



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

**Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO
SUÁREZ VARGAS**

Bogotá, D. C., primero (1) de marzo de dos mil dieciocho (2018).

Radicación: 25000234200020140433801 (0138-2017)

Demandante: Maria Bibiana Santos Ortega

**Demandado: Nación- Ministerio de Defensa Nacional-
Comando General de las Fuerzas Militares – Dirección
General de Sanidad**

Asunto: Asignación Básica

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la demandante, contra la sentencia proferida el 9 de junio de 2016 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, donde se negaron las pretensiones de la demanda.

1. Antecedentes

1.1. La demanda

1.1.1. Las pretensiones

La señora María Bibiana Santos Ortega a través de apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitó al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, se le aplique el régimen salarial para el personal de la dirección general de sanidad del Ministerio de Defensa Nacional previsto en el numeral 6 del artículo 3 del Decreto 3062 de 1997, esto es el que rige para los empleos de la rama ejecutiva del poder público del orden nacional.

Igualmente solicitó se declare la nulidad del Oficio 344067 CGFM-DGSM-SAF-GTH. 1.10 del 24 de julio de 2013, emitido por la dirección general de Sanidad Militar, mediante el cual se negó el reconocimiento de la asignación básica, conforme a la Ley 352 de 1997 y el Decreto 3062 de 1997.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicitó condenar a la demandada que efectúe la reliquidación, reajuste y pago de la asignación básica en el sentido de reconocer un salario equivalente al previsto para los empleados públicos de la rama ejecutiva del orden nacional y la sanción moratoria por pago inoportuno de cesantías con los correspondientes intereses moratorios.

1.1.2. Hechos

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

El Ministerio de Defensa Nacional nombró a la señora Santos Ortega en la planta global de la entidad en el cargo de servidor misional de Sanidad Militar 2-2, grado 4, mediante la Resolución 009 del 7 de marzo de 2002.

A la demandante se le ha negado el derecho a percibir una asignación básica conforme a lo establecido en el Decreto 3062 de 1997, esto es, aplicando el salario asignado a los empleados de la rama ejecutiva del orden nacional y no el que equivocadamente se le ha cancelado en calidad de personal civil del Ministerio de Defensa.

El 12 de junio de 2013, se radicó derecho de petición al Ministerio de Defensa Nacional -Comando General- Dirección de Sanidad de las Fuerzas Militares, para solicitar el reconocimiento y pago de la asignación básica, conforme al Decreto 3062 de 1997.¹

El 24 de julio del 2013, el director general de Sanidad Militar respondió la solicitud presentada, manifestando que de acuerdo a los decretos salariales expedidos anualmente por el Gobierno Nacional y teniendo en cuenta las escalas salariales de cada cargo y grado se realiza el ajuste de sueldos al personal de la planta de salud del Ministerio de Defensa Nacional.²

1.1.3. Normas violadas y concepto de violación

Como tales se señalaron los artículos 13 y 53 de la Constitución Política; 1, 2, 4, 38, 57 del Decreto 1214 de 1990; 1, 35, 36, 87, 88 del Decreto 1301 de 1994; 1, 2, 3 y 5 del Decreto 171 de 1996; 2 y 3 del Decreto 3062 de 1997; 1, 2 y 3 del Decreto 005 de 1998; 1, 3, 7, 10, 11 y 114 del Decreto 1792 de 2000; 1, 2, 3, 21 y 23 del Decreto 092 de 2007.

¹ Folios 3 al 7.

² Folios 8 al 10.

Al desarrollar el concepto de violación, la demandante afirmó que se está dando un tratamiento inequitativo, al desconocer las normas que regulan al personal de sanidad, esto es, aplicando una remuneración diferente a la que perciben los funcionarios de la rama ejecutiva de orden nacional, vulnerando el derecho a la igualdad, el cual tiene por objeto materializar en forma progresiva las condiciones sociales, económicas y culturales que reduzcan al máximo los desequilibrios existentes en las oportunidades del desarrollo humano.

Expresó que se evidencia el error que comete la administración al pretender atribuir una condición singular y discriminatoria en materia salarial para los integrantes de la planta de personal de sanidad.

1.2. Contestación de la demanda

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

Realizó un recuento de las diferentes normas que regulan el objeto de la pretensión, señalando que el sistema de salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional es autónomo y se rige exclusivamente por las disposiciones de la Ley 352 de 1997.

Manifestó que la normativa que se aplicó con relación a la asignación básica de los funcionarios de la Dirección General de Sanidad Militar, son los Decretos números 600, 643, 708, 1529, 1049, 2012 y 1020 de 2007, 2008, 2009, 2010, 2011, 2012 y 2013 respectivamente.

Sostuvo que no hay lugar a reliquidación, reajuste y pago de la asignación básica diferente a la que viene devengando, toda vez que de acuerdo con los decretos antes aludidos, esta se ha cancelado conforme a la ley.

1.3 El Ministerio Público.

No se pronunció.³

1.4. La sentencia apelada

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante sentencia de 9 de junio de 2016, negó las súplicas de la demanda.

Sostuvo que la actora ingresó a la planta de personal del Ministerio de Defensa Nacional al servicio de sanidad el 7 de marzo de 2002. En consecuencia, su régimen prestacional está regulado por los decretos que expide el Gobierno Nacional cada año para los empleados civiles no uniformados del Ministerio de Defensa Nacional, en virtud de las facultades conferidas por la Ley 4 de 1992.

Indicó que los decretos por los cuales se fijan las escalas salariales de los empleados públicos de la rama ejecutiva del orden nacional establecen taxativamente a quienes les son aplicables, excluyendo de manera directa al personal de las Fuerzas Militares y a los empleados civiles del Ministerio de Defensa Nacional.

³ Folio 529.

Concluyó que la asignación básica que percibe la demandante está sujeta a la normativa en que debía fundarse, y por lo tanto el acto enjuiciado se encuentra ajustado a los decretos expedidos por el Gobierno. Además, la entidad por expresa disposición legal solo tenía facultad para aplicar el régimen salarial de los empleos de la rama ejecutiva del poder público del orden nacional a los empleados públicos y trabajadores oficiales del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares que fueron incorporados a las plantas de personal de salud que creó el Ministerio de Defensa Nacional.

I

1.5. El recurso de apelación

La señora Maria Bibiana Santos Ortega, actuando por intermedio de apoderado, interpuso recurso de apelación que sustentó con los siguientes planteamientos:⁴

Manifestó que no es cierto que los decretos que aplican al personal de la rama ejecutiva de orden nacional prevean una diferenciación frente al personal civil del Ministerio de Defensa. Insistió en que las normas sobre las cuales se debe pagar la asignación básica son las contempladas en la Ley 352 de 1997 y el Decreto 3062 de 1997.

Insistió en que el acto demandado es nulo, por cuanto la entidad incurre en violación a la norma superior y falsa motivación porque negó el reconocimiento y pago a la demandante del régimen salarial previsto para los empleados de la Rama Ejecutiva del poder público del orden nacional.

⁴ Folios 418 al 420.

1.6. Alegatos de conclusión en segunda instancia.

1.6.1. La parte demandante.

Reiteró los argumentos expuestos en el recurso de alzada y manifestó que se dio una interpretación errónea al sostener que existen dos remuneraciones para un cargo que cumple iguales funciones en la entidad, pues no puede aceptarse que un salario es el que devenga una persona que ingresó antes de la expedición de la Ley 352 de 1997 y otro el de aquellos que se incorporaron con posterioridad a esa fecha.⁵

1.6.2. La entidad demandada.

No presentó.

La Sala decide, previas las siguientes,

2. Consideraciones

2.1. El problema jurídico

Consiste en determinar si la demandante, en su condición de empleada de la Dirección de Sanidad del Ministerio de Defensa Nacional, le asiste el derecho al reajuste y pago de la asignación básica de acuerdo a lo previsto en la Ley 352 de 1997 y el Decreto 3062 de 1997, es decir, aplicando los decretos que fija el Gobierno Nacional para los empleados de la Rama Ejecutiva del orden nacional y, de ser así, si se le debe reconocer sanción moratoria por el no pago

⁵ Folios 526 al 528.

completo de las cesantías.

2.2. Marco normativo

El Decreto 1214 del 8 de junio de 1990, por el cual se reformó el estatuto y el régimen prestacional civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional en su artículo 4 señaló: «Denominase empleado público del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional, la persona natural a quien legalmente se le nombre para desempeñar un cargo previsto en las respectivas plantas de personal del Ministerio de Defensa, de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional y tome posesión del mismo, sea cual fuere la remuneración que le corresponda».

Más adelante, la Ley 100 del 23 de diciembre de 1993 creó el Sistema de Seguridad Social Integral consagró y confirió unas facultades extraordinarias al Presidente de la República, con el siguiente objeto:

Artículo 248. Facultades extraordinarias. De conformidad con lo previsto en el ordinal 10 del artículo [150](#) de la Constitución Política, revístase al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias por el término de seis (6) meses, contados desde la fecha de publicación de la presente Ley para:

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

[...]

6. Facultase al Gobierno Nacional para que en el término de seis meses, contados a partir de la fecha de la presente Ley, organice el sistema de salud de las Fuerzas Militares y de Policía y al personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990, en lo atinente a:

a) Organización estructural;

- b) Niveles de Atención Médica y grados de complejidad;
- c) Organización funcional;
- d) Régimen que incluya normas científicas y administrativas;
- e) Régimen de prestación de servicios de salud.

[...] (Se resalta)

En desarrollo de tales facultades, el Gobierno nacional expidió el Decreto 1301 de junio 22 de 1994, derogado expresamente por la Ley 352 de 1997, en sus artículos 88 y 89, dispuso:

Artículo 88. Régimen salarial del personal. Los empleados públicos y trabajadores oficiales del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares y del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares y del Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional para efectos de remuneraciones, primas, bonificaciones, viáticos, horas extras y subsidios se regirán por las normas legales que para esta clase de servidores establezca el gobierno Nacional.

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

Parágrafo. Los empleados públicos y trabajadores oficiales, que al entrar en vigencia el presente Decreto se encuentren prestando servicios en el Ministerio de Defensa Nacional y que ingresen al Instituto de Salud de las Fuerzas Militares o al Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional, se someterán al régimen salarial establecido para la entidad respectiva.

Artículo 89. Régimen prestacional 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, quedarán sometidos al régimen de la Ley 100 de 1993.** En lo relativo a las

demás prestaciones sociales se les aplicará el Decreto Ley 2701 de 1988 y normas que lo modifiquen y adicionen.

Parágrafo. En concordancia con lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, **los empleados públicos y trabajadores oficiales que ingresen al Instituto de Salud de las Fuerzas Militares o al Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional y se hubieren vinculado al Ministerio de Defensa Nacional o a la policía Nacional antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 continuaran cobijados por el título VI del Decreto 1212 de 1990.** (Se destaca).

La anterior consagración fue derogada por la Ley 352 del 17 de enero de 1997 «por la cual se reestructura el Sistema de Salud y se dictan otras disposiciones en materia de Seguridad Social para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional», en la cual se determinó:

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

Parágrafo 1. Los institutos seguirán cumpliendo sus respectivas funciones hasta tanto las Fuerzas Militares y la Policía Nacional puedan asumir plenamente las funciones asignadas en el título I. Las actividades, estructura y planta de personal de los institutos se irán reduciendo progresivamente hasta desaparecer en el momento en que finalice su liquidación, garantizando la continuidad de la vinculación del personal en los términos del artículo siguiente.

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

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

garantizando los derechos adquiridos y sin tener que presentar o cumplir ningún requisito adicional.

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

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

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

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

Así las cosas, el régimen que debe aplicarse a los empleados públicos que prestan sus servicios al Instituto de Salud de las Fuerzas Militares depende de la fecha en que estos se vincularon con la entidad, es decir, los que se encontraban antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se regirán por el Decreto 1214 de 1990 y los que se incorporaron con posterioridad se les deberá aplicar la Ley 100 de 1993 y las normas que se hayan expedido en desarrollo de las facultades extraordinarias conferidas al presidente de la República para organizar el sistema de salud del Ministerio de Defensa Nacional.

2.3. Hechos probados

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

La señora Marla Bibiana Santos Ortega se desempeñó en los cargos que a continuación se relacionan así:

Profesional universitario, código 3020, grado 8, en la planta de personal de salud del Ministerio de Defensa Nacional⁶, según Resolución 126 del 27 de febrero de 2002; servidor misional en sanidad militar, código 2-2, grado 4, de la planta de personal de empleados públicos del Ministerio de Defensa Nacional⁷, Resolución 1785 del 22 de noviembre de 2012; servidor misional en sanidad militar código 2-2, grado 9, de la planta de personal de empleados públicos del Ministerio de Defensa Nacional⁸, según Resolución 0016 del 5 de enero de 2015.

De igual forma obra en folios 11 y 12 del expediente certificación emitida por el coordinador del Grupo Talento Humano de la Dirección General de Sanidad Militar donde consta que la señora Santos Ortega se desempeña en el cargo de servidor misional, código 2-2, grado 4.

El 12 de junio de 2013, la demandante presentó petición ante el Ministerio de Defensa, Comando General, Dirección General de Sanidad Militar,

⁶ Folio 322

⁷ Folios 318 al 319.

⁸ Folios 315 al 316.

encaminada a lograr el reajuste de la asignación básica, teniendo en cuenta el valor cancelado a los empleados de la Rama Ejecutiva del orden nacional ⁹

El 24 de julio de 2013, el director de Sanidad Militar dio respuesta a la solicitud, informando que el reajuste salarial se realiza de acuerdo a los decretos que expide el Gobierno nacional y las escalas salariales de cada cargo y grado, y por lo tanto jurídicamente no se podía dar trámite favorable a la solicitud.¹⁰

2.4. Caso concreto

En reiteradas oportunidades se han venido solicitando, por parte de los servidores públicos del Ministerio de Defensa Nacional vinculados a la Dirección de Sanidad Militar, reclamaciones tendientes a obtener el reajuste de la asignación salarial, sustentada en los valores que son liquidados a los empleados de la Rama Ejecutiva del orden nacional.

El Gobierno Nacional a través de la Ley 100 de 1993, organizó el sector salud de las Fuerzas Militares y para tal efecto creó el Instituto de Salud para la mencionada entidad y estableció un régimen salarial para sus funcionarios a quienes se les designó como servidores públicos.

Así las cosas, a todos aquellos empleados públicos o trabajadores oficiales que se encontraban vinculados al Instituto de Salud de las Fuerzas Militares y del Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 se les deben aplicar las normas señaladas en

⁹ Folios 3 al 7.

¹⁰ Folios 8 al 10.

el Decreto 1214 de 1990, o aquellas que posteriormente se expidan; no sucede lo mismo con aquellos servidores que ingresaron con posterioridad a la expedición de la norma¹¹, quienes están sometidos al régimen previsto en la Ley 352 de 1997.

Ahora bien, el Consejo de Estado¹² ha discriminado tres etapas en lo referente a la vinculación al sector salud de las Fuerzas Militares, así:

- Empleados públicos «personal civil» vinculados al Ministerio de Defensa con anterioridad al 22 de junio de 1994¹³ le eran aplicables las disposiciones previstas en el Decreto 1214 de 1990, dentro de las cuales se encontraba contemplado el reconocimiento y pago de una prima de actividad, artículo 38 ib.
- Empleados públicos vinculados al Instituto de Salud de las Fuerzas Militares le serían aplicables las normas legales que para esta clase de servidores determinara el Gobierno Nacional, artículo 88 del Decreto 1301 de 1994.
- Empleados públicos incorporados a la planta de personal del Ministerio de Defensa –sector salud-, con ocasión del proceso de supresión y liquidación del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares, continuarían sometidos al régimen salarial que se les aplicaba en el referido Instituto.

De acuerdo con lo expuesto, concluye la Sala que a partir de la expedición del

¹¹ Ley 100 de 1993, por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones

¹² (i) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 27 de noviembre de 2014, Consejero Ponente Gerardo Arenas Monsalve, número interno 2853-13; ii) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 18 de febrero de 2016, consejero ponente Luis Rafael Vergara Quintero, número interno 3512-2013; iii) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 12 de octubre de 2016, consejero ponente Cesar Palomino Cortés, número interno 0682-2014.

¹³ Fecha en la que entra en vigencia el Decreto 1301 de 1994 y se crea el Instituto de Salud de las Fuerzas Militares.

Decreto 1301 de 1994¹⁴, por expresa disposición del Gobierno Nacional, **el régimen salarial aplicable a los servidores públicos vinculados al sector salud de las Fuerzas Militares no es otro que el previsto para los empleos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional**¹⁵ 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. (Negrilla fuera de texto).

En efecto, la señora María Bibiana Santos Ortega fue nombrada en provisionalidad por el Ministerio de Defensa Nacional, mediante Resoluciones 0097 y 1379 del 5 de febrero de 2007¹⁶ y del 14 de octubre de 2009, fecha en la cual ya se encontraba en vigencia la Ley 100 de 1993, lo que significa que no le es aplicable el Decreto 1214 de 1990.

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

¹⁴ **Artículo 88. Régimen salarial del personal.** Los empleados públicos y trabajadores oficiales del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares y del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares y del Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional para efectos de remuneraciones, primas, bonificaciones, viáticos, horas extras y subsidios se regirán por las normas legales que para esta clase de servidores establezca el gobierno Nacional.

¹⁵ 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.

¹⁶ Folios 2 al 3

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

[...]

En lo concerniente al personal que integra el sistema de salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, en el artículo 248 de la Ley 100 de 1993 se revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias por el término de 6 meses, entre otras cosas, para organizar ese sistema, en aspectos relacionados con su organización estructural, niveles de atención médica y grados de complejidad, organización funcional, régimen que incluya normas científicas y administrativas, y régimen de prestación de servicios de salud.

[...]

Con posterioridad, a través de la Ley 352 de 1997 «por la cual se reestructura el Sistema de Salud y se dictan otras disposiciones en materia de Seguridad Social para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional» se efectuó lo subsiguiente:

1. Restructuró el sistema de salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional;
2. Creó la Dirección General de Sanidad¹⁷ 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 a la reglamentación que para tal efecto el Gobierno Nacional debía expedir¹⁸, con el respeto de los derechos adquiridos y sin la exigencia de requisitos adicionales.

¹⁷ Artículo 9 de la Ley 352 de 1997

¹⁸ Artículo 54 de la Ley 352 de 1997

En lo que respecta a su régimen prestacional, en el artículo 55 la Ley 352 de 1997 señaló que quienes se hubieren vinculado con anterioridad a la Ley 100 de 1993 continuarían siendo beneficiados de las disposiciones que sobre la materia señala el Decreto Ley 1214 de 1990. **Mientras que los demás, quedarían sometidos a lo señalado en la Ley 100 de 1993** y en lo no contemplado en ella, se les aplicaría lo señalado en el título VI del Decreto Ley 1214 de 1990.

Por su parte, en materia salarial el artículo 56 de la Ley 352 de 1997 indicó que **los empleados públicos y trabajadores oficiales que se incorporaran a las plantas de personal del Ministerio de Defensa Nacional y Policía Nacional en virtud de lo dispuesto en esa ley, continuarían sometidos al mismo régimen que se aplicaba en el Instituto de Salud de las Fuerzas Militares y en el Instituto de Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional, según el caso.** (Negrilla fuera de texto)

Sección Segunda, Subsección A, Sentencia del 21 de enero de 2015, expediente 3406-2013, consejero ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren:

[...]

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

Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 26 de octubre de 2017, expediente 2866 - 2016, consejera ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez, señalo:

[...]

En efecto, tal y como ha sido considerado por parte de la Sala, el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades conferidas por el legislador a través de la Ley 100 de 1993 estableció la organización del sector Salud en las Fuerzas Militares, para lo cual, 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 dichos servidores en el orden nacional.

Luego fue expedido el Decreto 1301 de 1994; por el cual se organizó el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares, de la Policía Nacional y del personal no uniformado de la Policía Nacional, cuyo régimen salarial no era otro que el previsto por el Gobierno Nacional para los Servidores Públicos, en los términos del artículo 88 del referido decreto.

Tal circunstancia, debe decirse, se mantuvo en vigencia de la Ley 352 de 1997, a través de la cual, al margen de la voluntad legislativa de incorporar al personal de 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; estableció que 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.

De todo lo anterior, se concluye que el régimen que tiene cabida para el **personal civil vinculado al servicio de salud en el Ministerio de Defensa Nacional, con anterioridad a la Ley 100 de 1993** y el que venía de estar incorporado al Instituto de Salud de las Fuerzas Militares es el aplicable para los servidores de la Rama Ejecutiva del poder público de orden nacional, pues así lo estableció el Decreto 3062 de 1997¹⁹, determinando de esta manera la **exclusión de lo contemplado en el Decreto 1214 de 1990**. [...].

Es claro en el caso en estudio que la señora María Bibiana Santos Ortega fue

¹⁹ Artículo 3 numeral 6. A los empleados públicos y trabajadores oficiales del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares que se incorporen a las Plantas de Personal de Salud que se creen en el Ministerio de Defensa Nacional se les aplicará el régimen salarial que rige a los empleos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional.

nombrada y posesionada bajo la vigencia de la Ley 100 de 1993,²⁰ y por lo tanto, será esta la norma que la rige desde el momento que comenzó a realizar sus labores como servidora del Ministerio de Defensa, al tenor de lo dispuesto en el artículo 279 *ibidem*, que consagra lo siguiente:

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

Con base en la norma transcrita se puede afirmar que aunque los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional están excluidos de la aplicación del sistema general de seguridad social contemplado en la Ley 100 de 1993, esta exención no cobija al personal civil que se incorporó al Ministerio de Defensa y la Policía Nacional²¹ con posterioridad a la entrada en vigencia de la mentada ley, es decir, a partir de 1 de abril de 1994.

Así las cosas, como la vinculación de la accionante al Ministerio de Defensa se produjo en el año 2002, forzoso es concluir que está amparada por el régimen establecido en la Ley 100 de 1993, previsión que fue corroborada con lo dispuesto en el artículo 55, parágrafo²² de la Ley 352 de 1997, y, por lo tanto,

²⁰ Folios 314 al 322; donde se relacionan las siguientes actas de posesión: 009 del 7 de marzo de 2002; 1252 del 27 de octubre de 2009; 0122 del 3 de diciembre de 2012 y 0011 del 7 de enero de 2015.

²¹ Cobijado por el Decreto 1214 de 1990.

²² **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

no se pueden reconocer las diferencias presentadas entre lo que percibió y lo que se pretende, pues, se repite, la accionante se vinculó con posterioridad a la entrada en vigencia de la aludida ley de seguridad social, lo anterior de acuerdo a lo dispuesto en la normativa antes señalada.²³

Consecuentes con lo anterior, no es viable lo solicitado en las pretensiones de la demanda por no tener la actora derecho al pago de la diferencia en la asignación básica, en el entendido que este emolumento se garantizó para aquellas personas que al momento de la expedición de la Ley 352 de 1997, pertenecían al Instituto de Salud de las Fuerzas Militares e Instituto para la Seguridad Social y Bienestar Social de la Policía Nacional. ²⁴ Igualmente el Decreto 3062 de 1997, en su capítulo de garantías laborales, artículo 3 numeral 6 estableció:

La incorporación de los empleados públicos y trabajadores oficiales de que trata el artículo 2º del presente decreto se hará teniendo en cuenta las siguientes garantías:

[...]

A los empleados públicos y trabajadores oficiales del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares que se incorporen a las Plantas de Personal de Salud que se

integridad el Título VI del Decreto-ley 1214 de 1990 o las normas que lo modifiquen o adicionen.

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

²³ Ley 352 de 1997 y al Decreto 3062 de la misma anualidad.

²⁴ Entidades creadas mediante el Decreto 1301 del 22 de junio de 1994 y la Ley 62 del 12 de Agosto de 1993.

creen en el Ministerio de Defensa Nacional se les aplicará el régimen salarial que rige a los empleos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional.
[...]

Además como se puede apreciar en las resoluciones de nombramiento que reposan en el expediente,²⁵ provienen del Ministerio de Defensa Nacional, Dirección General de Sanidad Militar y de acuerdo a las actas de posesión y las fechas de inicio de actividades de la accionante, claramente queda excluida de ser beneficiaria de los decretos expedidos por el Gobierno Nacional que rigen la situación salarial y prestaciones de los miembros de la Rama Ejecutiva por no haber pertenecido al Instituto de Salud de las Fuerzas Militares.

3. Conclusión.

Con base en los argumentos previamente expuestos no le asiste el derecho a la demandante, en su condición de empleada pública no uniformada al servicio de la planta de salud del Ministerio de Defensa Nacional, al reconocimiento de la diferencia de la asignación básica regulada para los trabajadores de la Rama Ejecutiva del orden nacional, lo anterior, en el entendido de que fue nombrada y posesionada en el año 2002, y que por disposición de la Ley 352 de 1997 y del Decreto 3062 de 1997, el régimen salarial que pretende tan solo aplica para los empleados públicos y trabajadores oficiales del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares que fueron incorporados antes de la Ley 100 de 1993.

²⁵ Folios 314 al 322.

Por lo tanto, se confirmará la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, al quedar claramente establecido que para la fecha en que la señora Santos Ortega se posesionó en el cargo (año 2002), no le era aplicable el régimen salarial previsto para los servidores públicos del orden nacional.

De la condena en costas

Esta Subsección en sentencia del 7 de abril de 2016²⁶, respecto de la condena en costas en vigencia del CPACA, concluyó que la legislación varió del Código Contencioso Administrativo al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de un criterio subjetivo a uno objetivo valorativo.

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

Así mismo, se definió que la cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de las partes, pues varía según sea la parte vencida el empleador o el trabajador (Acuerdo 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura) y la complejidad e intensidad de la participación procesal; que las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el

²⁶ Rad. 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014), actor: José Francisco Guerrero Bardi, Consejero ponente: William Hernández Gómez.

juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas; que la liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho) la hará el juez de primera o única instancia y que procede condenar en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Conforme a las anteriores reglas y de conformidad con lo previsto en el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso, según el cual solo hay lugar a imponer costas en la medida de su comprobación, no se dispondrá condena al respecto como quiera que no se presentó intervención alguna de la parte demandada durante el trámite de segunda instancia.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

SE CONFIRMA la sentencia proferida el 9 de junio de 2016 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda instaurada por la señora María Bibiana Santos Ortega, contra la Nación - Ministerio de Defensa.

Sin costas en segunda instancia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

AEG