentencia del 17 de marzo de 2016,¹⁷ expuso:

[...]

La vía gubernativa es el mecanismo que debe utilizar quien se encuentra inconforme con una decisión de la administración para debatirla antes de acudir ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

Tal actuación le permite a la entidad pública revisar la legalidad de los actos que expide con el objeto de que pueda revocarlos, modificarlos o aclararlos.

En otras palabras, la vía gubernativa es el mecanismo idóneo para que las autoridades administrativas puedan rectificar sus propios errores, antes de que sean objeto de un proceso judicial.

En términos del artículo 63 del C.C.A. la vía gubernativa se entiende agotada cuando acontecen los casos previstos en los numerales 1º y 2º del artículo 62 ibídem, esto es: (i) Cuando contra el acto administrativo no procede ningún recurso y; (ii) cuando los recursos interpuestos se han decidido.

Sucedido lo anterior, es procedente la presentación de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, por cuanto agotar la vía gubernativa es un presupuesto procesal necesario para interponerla.

¹⁷Radicación 54001-23-31-000-1997-12632-02 (1221-2010) M.P. William Hernández Gómez. Actor: Víctor Arnoldo Consuegra García.

Así lo preceptúa el artículo 135 al indicar que “La demanda para que se declare la nulidad de un acto particular, que ponga término a un proceso administrativo, y se restablezca el derecho del actor, debe agotar previamente la vía gubernativa mediante acto expreso o presunto por silencio negativo”.

[...]

De la condena en costas

Esta Subsección en sentencia del 7 de abril de 2016¹⁸, respecto de la condena en costas en vigencia del CPACA, concluyó que la legislación varió del Código Contencioso Administrativo al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de un criterio subjetivo a uno objetivo valorativo.

Objetivo, en cuanto prescribe que en toda sentencia se dispondrá sobre la **condena en costas, bien sea total o parcial o con abstención, según las reglas del Código General del Proceso**; y valorativo, en cuanto se requiere que el juez revise si ellas se causaron y en la medida de su comprobación (como sucede con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad profesional realizada dentro del proceso), sin que en esa valoración se incluya la mala fe o temeridad de las partes.

Así mismo, se definió que la cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de las partes, pues varía según sea la parte vencida el empleador o el trabajador (Acuerdo 1887 de

¹⁸ Rad. 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014), actor: José Francisco Guerrero Bardi, Consejero ponente: William Hernández Gómez.

2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura) y la complejidad e intensidad de la participación procesal; que las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas; que la liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho) la hará el juez de primera o única instancia y que procede condenar en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Conforme a las anteriores reglas, no hay lugar a imponer condena en costas, como quiera que no se presentó intervención alguna de la parte demandada durante el trámite de segunda instancia.

Por 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,

FALLA

SE CONFIRMA la sentencia proferida el 5 de septiembre de 2013 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda instaurada por la señora Maria Patricia Peña Fonseca, contra la Nación- Ministerio de Defensa.

Sin costas en segunda instancia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

AEG