



**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “A”.**

Consejero ponente: Doctor GABRIEL VALBUENA HERNANDEZ

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de enero de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 25000-2342-000-2012-00906-01 (1189-2014)

Demandante: ELIANA JANNET TRIANA SIERA

Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – COMANDO GENERAL – DIRECCIÓN GENERAL DE SANIDAD

Ley 1437 de 2011

SO.0001

ANTECEDENTES

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 5 de diciembre de 2013, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “C”, negó las súplicas de la demanda formulada por la señora **ELIANA JANNET TRIANA SIERA** contra **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – COMANDO GENERAL – DIRECCIÓN GENERAL DE SANIDAD**, con el fin que se acceda a las siguientes,

1.- PRETENSIONES

“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 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 el 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 319881 CGFM-DGSM-SAF-GTH.1.5. de 9 de abril de 2012 proferido por LA DIRECCIÓN GENERAL DE SANIDAD MILITAR, mediante el cual negó el reconocimiento y pago de la PRIMA DE ACTIVIDAD al actor [...].

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 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.

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. [...]»

2.- HECHOS.

Mediante la Resolución 0741 del 13 de septiembre de 1996, acta del 13 de septiembre de 1996 y 1379 del 14 de octubre de 2009, la demandante fue nombrada en provisionalidad en el cargo de Profesional de Defensa - Código 3-1 Grado 8 de la planta de personal del Ministerio de Defensa Nacional. A la fecha de presentación de la demanda, percibía una asignación básica de \$1.693.321 según la tabla salarial contenida en el Decreto 843 de 2012.

El 16 de enero de 2012 la demandante solicitó al Ministerio de Defensa Nacional - Comando General – Dirección General de Sanidad de las Fuerzas Militares el reajuste de su asignación básica como empleada pública, personal civil de la dirección de sanidad de la Fuerza Aérea, y el reconocimiento, liquidación y pago de la prima de actividad, a partir del año 2007.

El 8 de febrero de 2011 el Comando General – Dirección General de Sanidad Militar, mediante acto administrativo 319890 CGFM-DGSM-SAF-GTH 1.5, denegó la solicitud de la demandante.

El Coordinador de Grupo de Talento Humano de la Dirección General de Sanidad, mediante certificación del 21 de febrero de 2012, indicó que la parte actora presta sus servicios en la ciudad de Bogotá.

3.- NORMAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

En la demanda se señaló como normas violadas y motivos de inconformidad los siguientes¹:

De la Constitución Política, los artículos 2, 13, 25, 29 Y 53.

De la Ley 352 de 1997, artículo 9, 54

Decreto ley 1214 de 1990

Al explicar el concepto de violación en la demanda se sostiene que siendo la Dirección General de Sanidad Militar, una dependencia del Comando General y por ende parte integrante del sector central de la administración del sector defensa, es claro

Folios 164 a 172

que le son aplicables en las mismas condiciones las normas salariales del personal civil de Ministerio de Defensa, por lo que aun cuando existiera una disposición contraria a esos supuestos, la misma debe ser inaplicada por la excepción de inconstitucionalidad al vulnerar derechos adquiridos.

II.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – COMANDO GENERAL – DIRECCIÓN GENERAL DE SANIDAD, 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 de actividad prevista en el artículo 38 del Decreto Ley 1214 de 1990 y los incrementos previstos en las normas que lo modifican.

III.- AUDIENCIA INICIAL

La audiencia inicial² fue programada para el día 5 de diciembre de 2013, en la que se hicieron presentes las partes requeridas. En el estado de la diligencia se saneó el proceso, se resolvieron excepciones,³ y se fijó el litigio en los siguientes términos:

“Establecer si la demandante, al haber sido incorporada con carácter provisional en el cargo de Ayudante de oficina Código 5155 grado 8 de la Planta Global del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares en la Fuerza área Colombiana, en el año de 1996, y posteriormente a 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 área Colombiana en el año 2009, tiene o no derecho a percibir la remuneración de los empleados civiles del Ministerio de Defensa y ii) como consecuencia de ello, le asiste el derecho al reconocimiento de la prima de actividad preceptuada en el artículo 38 del Decreto 1214 de 1990 [...]

Se prescindió de la audiencia de pruebas y se profirió sentencia en la que se resolvió lo que a continuación pasa a transcribirse⁴:

FALLA

² Folio 336 a 340 del cuaderno principal.

³ La parte demandada no propuso medio exceptivo alguno y el Despacho tampoco encontró probada ninguna excepción de oficio.

⁴ Folio 339 de este expediente.

Radicación No. 250002342000201200906 (1189-2014)
Actor: ELIANA JANNET TRIANA SIERRA
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – COMANDO GENERAL –
DIRECCIÓN GENERAL DE SANIDAD

PRIMERO: Deniéganse las pretensiones de la demanda, según lo expuesto.

SEGUNDO: No procede condena en costas, en la medida que no confluyen los presupuestos que consagra el artículo 188 del CPACA.

Los argumentos del fallo, se encuentra en el CD, obrante a folio 341 del expediente.

En virtud de lo anterior, se extrae de la audiencia lo pertinente al fundamento jurídico que dio origen a la,

SENTENCIA APELADA

"La Sala reitera el análisis que ha hecho en casos similares para desatar la primera pretensión que versa sobre la inaplicabilidad del Decreto 1301 del 94 y la Ley 94 que regula el sistema de seguridad social donde están contemplados los empleados de la Dirección de Sanidad, para lo cual se permite traer a colación y hacer referencia a los argumentos que ya fueron expuestos en la sentencia 2013-0532, MP, doctora Amparo Oviedo Pinto, cuyo actor correspondió a Juan Fernando Varela Orduz [...]"

Caso concreto

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 Eliana Jannet Triana Sierra a la Dirección de Sanidad se produjo el 13 de septiembre de 1996 y solo en lo no previsto en dicha norma es posible acudir al título XI 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 y además es restrictiva pues se refiere exclusivamente al título XI del Decreto 1214 del 90 y no a todo el articulado, teniendo en cuenta lo anterior, encuentra la Sala que 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 XI, siendo este último el único aplicable por vía de remisión taxativa que consagra el párrafo del artículo 55 de la Ley 352 del 97. [...] No se condena en costas. (Finaliza las consideraciones. Minuto 42:30)

IV.- RECURSO DE APELACIÓN

Contra la decisión anterior, el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación, dentro de la oportunidad procesal pertinente, manifestando 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, 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.

V. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

La apoderada de la parte demandante reiteró lo expuesto en el recurso de apelación.

La parte demandada: guardó silencio.

VI.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La representante del Ministerio Público, solicitó que se confirmarán las pretensiones, pues, después de hacer un análisis normativo indicó que el régimen salarial de la demandante, dada la fecha de vinculación y la condición laboral administrativa a la que se sometió dentro del Organigrama de la Unidad de Sanidad

Militar, estaba plena y previamente establecido por disposiciones, sin que exista posibilidad de inaplicarlas.

Finalmente, adujo que sobre el tema objeto de la controversia la prima de actividad de que trata el artículo 38 del Decreto 1214 de 1990 ya ha sido definido y consolidado por esta Corporación, sin que de lado de la parte demandante, haya una elaboración razonable para apartarse de ella.

VI.- CONSIDERACIONES

Competencia

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo⁵, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto.

1.- Problema Jurídico

El problema jurídico a resolver en esta instancia se contrae a determinar si la señora ELIANA JANNET TRIANA 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.

2.- 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

⁵ El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia.

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 (…)

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*⁶ 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 creación⁷ 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 de 1990 o, en su defecto, si es con posterioridad a dicha fecha, se aplicarían lo regulado por la Ley 100 de 1993.

⁶ "(...) 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 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."

(...)"

⁷ "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."

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.- Marco jurisprudencial que ha marcado la pauta en el Consejo de Estado respecto del tema:

El Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, con ponencia del Dr. Gustavo Gómez Aranguren⁸, 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 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

⁸ 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.

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 Monsalve⁹, sobre el tema y una vez efectuado el estudio normativo, estimó la Sala 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 1994¹⁰ 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 1994¹¹, 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 nacional¹² 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
(…)”.

3.- En el proceso se acreditó lo siguiente:

⁹ Ver sentencia de 27 de noviembre de 2014, Radicación No. 2853 -2013, Actor MÓNICA SAKER SOFRONNI

¹⁰ Fecha en la que entra en vigencia el Decreto 1301 de 1994 y se crea el Instituto de Salud de las Fuerzas Militares.

¹¹ **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 registrarán por las normas legales que para esta clase de servidores establezca el gobierno Nacional.”

¹² 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.”

- ❖ A folio 28 del expediente se observa la certificación expedida por el coordinador del Grupo de Talento Humano de la Dirección de Sanidad Militar, que indica que la señora ELIANA JANNET TRIANA SIERRA en su calidad de PROFESIONAL DE DEFENSA, Código 3-1, Grado 8, labora en la institución desde el 13 de septiembre de 1996. Actualmente presta sus servicios en el COMANDO FUERZA AÉREA – BOGOTÁ.
- ❖ A folio 121 del expediente se observa la Resolución 0741 de 13 de septiembre 1996 expedida por el Director General de Sanidad Militar, en que se indica que la demandante fue nombrada en provisionalidad en el cargo de ayudante de oficina Código 5155 grado 08 de la Planta del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares.
- ❖ A folio 122 reposa acta de posesión sin número, en la que se indica que la señora Eliana Janeth Triana, toma posesión en el cargo de ayudante de oficina 5155-08.
- ❖ A folio 123 a 125 se observa Resolución 1228, “en la que se incorpora al Personal en la Planta Global de Personal del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares en liquidación” a la demandante.
- ❖ A folio 132 obra acta de posesión 1285 de 15 de enero de 1998 en la que se señala que la demandante tomó posesión de Secretario, código 5140 – grado 13 de la Planta de Salud del Ministerio de Defensa Nacional al Servicio de la Fuerza Área Colombiana.
- ❖ A folios 133 y 134 reposa Resolución núm. 0097 del 2007, “en la que se hacen unos nombramientos con carácter provisional en la Planta de Personal de Salud del Ministerio de Defensa Nacional al servicio de la Sanidad Fuerza Aérea de Colombia”
- ❖ A folio 135 se observa acta de posesión N° 010 de 6 de febrero de 2007, en la que se indica que la demandante tomó posesión en el cargo de Profesional Universitario 2044, grado 05, de la planta de personal de Salud del Ministerio de Defensa Nacional, al Servicio de la Sanidad Fuerza Aérea.

4.- 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 1996) y a la Dirección General de Sanidad Militar en el año 2007, 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.

5.- 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.¹³

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,

¹³ Sentencia, proferida por la Sección Segunda, Subsección A, en Septiembre de 2011, MP, doctor William Hernández Gómez, Núm. Rad 4858-2015

porque cuando existen situaciones fácticas diferentes que ameritan tratamientos distintos, el legislador puede razonablemente regularlas de manera disímil.¹⁴

Por tanto, no es procedente darle un efecto ultractivo¹⁵ 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.

6.- 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 Estado¹⁶ 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 pretensiones, los tópicos ventilados en el procedimiento administrativo guían durante todas sus etapas el proceso ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo¹⁷.

¹⁴ 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.

¹⁵ 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.

¹⁶ 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.

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente Dr William Hernández Gómez, Núm. Rad 4858-2015.

Con base en lo anterior, a folios 58 a 74, del expediente obra la solicitud presentada por la demandante, cuyas peticiones fueron las siguientes:

«[...].

3. Se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio N.º 319881 CGFM-DGSM-SAF-GTH.1.5. de 9 de abril de 2012 proferido por LA DIRECCIÓN GENERAL DE SANIDAD MILITAR, mediante el cual negó el reconocimiento y pago de la PRIMA DE ACTIVIDAD al actor [...].

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 resultar así demostrados.

De 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.

De conformidad con lo señalado en recientes providencias de esta Subsección¹⁸ 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

¹⁸ 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.

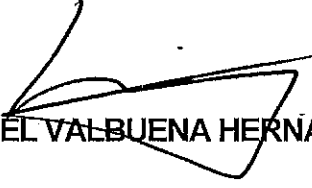
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de 23 de abril de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B¹⁹, por medio de la cual negó las pretensiones de la demanda incoada por la señora María del Pilar Amórtegui Rodríguez en contra de la Nación – Ministerio de 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.

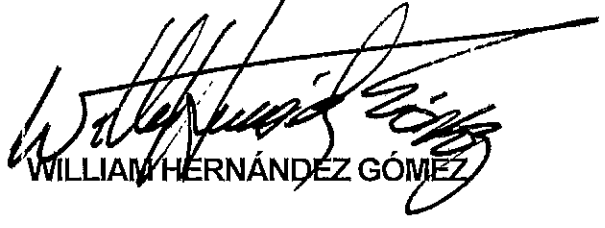
TERCERO: Efectuar las anotaciones correspondientes en el programa “Justicia Siglo XXI” y ejecutoriada esta providencia devolver el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

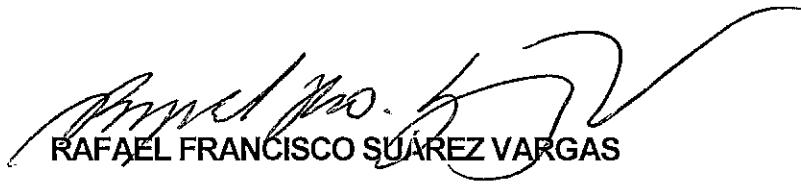
La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.



GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ



WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ



RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

¹⁹ Con ponencia del Dr. Carmelo Perdomo Cuéter.