



Cartagena de Indias D. T. y C., doce (12) de junio de dos mil veinte (2020)

## I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

<b>Medio de Control:</b>	Nulidad y Restablecimiento del derecho
<b>Radicación:</b>	13-001-33-33-009-2017-00057-01
<b>Demandante:</b>	Yadira del Rosario Fenix Mejía
<b>Demandado:</b>	Ministerio de Defensa Nacional
<b>Asunto</b>	Reconocimiento de pensión de jubilación personal civil
<b>Magistrado Ponente:</b>	Edgar Alexi Vásquez Contreras

## II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por las partes demandada y demandante contra la sentencia de 9 de octubre de 2018, mediante la cual el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

## III. ANTECEDENTES

### 3.1. DEMANDA

#### a) Pretensiones

La señora Yadira del Rosario Fenix Mejía presentó demanda, mediante apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho establecido en el artículo 138 del C.P.A.C.A., contra la Nación – Ministerio de Defensa Nacional, en la que solicitó las siguientes declaraciones y condenas:<sup>1</sup>

*"1. Que se declare la Nulidad de los siguientes actos administrativos: Que se declare la nulidad del acto Administrativo ficto presunto que nació a la vida jurídica, por no recibir respuesta de la petición elevada ante del Ministerio de Defensa Nacional configurándose el Silencio Administrativo Negativo, solicitud enviada a través de la empresa Servientrega guía número 914114630 de fecha 08- 08- 2014.*

*2. Resolución 117 del 23 de enero de 2002 emanada del Ministerio de Defensa Nacional.*

*3. Resolución 000587 del de 14 de agosto de 2001 del Ministerio de Defensa Nacional.*

*4. Como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los actos administrativos acusados, Condenar mediante fallo a los accionados LA*

<sup>1</sup> Fs. 31-32 demanda corregida.



13-001-33-33-009-2017-00057-01

*NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, a reconocer y pagar mediante acto administrativo efectuando la reliquidación de las Prestaciones Sociales y la Pensión de Jubilación, de mi mandante la señora YADIRA DEL ROSARIO FÉNIX MENA, dando aplicación al artículo 102 del Decreto Ley 1214 de 1990, es decir incluyendo todos los factores salariales para liquidar prestaciones sociales y pensión de jubilación de conformidad con lo señalado en la norma citada, son estos factores los que a continuación se transcribe: Sueldo básico, prima de servicio, prima de alimentación Duodécima (1 /12) parte de la prima de navidad'.*

*5. La condena respectiva será actualizada de conformidad con lo previsto en el artículo 178 del C. C.A., aplicando los ajustes de valor.*

*6. Condenar a las entidades demandadas, al reconocimiento y pago de Intereses Moratorias de conformidad Con los argumentos expuestos por la Corte Constitucional en Sentencias T-418 de 1996 y C-188 de 1999, en armonía con el artículo 111 de la Ley 510 de 1999» 2.2.5.*

*7. Las entidades demandadas, darán cumplimiento a la sentencia, en los términos de los artículos 176, y 177 del Código Contencioso Administrativo.*

*8. Condenara las entidades demandadas, al reconocimiento y pago, de la pensión de jubilación aplicando todos los factores salariales que señala el artículo 102 del Decreto 1214 de 1990, desde el día 30 del mes de enero de 2011, aplicando el ajuste del valor tomado como base el índice de precios al Consumidor I.P. C., certificado mes por mes por el departamento Nacional de Estadística "DANE".*

## **b) Hechos.**

Para sustentar fácticamente las pretensiones el demandante afirmó, en resumen, lo siguiente:

Prestó sus servicios por más de 20 años en calidad de Auxiliar de Enfermería a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Dirección de Sanidad Naval – Hospital Naval de Cartagena, por lo que mediante Resolución No. 117 de 1º de junio de 2001, fue reconocida pensión de jubilación de conformidad con el artículo 98 del Decreto 1214 de 1990.

Al momento de liquidar la pensión no se tuvieron en cuenta todos los factores salariales establecidos en el artículo 102 del Decreto 1214 de 1990, pues se omitió incluir la prima de servicio y la prima de alimentación.

El 20 de mayo de 2016, solicitó la reliquidación de la pensión reconocida, petición que fue negada mediante el acto administrativo ficto demandado.



### c) Normas violadas y concepto de la violación.

La parte demandante afirmó que el acto acusado violó los artículos 2, 6, 13, 25, 29 y 53 de la Constitución Política; 102 del Decreto Ley 1214 de 1990, y 54 y 55 de la Ley 352 de 1997.

Transcribió las normas mencionadas y manifestó que se desconocieron los fines del Estado, al no permitirle recibir una pensión que le permita tener la oportunidad de obtener los bienes y servicios que le den una mejor calidad de vida.

Manifestó que no ha sido trata igual que los demás colombianos y, se viola el debido proceso al no dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 102 del Decreto 1214 de 1990.

Agregó que se desconocieron las obligaciones contenidas en la Constitución en cuanto a la protección del trabajador.

### 3.2. Contestación. (fs. 92-94)

- **La Nación – Ministerio de Defensa Nacional**, se opuso a las pretensiones de la demanda toda vez que a la accionante le fue aplicada la norma que corresponde a su situación fáctica.

Señaló que el acto acusado goza de presunción de legalidad, la cual no ha sido desvirtuada por el actor, quien no ha demostrado que los actos enjuiciados estén viciados de alguna causal de nulidad.

Agregó que no le es aplicable a la demandante el Decreto 1214 de 1990, pues en virtud de la facultad extraordinaria establecida en el artículo 248 de la Ley 100/93 se expidió el Decreto 1301 de 1994, al que fue incorporado la totalidad del personal que venía prestando sus servicios al sistema de Sanidad Militar.

Por lo anterior, el personal que labora en la Dirección de Sanidad del Ministerio de Defensa no es beneficiario del régimen salarial previsto en el Decreto 1214/90, razón por la cual reconoció la pensión de la demandante con observancia del artículo 88 del Decreto 1301 de 1994.

Propuso como excepciones presunción de legalidad del acto acusado, buena fe, prescripción de derecho laborales e innominadas.



### 3.3. Sentencia de primera instancia (fs. 164-169)

El Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia del 9 de octubre de 2018, resolvió:

**“PRIMERO. DECLÁRASE** la nulidad parcial de la Resolución No. 117 de 23 de enero de 2002, mediante la cual se reconoció una pensión mensual vitalicia de jubilación a Yadira del Rosario Fénix Mena. Así mismo, **DECLÁRASE** la nulidad del acto administrativo ficto configurado por no haber dado respuesta a la petición remitida por la demandante por correo certificado ante la entidad, el día 11 de agosto de 2014 con guía No. 914114630.

**SEGUNDO. CONDENASE** a la Nación — Ministerio de Defensa Nacional a reliquidar la pensión de jubilación de Yadira del Rosario Fénix Mena a partir del 01 de junio de 2006 con el promedio del 75% de los haberes devengados, teniendo en cuenta para su cálculo, además de la asignación básica y la 1/12 parte de la prima de navidad, ya incluidas, las primas de alimentación y servicios.

**TERCERO. CONDENASE** a la Nación — Ministerio de Defensa Nacional a pagar la diferencia que resulte entre lo que se ha venido cancelando a Yadira del Rosario Fénix Mena por concepto de la Resolución No. 117 de 23 de enero de 2002 y lo que se ha de cancelar conforme a lo ordenado en el ordinal anterior, a partir del 11 de agosto de 2010.

Las sumas que resulten a favor de la demandante se reajustaran de acuerdo con la siguiente fórmula, en donde (...)

**CUARTO. DECLÁRASE** probada la excepción de **PRESCRIPCIÓN** de las mesadas causadas con anterioridad al 11 de agosto de 2010 por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**QUINTO. DENEGAR** las demás pretensiones de la demanda.”.

Para sustentar las decisiones anteriores el A – quo sostuvo que el demandante no es beneficiario de la Ley 100/93, como señala la parte demandada, pues se encuentra dentro de las excepciones contempladas en el artículo 279 ibídem. Además, quedó acreditado que se vinculó con anterioridad a dicha norma, por lo cual le era aplicable el Decreto 1214 de 1990 para efectos pensionales.

Agregó que la actora acreditó que en su último salario percibió además de los factores incluidos dentro de la liquidación realizada por la entidad demandada en el acto acusado, los siguientes emolumentos: subsidio de alimentación y prima de servicios, que también tienen el carácter de salariales y se encuentran dentro de las partidas computables enlistadas en el artículo 102 del Decreto 1214/90, por lo cual tenía derecho a la reliquidación de su pensión.



### 3.4. Recurso de apelación.

- **La parte demandante (fs. 171-176)** – Manifestó, en resumen, que la Resolución mediante la cual se reconoce la pensión de Jubilación, incluyó como factores para efectuar la liquidación el sueldo básico y 1/12 prima de navidad.

Luego, omitió otros factores o haberes que se encontraba percibiendo al momento de la liquidación de su pensión tal como quedó demostrado con la certificación que se encuentra militando a folio 124 del expediente, tales como la prima de alimentación, la prima de servicio y la prima de vacaciones.

Por lo anterior, tiene derecho a que se incluya dichos factores, tal y como lo ha señalado la sentencia de unificación jurisprudencial del 10 agosto de 2010, Magistrado Ponente Víctor Hernando Alvarado Ardila, la sentencia de la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado del 1º de agosto de 2013, al considerar que todo lo que devengaba el trabajador dentro del año anterior a su pensión debe ser incluido para efectuar la liquidación de la pensión.

- **La demandada** reiteró en lo sustancial, lo expuesto en la contestación de la demanda.

Agregó que no se desvirtuó la presunción de legalidad de la que goza el acto acusado y que en el presente caso a la demandante no le es aplicable el Decreto 1214 de 1990, pues en virtud de la facultad extraordinaria establecida en el artículo 248 de la Ley 100/93 se expidió el Decreto 1301 de 1994, al que fue incorporado la totalidad del personal que venía prestando sus servicios al sistema de Sanidad Militar.

Por lo anterior, el personal que labora en la Dirección de Sanidad del Ministerio de Defensa, no es beneficiario del régimen salarial previsto en el Decreto 1214/90, razón por la cual reconoció la pensión de la demandante con observancia del artículo 88 del Decreto 1301 de 1994.

En conclusión, el personal que labora en la Dirección General de Sanidad Militar, Ministerio de Defensa Nacional, no es beneficiario del régimen salarial previsto en el Decreto 1214 de 1990, sino del pensional, razón por la cual se procedió a reconocer pensión de jubilación con observancia del artículo 98 de dicha norma, pero no pueden incluirse las partidas relacionadas para el personal civil del Ministerio De Defensa Nacional como pretende la accionante porque la norma que regula su régimen salarial no las consagra.



### **- Actuación procesal de la instancia.**

Mediante auto del 16 de junio de 2015 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (f. 3 Cuaderno No. 2), y por providencia de 28 de julio de 2015 se corrió traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión, y al Ministerio Público para que emitiera concepto de fondo (f. 6 ibídem).

La parte demandante presentó alegatos y reiteró, en lo sustancial lo expuesto en la demanda (fs. 8-9); la parte demandada presentó alegatos y reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación (fs. 10-11) y el Ministerio Público solicitó que se confirmara la sentencia de primera instancia, toda vez que a los trabajadores oficiales del Ministerio de Defensa también se les aplica el Decreto 1214/90 (fs. 12-19).

## **IV.- CONTROL DE LEGALIDAD**

Agotado el trámite descrito sin que se adviertan impedimentos procesales ni causales de nulidad que invaliden la actuación, procede este Tribunal a decidir el recurso de apelación interpuesto contra el fallo de primera instancia.

## **V.- CONSIDERACIONES**

### **5.1. Competencia**

El artículo 153 del C.P.A.C.A., establece que las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos, y las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como el recurso de queja cuando no se conceda apelación, o se condena en un efecto distinto del que corresponda, serán conocidos por los Tribunales Administrativos en segunda instancia, conforme a las reglas de competencia establecidas.

### **5.2. Problema Jurídico**

Corresponde a la Sala establecer, si de acuerdo con el artículo 102 del Decreto 1214/90 y la jurisprudencia del Consejo de Estado, la demandante tiene derecho a que se reliquide su pensión de jubilación incluyendo en su base de cotización las siguientes partidas computables: prima de servicios, la prima de vacaciones y prima de alimentación.



### 5.3. Tesis del Despacho

La demandante tiene derecho a la reliquidación, pero no en los términos que reclama, porque el artículo 102 del Decreto 1214/90 establece que las partidas computables para la liquidación pensional, siempre que hayan sido devengadas durante el último año de servicios.

Por lo anterior, a la demandante se le reconoció la pensión incluyendo en su base de liquidación sueldo básico y duodécima (1/12) parte de la prima de navidad, enlistados en la norma mencionada; pero no tiene derecho a que se le incluyan la prima de vacaciones, porque no están previstas como partidas computables en la norma comentada.

Sin embargo, sí tiene derecho a que se le reliquide la pensión incluyendo como partida computable la prima de servicios y la prima de alimentación, porque fueron devengadas durante el último año de servicios y, además, están previstas como partida computable en la disposición mencionada.

Por tal razón la sentencia apelada deberá ser confirmada.

### 5.4. Marco jurídico y jurisprudencial

#### - Reconocimiento pensional de los integrantes de la Fuerza Pública y del personal civil del Ministerio de Defensa Nacional.

Los artículos 217 y 218 de la Constitución Política prescriben que el legislador tiene la facultad de establecer de manera especial el régimen salarial y prestacional de las Fuerzas Militares y de Policía Nacional, distinto del régimen general previsto en la Ley 100 de 1993, con el fin de materializar el principio de igualdad.

El Decreto 2701 de 1988, reguló el régimen prestacional de los servidores públicos (empleados y trabajadores oficiales) que laboraban en las entidades descentralizadas, establecimientos públicos o Empresas Industriales y Comerciales del Estado, que se encontraran adscritos o vinculados al Ministerio de Defensa Nacional y en su artículo 10 señaló que *"el personal de que trata el presente Decreto, no se regirá por las normas establecidas para los empleados públicos y trabajadores oficiales del Ministerio de Defensa Nacional"*.

El Decreto 1214 de 1990 *"Por el cual se reforma el estatuto y el régimen prestacional civil del ministerio de defensa y la policía nacional"* regulaba el



13-001-33-33-009-2017-00057-01

régimen salarial y prestacional del personal civil no uniformado del Ministerio de Defensa, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, y en lo pertinente estableció:

"ARTICULO 2o. PERSONAL CIVIL. Integran el personal civil del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional, 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." (Negrilla fuera del texto original).

Así mismo, los artículos 98 y 103 ibídem establecen lo siguiente:

**"ARTÍCULO 98. PENSION DE JUBILACION POR TIEMPO CONTINUO.** El empleado público del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional que acredite veinte (20) años de servicio continuo a éstas, incluido el servicio militar obligatorio, hasta por veinticuatro (24) meses, prestado en cualquier tiempo, tendrá derecho a partir de la fecha de su retiro, a que por el Tesoro Público se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del último salario devengado, cualquiera que sea su edad, tomando como base las partidas señaladas en el artículo 103 de este Decreto.

**PARAGRAFO.** Para los reconocimientos que se hagan a partir de la vigencia del presente Decreto, se entiende por tiempo continuo, aquel que no haya tenido interrupciones superiores a quince (15) días corridos, excepto cuando se trate del servicio militar.

**ARTÍCULO 102. PARTIDAS COMPUTABLES PARA PRESTACIONES SOCIALES.** A partir de la vigencia del presente Decreto, al personal de empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional que se retire o sea retirado, se le liquidarán y pagarán las pensiones de jubilación, de retiro por vejez, de invalidez y demás prestaciones sociales a que tuvieren derecho, sobre la suma de las siguientes partidas:

- a. Sueldo básico.
- b. Prima de servicio.**
- c. Prima de alimentación.
- d. Prima de actividad.
- e. Subsidio familiar.
- f. Auxilio de transporte.
- g. Duodécima (1/12) parte de la prima de navidad.

**PARAGRAFO 1º.** El subsidio familiar que se reconozca y pague por parte de las Cajas de Compensación Familiar a los trabajadores oficiales, no será



13-001-33-33-009-2017-00057-01

computable como partida para las prestaciones sociales. Para este efecto, se tendrá en cuenta la suma que se acuerde en el respectivo contrato de trabajo.

**ARTÍCULO 103. PENSION DE RETIRO POR VEJEZ.** Los empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional que sean retirados del servicio por haber cumplido la edad de sesenta y cinco (65) años y no reúnan los requisitos necesarios para gozar de pensión de jubilación o de invalidez, tendrán derecho, a partir de la fecha de su retiro, a que el Tesoro Público les pague una pensión de retiro por vejez, equivalente al veinte por ciento (20%) de los últimos haberes devengados y un dos por ciento (2%) más por cada año de servicio, siempre que carezcan de recursos para su congrua subsistencia."

Por otro lado, la Ley 100/93 "Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones", establece en su artículo 279, 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 aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.

Así entonces, de las anteriores consideraciones se colige lo siguiente: (i) el grupo conformado por los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional no es equiparable con el grupo conformado por los civiles que laboran para la misma cartera e institución, **(ii) para gozar de los beneficios prestacionales derivados del Decreto 1214 de 1990 se requiere encontrarse vinculado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993,** y (iii) el Sistema Integral de la Seguridad Social contenido en la Ley 100 de 1993 no se aplica a los miembros de las fuerzas militares ni de la Policía Nacional.

Posteriormente, el Gobierno Nacional en virtud de la facultad extraordinaria otorgada por el numeral 60 del artículo 248 de la Ley 100/1993 expidió el Decreto 1301 de 1994 "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 dicha norma se creó el Instituto de Salud de las Fuerzas Militares y el Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional, como establecimientos públicos del orden nacional con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, adscritos al Ministerio de Defensa Nacional y a los cuales fueron incorporados, a partir del 10 de marzo de 1996, los servidores públicos que venían prestando sus servicios al Sistema de Sanidad Militar.

El decreto en mención reguló el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos de las nuevas instituciones, el cual en sus artículos 87, 88 y 89 estableció:

**"ARTICULO 87. RÉGIMEN LEGAL DEL PERSONAL.** Para todos los efectos legales, las personas que prestan sus servicios en el Instituto de Salud de las Fuerzas Militares



13-001-33-33-009-2017-00057-01

y en el Instituto para la Seguridad Social y Bienestar de la Policía Nacional, tendrán el carácter de empleados públicos. No obstante lo anterior pueden tener calidad de trabajadores oficiales quienes realicen actividades de carácter operativo y, conservación y mantenimiento de inmuebles, de acuerdo con los estatutos.

**ARTICULO 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.

**ARTICULO 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 continuarán cobijados por el Título VI del Decreto Ley 1214 de 1990.

El decreto mencionado fue derogado por 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", que en su artículo 53 dispuso la supresión y liquidación de los establecimientos públicos del sistema de salud y creó la Dirección General de Sanidad Militar como una dependencia del Comando General de las Fuerzas Militares.

El artículo 54 de dicha ley, reguló la incorporación de los servidores públicos del INSM en las plantas de personal de salud del Ministerio de Defensa y los artículos 55 y 56 ibídem regularon el régimen prestacional y salarial al que quedarían sometidos, así:

**"ARTÍCULO 55. RÉGIMEN PRESTACIONAL.** A los empleados públicos y trabajadores oficiales del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares y del Instituto para la



13-001-33-33-009-2017-00057-01

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 8 en el Título VI del Decreto-ley 1214 de 1990 o las normas que lo modifiquen o adicionen." (Negrilla fuera de texto)

**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." (Negrilla fuera de texto original)

A su turno, el Decreto 3062 de 1997 "Por el cual se dictan normas para la liquidación del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares" en su artículo 2º señaló que los servidores que estuvieran prestando sus servicios en el Instituto de Salud de las Fuerzas Militares se incorporarían a la Planta de Salud del Ministerio de Defensa Nacional o al Hospital Militar Central, según el caso, respetando los derechos adquiridos conforme al artículo 54 de la Ley 352 de 1997.

Asimismo, el Decreto en mención, en el numeral 4º del artículo 3º, dispuso que 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 del Ministerio de Defensa Nacional y que se hubieren **vinculado a esta entidad antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, se les continuará aplicando en su integridad el Título VI del Decreto 1214 de 1990**, o las normas que lo modifiquen o adicionen, en materia prestacional, mientras que al personal vinculado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, se le aplicará esta disposición.

En materia salarial, el numeral 6º del artículo 3º ibídem señaló que "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".

Finalmente, con la expedición del Decreto 1792 de 2000 "Por el cual se modifica el Estatuto que regula el Régimen de Administración de Personal Civil del Ministerio de Defensa Nacional, se establece la Carrera Administrativa Especial",



13-001-33-33-009-2017-00057-01

se derogó parcialmente el Decreto 1214 de 1990, con excepción de las normas relativas al régimen pensional, salarial y prestacional.

Al respecto, la Sección Segunda del Consejo de Estado<sup>2</sup>, al analizar casos análogos<sup>3</sup>, señaló lo siguiente:

"Sobre este particular, cabe señalar que, esta Sección en relación con el 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, y de acuerdo con el marco normativo expuesto en precedencia, estima la Sala que en lo que refiere al régimen salarial aplicable al personal vinculado al sistema de salud de las Fuerzas Militares se hace necesario distinguir tres etapas, a saber:

I. Empleados públicos - personal civil- vinculados al Ministerio de Defensa con anterioridad al 22 de junio de 1994 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"

Así mismo, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Sub Sección A, C. P: Rafael Francisco Suárez Vargas, en providencia 8 de febrero de dos mil 2018, Radicado No: 25000234200020120074201 (3695-2016), señaló:

El Gobierno Nacional a través de la Ley 100 de 1993, organizó el sector salud de las fuerzas militares, creando el Instituto de Salud para la mencionada entidad y estableciendo un régimen salarial para sus funcionarios a quienes se les designó como servidores públicos.

Así las cosas, 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

<sup>2</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección "B". Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Sentencia de 27 de noviembre de 2014. Radicación: No. 250002342000201200905 01. Expediente: No. 2853-2013.

<sup>3</sup> Ver entre otras las sentencias en sentencia de la 27 de noviembre de 2014 dentro del radicado interno 3129-2013 y la sentencia de 27 de agosto de 2015, radicado interno: 1372-2014, proferidas por la Sección Segunda Subsección B. MP. Dr. Gerardo Arenas Monsalve; así como en sentencia de 10 de septiembre de 2015, en el Expediente con Radicación 250002342000201200648-01 (3118-2013) MP. Dr. Carmelo Perdomo.



13-001-33-33-009-2017-00057-01

de la Ley 100 de 1993, se les debe aplicar las normas señaladas en 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 norma<sup>5</sup>, quienes están sujetos al régimen previsto en la Ley 352 de 1997.

Ahora bien, el Consejo de Estado<sup>6</sup> 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 1994<sup>7</sup> 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.

La Sala prohíja los criterios expuestos y los aplicará al caso bajo estudio.

## **5.5. Caso concreto.**

### **5.5.1. Pruebas relevantes para decidir.**

- Resolución No. 117 de 23 de enero de 2002, mediante la cual se le reconoció una pensión mensual de jubilación a Yadira del Rosario Fénix Mena, a partir del 01 de junio de 2001, para lo cual se tuvo en cuenta además del sueldo básico, la 1/12 parte de la prima de navidad. En las consideraciones, se advierte que la accionante prestó sus servicios al Ministerio de Defensa Nacional desde el 02 de abril de 1981 (fs. 18-19)

- Resolución No. 114 de 01 de marzo de 2016, mediante la cual la demandante se incorporó a la Planta de Global del Instituto de Salud de las Fuerzas Militares, el cargo de Técnico Operativo código 4080-07, el cual pertenecía a la Planta de Personal de Empleados Públicos del Ministerio de Defensa al servicio de la Armada Nacional (f. 125-126).

- Resolución No. 00037 de 15 de enero de 1998, mediante la cual la demandante fue incorporada a la Planta de Personal de Salud del Ministerio de Defensa Nacional al Servicio de la Armada Nacional (f.127-128).

- Certificado de salarios de 7 de febrero de 2018, mediante el cual el Coordinador del Grupo de Talento Humano del Ministerio de Defensa, hace constar que la



13-001-33-33-009-2017-00057-01

demandante durante el año anterior a la fecha de adquisición de su estatus pensional devengó los siguientes emolumentos: i) sueldo básico, ii) subsidio de alimentación, iii) bonificación por servicios prestados, iv) prima de servicios, y) prima de vacaciones, vi) bonificación especial de recreación, y, vii) prima de navidad (f. 124).

### 5.5.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.

En el presente caso, la demandante pretende que se reliquide su pensión de jubilación, teniendo en cuenta todo lo devengado como contraprestación durante el último año de servicios; ello en aplicación del Decreto 1214/90.

En aplicación de los criterios expuestos en el marco normativo de la presente sentencia esta Sala coincide con el A-quo en que el régimen pensional aplicable a la demandante es el establecido en el Decreto 1214 de 1990, en vista de que se vinculó al Ministerio de Defensa – Armada Nacional, el 2 de abril de 1981 (fs.18-19); esto es, antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993; es decir, antes del 22 de junio de 1994, por lo que no se acoge los planteamientos del recurso expuesto por la parte demandada de aplicar el artículo 88 del Decreto 1301 de 1994.

Por otro lado, se encuentra acreditado en el proceso que la pensión de la demandante fue reconocida aplicando el régimen pensional contenido en el Decreto 1214 de 1990 y para efectos de la liquidación, se tuvo en cuenta el 75% del sueldo básico y la 1/12 parte de la prima de navidad (fs. 18-19).

De acuerdo con el artículo 102 del Decreto 1214 de 1990 son partidas computables para efectos de la liquidación pensional las siguientes: sueldo básico, prima de servicio, prima de alimentación, prima de actividad, subsidio familiar, auxilio de transporte y la duodécima (1/12) parte de la prima de navidad.

La certificación suscrita por el Coordinador Grupo Talento Humano de la Dirección General de Sanidad Militar el 7 de febrero de 2018, expresa que la demandante laboró en esa entidad desde el 2 de abril de 1981 hasta el 30 de agosto de 2001, y durante el durante su último año de servicios devengó los siguientes haberes: i) sueldo básico, ii) subsidio de alimentación, iii) Bonificación por servicios prestados, iv) prima de servicios, y) prima de vacaciones, vi) bonificación especial de recreación, y, vii) prima de navidad (f. 124).



13-001-33-33-009-2017-00057-01

Como para efectos de liquidar la pensión, las únicas partidas computables son las enlistadas en el artículo 102 del Decreto 1214/90, es claro que la pretensión de que se incluya en el ingreso base de liquidación la prima de vacaciones no es procedente, porque dicha partida no es computable para efectos del reconocimiento y liquidación de la pensión conforme a la norma mencionada.

Sin embargo, la certificación antes descrita señala los factores devengados por la accionante entre los años 1996 y 2001; y, de acuerdo con la misma, la demandante devengó durante el último año de servicios la prima de servicios y la prima de alimentación, las cuales se encuentran previstas como partida computable en el artículo 102 del Decreto 1214/90.

- La demandante en su apelación solicitó que, en virtud del principio de progresividad y favorabilidad, se aplicara en su caso la sentencia de la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado de 1º de agosto de 2013, que avalaba la inclusión de todos los factores salariales devengados como contraprestación directa de los servicios prestados durante el último año laborado en el ingreso base de liquidación.

La aplicación del principio de favorabilidad no tiene cabida en el sub lite, porque se trata de un instrumento orientado a garantizar la plenitud del ordenamiento cuando existen lagunas o vacíos normativos; esto es, cuando al decidir un situación sometida al conocimiento de la jurisdicción se advierte que no existe norma expresa que le dé solución, razón por la cual se acude a una norma jurídica que regula un caso análogo, con la posibilidad de justificar su aplicación con una misma razón de derecho. Y es evidente que el artículo 102 del Decreto 1214/90 no tienen vacío alguno con relación al modo en que deben liquidarse las pensiones sometidas al régimen especial de los Miembros de las Fuerzas Militares y de Policía vinculados antes de la entrada en vigencia de la ley 100, y las partidas computables para efectos de reconocimiento y liquidación de pensiones.

Por todo lo expuesto se confirmará la sentencia apelada.

#### - **Condena en costas.**

La Sala aplicará al caso el artículo 188 del CPACA, el cual remite al artículo 365 del Código General del Proceso, de acuerdo con el cual se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.



13-001-33-33-009-2017-00057-01

En ese sentido, como el recurso de apelación se decide en forma desfavorable a los apelantes, no habrá condena en costas.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**VI.- FALLA**

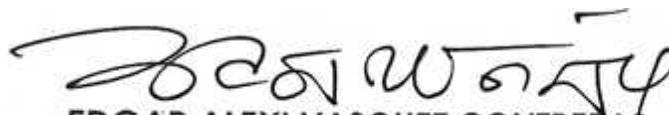
**PRIMERO:** Confirmar la sentencia apelada.

**SEGUNDO:** Sin condena en costas en esta instancia.

**TERCERO:** En firme esta sentencia, devolver el expediente al despacho de origen.

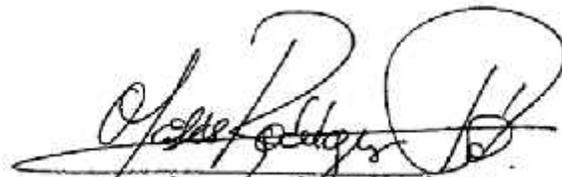
**CUARTO:** Déjense las constancias de rigor en el sistema de Gestión Siglo XXI.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE  
LOS MAGISTRADOS,**

  
EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS



DIGNA MARÍA GUERRA PICÓN

  
MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

