



**CONSEJO DE ESTADO  
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:** 25000-23-42-000-2012-00891-01 (1092-2014)  
**Demandante:** CLAUDIA MARCELA NUÑEZ MOSOS  
**Demandado:** LA NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-  
DIRECCIÓN DE SANIDAD MILITAR-COMANDO GENERAL  
DE LAS FUERZAS MILITARES  
**Asunto:** Prima de actividad

**LEY 1437 DE 2011**

SO. 0012

La Sala de Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, decide el recurso de apelación presentado por la parte demandante en contra de la sentencia de fecha cinco (5) de diciembre de dos mil trece (2013) proferida por la Subsección C de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

**I. ANTECEDENTES**

**1.1.- PRETENSIONES**

La señora CLAUDIA MARCELA NUÑEZ MOSOS, a través de apoderada judicial y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, solicitó lo siguiente:

Se inapliquen por inconstitucional los efectos jurídicos derivados del Decreto 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 352 de

Radicado: 25000-23-42-000-2012-00891-01 (1092-2014)

Demandante: Claudia Marcela Núñez Mosos

Demandado: La Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Dirección de Sanidad Militar-Comando General de las Fuerzas Militares

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 los CIVILES INTEGRANTES DE LA PLANTA GLOBAL DEL MINISTERIO DE DEFENSA, específicamente de la DIRECCIÓN GENERAL DE SANIDAD.

2. Se declare que la demandante al pertenecer a 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 1214 de 1990, por pertenecer al sector central de la Institución.

SUBSIDIARIA DE LA SEGUNDA PRETENSIÓN: En el hipotético evento de estimar que el régimen salarial aplicable al demandante no fuera el del personal civil del Ministerio de 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 N.º 319892 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 a la actora, de acuerdo con las razones expuestas en la presente demanda.

4. Como consecuencia de la declaración anterior se disponga el restablecimiento del derecho de la 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 resultar así demostrados.

SUBSIDIARIA DE LA TERCERA PRETENSIÓN: En el hipotético evento de encontrar no procedente el reconocimiento de la prima de actividad, respetuosamente solicito sea reconocido y pagado el salario del actor, 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 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 ejecutoria de la respectiva sentencia. (Sentencia C-188/99, expediente 2191 del 24 de marzo de 1999).

7. Ordenar a la entidad demandada al pago de gastos y costas procesales, así como las agencias en Derecho.

Radicado: 25000-23-42-000-2012-00891-01 (1092-2014)  
Demandante: Claudia Marcela Núñez Mosos  
Demandado: La Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Dirección de Sanidad Militar-Comando General de las Fuerzas Militares

8. Ordenar a la entidad demandada el cumplimiento a 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. [...]<sup>1</sup>

## 1.2.- HECHOS<sup>2</sup>

La apoderada de la demandante señaló como fundamentos fácticos de la demanda, los siguientes:

A través de Resolución No. 0362 del 30 de abril de 1997, la señora CLAUDIA MARCELA NUÑEZ MOSOS, fue nombrada con carácter provisional en el cargo de profesional universitario, código 3020, grado 13, odontóloga, de la planta global del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares, en la Fuerza Aérea Colombiana-Comando Aéreo de Apoyo Táctico No. 1 (CAATA 1) Melgar.

Luego, a través de acta de posesión No. 1178 de fecha 27 de octubre de 2009, empezó a ejercer el empleo de libre nombramiento y remoción denominado servidor misional en sanidad militar, código 2-2, grado 12, de la planta de personal de empleados públicos del Ministerio de Defensa Nacional-Dirección General de Sanidad Militar, al servicio de la Dirección de Sanidad de la Fuerza Aérea Colombiana.

Desde que presta sus servicios a la Dirección General de Sanidad, se le han negado los derechos a percibir la prima de actividad de que trata el artículo 38 del Decreto 1214 de 1990.

A la presentación de la demanda, percibe una asignación básica de \$2.302.196,00, según la tabla salarial contenida en el Decreto 843 de 2012.

Bajo el radicado 2012-111-000458-2 del 16 de enero de 2012, presentó derecho de petición ante el Ministerio de Defensa-Comando General-Dirección General de Sanidad de las Fuerzas Militares, para que se le informaran los porcentajes y su equivalente en sumas de dinero de los incrementos efectuados a la asignación que recibió entre los años 2007 y 2011.

---

<sup>1</sup> Folios 60 a 61 del expediente.

<sup>2</sup> Folios 59 a 60 del expediente.

Radicado: 25000-23-42-000-2012-00891-01 (1092-2014)  
Demandante: Claudia Marcela Núñez Mosos  
Demandado: La Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Dirección de Sanidad Militar-Comando General de las Fuerzas Militares

El día 1 de febrero de ese año, a través de correo certificado, se le informó por documento suscrito por el PD-17, asesor legal comandante general FF.MM (e) Luis Francisco Parra Urrego, que la solicitud había sido remitida por competencia al director de sanidad de la Fuerza Aérea Colombiana.

Por medio de comunicación de 25 de enero de 2011, la Dirección de Sanidad envió respuesta en la que manifestó que carecía de competencia para resolver el derecho de petición de modo que debía ser devuelto al Comando General.

No obstante lo anterior, esa Dirección, mediante comunicación 316697/CGFM-DGSM-GAL-1.10 del 8 de febrero de 2011, manifestó:

«[...] Al respecto, me permito informar que en virtud a lo que dispone el artículo 33 del Código Contencioso Administrativo, los derecho de petición fueron remitidos por competencia al señor Ministerio de Defensa Nacional, pues la Dirección General de Sanidad no dispone de título de gasto que permita efectuar el reconocimiento y pago de la prima de actividad y, para consolidar criterios que permitan la viabilidad de las solicitudes frente a las normas, teniendo en cuenta que el señor ministro ejerce como función la dirección, evaluación y control de gestión sobre el personal y los recursos asignados al Ministerio de Defensa Nacional [...]»

Vencido el plazo para responder sin que la administración se pronunciara sobre la solicitud, reiteró el requerimiento ante el Comando General mediante oficio radicado el 8 de febrero de 2012, en el que expuso:

« [...] Al dar lectura a la presunta respuesta, encuentra la suscrita que el derecho de petición formulado fue resuelto de forma no solo incompleta, sino que se adujo una razón para remitir por competencia, cuando es dicha dependencia la llamada a responder las solicitudes presentadas, no por voluntad de la suscrita sino por MINISTERIO DE LA LEY, para ello baste con dar lectura al artículo 57 del decreto 1214/90 que dispone:

« [...] PROCEDIMIENTO. Los reconocimientos, aumentos, disminuciones, extinciones y suspensiones de los subsidios y prima relacionados con el presente título y de la prima de antigüedad jurisdiccional, se ordenará mediante disposición del Comando General de las Fuerzas Militares, Comando de Fuerza respectivo, Secretaría General del Ministerio o Dirección General de la Policía, según el caso. [...]»

Sin que lo anterior implique que necesariamente el comando deba reconocer la prestación solicitada pues dentro de la argumentación propia de la entidad, habrá de fundamentar las razones por las cuales se accede o niega la petición, pero en todo caso respetuosamente se solicita que dicha determinación sea expedida por el funcionario competente [...]»

Radicado: 25000-23-42-000-2012-00891-01 (1092-2014)  
Demandante: Claudia Marcela Núñez Mosos  
Demandado: La Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Dirección de Sanidad Militar-Comando General de las Fuerzas Militares

La petición fue remitida al director general de Sanidad Militar mediante oficio del 21 de febrero de 2012.

Transcurrido el tiempo legalmente establecido sin que obtuviera una contestación, el 9 de marzo de 2012, la demandante presentó acción de tutela ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca para que protegiera su derecho fundamental de petición.

Por medio de fallo de 26 de marzo de 2012, el Tribunal precitado ordenó al Ministerio de Defensa-Comando General-Dirección de Sanidad, que en un término no superior a 48 horas resolviera de fondo el derecho de petición que presentó.

El 9 de abril de 2012, a través de oficio No. 319892 CGFM-DGSM-SAF-GTH.1.5., el director general de Sanidad Militar, respondió la solicitud que realizó en el sentido de negar el reconocimiento de la prima de actividad.

### **1.3.- DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN<sup>3</sup>**

Se invocó en la demanda la violación de las siguientes disposiciones normativas: el preámbulo y los artículos 2, 9, 13, 25, 29, incisos 4 y 5 del artículo 53, artículos 58 y 93 de la Constitución Política; artículos 1, 2, 4, 38 y 57 de Decreto 1214 de 1990; artículos 1, 35, 36, 87 y 88 del Decreto 1301 de 1994; artículos 1, 2, 3 y 5 del Decreto 181 de 1996; artículos 2 y 3 del Decreto 3062 de 1997, artículos 1, 3, 7, 10, 111 y 1114 del Decreto 1792 de 2000; artículos 1 y 6 del Decreto 2489 de 2006, artículos 10, 32, 36 y 37 del Decreto 407 de 2006; artículos 1, 2, 3 y 21 del Decreto 092 de 2007 y el Decreto 2727 de 2010.

Como concepto de violación la apoderada de la demandante señaló que el acto administrativo mediante el cual se le negó el reconocimiento de la prima de actividad a su poderdante «[...] se encuentra falsamente motivado al desconocer que los integrantes de la planta de personal de empleados públicos del Ministerio de Defensa-Dirección de Sanidad, contenida en el Decreto 2127 de 2008, pertenece al

---

<sup>3</sup> Folios 61 a 74 del expediente.

Radicado: 25000-23-42-000-2012-00891-01 (1092-2014)  
Demandante: Claudia Marcela Núñez Mosos  
Demandado: La Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Dirección de Sanidad Militar-Comando General de las Fuerzas Militares

personal civil del ministerio de defensa, regulado en el derecho 1214 de 1990 y 1792 de 2000, por lo que debe tener la remuneración que le es propia.»<sup>4</sup>

En ese orden de ideas, indicó que:

« [...] lo único cierto y probado es que mediante el decreto 1792 de 2000, se creó un régimen uniforme para todos los empleados públicos civiles del sector defensa, el cual no trajo distinción alguna para el personal de sanidad militar, no solo porque resultaría discriminatorio, sino porque además el alcance de la referida norma es aplicable bajo un único criterio identificador, y lo es la concepción de PERSONAL CIVIL DEL MINISTERIO DE DEFENSA:

“Se entiende por Personal Civil, para todos los efectos del presente Decreto, el personal del Ministerio de Defensa Nacional y el personal no uniformado de la Policía Nacional. Los servidores públicos que prestan sus servicios en las Entidades adscritas o vinculadas al Ministerio de Defensa Nacional se registrarán por las normas vigentes propias de cada organismo”

[...]»<sup>5</sup>

Como consecuencia de lo anterior, resaltó que siendo la Dirección General de Sanidad Militar una dependencia del Comando General y por tanto, parte integrante de la administración del sector defensa, es claro que a la demandante le son aplicables en idénticas condiciones las normas salariales del personal civil del Ministerio de Defensa motivo por el cual, aun cuando existiera una disposición contraria a estos supuestos, la misma debe ser inaplicada por la excepción de inconstitucionalidad al vulnerar derecho adquiridos y fundamentales de los servidores de esa cartera ministerial.

#### **1.4.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

La NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – COMANDO GENERAL – DIRECCIÓN GENERAL DE SANIDAD<sup>6</sup>, se opuso a las pretensiones de la demanda argumentando que el hecho de hacer parte del personal civil y de la planta global de personal de la defensa no conlleva 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 es aplicable la prima

<sup>4</sup> Reverso folio 73 del expediente.

<sup>5</sup> Ibídem.

<sup>6</sup> Folios 93 a 113 del expediente.

Radicado: 25000-23-42-000-2012-00891-01 (1092-2014)  
Demandante: Claudia Marcela Núñez Mosos  
Demandado: La Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Dirección de Sanidad Militar-Comando General de las Fuerzas Militares

de actividad prevista en el artículo 38 del Decreto Ley 1214 de 1990 y los incrementos previstos en las normas que lo modifican.

En ese orden de ideas, precisó que la señora CLAUDIA MARCELA NÚÑEZ MOSOS ingresó a la planta de personal del Ministerio de Defensa Nacional-Dirección General de Sanidad Militar en vigencia de la Ley 100 de 1993, es decir que salarialmente se le aplica el Decreto 2701 de 1988 y de ninguna manera el Decreto 1214 de 1990.

### **1.5.- LA SENTENCIA APELADA<sup>7</sup>**

En audiencia inicial<sup>8</sup> 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, M.P. doctora Amparo Oviedo Pinto, demandante Juan Fernando Varela Orduz, y en relación al caso en concreto, resaltó a la letra, lo siguiente:

«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 Claudia Marcela Núñez Mosos a la Dirección de Sanidad se produjo el 19 de mayo de 1997 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 como quedo 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 su articulado, teniendo en cuenta lo anterior, la Sala encuentra que no 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, siendo este último el único aplicable por vía de remisión taxativa que consagra el párrafo del artículo 55 de la Ley 352 del 97. [...]»<sup>9</sup>

<sup>7</sup> Folios 308 a 319 del expediente.

<sup>8</sup> Folio 253 a 257 del expediente. La audiencia inicial está grabada y quedó consignada en el cd a folio 258 del expediente.

<sup>9</sup> min 12:58 a 14:30 del cd a folio 258 del expediente.

Radicado: 25000-23-42-000-2012-00891-01 (1092-2014)  
Demandante: Claudia Marcela Núñez Mosos  
Demandado: La Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Dirección de Sanidad Militar-Comando General de las Fuerzas Militares

### **1.6.- LA APELACIÓN<sup>10</sup>**

Contra la decisión anterior y dentro de la oportunidad procesal pertinente, la apoderada de la parte demandante interpuso recurso de apelación, en el que manifestó que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca 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.

Resaltó que la controversia 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.

Indicó que el artículo 56 de la Ley 352 de 1997, señaló 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, nada se adujo respecto de quienes se vincularan hacia futuro a la Dirección General de Sanidad.

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, resaltó 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 de la demanda.

### **1.7.- ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA**

Las partes guardaron silencio.

---

<sup>10</sup> Folios 259 a 264 del expediente.

Radicado: 25000-23-42-000-2012-00891-01 (1092-2014)

Demandante: Claudia Marcela Núñez Mosos

Demandado: La Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Dirección de Sanidad Militar-Comando General de las Fuerzas Militares

### **1.8.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO<sup>11</sup>**

La representante del Ministerio Público, solicitó que se confirmará la sentencia de primera instancia toda vez que, después de hacer un análisis normativo y probatorio, concluyó que la demandante se vinculó al Ministerio de Defensa con posterioridad a la Ley 100 de 1993, es decir, cuando ya se había organizado el servicio de salud de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional lo cual implica que no sea beneficiaria del Decreto 1214 de 1990, tal como lo dispone la Ley 352 de 1997. En consecuencia su régimen salarial y prestacional es el correspondiente a un empleado público del orden nacional, cuyas primas y demás emolumentos a los que tiene derecho son los establecidos en cada anualidad.

En esa misma línea argumentativa, indicó que si bien puede existir algún personal de sanidad de las Fuerzas Militares, la Policía Nacional y de la planta de civiles del Ministerio de Defensa que perciban la prima de actividad, por tratarse de derechos adquiridos, no es el caso de la demandante, puesto que nunca la ha devengado porque no tiene derecho a ese factor.

## **II. CONSIDERACIONES**

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

### **2.1.- Problema jurídico**

El problema jurídico a resolver en esta instancia se contrae a determinar si la señora CLAUDIA MARCELA NÚÑEZ MOSOS 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 departamental y la competencia para su regulación.

---

<sup>11</sup> Folios 284 a 289 del expediente.

Radicado: 25000-23-42-000-2012-00891-01 (1092-2014)  
Demandante: Claudia Marcela Núñez Mosos  
Demandado: La Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Dirección de Sanidad Militar-Comando General de las Fuerzas Militares

## **2.2.- Marco normativo y jurisprudencial aplicable al caso**

### **2.2.1.- 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 [...]»

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 [...]»

Radicado: 25000-23-42-000-2012-00891-01 (1092-2014)

Demandante: Claudia Marcela Núñez Mosos

Demandado: La Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Dirección de Sanidad Militar-Comando General de las Fuerzas Militares

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*<sup>12</sup> preceptuó que en materia de remuneración, primas, 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 creación<sup>13</sup> de la Dirección General de Sanidad Militar con el objeto de administrar los recursos del Subsistema de Salud

<sup>12</sup> "(...) 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 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."

(...)"

<sup>13</sup> "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."

Radicado: 25000-23-42-000-2012-00891-01 (1092-2014)

Demandante: Claudia Marcela Núñez Mosos

Demandado: La Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Dirección de Sanidad Militar-Comando General de las Fuerzas Militares

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 de 1990 o, en su defecto, si es con posterioridad a dicha fecha, se aplicaría 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.

### **2.2.2.- Posición jurisprudencial del Consejo de Estado en relación con la prima de actividad**

El Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, con ponencia del Dr. Gustavo Gómez Aranguren<sup>14</sup>, en relación con el tema del proceso de creación y transformación que ha venido experimentado el sistema de salud de las Fuerzas

---

<sup>14</sup>Ver sentencia de 29 de enero de 2015, Expediente No, 3406-2013, Actor Lina Paola Medellín Martínez, Demandado NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-COMANDO GENERAL -DIRECCIÓN GENERAL DE SANIDAD MILITAR.

Radicado: 25000-23-42-000-2012-00891-01 (1092-2014)

Demandante: Claudia Marcela Núñez Mosos

Demandado: La Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Dirección de Sanidad Militar-Comando General de las Fuerzas Militares

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 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, la Sección Segunda, Subsección B, con ponencia del Dr. Gerardo Arenas Monsalve<sup>15</sup>, sobre el tema y una vez efectuado el estudio normativo, estimó en esa oportunidad, que al referirse al 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<sup>16</sup> 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

<sup>15</sup> Ver sentencia de 27 de noviembre de 2014, Radicación No. 2853 -2013, Actor MÓNICA SAKER SOFRONNI

<sup>16</sup> Fecha en la que entra en vigencia el Decreto 1301 de 1994 y se crea el Instituto de Salud de las Fuerzas Militares.

Radicado: 25000-23-42-000-2012-00891-01 (1092-2014)

Demandante: Claudia Marcela Núñez Mosos

Demandado: La Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Dirección de Sanidad Militar-Comando General de las Fuerzas Militares

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<sup>17</sup>, 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<sup>18</sup> 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

Para resolver el problema jurídico planteado, la Sala de Subsección advierte las siguientes pruebas en el expediente:

- Resolución Número 0362 del 30 de abril de 1997, proferida por el director general del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares en Liquidación, a través de la cual nombra en provisionalidad a la señora CLAUDIA MARCELA NUÑEZ MOSOS, a partir de esa fecha en el cargo de profesional universitario código 3020 grado 13, odontóloga, de la planta global del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares en la Fuerza Aérea Colombiana-Comando Aéreo de Apoyo Táctico No. 1 (CAATA 1) Melgar.<sup>19</sup>
- Acta de posesión del 19 de mayo de 1997, al cargo de profesional universitario código 3020 grado 13 de acuerdo con la Resolución Número 0362 del 30 de abril de 1997, suscrita por la señora CLAUDIA MARCELA NÚÑEZ MOSOS, el director de salud de las Fuerzas Militares y el jefe de

<sup>17</sup> "ARTICULO 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 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."

<sup>18</sup> Tal previsión se mantuvo incluso en vigencia de la Ley 352 de 1997. "ARTÍCULO 56. RÉGIMEN SALARIAL. 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."

<sup>19</sup> Folio 3 del expediente.

Radicado: 25000-23-42-000-2012-00891-01 (1092-2014)  
Demandante: Claudia Marcela Núñez Mosos  
Demandado: La Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Dirección de Sanidad Militar-Comando General de las Fuerzas Militares

división de recursos humanos.<sup>20</sup>

- Acta de posesión No.1178/2009 de fecha 27 de octubre de 2009, en la que consta que la señora CLAUDIA MARCELA NÚÑEZ MOSOS tomó posesión del empleo de servidor misional en sanidad militar, código 2-2, grado 12, cuya naturaleza es de libre nombramiento y remoción, de la planta de personal de empleados públicos del Ministerio de Defensa Nacional-Dirección General de Sanidad Militar, al servicio de la Dirección de Sanidad Fuerza Aérea Colombiana en la Dirección de Sanidad Fuerza Aérea<sup>21</sup>.
- Derecho de petición del 16 de enero de 2012<sup>22</sup>, suscrito por la apoderada de la demandante dirigida al Ministerio de Defensa-Fuerzas Militares de Colombia-Comando General-Dirección de Sanidad Militar, mediante el cual solicitó lo siguiente:
  - (i) Informar los porcentajes y sus equivalentes en sumas de dinero de los incrementos efectuados a la asignación recibida reflejados durante los lapsos comprendidos entre 2007 y 2011;
  - (ii) Efectuar el reconocimiento, pago y liquidación de la asignación básica que viene percibiendo 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;
  - (iii) Efectuar la reliquidación, reajuste y pago de la asignación básica que percibe dada su condición de personal civil, perteneciente a la planta de personal de las entidades que integran el sector defensa, con la inclusión del valor de la prima de actividad y,
  - (iv) Efectuar a partir de 2007 el reajuste de la asignación básica con fundamento en el reconocimiento de la prima de actividad vigente para la asignación mensual, y seguidamente proceder a indexar de manera permanente los nuevos valores de la asignación básica arrojados por la reliquidación que se requirió.
- Oficio radicado No. 319892 CGFM-DGSM-SAF-GTH.1.5<sup>23</sup>, suscrito por el director general de sanidad militar de las Fuerzas Militares de Colombia, a través de cual da respuesta al derecho de petición presentado por la

<sup>20</sup> Folio 5 del expediente.

<sup>21</sup> Folio 4 del expediente.

<sup>22</sup> Folios 6 a 19 del expediente.

<sup>23</sup> Folios 21 a 27 del expediente.

Radicado: 25000-23-42-000-2012-00891-01 (1092-2014)

Demandante: Claudia Marcela Núñez Mosos

Demandado: La Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Dirección de Sanidad Militar-Comando General de las Fuerzas Militares

demandante en el sentido de negar el reconocimiento de la prima de actividad con fundamento en los artículos 55 y 56 de la Ley 532 de 1997.

Del anterior acervo probatorio, la Sala determina que la demandante se incorporó a la Dirección General de Sanidad Militar en el año 1996, 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 1997) 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, la demandante en su escrito de apelación, sostiene que se le está vulnerando el 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, para la Sala, lo anterior no es de recibo, como quiera 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.

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 prestacional.<sup>24</sup>

---

<sup>24</sup> Sentencia, proferida por la Sección Segunda, Subsección A, en Septiembre de 2011, MP, doctor

Radicado: 25000-23-42-000-2012-00891-01 (1092-2014)  
Demandante: Claudia Marcela Núñez Mosos  
Demandado: La Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Dirección de Sanidad Militar-Comando General de las Fuerzas Militares

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 disímil.<sup>25</sup>

Por tanto, no es procedente darle un efecto ultractivo<sup>26</sup> 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 tanto, 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 Estado<sup>27</sup> ha señalado que esta exigencia « [...] implica que los 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

---

William Hernández Gómez, Núm. Rad 4858-2015

<sup>25</sup> Corte Constitucional, Sala Plena, Magistrado Ponente : Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, Sentencia C-980 de trece (13) de noviembre de dos mil dos (2002), Referencia: expediente D-4029, Normas Acusadas: Artículos 66, 140, 141, 144 y 152 del Decreto Ley número 1212 de 1990, Demandante: Carlos Arturo Rincón Gómez.

<sup>26</sup> Ultractividad de la Ley es la aplicación de una norma derogada a situaciones de hecho que se consolidaron bajo la vigencia de una normativa nueva, por cuanto le es más favorable al destinatario de la misma.

<sup>27</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, sentencia de 20 de mayo de 2010, Radicación: 3712-2004.

Radicado: 25000-23-42-000-2012-00891-01 (1092-2014)  
Demandante: Claudia Marcela Núñez Mosos  
Demandado: La Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Dirección de Sanidad Militar-Comando General de las Fuerzas Militares

pretensiones, los tópicos ventilados en el procedimiento administrativo guían durante todas sus etapas el proceso ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo<sup>28</sup>.

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<sup>29</sup>.

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

#### **7.- De la condena en costas.**

De conformidad con lo señalado en recientes providencias de esta Subsección<sup>30</sup> en el presente caso no hay lugar a imponer condena en costas en la segunda instancia, porque si bien la demandante resulta 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,

### **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 Claudia Marcela Núñez Mosos 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.

<sup>28</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente Dr William Hernández Gómez, Núm. Rad 4858-2015.

<sup>29</sup> Folios 6 a 19 del expediente.

<sup>30</sup> Al respecto ver sentencias de 7 de abril de 2016, proferidas por la Subsección "A" de la Sección Segunda, C.P. William Hernández Gómez, Expedientes: 4492-2013, demandante: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, demandante: José Francisco Guerrero Bardi.

Radicado: 25000-23-42-000-2012-00891-01 (1092-2014)  
Demandante: Claudia Marcela Núñez Mosos  
Demandado: La Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Dirección de Sanidad Militar-Comando General de las Fuerzas Militares

**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**

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

  
GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

  
WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

  
RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

