



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

CONSEJERO PONENTE: Dr. William Hernández Gómez

Bogotá D.C., 8 de marzo de 2018

Expediente: 25-000-23-42-000-2013-00533-01
N.º Interno: 1902-2016
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Martha Cecilia López Ramos
Demandado: Nación- Ministerio de Defensa Nacional y otro

Ley 1437 de 2011

Sentencia O-023-2018

ASUNTO

La Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, decide el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la sentencia proferida el 13 de agosto de 2015 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A que denegó las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

La señora Martha Cecilia López Ramos en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del

Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, demandó a la Nación- Ministerio de Defensa Nacional, Dirección General de Sanidad Militar.

Pretensiones¹

«[...] 1.- Inaplicar por inconstitucional los efectos jurídicos derivados del Decreto 1301 de 1994 y de la Ley 352 de 1997; 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.- Declarar que el (sic) 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 (sic) demandante no fuera el del personal civil del Ministerio de Defensa – Sector Central, de modo respetuoso solicito se declare aplicable al (sic) demandante el régimen salarial impuesto para los servidores de la Rama Ejecutiva, fijado según los decretos anuales.

3.- Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio CGFM-DGSM-SAF-GTH 1.10 de 15 de junio de 2012 proferido por la Dirección General de Sanidad Militar, mediante el cual negó el reconocimiento y pago de la prima de actividad al (sic) demandante.

4.- Como consecuencia de la declaración anterior se disponga el restablecimiento del derecho del (sic) 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

¹ Folios 23 a 25

caso de resultar así demostrados; todo según la determinación que a bien tenga por hacer respecto de la segunda pretensión.

5.- Como consecuencia de la declaración anterior se disponga el restablecimiento del derecho del (sic) 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.

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 C188/99, 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 y que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 a 178 del CCA [...]»

DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL

En el marco de la parte oral del proceso, bajo la Ley 1437 de 2011, la principal función de la audiencia inicial es la de establecer el objeto del proceso y de la prueba.²

En esta etapa se revelan los extremos de la demanda o de su reforma, de la contestación o de la reconvención. Además se conciertan las principales decisiones que guiarán el juicio.

Con fundamento en lo anterior, se realiza el siguiente resumen de la audiencia inicial en el presente caso, a modo de antecedentes:

Excepciones previas (art. 180-6 CPACA)

Bien podría decirse que esta figura, insertada en la audiencia inicial, es también una faceta del despacho saneador o del saneamiento del proceso, en la medida que busca, con la colaboración de la parte demandada, que la verificación de los hechos constitutivos de excepciones previas, o advertidos por el juez, al momento de la admisión, se resuelvan en las etapas iniciales del proceso, con miras a la correcta y legal tramitación del proceso, a fin de aplazarlo, suspenderlo, mejorarlo o corregirlo.³

² Hernández Gómez William, Consejero de Estado, Sección Segunda. Módulo *Audiencia inicial y audiencia de pruebas*. EJRLB.

³ Ramírez Ramírez Jorge Octavio, Consejero de Estado, Sección Cuarta. Módulo *El juicio por audiencias en la jurisdicción de lo contencioso administrativo*. EJRLB.

En el presente caso a folios 181 a 182 y Cd a folio 180, se indicó lo siguiente en la etapa de excepciones previas:

«[...] La entidad pública demandada no contestó la demanda, tampoco propuso excepciones que deban ser resueltas en esta oportunidad procesal. El tribunal ha advertido que en relación con las pretensiones denominadas como subsidiarias no se hizo agotamiento de la vía gubernativa, por lo que la sala habrá de declararse inhibida para pronunciarse de fondo de las mismas [...]»

Contra dicha decisión no se presentaron recursos.

Fijación del litigio (art. 180-7 CPACA)

La fijación del litigio es la piedra basal del juicio por audiencias; la relación entre ella y la sentencia es la de “tuerca y tornillo”, porque es guía y ajuste de esta última.⁴

En el *sub lite* a folios 182 y CD a folio 180 en la audiencia inicial se fijó el litigio respecto de los hechos relevantes y el problema jurídico, así:

Hechos relevantes según la fijación del litigio.

«[...] Conforme a la demanda se indica que la señora Martha Cecilia López labora para el Ministerio de Defensa- Dirección General de Sanidad desde el 3 de enero de 1993 y que al desaparecer el instituto de salud de las fuerzas militares fue incorporada a la Dirección de Sanidad Militar y que en la primera instancia laboral devengó la prima de actividad y una vez incorporada al nuevo régimen se le dejó de pagar esa prestación por lo que desmejoró su salario, que ha reclamado esta prestación en vía gubernativa y su petición ha sido negada a través de los actos en nulidad [...]»

Se le concedió el uso de la palabra a las partes y manifestaron estar de acuerdo.

Problema jurídico fijado en el litigio

«[...] Conforme a la relación fáctica, pretensiones de la demanda, se tiene que el objeto de esta contención apunta a definir si la señora Martha Cecilia López Ramos, tiene derecho al reconocimiento y pago de la prima de actividad en su condición de servidora de la planta de salud del Ministerio de Defensa Nacional [...]»

⁴ Hernández Gómez William, Consejero de Estado, Sección Segunda (2015). Módulo *Audiencia inicial y audiencia de pruebas*. EJRLB.

Se le concedió el uso de la palabra a las partes y manifestaron estar de acuerdo.

SENTENCIA APELADA⁵

El *a quo* profirió sentencia de forma escrita, en la cual denegó las pretensiones de la demanda, con base en los siguientes argumentos:

Indicó que con ocasión de la supresión y liquidación del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares y la consecuente incorporación de sus servidores a la planta de personal del Ministerio de Defensa, la Ley 352 de 1997, diferenció para efectos prestacionales dos situaciones: i) la del personal incorporado al Instituto de Salud antes de la Ley 100 de 1993, a quienes se les aplica el Decreto 1214 de 1990; y ii) la de los servidores que ingresaron con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, que se rigen por lo previsto en ella.

Analizó el contenido de los Decretos 1214 de 1990 y 1301 de 1994, así como de la Ley 352 de 1997, para considerar que el régimen salarial aplicable a la demandante era el previsto para los empleados de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional, en razón a que su vinculación a la Dirección General de Sanidad Militar se registró a partir del año 1996.

En estos términos, precisó que el referido régimen salarial no contempla el reconocimiento de la prima de actividad, motivo por el cual no era posible acceder a las pretensiones de la demanda.

Arguyó que no era viable la inaplicación del Decreto 1301 de 1994 ni la Ley 352 de 1997, toda vez que el demandante no sufrió cambios en su régimen salarial ni prestacional y, en esa medida, no es evidente ni notoria su oposición con las disposiciones constitucionales.

Finalmente no se pronunció respecto de las pretensiones subsidiarias toda vez que frente a las mismas no se agotó el procedimiento administrativo como lo declaró en la audiencia inicial.

RECURSO DE APELACIÓN⁶

⁵ Folios 219 a 227

⁶ Folios 233 a 236 vuelto

La demandante afirmó que el *a quo* 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.

Precisó 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.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes no presentaron alegatos de conclusión en segunda instancia, como se observa a folio 281.

Concepto del Ministerio Público⁷: El Procurador Tercero Delegado ante el Consejo de Estado solicitó confirmar la sentencia apelada que denegó las pretensiones de la demanda. Para el efecto, acogió los argumentos señalados por el *a quo*.

CONSIDERACIONES

Competencia

⁷ Folios 272 a 280

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo⁸, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto.

Problemas jurídicos

El problema jurídico que se debe resolver en esta instancia se resume en las siguientes preguntas:

1. ¿La demandante en calidad de empleada civil de la Dirección General de Sanidad Militar del Ministerio de Defensa Nacional tiene derecho al reconocimiento y pago de la prima de actividad con base en el Decreto 1214 de 1990?
2. ¿Se presenta vulneración al derecho a la igualdad de la demandante 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?

Primer problema jurídico

¿La demandante en calidad de empleado civil de la Dirección General de Sanidad Militar del Ministerio de Defensa Nacional tiene derecho al reconocimiento y pago de la prima de actividad con base en el Decreto 1214 de 1990?

La Subsección adoptará la siguiente tesis: La demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la prima de actividad con base en el Decreto 1214 de 1990, como procede a explicarse.

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

El artículo 38 del Decreto 1214 de 1990 «por el cual se reforma el estatuto y el régimen prestacional civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional», señala:

⁸ 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.

«[...] 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 [...]»

Obsérvese cómo la citada prima de actividad se creó a favor de los empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional, equivalente al 20% de la asignación básica mensual que percibiera mientras permanezcan en el ejercicio del cargo.

Por su parte, conforme el artículo 2.º del Decreto 1214 de 1990 el personal civil del Ministerio de Defensa Nacional y de la Policía Nacional está integrado por:

«[...] las personas naturales que presten sus servicios en el Despacho del Ministro, en la Secretaría General, en las Fuerzas Militares o en la Policía Nacional.

En consecuencia, las personas que presten sus servicios en los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta y las unidades administrativas especiales, adscritos o vinculadas al Ministerio de Defensa, no tienen la condición de personal civil del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional y se regirán por las normas orgánicas y estatutarias propias de cada organismo. [...]»

Ahora bien, 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.

En virtud de lo anterior se profirió el Decreto 1301 de 1994 «por el cual se reestructura el Sistema de Salud y se dictan otras disposiciones en materia de Seguridad Social para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional», el cual en su artículo 29 determinó la estructura organizacional, dentro de la cual se incluyó al Instituto de Salud de las Fuerzas Militares, organizado como un establecimiento público, adscrito al Ministerio de Defensa Nacional. Textualmente, el artículo 35 del decreto mencionado indica:

«[...] Organízase el establecimiento público denominado Hospital Militar Central como Instituto de Salud de las Fuerzas Militares, adscrito al Ministerio de Defensa Nacional, el cual conservará el carácter de establecimiento público del orden nacional, la personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio.

El Instituto de Salud de las Fuerzas Militares tendrá como domicilio la ciudad de Santafé de Bogotá, D.C., y podrá extender su acción a todas las regiones del país.

PARÁGRAFO. Todos los recursos materiales y humanos que a la fecha de expedición del presente Decreto conforman el Hospital Militar Central se organizarán como una unidad prestadora de servicios de la Dirección Regional correspondiente, del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares [...]»

A su vez, en lo que respecta al régimen salarial del personal al servicio del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares, el artículo 88 del Decreto 1301 de 1994 señala:

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

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

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 [...]»

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 siguiente:

1. Reestructuró el sistema de salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional;

2. Creó la Dirección General de Sanidad⁹ 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;
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 la reglamentación que para tal efecto el Gobierno Nacional debía expedir¹⁰, con el respeto de los derechos adquiridos y sin la exigencia de requisitos adicionales.

En lo referente a su régimen prestacional, en el artículo 55 de 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 contemplado 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 se 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.

Ahora bien, el Consejo de Estado¹¹ ha discriminado tres etapas sobre la vinculación al sector salud de las Fuerzas Militares, así:

⁹ Artículo 9 de la Ley 352 de 1997

¹⁰ Artículo 54 de la Ley 352 de 1997

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 27 de julio de 2017, Consejero Ponente William Hernández Gómez, número interno: 2487-2015; ii) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 27 de julio de 2017, Consejero Ponente William Hernández Gómez, número interno: 2327-2015.

- Empleados públicos «personal civil» vinculados al Ministerio de Defensa con anterioridad al 22 de junio de 1994¹² 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).
- Empleados públicos vinculados al Instituto de Salud de las Fuerzas Militares le serían aplicables las normas que para esta clase de servidores fijara 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.

Con base en las consideraciones precedentes, en el presente caso se acreditó lo siguiente:

- A folio 17 del expediente se observa la certificación expedida el 16 de julio de 2012 por el coordinador del Grupo de Talento Humano de la Dirección de Sanidad Militar, al respecto:

«[...] Que la señora MARTHA CECILIA LÓPEZ RAMOS, en su calidad de Servidor Misional en sanidad militar, Código 2-2, Grado 4, labora en esta institución desde el 3 de enero de 1994, con una asignación mensual de \$ 1.693.321.

Que actualmente presta sus servicios en el Centro de Fisiología y Medicina de Aviación de la Fuerza Aérea –Bogotá-.

Esta asignación salarial corresponde a un empleo de jornada laboral de tiempo completo de acuerdo a lo establecido en el Decreto 0843 del 25 de abril de 2012. [...]» (Negrilla de la Sala).

- A través de la Resolución 0115 del 1.º de marzo de 1996, **fue incorporada** en la planta del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares, es decir, con posterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 1301 de 1994.

¹² Fecha en la que entra en vigencia el Decreto 1301 de 1994 y se crea el Instituto de Salud de las Fuerzas Militares.

- Reposa a folio 2 del expediente el acta de posesión n.º 1295 de 2009, en los siguientes términos:

«[...] En la ciudad de Bogotá, se presentó el (la) señor (a) MARTHA CECILIA LÓPEZ RAMOS, con el fin de tomar posesión del empleo SERVIDOR MISIONAL EN SANIDAD MILITAR, Código 2-2, Grado 4, 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 el CENTRO DE MEDICINA AEROESPACIAL, con una asignación básica mensual de (\$ 1.532.484), en el cual fue incorporado (a) mediante Resolución 1379 del 14 de octubre de 2009. [...]»

- Mediante petición de 16 de junio de 2012 (folios 3 a 9 vuelto), la demandante solicitó el reconocimiento de la prima de actividad en porcentaje de 49.5% adicional al valor de la asignación mensual en su calidad de personal civil de la Dirección de Sanidad de las Fuerzas Militares con fundamento en el Decreto 1214 de 1990.
- La Dirección General de Sanidad Militar, a través del Oficio CGFM-DGSM-SAF-GTH 1.10 de 15 de junio de 2012 (folios 10 a 15) negó el reconocimiento de la prima de actividad solicitada con base en los siguientes argumentos:

«[...] Al personal de la Planta de Empleados Públicos del Ministerio de Defensa Nacional –Dirección General de Sanidad Militar, no le aplica la mencionada prima de conformidad con lo consagrado en los artículos 55 y 56 de la Ley 352 de 1997.

Cabe precisar que la señora MARTHA CECILIA LÓPEZ RAMOS, mediante **resolución n.º 0115 del 1 de marzo de 1996, fue incorporada en la planta del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares** y le fue incluido en la asignación básica mensual las primas que estaban devengando al momento de dicha incorporación.

Por último, se resalta que el TÍTULO III del Decreto 1214 de 1990, no le es aplicable al personal de la planta de empleados públicos del Ministerio de Defensa Nacional- Dirección General de Sanidad Militar [...]»

De lo anterior se colige que dado que la demandante con la restructuración del sistema de salud de las fuerzas militares fue incorporada Instituto de Salud de las Fuerzas Militares a partir del 1.º de marzo de 1996 y posteriormente en la Dirección General de Sanidad Militar en el año 2009,

esto es, con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y a la expedición del Decreto 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 establecido en el Decreto 1214 de 1990, ni el consecuente reconocimiento de la prima de actividad.

En conclusión: 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 2009, el régimen aplicable era el contenido en el Decreto 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.

Segundo problema jurídico

¿Se presenta vulneración al derecho a la igualdad de la demandante, 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?

La Subsección sostendrá la siguiente tesis: No se presenta vulneración al derecho a la igualdad, con base en los argumentos que se exponen a continuación.

Derecho a la igualdad

El artículo 13 de la Constitución Política regula dos dimensiones del derecho a la igualdad: i) La formal o ante la ley, que se fundamenta en que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, y por ende deben recibir la misma protección y trato de las autoridades, y gozar de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna clase de discriminación y; ii) material o de trato, según la cual el Estado debe adoptar medidas positivas para superar las desigualdades de grupos que históricamente han sido discriminados, y de

aquellas personas que se encuentran en una situación de debilidad manifiesta.¹³

Con el objetivo de determinar cuándo existe una vulneración del derecho a la igualdad, bien sea en su modalidad formal o material, es necesario precisar si ante situaciones iguales se está otorgando un trato diferente, sin justificación alguna, o por el contrario, si a personas o circunstancias distintas se les brinda un trato igual.

Para el efecto, la jurisprudencia constitucional¹⁴ ha diseñado el test integrado de igualdad, compuesto por tres etapas de análisis a saber: i) criterios de comparación, esto es, determinar si se trata de sujetos de la misma naturaleza; ii) definir si existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales y; iii) concluir si la diferencia de trato está justificada constitucionalmente.

En el asunto objeto de estudio la Sala estima conveniente aplicar la herramienta metodológica antes mencionada con el fin de determinar si se presenta la alegada vulneración.

En primer lugar, es preciso señalar que la comparación se realizará entre sujetos de la misma naturaleza, toda vez que corresponden a personas vinculadas al Ministerio de Defensa Nacional. Frente a este punto se evidencia un trato diverso respecto del régimen salarial y prestacional.

Ahora bien, para determinar si la justificación del trato diferente de la normativa invocada es razonable y proporcional se tiene lo siguiente:

- 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

¹³ Corte Constitucional. Sentencia T-629 de 2010.

¹⁴ *Ibidem*.

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.

- 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.¹⁵

Obsérvese que dadas las específicas funciones que en materia de salud cumplían los empleados públicos de dicho sector del Ministerio de Defensa Nacional, a partir de la expedición del Decreto Ley 1301 de 1994, por el cual, se reestructuró el sistema de salud de las Fuerzas Militares se determinó que no se regían por el Decreto 1214 de 1990, sino, por las normas legales que para esta clase de servidores señalara el Gobierno Nacional.

Sin embargo, para salvaguardar los derechos adquiridos del personal civil del sector salud del Ministerio de Defensa Nacional que se encontraba vinculado antes de la expedición del Decreto Ley 1301 de 1994 es procedente la coexistencia de regímenes salariales y prestacionales y, en esa medida la diferencia se fundamenta en criterios objetivos, razonables y proporcionados que así lo justifican.

- Finalmente, es importante resaltar que la regla general para la aplicación de las leyes en el tiempo, es que las mismas rigen a partir de su entrada en vigencia; ahora bien, excepcionalmente la aplicación de las leyes en el tiempo, se da de manera diferente, siempre y cuando en la ley se precise lo pertinente.

Por tanto, no es procedente darle un efecto ultractivo¹⁶ 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

¹⁵ 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.

¹⁶ Ultractividad de la Ley es la aplicación de una norma derogada a situaciones de hecho que se consolidaron bajo la vigencia de una normatividad nueva, por cuanto le es más favorable al destinatario de la misma.

aplica en aspectos salariales y prestacionales, sin que exista discriminación o violación del derecho a la igualdad por este aspecto.

En conclusión

No se presenta la vulneración al derecho a la igualdad de la demandante 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, toda vez que se encuentra fundamentada en criterios objetivos, razonables y proporcionados que así lo justifican, como lo es, la protección de los derechos adquiridos de aquellos empleados públicos que ingresaron antes de la expedición del Decreto 1301 de 1994 y en la Ley 352 de 1997 por los cuales se reestructuró el sistema de salud de las Fuerzas Militares.

Decisión de segunda instancia

Por las razones que anteceden la Subsección confirmará la sentencia de primera instancia que denegó las pretensiones de la demanda, porque no prosperan los argumentos del recurso de apelación.

De la condena en costas

Esta Subsección en providencia con ponencia del Magistrado William Hernández Gómez¹⁷ sentó posición sobre la condena en costas en vigencia del CPACA, en aquella oportunidad se señaló como conclusión, lo siguiente:

- a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio «*subjetivo*» –CCA- a uno «*objetivo valorativo*» –CPACA-.
- b) Se concluye que es «*objetivo*» porque en toda sentencia se «dispondrá» sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.
- c) Sin embargo, se le califica de «*valorativo*» porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la

¹⁷ Al respecto ver sentencias de 7 de abril de 2016, Expedientes: 4492-2013, Actor: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, Actor: José Francisco Guerrero Bardi.

medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).

e) 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.

f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP¹⁸, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Por tanto, y en ese hilo argumentativo, en el presente caso no se condenará en costas a la parte demandante, porque si bien resulta vencida en esta instancia, la parte demandada no intervino en la misma.

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 “ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:(...)”

Primero: Confirmar la sentencia proferida el 13 de agosto de 2015 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, que denegó las pretensiones de la demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó la señora Martha Cecilia López Ramos contra la Nación- Ministerio de Defensa Nacional- Dirección General de Sanidad Militar.

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 Subsección en la sesión de la fecha.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ



Expediente: 25-000-23-42-000-2013-00533-01

N.º Interno: 1902-2016

Demandante: Martha Cecilia López Ramos

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

Apelación Sentencia-Ley 1437 de 2011
