



Consejo Superior
de la Judicatura

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE TUNJA

Tunja, 26 JUN 2018

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: JORGE ENRIQUE VARGAS ESPINOSA
DEMANDADO: DEPARTAMENTO DE BOYACÁ
EXPEDIENTE: 15001-33-33-006- 2016-00126-00

Agotados los ritos del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, profiere el Despacho sentencia de primera instancia.

I. ANTECEDENTES

1.1. La demanda

JORGE ENRIQUE VARGAS ESPINOSA, identificado con cédula de ciudadanía N° 6.760.486 por medio de apoderada judicial y en ejercicio del medio de control previsto en el artículo 138 del CPACA-, demanda al **DEPARTAMENTO DE BOYACÁ**, con el propósito de que se acceda a las siguientes:

1.2. Declaraciones y condenas

Que se decrete la inaplicación por ser violatorio de la Constitución y de la Ley del párrafo 2°- del artículo 22 del Decreto 000217 de fecha 12 de marzo de 2012 proferido por el Departamento de Boyacá que señala lo siguiente:

"Párrafo 2° del artículo 22 del Decreto 000217 del 12 de marzo de 2012:

"En ningún caso los gastos de desplazamiento constituirán salario ni factor computable para liquidación de prestaciones sociales y son compatibles con el subsidio de transporte, para aquellos servidores públicos que según su salario básico posean ese derecho".

Que se decrete la nulidad y el consecuente restablecimiento del derecho del acto administrativo expedido por el Director Jurídico del Departamento de Boyacá de fecha marzo de 2016, notificado el día 3 de marzo de 2016, por ser violatorio de la Constitución y la Ley.

Que se decrete la nulidad y el consecuente restablecimiento del derecho del acto administrativo expedido por el por el Director Jurídico del Departamento de Boyacá de fecha marzo de 2016, notificado el día 29 de marzo de 2016, por ser violatorio de la Constitución y la Ley.

Que a título de restablecimiento del derecho, se ordene el reconocimiento e inclusión de "los gastos de desplazamiento" que el demandante devenga en calidad de conductor del Departamento de Boyacá, como salario y factor para la liquidación de las prestaciones sociales a partir del 8 de enero de 2008 y hasta la fecha y en lo sucesivo.

Que como consecuencia de las anteriores declaraciones se ordene la reliquidación de todos los factores salariales que devenga el demandante en su calidad de conductor del Departamento de Boyacá, tales como vacaciones, bonificaciones, prima de servicios, prima de antigüedad, prima de navidad, prima de alimentación, dotaciones, y demás primas legales y extralegales, cesantías, intereses a las cesantías, seguridad social, aportes a pensión y demás prestaciones sociales, teniendo en cuenta este factor salarial (prima de desplazamiento). Liquidación que deberá efectuarse a partir del 8 de enero de 2008 y hasta la fecha en que se realizó dicha liquidación.

Que se ordene el pago de los anteriores conceptos debidamente indexados a partir del 8 de enero de 2008 y hasta la fecha en que se realice la correspondiente liquidación.

Que se ordene ajustar los aportes pensionales patronales a la entidad que corresponda teniendo en cuenta este factor salarial (gastos de desplazamiento).

Que se condene a la demandada al pago de la indemnización por el no pago oportuno de las prestaciones sociales equivalentes a un día de salario por cada día de retardo en el pago de las prestaciones a que el demandante tiene derecho.

Que se condene al pago de la indexación de las anteriores sumas, liquidadas de conformidad con la fórmula esgrimida por el Consejo de Estado.

Que se ordene indemnizar al demandante, los perjuicios causados con las decisiones administrativas de las cuales se solicita su inaplicación, mediante el pago de los excedentes dejados de percibir al no tenerse los gastos de desplazamiento, como salario o factor salarial, y si no hubiese sido ilegal y arbitrariamente despojado de su derecho a percibir dichos conceptos como factor salarial; reconocimiento que debe hacerse a partir del 8 de enero de 2008 y hasta la fecha en que se realice dichas reliquidaciones, cantidades que deben indexarse y sobre el total aplicar los intereses moratorios correspondientes a la tasa más alta permitida por la ley.

Que se ordene que las anteriores sumas se liquiden tomando como base el salario definido anualmente por el Gobierno Nacional y reajustarse conforme con la fórmula utilizada por el Consejo de Estado.

$$Va = \frac{Vh. X \text{ Ind.F.}}{\text{Ind.I}}$$

Que se condene al pago de los intereses moratorios desde que se hicieron exigibles las prestaciones debidas, liquidados conforme a la tasa establecida por la Superintendencia Bancaria, como el pago de las costas procesales.

1.3. Fundamentos fácticos

La parte actora a través de su apoderada menciona que ingresó a laborar con el Departamento de Boyacá desde el 8 de enero de 2008 como conductor, fecha desde la cual pertenece a la administración central de la planta global del Departamento de Boyacá.

Que desde hace más 8 años la entidad le ha pagado su salario mensual, correspondiente a su asignación básica + el 90% de la asignación básica, antes denominada "prima de movilización" y hoy llamada "gastos de desplazamiento"; suma que no ha tenido mayor variación desde dicho tiempo y con la que el actor ha asumido sus obligaciones propias y de su familia.

Que para el año 2016, el salario devengado por el actor asciende a \$1.374.000+ el 90% de la asignación básica, que corresponde a \$1.236.600; sin embargo este concepto – gastos

de desplazamiento, antes llamado prima de movilización- no ha sido reconocida por la entidad accionada como factor salarial, a pesar de haberla percibido mensualmente de forma continua e ininterrumpida, como contraprestación al servicio prestado por el accionante y bajo la permanente subordinación de su empleador.

Que mediante derecho de petición, radicado el 21 de enero de 2016, solicitó a la entidad accionada, la inaplicación de la norma hoy demandada y el reconocimiento de los gastos de desplazamiento como factor salarial, agotando de esta manera la vía gubernativa.

Que en respuesta al derecho de petición incoado, la entidad demandada, negó dicha solicitud, argumentando que "No es competente el gobernador de Boyacá para hacer reconocimiento de nuevos factores salariales soslayando el orden legal...", la cual le fue notificada el día 3 de marzo de 2016; y frente a la que se interpuso recurso de reposición; el que fue resuelto confirmando la decisión anterior, notificándose el actor el día 29 de marzo de 2016.

Que el accionante es miembro del sindicato de empleados de la Gobernación de Boyacá.

Finalmente advierte que la gobernación de Boyacá, le está dando un trato diferente a quienes se desempeñan en el cargo de conductor, pese a que cumplen las mismas funciones y horario de trabajo, que otros conductores, a quienes sí se les reconoce y paga los gastos de desplazamiento como factor salarial.

1.4. Normas violadas y concepto de violación

Como normas constitucionales violadas señaló el preámbulo y los artículos 2, 13, 25, 29, 39, 53, 121 al 125 y 209 de la Constitución Política.

Adujo que los actos acusados quebrantan directamente las disposiciones constitucionales, teniendo en cuenta que contravienen el principio de igualdad de oportunidad para los trabajadores, que permite además el desarrollo de la dignidad humana; así mismo, la proporcionalidad de la remuneración por la cantidad y calidad del trabajo; derechos que han sido consagrados en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Políticos, Sociales y Culturales y que deben asegurarse a todos los habitantes.

Refirió como precedente jurisprudencial varias sentencias proferidas por el Tribunal Administrativo de Boyacá en las que se reconoció los gastos de desplazamiento como factor salarial a otros empleados que se encuentran desempeñando el mismo cargo y en las mismas condiciones que el actor, a quienes en la actualidad, en cumplimiento de dichos fallos, se les está reconociendo y pagando dichos emolumentos como factor salarial; por lo que denota un trato desigual con respecto a estos trabajadores.

Sostuvo que los derechos adquiridos del actor no pueden verse desmejorados, teniendo en cuenta que no es factible disminuir los salarios y prestaciones sociales, pues contrario sensu, éstos tienden a incrementarse y por ello el 90% de la asignación básica mensual devengada debe ser tomada como factor salarial; por ello el parágrafo 2° del artículo 22 del Decreto No. 000217 el 12 de marzo de 2012, desconoció el tajo de derechos adquiridos de los trabajadores beneficiados con los gastos de desplazamiento; por lo que aseguró que los actos administrativos demandados atentan contra el principio de progresividad irreversibilidad.

Indicó que los actos administrativos demandados violan la Ley 100 de 1993, la Ley 33 y 62 de 1985, entre otras, teniendo en cuenta que en estas dos últimas no se incluyen taxativamente los factores que constituyen salario, tal y como lo señala el Consejo de Estado en Sentencia del 04 de agosto de 2010; así mismo, que en el sub judice, los gastos de desplazamiento constituyen un 90% del salario que devenga el demandante y los recibe de la entidad empleadora, mes a mes como contraprestación de sus servicios, es decir, que estas sumas de dinero no las recibe ocasionalmente ni por mera liberalidad del empleador.

Aseguró que la administración no puede, abusando de su posición dominante, dar vida a un Decreto que vulnera claramente, no solo la Ley sino la constitución debido a que desconoce los derechos laborales del actor, toda vez que la única motivación que dio existencia jurídica a los decretos acusados es que el gobernador no tiene facultades para establecer los factores salariales, no obstante expide dos decretos en donde claramente señala que los gastos de desplazamiento no constituyen factor salarial.

Adujo que en la respuesta que dio la entidad accionada al derecho de petición con el que se agotó la vía gubernativa, se expresó que "la determinación del régimen prestacional u salarial de los empleados departamentales y municipales se encuentra constitucionalmente

establecido en el artículo 150 superior, numeral 19), literales e), f). en donde se establece que las funciones dadas al gobierno Nacional en materia de prestaciones sociales son indelegables en las corporaciones públicas territoriales..."; por lo que consideró que el Gobernador del Departamento de Boyacá al expedir los decretos donde se señala que los gastos de desplazamiento no constituyen factor salarial se estaría arrogando atribuciones que no le corresponden y vulnerando los derechos del accionante; por lo que advirtió la existencia de desviación de poder como causal de nulidad.

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue admitida con providencia del 10 de noviembre de 2016 (fls. 519 - 521) y una vez notificada la entidad accionada la contestó oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones (fls. 565-572).

Posteriormente mediante auto del 9 de junio del año 2017 se fijó la fecha para la realización de la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del CPACA (fl. 620).

Tal diligencia se llevó a cabo el día 5 de julio del 2017, según consta en el acta que reposa de folios 624 a 631 del expediente, en la cual se decretaron medios de prueba para el esclarecimiento de los supuestos fácticos (fls. 628 - 629 Vto).

En consecuencia, el día 3 de octubre del 2017, se llevó a cabo la audiencia de que trata el artículo 181 del CPACA para incorporar y practicar los medios de prueba que fueron decretados en la audiencia inicial (fls. 661 a 666), diligencia en la que fueron incorporadas todas las pruebas, se dio por finalizada la etapa probatoria y se ordenó la presentación por escrito de los alegatos de conclusión, al considerar que en el presente asunto era innecesario llevar a cabo la Audiencia de Alegaciones y Juzgamiento de que trata el artículo 182 del CPACA.

2.1. Contestación de la demanda

Manifiesta que los gastos de desplazamiento recibidos por el demandante no son contraprestación del servicio prestado, sino que son los medios que se le facilitan para que cumpla con sus funciones, pues tienen una destinación específica como es la de cubrir los

gastos en que incurre el conductor para cumplir con sus funciones, cuando por motivos laborales deben cumplirlas en un lugar diferente a la dependencia donde ordinariamente presta sus servicios.

Sostiene que si bien es cierto, los gastos de desplazamiento reemplazaron la prima de movilización, no significa que sean iguales o guarden similitud alguna; así mismo, su reconocimiento y pago se configuraba al igual que los viáticos, cuando el trabajador acredita que se encontraba cumpliendo comisiones o misiones oficiales.

Menciona que los actos administrativos no han sido violatorios de norma superior, como tampoco se ha hecho una indebida aplicación de la Ley, teniendo en cuenta que la autoridad que los expidió lo hizo dentro de la órbita de su competencia otorgadas por los artículos 303 y 305 de la Constitución Política, el numeral 2° del artículo 94 del Decreto 1222 de 1986 y la Ley 4ª de 1992; no obstante, la autonomía de las entidades territoriales en los términos del artículo 287 de la Constitución Política no puede ser absoluta, por cuanto ésta se encuentra sometida a los límites que para el efecto fija tanto la Constitución y la Ley; por lo que resaltó que no existe falsa motivación, como tampoco desviación de poder, teniendo en cuenta que el Decreto del cual se solicita su inaplicación fue proferido por el representante legal del Departamento

Dice que la demandante yerra al afirmar que los gastos de desplazamiento son derechos adquiridos, pues éstos no entran al patrimonio del trabajador, cuando son para el ejercicio de sus funciones, por lo que jamás han sido reconocidos como factor salarial, para la liquidación de prestaciones sociales.

Recalca que la parte actora asimila los gastos de desplazamiento con los viáticos, no obstante esta apreciación es errada, teniendo en cuenta que en los decretos a partir de 1996, se estableció *"el pago de gastos de desplazamiento es incompatible con el pago de viáticos"*; para lo cual hizo un estudio comparativo, entre **viáticos, prima de movilización y gastos de desplazamiento**; argumentando que los viáticos fueron definidos desde 1996 como *"el valor diario destinado a proporcionarle al servidor público comisionado el pago de los gastos por concepto de manutención y alojamiento, en cuanto a las condiciones que su estadía exija"*, resaltando que para su reconocimiento debe mediar una comisión de servicios; en cuanto a la prima de movilización dijo que fue establecida a través de la Ordenanza N°. 032 de 1992, expedida por la Asamblea del Departamento de

Boyacá, la cual fue establecida para los choferes mecánicos del gobernador y de los secretarios del mismo despacho; y los gastos de desplazamiento los conceptuó como el valor que se reconoce a los empleados públicos o trabajadores oficiales que por la naturaleza de su cargo y en cumplimiento de la labor desarrollada debe desplazarse en forma reiterada a lugares distintos a la de su sede habitual de trabajo; resaltó que en este caso no se requiere de una comisión de servicios como si se hace para el otorgamiento de los viáticos.

Afirma que el Departamento de Boyacá no está fijando de forma arbitraria el régimen prestacional y salarial de los empleados públicos de la entidad territorial, pues el mismo ha sido establecido por el Gobierno Nacional en uso de las facultades legales y Constitucionales, contenidas en el artículo 12 de la ley 4ª de 1992, y los literales e) y f) del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política.

Aduce que con la expedición de los Decretos 1045 de 1978 y 1919 de 2002, por el cual se fija el régimen de prestaciones sociales de los empleados públicos y se regula el régimen mínimo prestacional de los trabajadores oficiales del nivel territorial, el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades conferidas por la Ley 4ª de 1992 y la Constitución Política, estableció el régimen prestacional de los empleados del nivel territorial de forma que se unificaron las prestaciones a las cuales tienen derecho los empleados públicos de todo el territorio nacional, así mismo el Decreto 1042 de 1978 establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Unidades Administrativas Especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones.

Argumenta que los gastos de desplazamiento ni son salario, ni son contraprestación por el servicio prestado, tampoco hace parte de los factores salariales, establecidos en la Ley, sino que son un derecho que se les reconoce a los servidores públicos que por la naturaleza de la labor y en cumplimiento de la misma deben desplazarse de forma reiterada a lugar distinto del centro urbano o lugar geográfico urbano o rural en donde está ubicada la dependencia y/o donde habitual y ordinariamente presta sus servicios, entre estos servidores se encuentran los conductores sin excepción del ente demandado.

Finalmente hace un recuento normativo de la regulación de los gastos de desplazamiento en el Departamento de Boyacá, para concluir la atribución conferida por las Corporaciones Administrativas Territoriales en los artículos 300-7 y 305-7 de la Constitución Política, para determinar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos de los órdenes seccional y local; no obstante los gastos de desplazamiento, tienen su fundamento legal en los Decretos expedidos por el Departamento de Boyacá desde 1996, señalando que tienen derecho a este emolumento en un 90% sobre su asignación básica mensual, los conductores mecánicos y conductores, que para el cabal cumplimiento de sus funciones deban desplazarse en forma reiterada a un lugar distinto a la sede donde presta sus servicios; sin embargo, para su pago el funcionario debe laborar de manera habitual, por ende debe allegar certificación expedida por el Secretario del Despacho o director del Departamento donde ejerce sus funciones

2.2. Obran dentro del expediente las siguientes pruebas

- Decreto No. 000217 del 12 de marzo de 2012, expedido por el Gobernador de Boyacá, *"por medio del cual se reglamenta el otorgamiento de las comisiones de servicios, reconocimiento y pago de viáticos, gastos de transporte y gastos de desplazamiento en la administración central del Departamento"* (fls. 41-49).
- Certificados laborales del demandante expedidos por la Dirección de Talento Humano del Departamento de Boyacá. (fls. 52-60).
- Derecho de petición elevado por la apoderada del demandante, ante el Gobernador de Boyacá, el día 21 de enero de 2016, en el que solicita la inaplicación del parágrafo segundo del artículo 22 del Decreto No. 000217 del 12 de marzo de 2012 los demás que guaran similitud sobre el tema y consecuentemente que se le reconozca y pague los gastos de desplazamiento o prima de movilización como factor salarial a partir del 8 de enero de 2008 y hasta la fecha en que se realice la liquidación. (fls. 32-40).
- Certificaciones sobre el cumplimiento de comisiones oficiales por el demandante. (fls. 61-103).

- Oficio No. 20166800031491, emanado de la Gobernación de Boyacá, de marzo de 2016, emanado de la Gobernación de Boyacá, mediante el cual niega la solicitud elevada por el actor, notificado personalmente al peticionario el día 03 de marzo de 2016. (fls. 104-106).
- Recurso de reposición interpuesto el 14 de marzo de 2016, en contra de la decisión notificada el 03 de marzo de 2016 (fls. 107-111).
- Oficio 20166800077391 de marzo de 2016, notificado el 29 de marzo del mismo año, mediante el cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra del oficio No. 20166800031491, no reponiendo la decisión impugnada. (fls. 113-115).
- Desprendibles de pago de los años 2011, 2012, 2013, 2014 y 2015 (fls. 116-198).
- Ordenanza No. 021 del 03 de agosto de 1994, "*MEDIANTE LA CUAL SE MODIFICÓ EL ARTÍCULO QUINTO DE LA ORDENANZA NÚMERO 010 DE 1994*" referente a la prima de movilización (fls. 205 a 208).
- Constancia de los pagos realizados al actor, por concepto de "Gastos de Desplazamiento", desde el año de 2008 a julio del año 2017 (fls. 644 a 657).
- Decreto No. 787 del 15 de agosto de 1977 "*por el cual se reglamenta el pago de la prima de movilización de los conductores dependientes de la Gobernación y de las Secretarías del Despacho*" (fls. 209 a 211).
- Copia de actuaciones procesales en casos de similares contornos como el de objeto de debate (fls. 239 a 294).
- Copia de las sentencias proferidas por el Juzgado Primero y Segundo de Descongestión del Circuito Judicial de Tunja, el Tribunal Administrativo de Descongestión de Boyacá y el Consejo de Estado, referidas en el líbello de la demanda como antecedente jurisprudencial (fls. 295 a 519).
- Certificación de afiliación del demandante al Sindicato SINTRAGOBERNACIONES. (fl. 639)
- Certificación de pagos laborales realizados al demandante. (fls. 644-657)

2.3. Alegatos de conclusión

La parte actora manifiesta que todo pago percibido por el trabajador de parte del empleador que constituya retribución por el servicio prestado y sea habitual tiene naturaleza salarial; que los gastos de desplazamiento constituyen el 90% del valor total del salario devengado por el demandante, suma mensual que es fija y no varía, el cual se percibe como contraprestación directa de sus servicios y no por mera liberalidad el empleador, por lo cual considera debe accederse a las pretensiones de la demanda.

Por su parte el apoderado de la entidad accionada reiteró algunos de los argumentos expresados en la contestación de la demanda, y señaló entre otras cosas que los gastos de desplazamiento no constituyen salario, pues el valor percibido por el trabajador en razón de la comisión del servicio no son una asignación ni contraprestación o retribución de servicios, sino que es un ingreso que no remunera la actividad del trabajador.

La agente del Ministerio Público delegada ante este Despacho indicó que los gastos de desplazamiento tienen como finalidad sufragar los traslados reiterados del servidor público a un lugar urbano o rural distinto al de su sede de trabajo, y para ser tener derecho al pago de este emolumento se debe laborar de manera habitual por lo menos 15 días fuera de su sede de trabajo, si la duración es menor la cancelación se hará de forma proporcional, y su reconocimiento y pago es incompatible con el de viáticos. Advierte que el emolumento gastos de desplazamiento reemplaza el factor de viáticos que ha sido definido doctrinariamente como el reconocimiento de los gastos de alojamiento y alimentación en los que incurra el empleado público que en virtud de comisión de servicios debe desempeñar funciones en lugar diferente a su sede habitual de trabajo.

Agregó que los viáticos son un factor de salario siempre y cuando se reciban de manera habitual y periódica, y que en el caso estudiado cuando el trabajador se traslada fuera de la sede habitual de trabajo se generan viáticos, para compensar desembolsos y atender el pago de los mayores costos que genera el encargo pues no es justo que el trabajador tenga que sufragar gastos por un servicio que va a beneficiar al empleador, por cuanto ello viola el derecho a la igualdad, la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales, el principio de remuneración proporcional a la

cantidad y calidad del trabajo y el pacto internacional de derechos económico sociales y culturales.

Manifiesta que en el Decreto 00217 de marzo de 2012, el Gobernador del Departamento de Boyacá pretendió reglamentar de una manera dinámica el tema de las comisiones y viáticos, por lo que considera que en ningún momento se pretendió crear un emolumento sino optimizar el procedimiento respecto a los factores salariales ya existentes, por lo que califica a los "*gastos de desplazamiento*" como viáticos liquidados de forma simple y sin necesidad de acto administrativo por cada comisión, por lo cual resulta contrario a derecho el parágrafo 2º del artículo 22 del mencionado Decreto, al disponer que los mismos no constituían factor de salario ni eran computables para la liquidación de prestaciones sociales, por lo que considera procedente la excepción de inconstitucionalidad.

Igualmente, hace un recuento de los principios de progresividad y favorabilidad en materia laboral, y señaló que el trato diferencial que recibe el demandante frente a los señores Héctor Efraín Vega Tarazona, Gilberto Ríos Pizza y José Efraín Suarez Martínez, obedece a los fallos judiciales proferidos en favor de estos trabajadores, por lo cual no evidencia violación al derecho a la igualdad del accionante.

Aunado a lo anterior, considera que se encuentra acreditada la causación de los *viáticos – gastos de desplazamiento*, y a efectos de determinar la procedencia de su inclusión para el reconocimiento y pago de prestaciones sociales, con sujeción a lo dispuesto en el Decreto 1045 de 1978, solo procede la inclusión de este factor para la liquidación de las cesantías.

En cuanto a la inclusión del pago o concepto laboral de *viáticos – gastos de desplazamiento* para la liquidación de aportes a seguridad social como el sistema pensional, manifestó que era procedente su inclusión toda vez que los viáticos tienen connotación salarial de conformidad con el Decreto 1042 de 1978.

Finalmente, la delegada del Ministerio Público solicitó que se acceda parcialmente a las pretensiones de la demanda, ordenándose a título de restablecimiento del derecho la inclusión para efectos de la liquidación de las cesantías y los aportes a la Seguridad Social – Sistema Pensional de los "*gastos de desplazamiento*", los cuales considera que

realmente constituyen viáticos, con efectos fiscales a partir del 14 de marzo de 2013 por prescripción trienal.

III. CONSIDERACIONES

Surtidas a cabalidad todas las demás etapas correspondientes al proceso ordinario sin que se observen causales de nulidad que invalide lo actuado, procede el despacho a decidir de fondo el presente asunto bajo el siguiente esquema:

3.1. Problema jurídico

Corresponde establecer al Despacho: i) si es procedente la inaplicación por inconstitucional el parágrafo 2º del artículo 22 del Decreto 000217 de fecha 12 de marzo de 2012, proferido por el gobernador del Departamento de Boyacá, por ser violatorio de la Constitución y la Ley; y en consecuencia ii) Si los gastos de desplazamiento que se le pagan al actor en su condición de conductor del Departamento de Boyacá deben ser tenidos en cuenta como factor salarial para la liquidación de sus prestaciones sociales?

Para resolver los anteriores interrogantes, el Despacho analizará: (i) el concepto de salario; (ii) la competencia para Reglamentar el Salario y los Factores Salariales de los Empleados Públicos; (iii) los gastos de desplazamiento; y la (iv) solución al caso concreto.

3.2. Argumentos y sub argumentos para resolver los problemas jurídicos

3.2.1. Concepto de salario

A manera general el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, define el salario de la siguiente manera:

"ARTICULO 127. ELEMENTOS INTEGRANTES. <Artículo modificado por el artículo 14 del Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones."

Por su parte, el artículo 130 del mismo estatuto Laboral, frente a los viáticos dispuso:

"ARTICULO 130. VIATICOS. <Artículo modificado por el artículo 17 de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:>

- 1. Los viáticos permanentes constituyen salario en aquella parte destinada a proporcionar al trabajador manutención y alojamiento; pero no en lo que sólo tenga por finalidad proporcionar los medios de transporte o los gastos de representación.*
- 2. Siempre que se paguen debe especificarse el valor de cada uno de estos conceptos.*
- 3. Los viáticos accidentales no constituyen salario en ningún caso. Son viáticos accidentales aquéllos que sólo se dan con motivo de un requerimiento extraordinario, no habitual o poco frecuente."*

Los anteriores artículos del Código Sustantivo del Trabajo presentan utilidad en la definición general de los conceptos de salario y de viáticos, no obstante, estas figuras presentan una regulación especial tratándose de relaciones laborales de los servidores públicos la cual se encuentra contenida en el Decreto 1042 de 1978, en cuyo artículo 42 dispone:

"ARTICULO 42. DE OTROS FACTORES DE SALARIO. Además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios.

Son factores de salario:

- a) Los incrementos por antigüedad a que se refieren los artículos 49 y 97 de este Decreto.*
- b) Los gastos de representación.*
- c) La prima técnica.*
- d) El auxilio de transporte.*
- e) El auxilio de alimentación.*
- f) La prima de servicio.*
- g) La bonificación por servicios prestados.*
- h) Los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión."*

3.2.2. Competencia para reglamentar el salario y los factores salariales de los empleados públicos

El artículo 150 de la Constitución Nacional, en su numeral 19, literal e), le otorgó expresamente la facultad al Congreso de la República de fijar el salario y las prestaciones sociales de todos los empleados públicos, así:

"Artículo 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

...

19. *Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos:*

e) *Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso ONacional y de la Fuerza Pública.*

f) *Regular el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales. Estas funciones en lo pertinente a prestaciones sociales son indelegables en las Corporaciones públicas territoriales, y éstas no podrán arrogárselas”.*

De conformidad con la norma transcrita, le compete al Congreso de la República dictar las normas generales y señalar en ellas los objetivos y criterios a los que debe sujetarse el Gobierno para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública.

En tal sentido, se vislumbra una competencia compartida entre el Legislador y el Ejecutivo para estos efectos, en tanto el primero determina unos parámetros generales conforme a los cuales el segundo ha de fijar todos los elementos propios del régimen salarial y prestacional.

A su vez, la Ley 4ª de 1992 señaló los principios a los que debe someterse el Gobierno al fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, incluyendo no sólo a los servidores del orden nacional sino a los territoriales. Dispuso el artículo 12 de esta norma, lo siguiente:

“Artículo 12º.- El régimen prestacional de los servidores públicos de la entidades territoriales será fijado por el Gobierno Nacional, con base en las normas, criterios y objetivos contenidos en la presente Ley. En consecuencia, no podrán las corporaciones públicas territoriales arrogarse esta facultad.”

Parágrafo: El Gobierno señalará el límite máximo salariales de estos servidores guardando equivalencia con cargos similares en el orden nacional.”

La norma anterior fue declarada condicionalmente exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-315 de 1995¹, en el sentido de considerar que de acuerdo con la competencia compartida entre autoridades nacionales y locales, el ejecutivo sólo podía establecer los límites máximo salariales a que estarían sujetos los empleados públicos de entidades territoriales:

¹ Corte Constitucional, sentencia C-315 del 19 de julio de 1995, Rad No. D-712. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

"Desde luego, la competencia del Congreso y la correlativa del Gobierno, no puede en modo alguno suprimir o viciar las facultades específicas que la Constitución ha concedido a las autoridades locales y que se recogen en las normas citadas. La determinación de un límite máximo salarial, de suyo general, si bien incide en el ejercicio de las facultades de las autoridades territoriales, no las cercena ni las torna inocuas. Ni el Congreso ni el Gobierno sustituyen a las autoridades territoriales en su tarea de establecer las correspondientes escalas salariales y concretar los emolumentos de sus empleados. Dentro del límite máximo, las autoridades locales ejercen libremente sus competencias."

Significa lo anterior que la competencia de las corporaciones públicas administrativas de los distintos entes territoriales, se encuentra limitada no sólo por la Ley 4ª de 1992, sino por las normas que, dentro de su competencia, profiera el Gobierno Nacional para desarrollo de esta normativa.

De otro lado, el numeral 7º del artículo 300 de la Constitución Política establece como competencia de las Asambleas Departamentales a través de Ordenanzas la de determinar la estructura de la Administración departamental, las funciones de sus dependencias, las escalas de remuneración correspondientes a sus distintas categorías de empleo, crear los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales del departamento y autorizar la formación de sociedades de economía mixta.

Similar atribución consagró el numeral 7º del artículo 305 de la Constitución, en cuanto atañe a la competencia de los gobernadores, así:

"ARTICULO 305. Son atribuciones del gobernador:

(...)

7. Crear, suprimir y fusionar los empleos de sus dependencias, señalar sus funciones especiales y fijar sus emolumentos con sujeción a la ley y a las ordenanzas respectivas. Con cargo al tesoro departamental no podrá crear obligaciones que excedan al monto global fijado para el respectivo servicio en el presupuesto inicialmente aprobado."

Es por lo anterior, que ni el Congreso ni el Gobierno sustituyen a las autoridades territoriales en su tarea de establecer las correspondientes escalas salariales y concretar los emolumentos de sus empleados. Así, dentro del límite máximo, las autoridades locales ejercen libremente sus competencias.

Sobre este asunto, la Corte Constitucional se pronunció en sentencia C-150 de 1999², así

² Corte Constitucional, sentencia C-3510 del 14 de julio de 1999, Exp. No. D-2358. M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

"...4.3. En estos términos, para la Corte es claro que existe una competencia concurrente para determinar el régimen salarial de los empleados de las entidades territoriales, así: Primero, el Congreso de la República, facultado única y exclusivamente para señalar los principios y parámetros generales que ha de tener en cuenta el Gobierno Nacional en la determinación de este régimen. Segundo, el Gobierno Nacional, a quien corresponde señalar sólo los límites máximos en los salarios de estos servidores, teniendo en cuenta los principios establecidos por el legislador. Tercero, las asambleas departamentales y concejos municipales, a quienes corresponde determinar las escalas de remuneración de los cargos de sus dependencias, según la categoría del empleo de que se trate. Cuarto, los gobernadores y alcaldes, que deben fijar los emolumentos de los empleos de sus dependencias, teniendo en cuenta las estipulaciones que para el efecto dicten las asambleas departamentales y concejos municipales, en las ordenanzas y acuerdos correspondientes. Emolumentos que, en ningún caso, pueden desconocer los límites máximos determinados por el Gobierno Nacional."

Consecuentemente, debe señalarse que la competencia que el artículo 12 de la Ley 4ª de 1992 le asigna al Gobierno Nacional no se puede entender en el sentido de que la establecida a las Asambleas Departamentales y Concejos Municipales desapareció sino que por el contrario, debe ejercerse dentro de los topes que fije el ejecutivo.

3.2.3. Gastos de desplazamiento:

Al tenor de lo contemplado en el Decreto Departamental N° 0068 de 28 de enero de 2011, los "Gastos de desplazamiento" tienen la siguiente regulación:

"CAPITULO V DE LOS GASTOS DE DESPLAZAMIENTO

ARTICULO 20º.- Derecho a gastos de desplazamiento. Se fijan como gastos de desplazamiento que se pagaran a favor de aquellos servidores públicos que por naturaleza de su labor, y en cumplimiento de la misma deben desplazarse de forma reiterada, a lugar distinto del centro urbano o lugar geográfico, urbano o rural, en donde está ubicada la dependencia y/o donde habitual y ordinariamente prestan sus servicios, así:

*1. Conductor Mecánico código 482, Conductor código 480: 90% del sueldo básico mensual.
 2. Operario calificado código 490 grado 12 y Ayudante código 07, asignados a la Secretaría de Infraestructura Publica de Boyacá el 30%.*

3. Todos los servidores públicos a quienes por acto administrativo motivado del Gobernador de Boyacá o la Junta o Consejo Directivo de la entidad descentralizada, le asigne el desempeño de labores en distintos lugares: 30% del salario básico mensual.

PARAGRAFO 1.- En todos los casos, el respectivo Secretario de Despacho, Director Administrativo, mediante resolución motivada, determinará los distintos lugares en los que el servidor público desempeñará sus labores, Se exceptúan el conductor y el conductor mecánico.

No obstante para tener derecho a la totalidad de los gastos de desplazamiento reglamentados en el presente decreto, el funcionario deberá laborar por lo menos durante quince (15) días al mes fuera de su sede habitual de trabajo y para su legalización y cobro

deberá adjuntar certificación firmada por el Secretario de Despacho o Director de Departamento a donde pertenezca.

PARAGRAFO 2.- Los gastos de desplazamiento, en ningún caso constituyen salario, ni factor computable para liquidación de prestaciones sociales y son compatibles con el subsidio de transporte para aquellos servidores públicos que según el salario poseen ese derecho.

PARAGRAFO 3.- El pago de gastos de desplazamiento es incompatible con el pago de viáticos.

ARTICULO 21º.- En caso de que el servidor público beneficiario con gastos de desplazamiento, labore menos de quince (15) días al mes fuera de su sede habitual de trabajo, estos le serán pagados de forma proporcional, tomando como base el porcentaje señalado en el artículo anterior. Para su legalización y cobro también deberá adjuntar certificación firmada por el Secretario de Despacho a donde pertenezca.

(...): (Negrilla fuera de texto)

Por su parte, el Decreto Departamental N° 00217 de 12 de marzo de 2012, lo consagró en los siguientes términos, a saber:

**"CAPITULO IV
 DE LOS GASTOS DE DESPLAZAMIENTO**

ARTICULO 22. Derecho a gastos de desplazamiento. Tendrán derecho a gastos de desplazamiento aquellos servidores públicos que por su naturaleza de su labor y en cumplimiento de la misma deban desplazarse en forma reiterada a un lugar urbano o rural distinto a la sede de trabajo donde está ubicada la dependencia donde habitualmente presta sus servicios:

El valor a pagar por este Concepto se hará a:

1. Conductor Mecánico y conductor: Tendrán derecho al 90% sobre el sueldo básico mensual.
2. Los servidores Públicos a quienes por Acto Administrativo motivado del Gobernador del Departamento, se les asigne el desempeño de funciones en distinto lugar al de su sede habitual; tendrán derecho al 30% del salario básico mensual.

PARAGRAFO 1: No obstante para tener derecho al pago del 90% de los gastos de desplazamiento reglamentados en el presente Decreto el funcionario debe laborar de manera habitual por lo menos quince (15) días en el mes fuera de su sede de trabajo y para la legalización y pago debe remitir al grupo de nómina de la Dirección de Gestión del Talento Humano, certificación expedida por el Secretario de Despacho o Director del Departamento donde ejerce sus funciones.

PARAGRAFO 2: En ningún caso los gastos de desplazamiento constituirán salario ni factor computable para liquidación de prestaciones sociales y son compatibles con el subsidio de transporte, para aquellos servidores públicos que según su salario básico poseen ese derecho.

PARAGRAFO: El pago de Gastos de desplazamiento es incompatible con el pago de viáticos.

*ARTICULO 23. En caso de que el servidor público que por naturaleza de su labor y en cumplimiento de la misma se haya desplazado fuera de su sede habitual de trabajo menos de 15 días al mes, los gastos de desplazamiento serán liquidados en forma proporcional, tomando como base el porcentaje señalado en el Artículo anterior.
(...): (Negrilla fuera de texto)*

De la transcripción precedente, se puede concluir que i) el emolumento denominado "Gastos de desplazamiento", tiene como finalidad sufragar los traslados reiterados del servidor público a un lugar urbano o rural distinto al de su sede de trabajo, ii) para tener derecho a su pago el servidor público debe laborar de manera habitual por los menos 15 días fuera de su sede de trabajo, si la duración es menor su cancelación se hará de forma proporcional; iii) su reconocimiento y pago es incompatible con el de viáticos; y (iv) en ningún caso constituirán salario ni factor computable para liquidación de prestaciones sociales.

4. Caso concreto

Descendiendo al caso *sub examine*, el señor Jorge Enrique Vargas Espinosa, quien se vinculó al Departamento de Boyacá como conductor código 480, grado 14- de la planta de personal del nivel central del Departamento de Boyacá³, pretende que le sea reconocido como factor salarial para efecto de la liquidación de sus prestaciones sociales, aportes a seguridad social y demás emolumentos percibidos, lo correspondiente a los gastos de desplazamiento – antes prima de movilización-, que devengó de manera ininterrumpida desde su vinculación, esto es, a partir del 18 de enero de 2008.

Por su parte, la entidad demandada se opone a la prosperidad de las pretensiones, argumentando entre otros, que no deben confundirse los gastos de desplazamiento con los viáticos, toda vez que aquellos se reconocen exclusivamente a los conductores mecánicos y conductores quienes para cumplir cabalmente con sus funciones deben desplazarse a un lugar diferente de su sede de trabajo por un término superior a 15 días, mientras estos corresponden al valor diario destinado a proporcionarle al servidor público comisionado el pago de los gastos por concepto de manutención y alojamiento, en cuanto a las condiciones que su estadía exija, resaltando que para su reconocimiento debe mediar una comisión de servicios.

³ Decreto Número 000101 del 18 de enero de 2008, según certificado obrante a folio 52.

Bajo el anterior panorama, se dirá en primer lugar, que tal como se expuso en el acápite correspondiente al marco normativo y jurisprudencial de esta providencia, los gastos de desplazamiento consagrados en las normativas departamentales citadas en precedencia, surgen con ocasión del traslado temporal que en cumplimiento de sus funciones y por la naturaleza de la labor desempeñada, deben realizar algunos empleados de la administración departamental, tales como los conductores, y corresponden al 90% del sueldo básico mensual del empleado.

A su vez, y como ya se expuso los viáticos son definidos como un emolumento cuya finalidad es la de cubrir los gastos de manutención y alojamiento en que incurre el servidor público o privado por el cumplimiento de sus funciones fuera de su sede habitual de trabajo, sin sufrir por ello mengua en su patrimonio.⁴

A diferencia de los gastos de desplazamiento, los viáticos si se encuentran regulados por la legislación nacional, y se han concebido como factor de salario, como se extraen de los siguientes artículos del Decreto 1042 de 1978⁵ así:

*"Artículo 42º.- De otros factores de salario. Además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, **constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios.***

(...)

h) Los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión.

(...)

Artículo 61º.- De los viáticos. Los empleados públicos que deban viajar dentro o fuera del país en comisión de servicios tendrán derecho al reconocimiento y pago de viáticos.

Artículo. 62º.- De la fijación de los viáticos. Los viáticos se fijarán según la remuneración mensual que corresponda al empleo del funcionario que deba viajar en comisión, hasta en las siguientes cantidades diarias:

(...)

Para determinar el valor de los viáticos de acuerdo con los topes señalados en este artículo se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario:

⁴ Corte Constitucional, sentencia C-221 del 29 de mayo de 1992, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero; sentencia C- 108 del 15 de marzo de 1995, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁵ Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones.

- a). *La asignación mensual básica.*
- b). *Los incrementos de salario a que se refieren los artículos 49 y 97 de este Decreto.*
- c). *Los gastos de representación cuando se trate de funcionarios del nivel directivo.*

Mientras las entidades reglamentan el reconocimiento de viáticos, podrán fijar a sus funcionarios los topes señalados en el presente artículo. (Subrayado y negrilla fuera de texto original)

En este sentido, se reitera que el artículo 150 de la Constitución Política otorgó plenas facultades al Congreso para crear leyes y señala las reglas a las cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional a efectos de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos.

Es decir, que en la medida que se reserva dicha facultad en cabeza del Congreso de la República, no le está dado a los gobiernos y corporaciones del orden territorial ejercer las competencias de creación de emolumentos salariales y prestacionales.

Así las cosas, se deduce que el gobernador del Departamento de Boyacá, no ha tenido, ni tiene la facultad de crear nuevos factores de salario, como tampoco cambiar la denominación, ni las condiciones de éstos, por cuanto excede las competencias que le otorga la Constitución Política.

Por tanto, tampoco le estaba otorgado al gobierno departamental entrar a definir mediante los decretos aquí estudiados, que los gastos de desplazamiento no constituyen factor salarial para ningún efecto, pues esta facultad solo le corresponde al legislador. Sin embargo, esta situación no conlleva a la prosperidad automática de las pretensiones de la demanda pues es claro que en la expedición de tales decretos y los que les antecedieron, el gobernador excedió las facultades que tiene para fijar la escala de viáticos, y por ende estos decretos resultan de entrada contrarios a la Constitución Política.

Reafirma esta posición, la postura que en casos similares han adoptado las salas de decisión No. 3 y No. 4 del Honorable Tribunal Administrativo de Boyacá en las cuales se ha señalado que pese a tener naturaleza similar a la de los viáticos, los gastos de desplazamiento no pueden ser incluidos como factor de salario para efectos

prestacionales, por cuanto las normas que los regularon fueron expedidas por el gobierno departamental rebosando los límites impuestos por la Carta Política.

Así en proveído del 31 de octubre de 2013⁶, la Sala de Decisión No. 3 señaló lo siguiente:

"Aunque las disposiciones departamentales hayan denominado prima de movilidad o gastos de desplazamiento al pago que se hace a los conductores cuando deben desarrollar su actividad fuera de su sede habitual de trabajo, a esta Sala no queda duda que se trata de viáticos, tanto es así que se determinó la incompatibilidad entre sí, sin que pueda entenderse más que los dos pagos tienen la misma finalidad, ni puedan confundirse con gastos de transporte por la potísima razón de que se trata de empleados cuya función es conducir el vehículo, ni con gastos de representación pues estos son aplicables a empleos de niveles distintos al operativo.

(...)

Comparada la regulación legal de este pago con la regulación territorial se encuentra que el Gobernador no observó los parámetros que la Ley estableció para el reconocimiento de viáticos y tampoco los límites que el Gobierno Nacional ha previsto pues, sin lugar a mayor análisis, véase lo siguiente:

VIATICOS	GASTOS DE DESPLAZAMIENTO
Requieren comisión por acto administrativo	No requieren acto administrativo de comisión.
Constituyen salario	No son factor de salario. Son incompatibles con los viáticos.
Se fijan conforme a la remuneración mensual. El Gobierno Nacional los establece en un monto diario máximo.	Son el 90% de la asignación básica
Se reconocen cuando el comisionado deba permanecer el día completo. Si no pernocta se paga el 50%.	Se pagan si el conductor esta fuera de la sede por lo menos 15 días al mes.
No puede exceder de 30 días prorrogables hasta por otros 30, según las necesidades del servicio.	Es permanente

Así las cosas, concluye la Sala que la regulación de gastos de movilización por decreto departamental, resulta inconstitucional (...)

Ahora, si se admitiera que los gastos de desplazamiento, no son viáticos, se llegaría a la misma conclusión, pues, sin duda, el Gobernador no puede establecer pagos para los empleados territoriales, distintos de los que la ley establece para los empleados del orden nacional, en materia de salarios atado a los límites señalados por la Asamblea Departamental y esta a su vez al Gobierno Nacional; y en materia de prestaciones sociales no puede establecer otras distintas de las previstas por el legislador, a cuya reserva corresponden. De allí que no resulte de recibo, como lo señala la demandada, que los gastos de desplazamiento son una "bonificación extralegal (...) voluntaria y deliberada" (...)

Sin embargo, conforme a lo expuesto, la actora no puede fundar su derecho en Decretos Departamentales expedidos por el Gobernador excediendo las

⁶ Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión No. 3, sentencia del 31 de octubre de 2013, Rad. No. 15001233300020130046200 M.P. Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz.

facultades que tiene para fijar la escala de viáticos. Los actos con fundamento en los cuales la actora pretende el pago que reclama son y han sido contrarios a la Constitución y no pueden ser fuente de derecho.

Además de lo anterior, en gracia de discusión, resultaría contrario a derecho aplicar al actor, en forma simultánea, el régimen de viáticos previsto en el Decreto 1042 de 1978 para tomar de allí el carácter salarial cuando se devengan habitualmente y periódicamente; y el régimen de "gastos de movilización" que, como se vio, no cumplen las condiciones legales exigidas a los viáticos, pues ello iría contra el principio de inescindibilidad de la norma que opera en el sistema jurídico e impide la aplicación fraccionada de disposiciones disímiles a un caso concreto." (Negrilla fuera de texto original)

El anterior criterio fue ratificado por la misma Sala de Decisión en providencia del 21 de agosto de 2014⁷, y por la Sala de Decisión No. 4 del Tribunal Administrativo de Boyacá en proveído del 19 de febrero de 2015⁸ en el que se indicó:

*"(...) Entonces, le asiste razón a la apelante por cuanto el Gobernador desconoció los límites establecidos por el Gobierno Nacional, fijando emolumentos que excedieron el monto global. **No podía el Gobernador de manera discrecional fijar un emolumento como los gastos de desplazamiento y que, como se reitera, tienen naturaleza de viáticos excediendo los límites máximos que le otorga la ley. Se vislumbra, entonces que estos Decretos son inconstitucionales, que la juez de instancia debió declarar la inaplicación de los mismos, cuando de entrada se evidencia que estos Decretos van en contra del mandato constitucional y legal.***

Ahora como algunos artículos de los Decretos 000217 de fecha 12 de marzo de 2012 y 068 de fecha 28 de enero de 2011, crearon emolumentos como los gastos de desplazamiento que comparados con los viáticos tienen identidad, el Gobernador no debió establecer pagos distintos, por cuanto se reitera en materia de salarios deben estar de acuerdo con el mandato legal, encontrando la Sala que los Gastos de Desplazamiento han desbordado el límite máximo que establece la ley, además de reglamentar sobre qué factores constituyen salario o no, cuando esta facultad solo le corresponde al Legislador.

(...)

En conclusión, si es inconstitucional el mencionado emolumento, tal derecho no puede nacer a la vida jurídica, puesto que la única fuente de derecho es la ley dentro de los límites máximo que confiere la Constitución y la Ley". (Subrayado y negrilla fuera de texto original)

Y en más reciente pronunciamiento⁹, esto es en la sentencia del 14 de junio de 2018 la Sala de Decisión No. 3 del Tribunal Administrativo de Boyacá ratificó la postura adoptada en las providencias anteriormente citadas al señalar:

"Sin embargo, conforme a lo expuesto, el actor no puede fundar su derecho en Decretos Departamentales expedidos por el Gobernador excediendo las facultades que tiene para fijar

⁷ Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión No. 3, sentencia del 21 de agosto de 2014, Rad. No. 15001333300520130012101 M.P. Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz.

⁸ Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión No. 4, sentencia del 19 de febrero de 2015, Rad. No. 15001333301020120011601 M.P. Dr. Félix Alberto Rodríguez Rivero.

⁹ Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión No. 3, sentencia del 14 de junio de 2018, Rad. No. 15001-33-33-004-2016-00127-01 M.P. Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz.

la escala de viáticos. Los actos con fundamento en los cuales el actor pretende el pago que reclama son y han sido contrarios a la Constitución y no pueden ser fuente de derecho."

Conforme a lo expuesto este Despacho, comparte los argumentos referidos en los precitados fallos, por cuanto guardan estrecha relación con la Constitución Política y con ellos no se hace nada diferente a preservar el ordenamiento legal y las disposiciones superiores que rigen en esta materia; por el contrario no acogerá las consideraciones plasmadas en los fallos citados por el demandante, por cuanto, si bien enfatizan en el respeto a los principios de favorabilidad y progresividad en materia laboral, pasan por alto que la favorabilidad allí promulgada lleva consigo un principio de inescindibilidad de la norma que impone su aplicación total.

Admitir lo contrario sería darle prevalencia a una norma de carácter departamental sobre una de orden nacional, y considerar que pese a la extralimitación en que incurrió su creador, la misma es fuente de derecho.

En gracia de discusión, y así se aceptase que los "gastos de desplazamiento" puedan ser catalogados como viáticos disfrazados, esto tampoco haría procedente acceder a la totalidad de las pretensiones de la demanda, toda vez que de conformidad con el Decreto 1042 de 1978 la única prestación social cuya base para liquidación incluye a los viáticos son las cesantías, es decir, ni la prima de servicios, ni las de navidad y de vacaciones, ni la bonificación por servicios, ni ninguna otra prestación tienen en cuenta lo percibido por concepto de viáticos para su liquidación. En el mismo sentido, tampoco pueden incluirse los pagos percibidos por concepto de viáticos para la liquidación de los aportes a pensión de los servidores públicos, toda vez que no son un factor contenido expresamente en el Decreto 1158 de 1994. De tal forma que no es procedente acceder a las pretensiones solicitadas a título de restablecimiento del derecho.

Por último, se dirá en relación con la vulneración al principio de igualdad que invoca el accionante, que dicho principio al tenor de lo establecido por la Corte Constitucional *"no se traduce en la contestación de una paridad mecánica y matemática, sino en el otorgamiento de un trato igual compatible con las diversas condiciones del sujeto ... Así puede decirse que la vigencia del derecho a la igualdad no excluye necesariamente la posibilidad de dar un tratamiento diferente a personas que, de acuerdo a sus condiciones, hacen razonable la distinción o que, aún en casos en los que hay individuos enfrentados a*

una misma situación, existan motivos para justificar un trato particularizado",¹⁰ por lo que si bien existen decisiones judiciales proferidas a favor de otros conductores del Departamento que a juicio de éste se encontraban en condiciones similares, no se demostró que en realidad las circunstancias de ellos y las del actor sean idénticas y como ya se mencionó tal situación obedeció a la postura que en ese momento se adoptó en algunos despachos de descongestión del Tribunal Administrativo de Boyacá, y que se reitera cuyos argumentos no comparte este Despacho; además se aleja de la posición actual de esa Corporación que acata este operador judicial en virtud del precedente vertical.

Bajo las anteriores circunstancias, en criterio del Despacho, la decisión a tomar en el presente caso no puede ser otra que la de inaplicar por inconstitucionales los artículos 3º "gastos de desplazamiento", 20 y 21 del Decreto 0068 de 2011, así como los artículos 3º "gastos de desplazamiento", 22 y 23 del Decreto 000217 de 2012 y en consecuencia, negar las pretensiones de la demanda en cuanto a la declaratoria de nulidad de los actos enjuiciados.

5.- Costas

Atendiendo a que en el presente asunto no fue demostrada la causación de costas, el Despacho se abstendrá de condenar en costas acatando lo dispuesto en el numeral 8º del artículo 365 del CGP.

Por lo expuesto, el **JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

F A L L A:

Primero.- INAPLICAR por inconstitucionalidad los artículos artículos 3º "gastos de desplazamiento", 20 y 21 del Decreto 0068 de 2011, así como los artículos 3º "gastos de desplazamiento", 22 y 23 del Decreto 000217 de 2012, expedidos por la Gobernación del Departamento de Boyacá, conforme lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

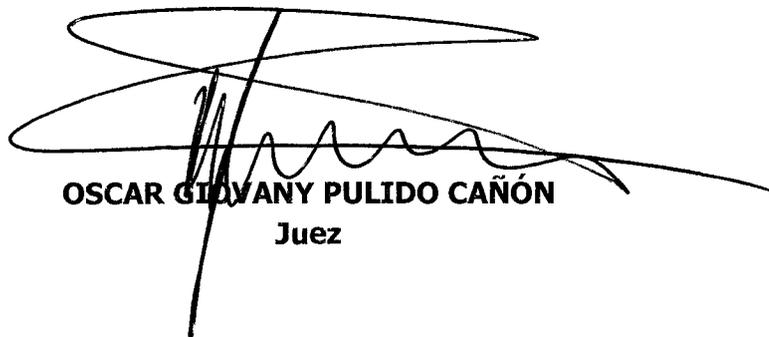
¹⁰ Corte Constitucional Sentencia C-629 de 2000.

Segundo.- Negar las pretensiones de la demanda, conforme a lo expuesto.

Tercero.- Abstenerse de condenar en costas de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

Cuarto.- Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso, si hay lugar a ello, y archívese el expediente dejando las respectivas constancias de rigor.

Notifíquese y cúmplase



OSCAR GIOVANY PULIDO CAÑÓN
Juez