



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA

CONSEJERA PONENTE: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D.C. ocho (8) de septiembre de dos mil diecisiete (2017).

Radicado No.	250002342000201300912 01
No. Interno:	4944-2015
Actora:	María del Pilar Amórtegui Rodríguez.
Demandado:	Nación – Ministerio de Defensa – Dirección General de Sanidad Militar.
Trámite:	Medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho / Segunda Instancia.
Asunto:	Establecer si es procedente reconocer y pagar la prima de actividad y subsidio familiar a empleados del sistema de salud de las fuerzas militares

Ha venido el proceso de la referencia con el informe de la Secretaría de la Sección de 15 de julio de 2016¹, después de surtidas a cabalidad las demás etapas procesales y de establecer que no obra en el proceso irregularidades

¹ Informe visible a folio 381.

o nulidades procesales que deban ser saneadas, para decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 23 de abril de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B², 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.

I. ANTECEDENTES³

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 – *Ley 1437 de 2011*-, la señora María del Pilar Amórtegui Rodríguez, por intermedio de apoderado judicial⁴, presentó demanda con el fin de que se declare la nulidad del Oficio 78639 de 21 de agosto de 2012, suscrito por el Director de Asuntos Legales del Ministerio de Defensa Nacional, por medio del cual le negó el reconocimiento y pago de la prima de actividad, el subsidio familiar y los demás haberes que se encuentran establecidos en el Decreto 1214 de 1990.

Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho solicitó: el reconocimiento de la prima de actividad y el subsidio familiar desde la fecha de su vinculación hasta la fecha de su retiro, así como los demás haberes laborales que están establecidos para el personal civil no uniformado al servicio de las dependencias del Ministerio de Defensa en el Decreto 1214 de 1990; el pago de la correspondiente indexación; y dar

² Con ponencia del Dr. Carmelo Perdomo Cuéter.

³ Demanda visible a folios 43 a 59.

⁴ La abogada Stella Retavisca Rueda.

aplicación a la sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Para una mejor comprensión del caso, la Sala se permite realizar un resumen de la situación fáctica presentada por el apoderado de la demandante, así:

Señaló que la señora María del Pilar Amórtegui Rodríguez fue nombrada por el Secretario del Ministerio de Defensa mediante Resolución 5165 de 1991 para que se desempeñara como Especialista Jefe en la Primera Brigada del Ejército Nacional; posteriormente, fue nombrada por medio de la Resolución 00036 de 15 de enero de 1998 como Profesional Especializado código 3040 grado 14 en la Planta de Salud del Ministerio de Defensa al servicio del Ejército Nacional; finalmente, en virtud de la Resolución 1393 de 12 de octubre de 2011 fue retirada del servicio por tener derecho a la pensión de jubilación.

Indicó que el 6 de agosto de 2012 solicitó al ente demandado el reconocimiento y pago de las prestaciones establecidas en los artículos 38 y 49 del Decreto 1214 de 1990⁵; sin embargo el Director de Asuntos Legales

⁵ “(...) Por el cual se reforma el estatuto y el régimen prestacional civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional.

(...)

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.

(...)

ARTÍCULO 49. SUBSIDIO FAMILIAR. <Ver Jurisprudencia Vigencia y Notas del Editor> A partir de la vigencia del presente Decreto, los empleados públicos del Ministerio tendrán derecho al pago de un subsidio familiar, que se liquidará mensualmente sobre su sueldo básico, así:

a) Casados el treinta por ciento (30%), más los porcentajes a que se tenga derecho conforme al literal c) de este artículo;

b) Viudos, con hijos habidos dentro del matrimonio por los que exista el derecho a devengarlos, el treinta por ciento (30%), más los porcentajes de que trata el literal c) del presente artículo;

del Ministerio de Defensa le negó su petición a través del acto acusado, por considerar que los empleados públicos del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares se les aplica el régimen salarial que rige a la rama ejecutiva del poder público.

1.2 Normas violadas y concepto de violación.

Como disposiciones violadas citó las siguientes:

Constitución Política, artículos 4, 13, 25, 53; Ley 352 de 1997, artículo 56; Decretos 1214 de 1990 artículos 39 y 48; 1792 de 2000; 674 de 2008.

Como concepto de violación de las normas invocadas, la demandante consideró que el acto acusado está viciado de nulidad, porque:

El Decreto 1301 de 1994 y la Ley 352 de 1997, respectivamente, crearon una situación de desigualdad al incorporar los antiguos empleados de los establecimientos públicos, destinados a la prestación de los servicios de salud de las Fuerzas Militares, al Instituto de Salud de las Fuerzas Militares sin hacerlos beneficiarios del nuevo régimen salarial previsto para los servidores de este último instituto.

En su sentir, el Ministerio de Defensa debe abstenerse de aplicar el artículo 56 de la Ley 352 de 1997⁶ en cuanto excluye a los funcionarios de la

c) Por el primer hijo el cinco por ciento (5%) y un cuatro por ciento (4%) por cada uno de los demás, sin que se sobrepase por este concepto del diecisiete por ciento (17%).

(...)”

⁶ “(...) 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

Dirección de Sanidad del régimen salarial del personal civil del citado Ministerio, dado que no es posible que exista una discriminación salarial en tratándose del mismo grupo de empleados.

1.3 Contestación de la demanda.

El Ministerio de Defensa, a través de su apoderado, contestó la demanda dentro de la oportunidad legal y solicitó negar las súplicas con fundamento en los siguientes argumentos⁷:

Enunció que ante el cambio del régimen laboral del personal que prestaba sus servicios al Sistema de Sanidad Militar en el año de 1994, conformado por el Instituto de Salud de las Fuerzas Militares y del Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional, mediante el Decreto 171 de 1996 se establecieron unas equivalencias de cargos para el personal de empleados públicos del Ministerio de Defensa Nacional, con lo cual se les incrementó el salario, pues se tuvo en cuenta todas las primas que percibían antes de que entrara en vigencia el citado decreto.

Precisó que lo anterior tuvo su razón de ser, en la necesidad de mantener el equilibrio de las condiciones laborales en material salarial y prestacional al personal del Ministerio de Defensa que se incorporó a la planta de personal de los citados institutos.

Manifestó que por medio del artículo 54 de la Ley 352 de 1997 el personal del Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional pasó a

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. (...)

⁷ Visible a folios 72 a 92.

ser parte de la estructura del ministerio de Defensa y la Policía Nacional, lo cual se materializó mediante el Decreto 5 de 1998 bajo las condiciones laborales que venían disfrutando en el Instituto de Salud de las Fuerzas Militares y el Instituto para la Seguridad Social y Bienestar Social de la Policía, sin solución de continuidad y respetando los derechos adquiridos.

Dijo, con fundamento en lo anterior, que al personal que labora en la Dirección General de Sanidad Militar, en las Direcciones de Sanidad de cada una de las Fuerzas y en la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional no les es aplicable el régimen salarial que regula el Decreto 1214 de 1990, y por tanto, no son titulares del derecho a la prima de actividad establecida en el artículo 38 y 49 relacionadas con la prima de actividad y el subsidio familiar.

Agregó que ni el Decreto 1792 de 2000 ni el Decreto Ley 092 de 2007 modifican, derogan o regulan el tema salarial del personal del personal civil no uniformado de la Planta de Salud del Ministerio de Defensa nacional y la Policía Nacional, dado que únicamente se limitan a reglamentar las situaciones administrativas de la planta global y flexible del Ministerio de Defensa. Bajo ese entendido, a la demandante salarialmente se le aplica el Decreto 2701 de 1988 y de ninguna manera el Decreto 1214 de 1990.

1.4 La sentencia apelada⁸.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, mediante sentencia de 23 de abril de 2015, denegó las pretensiones de la demanda. Lo anterior con fundamento en los siguientes argumentos:

⁸ Folios 313 a 319.

Enunció de acuerdo al artículo 88 del Decreto 1301 de 1994⁹, que los empleados públicos y trabajadores oficiales que la época en que se estructuró el Instituto de Salud de las Fuerzas Militares estuvieron prestando sus servicios en el Ministerio de Defensa Nacional y se hubieran vinculado o incorporado a la planta de personal del primero, quedarían sometidos al régimen salarial que para esta clase de servidores determinara el Gobierno Nacional, pues entre otras se estableció que estarían excluidos de la normativa que gobierna al personal civil del Ministerio de Defensa.

Destacó que el artículo 89 del mencionado Decreto preceptuó que los empleados públicos y trabajadores oficiales del Instituto para la Seguridad Social y Bienestar Social de la Policía Nacional estarían sometidos a lo regulado en la Ley 100 de 1993 y al Decreto 2701 de 1988, en lo relativo a las demás prestaciones sociales no establecidas en aquella normas.

Manifestó que en materia salarial los servidores incorporados a la planta de personal de salud del Ministerio de Defensa Nacional, en virtud de lo estipulado en la Ley 352 de 1997, se rigen por las disposiciones que el Gobierno Nacional fijó para los empleados públicos.

⁹ “(...) 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.

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.

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.

(...)”.

Expresó con fundamento en lo anterior en relación a la situación particular de la demandante, que su situación salarial se rige por las disposiciones generales aplicables a los empleados públicos y no por el Decreto 1214 de 1990, habida cuenta que su régimen cambio como consecuencia del ingreso a la planta de personal del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares.

1.5 El recurso de apelación¹⁰.

La apoderada de la demandante interpuso recurso de apelación en contra del proveído anterior, bajo los siguientes argumentos.

Sostuvo que los funcionarios de la Dirección General de Sanidad Militar se encuentran incluidos en la planta de personal del Ministerio de Defensa Nacional toda vez que, el Decreto 2193 de 1997, a través del cual se establece la estructura interna del Ministerio de Defensa Nacional, contempla la Dirección General de Sanidad como uno de sus organismo internos.

Bajo este supuesto, señaló que contrario a lo expresado por el Tribunal, la Dirección General de Sanidad Militar no es una entidad descentralizada, adscrita o vinculada al sector defensa sino una entidad que hace parte de la estructura interna del Ministerio de Defensa Nacional.

Concluyó que no existe una razón jurídica para negarle al personal civil de la Dirección General de Sanidad Militar, Ministerio de Defensa, el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y salariales previstas en el Título III del Decreto 1214 de 1990, sin que ello constituya una vulneración al derecho fundamental a la igualdad.

¹⁰ Visible a folios 328 a 331.

1.6. Concepto del Ministerio Público.

La Procuradora Tercera Delegada ante esta Corporación, rindió concepto mediante escrito en el que solicitó confirmar la sentencia. Lo anterior con fundamento en los siguientes argumentos¹¹:

Argumentó que la exclusión del régimen regulado en el Decreto 1214 de 1990 a los empleados incorporados a la Dirección General de Sanidad Militar, por sí solo no configura un quebranto al derecho de igualdad, toda vez que dicha circunstancia obedece al tipo de responsabilidades y funciones que tienen estos servidores respecto de los demás miembros del personal civil del Ministerio de Defensa.

II. CONSIDERACIONES

Planteamiento del problema jurídico

De acuerdo a lo señalado en la sentencia de primera instancia y atendiendo los motivos de oposición aducidos por la parte demandante en calidad de apelante único, se extrae que en el *sub-lite* el problema jurídico se contrae en determinar, si la señora María del Pilar Amórtegui Rodríguez tiene derecho al reconocimiento y pago de la prima de actividad y el subsidio familiar, previstos en el Decreto 1214 de 1990, en su condición de servidora de la planta de salud del Ministerio de Defensa Nacional.

Bajo ese contexto, la Sala decidirá el asunto sometido a su consideración en el siguiente orden: i) normas aplicables a la situación particular de la

¹¹ Visible a folios 374 a 380.

demandante; y, ii) marco jurisprudencial del Consejo de Estado que marca la pauta sobre el tema; y, iii) del caso en concreto.

i) De las normas aplicables a la situación particular de la demandante.

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 (...)”.

En ese mismo sentido, el referido Decreto en su artículo 49 estipuló las condiciones para reconocer el subsidio familiar al referido personal; veamos:

“(...) ARTÍCULO 49. SUBSIDIO FAMILIAR. A partir de la vigencia del presente Decreto, los empleados públicos del Ministerio tendrán derecho al pago de un subsidio familiar, que se liquidará mensualmente sobre su sueldo básico, así:

- a) Casados el treinta por ciento (30%), más los porcentajes a que se tenga derecho conforme al literal c) de este artículo;*
- b) Viudos, con hijos habidos dentro del matrimonio por los que exista el derecho a devengarlos, el treinta por ciento (30%), más los porcentajes de que trata el literal c) del presente artículo;*
- c) Por el primer hijo el cinco por ciento (5%) y un cuatro por ciento (4%) por cada uno de los demás, sin que se sobrepase por este concepto del diecisiete por ciento (17%).*

PARAGRAFO. El límite establecido en el literal c) de este artículo no afectará a los empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional que por razón de hijos nacidos con anterioridad al 31 de octubre

de 1972, estuviesen disfrutando o tuviesen derecho a disfrutar, de porcentajes superiores a diecisiete por ciento (17%), ya que en esa fecha tales porcentajes fueron congelados sin modificación. (...).”

Ahora bien, 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 ejercicio de la competencia antes descrita, 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 tal efecto, 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*¹² 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. En decir, tal y como quedó expresado en el inciso segundo del citado artículo, excluyó la posibilidad de que los empleados del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares se beneficiaran de las normas que materia prestacional estaban previstas para el personal civil del Ministerio de Defensa Nacional.

No obstante, 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 creación¹³ de la Dirección General de Sanidad Militar con el objeto de

¹² “(...) 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 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.

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.”

(...)”

¹³ “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

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.

Como consecuencia de lo anterior, el legislador ordenó la supresión y liquidación del establecimiento público denominado 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 reglamentación que para tal efecto el Gobierno Nacional debía expedir.

Es viable afirmar, en lo que se refiere a la incorporación a las plantas de personal de salud del Ministerio de Defensa Nacional o de la Policía Nacional, el legislador precisó que sería conforme a la reglamentación especial que expidiera el Gobierno Nacional, garantizando los derechos adquiridos; y, en lo que tiene que ver con 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. Para mayor entendimiento la Sala citará los artículos 54 y 55 de la Ley 352 de 1997:

“(…) ARTÍCULO 54. PERSONAL. Los empleados públicos y trabajadores oficiales que actualmente prestan sus servicios en el Instituto de Salud de las Fuerzas Militares y en el Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional, se incorporarán a las plantas de personal de salud

Central, que se constituirá como establecimiento público de conformidad con las disposiciones que más adelante se dictan para el efecto.”

del Ministerio de Defensa Nacional o de la Policía Nacional, según sea el caso, conforme a la reglamentación especial que al respecto expida el Gobierno Nacional, garantizando los derechos adquiridos y sin tener que presentar o cumplir ningún requisito adicional.

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

PARÁGRAFO 2o. El personal que actualmente presta sus servicios en la unidad prestadora de servicios Hospital Militar Central, se incorporará al establecimiento público de orden nacional, previsto en el artículo [40](#) de la presente ley.”.

(...)

ARTÍCULO 55. RÉGIMEN PRESTACIONAL. A los empleados públicos y trabajadores oficiales del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares y del Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional que se incorporen a las plantas de personal de salud del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional, respectivamente, y que se hubieren vinculado a estas entidades antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, se les continuará aplicando en su integridad el Título VI del Decreto-ley 1214 de 1990 o las normas que lo modifiquen o adicionen.

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

Finalmente, el artículo 56 *ibídem* en lo referente al régimen salarial aplicable a los servidores incorporados a la planta de personal del Ministerio de Defensa Nacional, señaló:

“(...) 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 (...).”.

ii) Del 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 Aranguren¹⁴, 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, ha precisado 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.”

¹⁴ 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.**

En igual sentido, la Sección Segunda, Subsección B, con ponencia del Dr. Gerardo Arenas Monsalve¹⁵, 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 1994¹⁶ 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 1994¹⁷, 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 nacional¹⁸ lo que, en otras palabras, debe decirse

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

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

¹⁷ **“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.”

¹⁸ 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

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 (...).”

ii) Del caso concreto.

La señora María del Pilar Amórtegui Rodríguez, en su condición de servidora pública de la planta de Ministerio de Defensa – sector salud – pretende que se le reconozca la prima de actividad y el subsidio familiar de que tratan en los artículos 38 y 49 del Decreto 1214 de 1990¹⁹; sin embargo, el ente demandado considera que ello no es viable por cuanto los empleados públicos del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares se les aplica el régimen salarial que rige a la rama ejecutiva del poder público.

Fuerzas Militares o en el Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional, según sea el caso.”

¹⁹ “(...) *Por el cual se reforma el estatuto y el régimen prestacional civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional.*

(...)

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.

(...)

ARTÍCULO 49. SUBSIDIO FAMILIAR. <Ver Jurisprudencia Vigencia y Notas del Editor> A partir de la vigencia del presente Decreto, los empleados públicos del Ministerio tendrán derecho al pago de un subsidio familiar, que se liquidará mensualmente sobre su sueldo básico, así:

a) Casados el treinta por ciento (30%), más los porcentajes a que se tenga derecho conforme al literal c) de este artículo;

b) Viudos, con hijos habidos dentro del matrimonio por los que exista el derecho a devengarlos, el treinta por ciento (30%), más los porcentajes de que trata el literal c) del presente artículo;

c) Por el primer hijo el cinco por ciento (5%) y un cuatro por ciento (4%) por cada uno de los demás, sin que se sobrepase por este concepto del diecisiete por ciento (17%).

(...).”

Con miras a resolver el punto objeto de controversia, conforme al material probatorio obrante en el expediente, la Sala realizará las siguientes precisiones:

Por medio de la Resolución 5165 de 16 de agosto de 1991 el Ministro de Defensa Nacional nombró a la señora María del Pilar Amórtegui Rodríguez como Médica en la categoría de Especialista Jefe, para que se desempeñara en el Batallón de Apoyo de Servicios para el Combate No. 1 Cacique Tundama²⁰.

De acuerdo con el Acta No. 1995 del año de 1996, se evidencia que la demandante fue nombrada mediante Resolución 0113 de 1º de marzo de 1996 como Profesional Universitario grado 3020-13 en el Instituto de Salud de las Fuerzas Militares²¹. Posteriormente, en virtud de la Resolución 00036 de 15 de enero de 1998, se posesionó como Profesional Especializado código 3010 grado 14 en la Planta de Salud del Ministerio de Defensa Nacional al servicio del Ejército Nacional²².

Mediante Resolución 1284 de 11 de septiembre de 2007 el Director General de Sanidad Militar nombró en provisionalidad a la señora María del Pilar Amórtegui Rodríguez para que se desempeñara como Profesional Especializado código 2028, grado 13²³.

En virtud del Acta de Posesión 0619 de 27 de octubre de 2009, se evidencia que la demandante fue nombrada para que se desempeñara como Servidor Misional en Sanidad Militar código 2-2, grado 14, el cual hace parte de la

²⁰ Visible a folio 173.

²¹ Visible a folio 175.

²² Información tomada del Acta de Posesión 328 de 15 de enero de 1998 visible a folio 177.

²³ Visible a folios 178 y 181.

planta de personal de empleados públicos del Ministerio de Defensa Nacional – Dirección General de Sanidad Militar, al servicio de la Dirección de Sanidad Ejército en el Batallón de apoyo y servicios para el combate no. 5 “Mercedes Abrego”; lo anterior por disposición de la Resolución 1377 de 14 de octubre de 2009²⁴.

Por medio de la Resolución 1393 de 12 de octubre de 2011 el Director General de Sanidad Militar retiró del servicio a la señora María del Pilar Amórtegui Rodríguez del cargo de Servidor Misional en Sanidad Militar código 2-2, grado 14, por haber acreditado los requisitos para la pensión de jubilación²⁵.

El 16 de julio de 2012 la señora María del Pilar Amórtegui Rodríguez solicitó a la Dirección de Sanidad Militar de las Fuerzas Militares el reconocimiento y pago de la prima de actividad y el subsidio familiar, previstos en los artículos 38 y 49 del Decreto 1214 de 1990, esto, en su condición de empleada pública del sector salud del Ministerio de Defensa Nacional²⁶.

El 21 de agosto de 2012 la Dirección de Asuntos Legales del Ministerio de Defensa Nacional, a través del Oficio 79639, negó la petición formulada por la accionante, argumentando para tal efecto lo siguiente:

*(...)
Ante el cambio de régimen laboral del personal que prestaba sus servicios al sistema de sanidad militar en el año 1994, generado con la creación del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares y del Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional, mediante el Decreto 171 de 1996 se establecen unas equivalencias de cargos para el personal de empleados públicos del Ministerio de Defensa Nacional al servicio de la Secretaría*

²⁴ Visible a folio 185.

²⁵ Visible a folio 186.

²⁶ Visible a folios 10 a 23.

General, Comando General y de las Fuerzas Militares que se incorporaron a la planta de personal de los mencionados Institutos y mediante estas equivalencias dicho personal le fue globalizado el salario, es decir, a su sueldo le fueron incorporadas todas las primas que devengaban al momento de entrar en vigencia dicho Decreto.

(...)

Por virtud del artículo 54 de la Ley 352 de 1997, a partir del 23 de enero de ese año, el personal del Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional pasó a ser parte de la estructura del Ministerio de Defensa Nacional y la Policía Nacional, lo cual se materializó mediante el Decreto 5 de 1998, bajo las condiciones laborales que venían gozando en el Instituto de Salud de las Fuerzas Militares e Instituto para la Seguridad Social y Bienestar Social de la Policía, sin solución de continuidad, sin cambiar la naturaleza del vínculo laboral y respetando los derechos adquiridos.

(...)

Bajo esas condiciones laborales se produjo la incorporación de los empleados y trabajadores oficiales del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares y del Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional, a las plantas de personal que se crearon en el Ministerio de Defensa Nacional y la Policía Nacional, donde desarrollaron el artículo 56 de la Ley 352 de 2007, de manera expresa el artículo 3, numeral 6 del Decreto 3062 del 23 de diciembre de 1997, dispuso que a ese personal se les aplica el régimen salarial que rige para la Rama Ejecutiva del Poder Público.

(...)

A la confrontación de las normas jurídicas cronológicamente relacionadas, se infiere que si bien, como lo anota la señora María del Pilar Amórtegui Rodríguez, al ser incorporado el personal de la Planta de Salud del Ministerio de Defensa Nacional y la Policía Nacional nuevamente a la estructura interna del Ministerio de Defensa Nacional y la Policía Nacional, hacen parte de la planta global y flexible del sector defensa, es decir, se rige por el Decreto Ley 1792 de 2000 y el Decreto 091 de 2007 en materia de administración de personal; y por el Decreto Ley 092 de 2007 en materia de Nomenclatura y clasificación de los empleos del sector defensa, ello no conlleva a afirmar, que por ese hecho, les son aplicables las disposiciones salariales contenidas en el Decreto Ley 1214 de 1990.

(...)

De acuerdo a lo anterior, el hecho de hacer parte del personal civil y no uniformado del Ministerio de Defensa Nacional y la Policía Nacional y pertenecer a la planta global del personal del sector defensa, por si no conlleva el derecho a que se reconozca y pague los emolumentos regulados en el Título III del Decreto Ley 1214 de 1990, entre estos, la prima de actividad descrita en el artículo 38 y el subsidio familiar de que trata el artículo 49 de dicho estatuto, dado que existe ley posterior y especial que los excluye de ese régimen, la cual actualmente se encuentra vigente.

(...).”

Pues bien, en consideración a lo anterior, estima la Sala que el hecho de que la señora María del Pilar Amórtegui Rodríguez se hubiese vinculado “a la planta de personal de salud del Ministerio de Defensa Nacional” a través de la Resolución 00036 de 15 de enero de 1998, 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 54 de la Ley 352 de 1997.

En efecto, tal y como quedó visto en el acápite que antecede, el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades conferidas por el legislador a través de la Ley 100 de 1993 dispuso la organización del sector Salud en las Fuerzas Militares y, para tal fin, dispuso la creación del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares cuyo personal no sólo ostentaba la categoría de servidores públicos sino que su régimen salarial era el previsto por el Gobierno Nacional para este tipo de servidores en el orden nacional.

Tal circunstancia, debe decirse, se mantuvo en vigencia de la Ley 352 de 1997, a través de la cual si bien el legislador dispuso la incorporación del personal salud de las Fuerzas Militares a la planta del Ministerio de Defensa Nacional, como consecuencia de la supresión y liquidación del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares, **el régimen salarial aplicable al personal incorporado debía ser el mismo que se venía aplicando al citado Instituto de Salud, esto es, el previsto por el Gobierno Nacional para los servidores públicos del orden nacional.**

En este sentido, al haberse vinculado la señora María del Pilar Amórtegui Rodríguez al sector salud de las Fuerzas Militares en vigencia de la Ley 352

de 1997 el régimen salarial aplicable a su situación particular no era otro que el previsto por el Gobierno Nacional para los Servidores Públicos, en los términos del artículo 54 de la referida ley.

Así las cosas, tal y como lo estimó la Dirección de Asuntos Legales del Ministerio de Defensa Nacional en el acto administrativo demandado, el régimen salarial aplicable a la señora María del Pilar Amórtegui Rodríguez, como empleada del sector salud del Ministerio de Defensa Nacional, es el previsto por el Gobierno Nacional para los servidores públicos del orden nacional.

En este sentido, debe precisarse que, no existe posibilidad de acudir a las normas previstas en el Decreto 1214 de 1990 para resolver las situaciones particulares de los servidores vinculados al sector salud de las Fuerzas Militares en virtud a lo dispuesto en el Decreto 1301 de 1994 y la Ley 352 de 1997, dado que, se reitera, el régimen salarial aplicable a esta clase de servidores es el previsto por el Gobierno Nacional para los servidores públicos del orden nacional.

Así las cosas, estima la Sala que la accionante no logró desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo acusado, a través del cual se le negó el reconocimiento y pago de la prima de actividad y el subsidio familiar en su condición de servidora pública del sector salud del Ministerio de Defensa Nacional.

Teniendo en cuenta las consideraciones que anteceden, estima la Sala que se hace necesario confirmar la sentencia del *A - quo*, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, negó las pretensiones de la demanda formulada por la señora María del Pilar

Amórtegui Rodríguez contra la Nación, Ministerio de Defensa, Dirección General de Sanidad Militar.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

CONFIRMAR la sentencia de 23 de abril de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B²⁷, 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.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CÚMPLASE.

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

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ
(Ausente con permiso)

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

²⁷ Con ponencia del Dr. Carmelo Perdomo Cuéter.

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ