



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO VEINTIOCHO ADMINISTRATIVO
CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
-SECCIÓN SEGUNDA-**

Bogotá D.C., veintisiete (27) de junio de dos mil veintitrés (2023)

Proceso No.: 11001-33-35-028-2022-00485-00
Demandante: Fredy Alexander Castellanos Mesa¹
Demandado: Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional²
Asunto: Reconocimiento de viáticos en aplicación del Decreto 1211 de 1990.

Procede el Despacho a proferir sentencia anticipada, de conformidad con el numeral 1º del artículo 42³ de la Ley 2080 de 2021⁴ por el cual se adiciona el artículo 182A a la Ley 1437 de 2011⁵, dentro del proceso promovido por el demandante **Fredy Alexander Castellanos Mesa** identificado con cédula de ciudadanía No. 7.176.038, por intermedio de apoderado, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en contra de la **Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional**.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

La parte demandante, por intermedio de apoderado pretende lo siguiente:

“PRIMERA: Se declare la nulidad del acto administrativo ficto o presunto, que se dio con ocasión al silencio administrativo negativo por no dar contestación al derecho de petición presentado a través de apoderado el día 27 de noviembre de 2020, siendo el mentado silencio administrativo una voluntad de la administración por medio de la cual se negó el pago de los viáticos por ochenta y uno (81) días a los que tenía derecho mi mandante.

SEGUNDA: Como consecuencia de la anterior y a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la demandada le sean pagos a mi mandante los viáticos por ochenta y uno (81) días, ya que durante este tiempo estuvo cumpliendo la comisión individual del servicio fuera de la Guarnición (ordenado por el comandante de la División de Aviación Asalto Aéreo) ya que salió de Guarnición de Bogotá a la

¹ Apoderado de la parte demandante, Dr. Andrés Camilo Tarazona Vence correo electrónico andres.904@hotmail.com

² Apoderado de la parte demandada Dr. Claudia Maritza Ahumada Ahumada correo electrónico claudiamaritsaa@gmail.com

³ “Artículo 182A. Sentencia anticipada. Se podrá dictar sentencia anticipada:

1. Antes de la audiencia inicial:

a) Cuando se trate de asuntos de puro derecho;

b) Cuando no haya que practicar pruebas;

c) Cuando solo se solicite tener como pruebas las documentales aportadas con la demanda y la contestación, y sobre ellas no se hubiese formulado tacha o desconocimiento; (...)”

⁴ Por medio de la cual se reforma el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - Ley 1437 de 2011- y se dictan otras disposiciones en materia de descongestión en los procesos que se tramitan ante la jurisdicción.

⁵ Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Guarnición del Fuerte Militar de Tolomaida, cumpliéndose lo estipulado en la ley, los viáticos que se le deben pagar son de acuerdo a lo estipulado por Ejército es:

Sueldo Básico TC	Viáticos 8% Diario	Días que tengo derecho	Total viáticos
\$ 3.440.815,00	\$ 275.265,20	81	\$ 22.296.481,20

TERCERO: Se ordene a la demandada que el monto relacionado anteriormente se pague con la indexación a la que haya lugar y con el pago de intereses moratorios ajustados al máximo permitido por la superintendencia financiera de Colombia.

CUARTO: Que se condene en costas y agencias en derecho a la parte demandada”⁶

2. Hechos

Manifiesta la parte demandante que prestó sus servicios al Ejército Nacional, siendo su último grado el de Teniente Coronel y actualmente se encuentra en uso del buen retiro.

Indicó que elevó una petición a la entidad demandada el 27 de noviembre de 2020, para que se le reconociera el pago de 81 días de viáticos dejados de pagar cuando estuvo en servicio y que se causaron entre el 11 de marzo de 2020 y el 31 de mayo de 2020, con ocasión a la comisión de servicios individual comunicada mediante radiograma No. 2020519001772503-MDN-COGFM- COGFM-COEJC-SECEJ-JEMOP-DAVAA-JEM-D1 29.60 del 11 de marzo de 2020, signado por el Brigadier General Jaime Hernando Rivera Jaimes, Comandante de la División de Aviación Asalto Aéreo, en la que destina al accionante de DAVAA (EM) Bogotá a la BRIAV25 (EM) “Fuerte Militar Tolomaida”, destacando que el 1º de junio de 2020, salió a disfrutar de sus vacaciones.

Afirma que la entidad demandada no dio respuesta a la prenombrada petición, por esa razón se configura el silencio administrativo negativo y el acto ficto o presunto que aquí se demanda.

3. Normas violadas y concepto de violación⁷

Cita como normas violadas, los artículos 53, 122, 123, 217, 220 de la Constitución de 1991 y lo dispuesto en el Decreto 1211 de 1990.

Manifiesta el accionante que el acto administrativo atacado se opone a la normativa anotada en razón a que en el período comprendido entre el 11 de marzo de 2020 y el 31 de mayo de 2020, estuvo destinado en comisión de servicios de Bogotá a Tolomaida y no recibió pago por concepto de viáticos debiendo haberlo asumido la parte demandada en los términos del artículo 115 del Decreto 1211 de 1990.

Indica que en este caso también se configura el cargo de nulidad de falsa motivación, en la medida que la entidad desconoce una situación que es la

⁶ Archivo digital No. 2 página 1.

⁷ Fols. 5 a 7

generadora de esos dineros que es la comisión a la que se destinó el Oficial hoy retirado.

Finalmente precisa que la entidad demandada también incurrió en temeridad al dejar de responder la petición radicada el 27 de noviembre de 2020, a sabiendas que el accionante tiene derecho al pago de los viáticos.

4. Trámite

Mediante auto del dos (2) de marzo de 2023, se admitió la demanda y se ordenó notificar al extremo pasivo.

5. Contestación de la demanda

La entidad demandada se opuso a las pretensiones de la demanda, precisando que el demandante no estuvo en comisión todo el tiempo que menciona en la demanda, sino hasta el 6 de abril de 2020, ya que mediante radiograma radicado bajo el No. 2020519002457003 del 6 de abril de 2020, que canceló de manera inmediata la Comisión administrativa del demandante y le ordenó presentarse de manera inmediata.

Lo anterior significa que la comisión corresponde a un tiempo inferior regulado en el artículo 115 del Decreto 1211 de 1990, por lo cual, en su criterio no tiene derecho a tal reconocimiento.

Con fundamento en lo anterior, formula excepción de mérito que denominó: ***“carencia del derecho del demandante e inexistencia de la obligación de la demandada”***.

6. Alegatos de conclusión

Mediante auto del 1º de junio de 2023⁸, se dispuso la fijación del litigio, se decretaron las pruebas oportunamente solicitada y como quiera que todas son documentales, se dispuso correr traslado común a las partes y ministerio público para que presentaran sus alegaciones finales y concepto respectivamente.

6.1. Parte demandante⁹

La parte demandante reiteró lo expuesto en la demanda, destacando que se encuentra probado lo afirmado en el libelo y por lo tanto, solicita acceder a las pretensiones de la misma.

6.2. Parte demandada¹⁰

La parte demandada, insistió en los argumentos defensivos reiterando especialmente que, al tratarse de una comisión inferior a un mes, no tiene derecho el demandante al cobro de viáticos atendiendo lo dispuesto en el artículo 115 del

⁸ Archivo digital No. 17

⁹ Archivo digital No. 19

¹⁰ Archivo digital No. 18.

Decreto 1211 de 1990, por lo que considera que deben tenerse por probadas las excepciones de mérito propuestas.

El Ministerio Público guardó silencio dentro de la oportunidad legal.

II. CONSIDERACIONES.

1. Problema jurídico

Debe resolverse con lo que aparece demostrado en este proceso, el objeto del mismo consiste en determinar si es procedente declarar la nulidad de los actos administrativos acusados, y en consecuencia, si la parte demandante tiene derecho a que se le reconozcan ochenta y un (81) días de viáticos causados entre el 11 de marzo de 2020 y el 31 de mayo de 2020.

2. Marco legal y jurisprudencial

2.1. Régimen salarial y prestacional de las Fuerzas Militares

El régimen salarial y prestacional previsto para los miembros de la fuerza pública en virtud de su especialidad y excepcionalidad, se encuentra regulado por diferentes normatividades anteriores y posteriores a la expedición de la Constitución de 1991.

La norma Superior, en su artículo 150, numeral 19, literal e), estableció que al Congreso de la República corresponde hacer las leyes, y en tal virtud, debía dictar una Ley General y/o Marco donde señale los objetivos y criterios a los que debía sujetarse el Gobierno Nacional para fijar el Régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública.

Atendiendo el anterior mandato, el Congreso expidió la Ley 4 de 1992 “*Por la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones*”. En ella se indicó —artículo 4— que cada año el Gobierno Nacional, modificará el sistema salarial correspondiente a los empleados enumerados en el artículo 1º literal a), b) y d), aumentando sus remuneraciones¹¹.

Ahora bien, a partir del 1º de enero del año 1996, el Gobierno Nacional, con el fin de atender el sistema de oscilación aplicado a los sueldos y asignaciones de retiro del personal de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, expidió el **Decreto Ley 107 de**

¹¹ “**ARTÍCULO 1o.** El Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta Ley, fijará el régimen salarial y prestacional de:

a) Los empleados públicos de la Rama Ejecutiva Nacional, cualquiera que sea su sector, denominación o régimen jurídico;

b) Los empleados del Congreso Nacional, la Rama Judicial, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la Organización Electoral y la Contraloría General de la República;

(... ..)

d) Los miembros de la Fuerza Pública.”

“**ARTÍCULO 4o.** Con base en los criterios y objetivos contenidos en el artículo 2o el Gobierno Nacional, de cada año, modificará el sistema salarial correspondiente a los empleados enumerados en el artículo 1º literal a), b) y d), aumentando sus remuneraciones.”

(...)(Subrayado fuera de texto)

1996, “Por el cual se fijan los sueldos básicos para el personal de Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional, **personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional** y empleados públicos del Ministerio de Defensa, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional. Se establecen bonificaciones para Alféreces, Guardiamarinas, Pilotines, Grumetes y Soldados, se modifican las comisiones y se dictan otras disposiciones en materia salarial”. Dicho decreto, en su artículo 1º dispuso:

“ARTÍCULO 1o. De conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 4a. de 1992, fíjase la siguiente escala gradual porcentual para el personal de oficiales, suboficiales, miembros del nivel ejecutivo y agentes de la Fuerza Pública.

Los sueldos básicos mensuales para el personal a que se refiere este artículo, corresponderán al porcentaje que se indica para cada grado, con respecto a la asignación básica del grado de General.

Oficiales	
General	100%
Mayor General	90%
Brigadier General	80%
Coronel	60%
Teniente Coronel	44.30%
Mayor	38.60%
Capitán	30.50%
Teniente	26.70%
Subteniente	23.70%
Suboficiales	
Sargento Mayor	26.40%
Sargento Primero	22.60%
Sargento Viceprimero	19.50%
Sargento Segundo	17.90%
Cabo Primero	16.40%
Cabo Segundo	15.40%
Nivel Ejecutivo	
Comisario	45.50%
Subcomisario	38.30%
Intendente	33.90%
Subintendente	26.40%
Patrullero	20.30%

Agentes de los cuerpos profesional y profesional especial de la Policía Nacional
Con antigüedad inferior a 5 años de servicio 11.95%; Antigüedad de 5 años y hasta menos de 10 14.55%; Con antigüedad de 10 o más años de servicio 14.90%.

PARÁGRAFO 1. Las asignaciones básicas calculadas en los porcentajes anteriores se aproximarán a la decena superior.

PARÁGRAFO 2. Los tenientes primeros de la Armada Nacional tendrán el mismo sueldo básico fijados para los Tenientes de Fragata.” (Negrilla y Subrayado fuera de texto)

Observese que al tenor de las anteriores reglas, el legislador extraordinario tuvo en cuenta lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 4ª de 1992, es decir el porcentaje de la escala gradual correspondiente a cada grado, tomando como base la asignación básica del grado de General.

La anterior reglamentación es la fuente para las regulaciones futuras que expide año a año el Gobierno Nacional, para establecer los incrementos salariales de la Fuerza Pública.

Por otra parte en lo que toca al régimen prestacional para el caso de las Fuerzas Militares antes de la vigencia de la Constitución de 1991, venía regiendo el Decreto 1211 de 1990, que regula todo lo pertinente al tipo de prestaciones sociales a que tienen derecho los Uniformados.

Luego el Gobierno Nacional en uso de facultades extraordinarias conferidas mediante la Ley 578 de 2000, expidió el Decreto 1790 de 2000, que comporta todas particularidades sobre ingreso, ascenso y retiro de los Uniformados, además regula otras situaciones administrativas pero lo relevante es que mantuvo vigente el régimen prestacional comprendido en el primer Decreto mencionado.

2.2. Comisiones de servicio y reconocimiento de viáticos en las fuerzas militares

Dentro del servicio activo de las fuerzas militares se encuentran previstas diversas situaciones administrativas, que deben ser atendidas por el personal uniformado a la mayor brevedad posible, atendiendo la necesidad del servicio y la flexibilidad del movimiento de la planta de personal pues conforme con el artículo 217 de la Constitución de 1991, las Fuerzas Militares están destinadas principalmente para la defensa de la soberanía en todo el territorio nacional, propósito que facilita el movimiento del personal Uniformado.

Precisado lo anterior, el tipo de situaciones que pueden presentarse al Uniformado en desarrollo de su carrera en la fuerza, se encuentran las siguientes:

“Artículo 82. Definiciones.

a) Destinación: Es el acto de autoridad competente por el cual se asigna a una unidad o dependencia militar (incluyendo la Gestión General del Ministerio de Defensa Nacional) a un Oficial o Suboficial cuando ingresa al escalafón o cuando cambia su situación jerárquica por ascenso;

b) Traslado: Es el acto de autoridad competente por el cual se asigna a un Oficial o Suboficial a una nueva unidad o dependencia militar (incluyendo la Gestión General del Ministerio de Defensa Nacional), con el fin de prestar sus servicios en ella, o desempeñar un cargo dentro de la organización;

c) Comisión: Es el acto de autoridad competente por el cual se asigna a un Oficial, Suboficial o alumno de escuela de formación de Oficiales o Suboficiales con carácter transitorio a una unidad o repartición militar, o a una entidad Oficial o privada, para cumplir misiones especiales del servicio;

d) Licencia: Es el acto de autoridad competente efectuado a solicitud de parte, por el cual se suspenden transitoriamente las funciones del Oficial o Suboficial dentro de la organización a que pertenece, en las condiciones señaladas en este decreto;

e) Encargo: Es el acto de autoridad competente por el cual se designa a un militar por un término no mayor a 120 días, para asumir total o parcialmente las funciones de mando y/o administrativas correspondientes a un cargo, por ausencia temporal o definitiva del titular, desvinculándose o no de las funciones propias.

Parágrafo. *La destinación, traslado o comisión es de obligatorio cumplimiento, contra ella no obra ningún recurso y es facultad exclusiva del Gobierno Nacional,*

del Ministro de Defensa Nacional, del Comandante General de las Fuerzas Militares y de los Comandantes de Fuerza, según el caso.”¹²

Dentro de las definiciones que trae la normativa citada, se encuentra la Comisión como una orden que debe cumplir un Uniformado, de trasladarse a otra unidad de manera **transitoria**, para adelantar servicios especiales en la unidad de destino. También las comisiones se encuentran clasificadas de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 83. CLASIFICACIÓN DE LAS COMISIONES. *Las comisiones de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares pueden ser:*

a. Según la misión asignada.

1. Individuales. Cuando existe individualidad de misión y tarea.

2. Colectivas. Cuando hay unidad de misión o tarea con pluralidad de sujetos.

b. Según la duración.

1. Transitorias. Las comisiones hasta por noventa (90) días calendario.

2. Permanentes. Las comisiones superiores a noventa (90) días calendario.

c. Según el lugar donde deban cumplirse.

1. En el Interior. Las que deben cumplirse en territorio colombiano.

2. En el exterior. Las que deben cumplirse por fuera del territorio colombiano.

d. Según la función que se asigne.

1. Comisión del servicio. La conferida para ejercer las funciones del cargo en lugar diferente a la sede del mismo, cumplir misiones especiales ordenadas por los superiores, asistir a reuniones, conferencias o seminarios, o realizar visitas de observación que interesen a la administración y que se relacionen con el ramo en que prestan sus servicios los oficiales o suboficiales.

2. Comisión de estudio. La conferida para recibir capacitación, adiestramiento o perfeccionamiento en el ejercicio de las funciones propias del grado o cargo, arma, cuerpo o especialidad de que se es titular, o en relación con los servicios a cargo del organismo donde se halle vinculado el individuo, de tal forma que la especialidad del oficial o suboficial destinado guarde relación con el curso que se ha de adelantar.

El Comandante General de las Fuerzas Militares presentará para aprobación del Ministro de Defensa las disposiciones sobre las condiciones generales y especiales que deben cumplir quienes sean destinados en comisión de estudios.

3. Comisiones administrativas. Las dispuestas para apoyar a entidades diferentes a la respectiva fuerza o Comando General de las Fuerzas Militares con oficiales o suboficiales orgánicos y cuyas funciones a desempeñar guarden relación con el grado y la especialidad, caso en el cual, los comisionados seguirán rigiéndose por las normas de carrera contenidas en el presente Decreto. Estas comisiones pueden ser:

a) En el ramo de la defensa. Cuando la comisión se haga para apoyar a entidades adscritas o vinculadas al Ministerio de Defensa Nacional.

¹² Decreto 1790 de 2000

b) En otras entidades. Cuando la comisión se cumpla en entidades públicas distintas al Ministerio de Defensa Nacional y sus organismos adscritos o vinculados.

4. Comisiones diplomáticas. Son las otorgadas para ocupar cargos diplomáticos en el exterior, principalmente como agregados o adjuntos militares, navales o aéreos y los secretarios de las agregadurías.

Las condiciones generales para las comisiones diplomáticas de agregados, adjuntos y secretarios son las determinadas en los artículos 92, 93, y 94, de este Decreto.

5. Comisiones de tratamiento médico. Es la conferida con el objeto de recibir tratamiento médico en el exterior de acuerdo a certificación expedida por el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares.

6. Comisiones especiales. Son todas aquellas diferentes a las descritas anteriormente.”¹³

De acuerdo con la clasificación de las comisiones, se destaca por la relevancia para este proceso, que esta opera según la duración, pues si es superior a 90 días, se considera permanente y si no supera ese termino es transitoria. Su relevancia radica igualmente en que debe distinguirse del traslado, pues el hecho que una comisión se considere permanente no supone un traslado porque la primera tiene una finalidad específica asociada con la prestación del servicio, mientras que la segunda figura, hace referencia a la radicación de las funciones del Uniformado en otra unidad distinta a la que se encontraba.

Precisado lo anterior, las comisiones requieren gastos de traslado, alimentación y alojamiento y es por ello, que el Decreto 1211 de 1990, en el artículo 115, precisa lo siguiente:

“ARTÍCULO 115. Viáticos y pasajes. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares que cumplan comisiones individuales del servicio fuera de la guarnición sede y dentro del país, tendrán derecho a los pasajes correspondientes. Así mismo, cuando la comisión sea hasta por noventa (90) días, al pago de viáticos; conforme a las disposiciones vigentes.

PARÁGRAFO 1o. Cuando se trate de comisiones especiales para aceptar invitación o para asistir a determinados actos de interés profesional, general o deportivo, dentro o fuera del país, en las que entidad distinta al Ministerio de Defensa sufrague en todo o en parte los gastos necesarios, quien disponga la comisión fijar libremente una partida de viáticos igual o menor a la estipulada en este Artículo y podrá determinar si hay o no derecho a ellos y a su equivalencia en dólares, si fuera del caso. Así mismo, esté facultado para ordenar los gastos de representación que considere convenientes para estas comisiones.

PARÁGRAFO 2o. Las comisiones asignadas en el cumplimiento de órdenes de operaciones según las misiones dadas a la respectiva Fuerza, o para efectos de estudio, no darán derecho a viáticos de ningún género.

Las comisiones en la administración pública y otras entidades del país no serán cubiertas por el presupuesto del Ministerio de Defensa Nacional.

PARÁGRAFO 3o. Cuando la comisión deba cumplirse en el exterior, los viáticos se pagarán de conformidad con las disposiciones legales vigentes. El Gobierno

¹³ Decreto 1790 de 2000

podrá decretar, además, ciertos gastos de representación cuando lo considere necesario.”¹⁴

De acuerdo con la norma citada, los viáticos son procedentes según el tipo de comisión y si es una comisión individual de servicios de una guarnición a otra, corren por cuenta del Ministerio de Defensa Nacional, atendiendo la reglamentación que expida el Gobierno Nacional para la materia y condicionado a una duración máxima de 90 días, atendido el tenor de la norma en cita.

En los párrafos aparecen disposiciones especiales, para otro tipo de comisiones que facultan al Ministerio de Defensa Nacional la fijación de los viáticos e incluso la determinación de una partida de gastos de representación según lo requiera el Uniformado a quien se comisiona.

En este punto es pertinente anotar y para lo que interesa a este proceso, que el Decreto 318 de 2020, que ajustó los salarios de los Uniformados de la Fuerza Pública y empleados públicos del Ministerio de Defensa Nacional, respecto de los viáticos que se reconocen a los primeros precisó en el artículo 20, lo siguiente:

“ARTÍCULO 20. Viáticos. *Cuando los Oficiales, Suboficiales, Agentes del Cuerpo Profesional y Profesional Especial y empleados públicos a que se refiere el presente Decreto cumplan en territorio colombiano comisiones individuales de servicio fuera de su guarnición sede, que no exceda de noventa (90) días, tendrán derecho al reconocimiento y pago de viáticos equivalentes hasta el diez por ciento (10%) del sueldo básico mensual por cada día que pernocten fuera de su sede. En el caso del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, el porcentaje será hasta el siguiente, sobre el sueldo básico mensual:*

<i>Comisario</i>	<i>6.0 %</i>
<i>Subcomisario</i>	<i>6.0 %</i>
<i>Intendente Jefe</i>	<i>6.0 %</i>
<i>Intendente</i>	<i>6.0 %</i>
<i>Subintendente</i>	<i>6.0 %</i>
<i>Patrullero, Carabinero o Investigador</i>	<i>6.0 %</i>

El personal de Oficiales de las Fuerzas Militares que sea designado como Director y/o Subdirectores de Sanidad de cada una de las Fuerzas y que sea destinado en comisión al interior por un término inferior a noventa (90) días para ejercer funciones relacionadas con la Dirección General de Sanidad Militar tendrá derecho a que se le reconozca los viáticos en los términos indicados en este artículo, con cargo a la Unidad Ejecutora de Sanidad Militar del Ministerio de Defensa Nacional.

Cuando para el cumplimiento de las tareas asignadas no se requiera pernoctar en el lugar de la comisión, sólo se reconocerá el cincuenta por ciento (50%) del valor fijado.

Las comisiones individuales de servicio en el exterior, hasta por el término de noventa (90) días, darán lugar al pago de viáticos, cuya cuantía diaria será determinada por el Ministerio de Defensa sin que, en ningún caso, exceda el tres punto ocho por ciento (3.8%) del valor de un día de sueldo básico. En el caso de los

¹⁴ Decreto 1211 de 1990.

Alféreces, Guardiamarinas, Pilotines y Cadetes de la Fuerza Pública, la cuantía no podrá exceder del tres punto cinco por ciento (3.5%) del valor de un día de sueldo básico de un Subteniente o Teniente de Corbeta.

Los viáticos en el exterior se pagarán en dólares estadounidenses, a razón de un dólar por cada peso.

PARÁGRAFO. *Las comisiones asignadas en cumplimiento de órdenes de operaciones, según las misiones dadas a la respectiva Fuerza o para efectos de estudio, no darán lugar al pago de viáticos.”¹⁵*

Como se desprende de la normativa citada, el límite de los viáticos es hasta el 10% diario liquidado sobre el salario mensual, cuando se deba pernoctar en sede distinta a la de trabajo y ese porcentaje variará sin superar dicho tope de acuerdo con la escala gradual establecida para el reajuste de los salarios.

Respecto del tema de viáticos, el Consejo de Estado resaltó la reserva reglamentaria de la materia a cargo del Gobierno Nacional, precisando lo siguiente:

“De esta manera, se fijó una competencia compartida entre el legislador y el ejecutivo en la determinación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, así: i) el Congreso establece unos marcos generales y unos lineamientos que le circunscriben al ejecutivo la forma como debe regular la materia y; ii) corresponde al Gobierno Nacional desarrollar la actividad reguladora, es decir, le compete definir directamente los salarios y prestaciones sociales de todos los empleados públicos con fundamento en los criterios que para el efecto señale el legislador.

En desarrollo del referido precepto constitucional, el Congreso de la República dictó la Ley 4ª de 1992, cuyo artículo 4 estableció la facultad que tiene el Gobierno Nacional para modificar, año a año, el régimen de viáticos, gastos de representación y comisiones de los empleados, así:

«[...] ARTÍCULO 4. Con base en los criterios y objetivos contenidos en el artículo 2 el Gobierno Nacional, dentro de los primeros diez días del mes de enero de cada año, modificará el sistema salarial correspondiente a los empleados enumerados en el artículo 1 literal a), b) y d), aumentando sus remuneraciones. Igualmente, el Gobierno Nacional podrá modificar el régimen de viáticos, gastos de representación y comisiones de los mismos empleados. [...]» (subrayas fuera del texto original)

De acuerdo con la normativa citada, se tiene que, dentro de la facultad reglamentaria que le corresponde ejercer exclusiva y excluyentemente al Gobierno Nacional en materia de régimen salarial, se encuentra también la de definir el régimen de gastos de desplazamiento (viáticos, gastos de representación y de transporte) de los empleados públicos.”¹⁶

Como se desprende de la cita jurisprudencial precedente, el Gobierno Nacional tiene la facultad reglamentaria de la materia y por lo tanto, para el pago de concepto de viáticos el servidor interesado debe estar a lo dispuesto en la normativa que año a año se expide sobre la materia.

3. Caso concreto

3.1 De la configuración del silencio administrativo negativo

Teniendo en cuenta que la demandante acreditó haber radicado una petición ante la entidad demandada el 27 de noviembre de 2020¹⁷, en la cual solicitó el reconocimiento de los viáticos establecidos en el Decreto 1211 de 1990 en el artículo

¹⁵ Decreto 318 de 2020.

¹⁶ Consejo de Estado-Sección Segunda, sentencia del 7 de abril de 2022, con ponencia del Consejero Dr. William Hernández Gómez dentro del expediente No. 11001-03-25-000-2020-00027-00(0028-2020).

¹⁷ Archiv o digital No. 2.

115, atendiendo la comisión individual de servicios que le fue ordenada por el Ejército Nacional el 11 de marzo de 2020 mediante radiograma No. 2020519001772503-MDN-COGFM- COGFM-COEJC-SECEJ-JEMOP-DAVAA-JEM-D1 29.60 del 11 de marzo de 2020 con destino la BRIAV25 (EM) “Fuerte Militar Tolomaida”, sin que exista en el expediente constancia de la expedición y notificación de un acto administrativo que resolviera dicha solicitud, de conformidad con lo previsto en el artículo 83 del C.P.A.C.A que establece que “(...) *Transcurridos tres (3) meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que esta es negativa (...)*”, se declarará la existencia del acto administrativo ficto o presunto de carácter negativo a partir del 27 de febrero de 2021, por el silencio administrativo negativo en que incurrió la entidad demandada por la falta de respuesta a la mencionada petición.

Así las cosas, se procederá a analizar la legalidad del acto administrativo acusado.

3.2. Del reconocimiento de viáticos a favor de Oficial en retiro de las Fuerzas Militares por comisión especial de servicios.

Como primera medida se tiene acreditado que el demandante **Fredy Alexander Castellanos Mesa**, ingresó a prestar sus servicios para el Ejército Nacional el 10 de enero de 1997 y estuvo vinculado hasta el 17 de septiembre de 2020, siendo su último grado el de Teniente Coronel¹⁸.

Se tiene probado, que el accionante fue destinado en comisión individual de servicios el **11 de marzo de 2020**, mediante radiograma No. 2020519001772503 determinando que desde la División de Aviación Asalto Aéreo de DAVAA (EM) Bogotá debía dirigirse a la BRIAV25 (EM) “Fuerte Militar Tolomaida”¹⁹.

Teniendo en cuenta lo anterior, se tiene que el demandante pretende la nulidad del acto ficto o presunto a que se ha hecho referencia por dos causales (i) infracción a las normas en las que debió fundarse el acto administrativo atacado y (ii) falsa motivación del acto administrativo, cargo que complementa alegando una presunta temeridad, argumentos a los cuales se hizo referencia en precedencia.

3.2.1. Infracción de normas

Como se ha expuesto, el accionante señala que el acto administrativo atacado desconoció lo dispuesto en el artículo 115 del Decreto 1211 de 1990, pues no reconoció los viáticos a que tenía derecho con ocasión a la comisión individual de servicios que le fue ordenada con el radiograma No. 2020519001772503 del 11 de marzo de 2020, enviándolo de Bogotá a una unidad militar en Tolomaida durante el período comprendido entre el 11 de marzo de 2020 y el 31 de mayo de 2020.

Al respecto debe indicarse, que se encuentra demostrado al demandante le fue otorgada la comisión el 11 de marzo de 2020, hecho que coincide con la afirmación de la parte demandada. No obstante, no existe coincidencia en la

¹⁸ Archivo digital No. 13, página 13.

¹⁹ Archivo digital No. 15 página 15.

fecha de terminación de la comisión porque el accionante asegura que ello ocurrió el 31 de mayo de 2020 y el Ejército Nacional indica que fue el 6 de abril de 2020.

Se tiene probado que mediante radiograma No. 2020519001772503/MDN-COGFM-COEJC-SECEJ-JEMOP-DAVAA-JEM-D1 29.60 del 11 de marzo de 2020, se comunicó el inicio de la comisión del demandante de la siguiente manera:

“PERMÍTOME INFORMAR ESE COMANDO X DECLARASE SIN VALOR RADICADO No. 2020519000484023 X TRATA COMISIÓN TRANSITORIA SERVICIO X TC CASTELLANOS MESA FREDY ALEXANDER CC. 7176038 X DE CODAVAA A EMBRCNA X ASI MISMO X DESTINASE COMISIÓN ADMINISTRATIVA X DE CODAVAA A EMBRIAV25 X DIRECTIVA PERMANENTE No. 01032 2016-POLITICAS LINEAMIENTOS DE LA ADMINISTRACION PERSONAL X BG. RIVERA JAIMES X CDTE DAVAA X

No.	GD	ARMA	APELLIDOS Y NOMBRES	CEDULA	UNIDAD ORGANICA	ESPECIALIDAD	O.B.S.
1	TC	AVI	CASTELLANOS MESA FREDY ALEXANDER	7176038	DAVVA	VUELO	NECESIDAD DEL SERVICIO

Brigadier General JAIME HERNANDO RIVERA JAIMES
Segundo Comandante División de Aviación Asalto Aéreo²⁰

Igualmente, la entidad demandada con la contestación de la demanda aportó el radiograma No. 2020519002457003 del 6 de abril de 2020, que textualmente indica lo siguiente:

“PERMÍTOME INFORMAR ESE COMANDO X TERMINASE COMISION TRANSITORIA SERVICIO X SIGUIENTE OFICIAL X PRESENTACIÓN INMEDIATA X SEGÚN DIRECTIVA PERMANENTE No. 01032 2016-POLITICAS LINEAMIENTOS DE LA ADMINISTRACION PERSONAL X CR. CORTES MONCADA X SEGUNDO CDTE DAVAA X

No.	GD	ARMA	APELLIDOS Y NOMBRES	CEDULA	UNIDAD ORGANICA	ESPECIALIDAD	O.B.S.
1	TC	AVI	CASTELLANOS MESA FREDY ALEXANDER	7176038	DAVVA	VUELO	NECESIDAD DEL SERVICIO

Coronel EDILBERTO CORTES MONCADA
Segundo Comandante División de Aviación Asalto Aéreo²¹

De acuerdo con el artículo 84 literal c) numeral 2º del Decreto 1790 de 2000, proceden las comisiones en el país, por disposición del Comando General de las Fuerzas Militares “... inferiores a noventa (90) días para Oficiales superiores del Comando General de las Fuerzas Militares...”²², y en este caso el demandante fue destinado por disposición del Comandante de la División de Asalto Aéreo del Ejército Nacional que a su vez, es integrante del comando general de las fuerzas militares y fue devuelto con otra disposición de la misma naturaleza.

²⁰ Archivo digital No. 15 página 15.

²¹ Archivo digital No. 15 página 16.

²² Decreto 1790 de 2000.

Entonces por disposición de dos integrantes del Comando, el accionante en calidad de Teniente Coronel (Oficial Superior de acuerdo con el artículo 6, literal b) numeral 2º del Decreto 1790 de 2000), recibió órdenes de dos Oficiales Competentes para destinarse en comisión de servicios y para terminar la misma y presentarse inmediatamente.

Le correspondía a la parte demandante demostrar que el radiograma No. 2020519002457003 del 6 de abril de 2020, que terminó la comisión no existió o que definitivamente no le fue comunicado en debida forma, pero ello no ocurrió en este proceso.

Por lo tanto, se tiene que el accionante estuvo destinado en comisión individual de servicios, por el período comprendido entre el 11 de marzo de 2020 y el 6 de abril de 2020, lo que implicaba que en los meses de marzo y abril de ese año se reflejara en la nómina el pago de los viáticos respectivos, por cada día que el Oficial demandante debió pernoctar fuera del lugar geográfico de la guarnición asignada que en este caso era Bogotá.

No es de recibo en este punto, el argumento defensivo de la parte demandada, consistente en que no procede el reconocimiento de los viáticos porque “...*el término de la comisión fue desde el 11 de marzo del 2020 hasta el 6 de abril del 2020, es decir que el término de la comisión fue por menos de un (01) mes, por lo cual conforme a lo estipulado en el DECRETO 1211 DE 1990 del 8 de junio de 1990, Por el cual reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares ARTÍCULO 115. Viáticos y pasajes. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares que cumplan comisiones individuales del servicio fuera de la guarnición sede y dentro del país, tendrán derecho a los pasajes correspondientes. Así mismo, cuando la comisión sea hasta por noventa (90) días, al pago de viáticos; conforme a las disposiciones vigentes, por lo cual no se reúnen los requisitos que configuren el derecho al reconocimiento objeto de reclamación (...)*”²³, pues resulta evidente que la comisión aquí estudiada, se cumplió por un término inferior a 90 días, es decir, está dentro del rango legal.

En este sentido el Despacho se aparta del argumento de la parte demandada al afirmar que el término de comisión que justifica el reconocimiento de viáticos debe ser superior a noventa (90) días, ya que el artículo 115 del Decreto 1211 de 1990, no establece tal condición, sino que refiere que los viáticos se reconocen para comisiones individuales de servicios “...*hasta por noventa (90) días...*”²⁴, es decir, no más allá de ese límite y sin excluir del pago de viáticos el período inferior a 90 días.

También la norma en comento debe armonizarse con el Decreto salarial respectivo, que para el período en estudio corresponde al Decreto 318 de 2020²⁵, que en el artículo 20, aunque fue citado en precedencia, para el reconocimiento de este emolumento hace la siguiente precisión sobre la comisión “... *que no exceda de noventa (90) días, tendrán derecho al reconocimiento y pago de viáticos equivalentes hasta el diez por ciento (10%) del sueldo básico mensual por cada día que pernocten fuera de su sede...*”²⁶.

²³ Archiv o digital No. 15 páginas 4 y 5.

²⁴ Decreto 1211 de 1990, artículo 115.

²⁵ “Por el cual se fijan los sueldos básicos para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares; Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional; Personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, y Empleados Públicos del Ministerio de Defensa, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional; se establecen bonificaciones para Alféreces, Guardiamarinas, Pilotines, Grumetes y Soldados, se modifican las comisiones y se dictan otras disposiciones en materia salarial.”

²⁶ Decreto 318 de 2020 artículo 20.

Entonces, como el accionante prestó sus servicios en comisión entre el 11 de marzo del 2020 hasta el 6 de abril del 2020, tiene derecho al reconocimiento de los viáticos por ese período excluyendo el día 6 de abril de 2020, pues no debió pernoctar en Tolomaida, porque se le ordenó con el radiograma No. 2020519002457003 de esa fecha, presentarse "...INMEDIATAMENTE...".

Puestas así las cosas tiene vocación de prosperidad parcial el cargo de nulidad de infracción a las normas en las que debería fundarse el acto ficto atacado, pues si se hubieran aplicado en debida forma las normas antes mencionadas, el accionante no habría tenido necesidad de acudir a la jurisdicción. No obstante, el reconocimiento será parcial, porque no se reconocerá todo el período indicado en la demanda.

Previo a concluir este punto es necesario señalar que la entidad demandada incumplió la carga de la prueba que le impone el parágrafo del artículo 175 de la Ley 1437 de 2011, pues no aportó el expediente administrativo del accionante que de cuenta de los emolumentos sufragados en los meses de marzo y abril, para determinar si en efecto no le fueron pagados los viáticos que reclama por esta vía, pues está demostrado que ello no ocurrió en el mes de mayo de 2020, ya que lo devengado en esa época aparece relacionado en la hoja de servicios aportada con la demanda y que data del 17 de julio de 2020²⁷ y no se hace referencia a tal emolumento.

3.2.2. Falsa motivación y temeridad

En torno al cargo de nulidad por la causa de falsa motivación el Consejo de Estado ha precisado que: "...los motivos de un acto administrativo constituyen uno de sus fundamentos de legalidad, a tal punto que cuando se demuestra que estas razones que se expresan en el acto, como fuente del mismo, no son reales, no existen o están distorsionadas, se presenta un vicio que lo invalida, llamado falsa motivación...."²⁸.

Y respecto a la temeridad ha sido definida por la Corte Constitucional de antaño de la siguiente manera:

"Conforme a la normatividad anterior, la jurisprudencia constitucional ha estimado que la actuación temeraria es aquella que vulnera el principio constitucional de la buena fe (C.P., artículo 83) y, por tanto, ha sido entendida como "la actitud de quien demanda o ejerce el derecho de contradicción a sabiendas de que carece de razones para hacerlo, o asume actitudes dilatorias con el fin de entorpecer el desarrollo ordenado y ágil del proceso."²⁹ En estas circunstancias, la actuación temeraria ha sido calificada por la Corte como aquella que supone una "actitud torticera",³⁰ que "delata un propósito desleal de obtener la satisfacción del interés individual a toda costa",³¹ que expresa un abuso del derecho porque "deliberadamente y sin tener

²⁷ Archivo digital No. 2 páginas 18 a 20.

²⁸ Consejo de Estado-Sección Segunda, Sentencia del 25 de noviembre de 2021 con ponencia del Consejero Dr. William Hernández Gómez dentro del expediente No. 19001-23-33-000-2016-00338-01 (1931-20). Esta sentencia es reiteradora de línea jurisprudencial.

²⁹ T-327/93 (MP. Antonio Barrera Carbonell).

³⁰ T-149/95 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz).

³¹ T-308/95 (MP. José Gregorio Hernández Galindo).

razón, de mala fe se instaura la acción",³² o, finalmente, constituye "un asalto inescrupuloso a la buena fe de los administradores de justicia".³³ ³⁴

Precisado lo anterior, se tiene que no es posible alegar el cargo de nulidad de falsa motivación de un acto ficto o presunto, porque la configuración del silencio administrativo negativo, es una sanción que se le impone a la administración por no haber dado respuesta oportuna a una petición, pero los efectos de ese silencio los presume la Ley (artículo 83 de la Ley 1437 de 2011), precisamente para proteger los derechos del ciudadano y permitirle acudir a la jurisdicción, para discutir el tema que propuso al interior del procedimiento administrativo.

Presumir una respuesta negativa, no permite afirmar para efectos de la nulidad motivos de negación no existen, están distorsionados o no son reales, simplemente la administración nada dijo al respecto y se trata de una negación, cuyo efecto práctico es habilitar al ciudadano para que acuda a la jurisdicción.

En lo atinente a la alegada temeridad, que se hace consistir en el hecho de que la administración no contestó la petición, debe decirse que no es un cargo de nulidad enlistado en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 y no existe prueba que la actuación omisiva, estuvo encaminada a causarle un perjuicio al demandante todo lo contrario le permitió acudir a la jurisdicción. Por supuesto, lo deseable es que este tipo de asuntos se solucionen en sede administrativa pero el hecho de no acontecer de esa manera, no significa, que se ha obrado con el propósito de causar un perjuicio.

Así las cosas, no están llamados a prosperar estos argumentos de nulidad expuestos por la parte demandante.

4. De la prescripción

Teniendo en cuenta que la parte demandante, tiene derecho a que se le reconozcan viáticos por el período comprendido entre el **11 de marzo de 2020 y 5 de abril de 2020**, el fenómeno prescriptivo corre a partir de la exigibilidad de los mismos y en los términos del artículo 174 del Decreto 1211 de 1990, es de cuatro (4) años a partir de que se hicieron exigibles y la petición de reconocimiento se presentó el 27 de noviembre de 2020, a partir de ese momento se interrumpió la prescripción y la demanda se presentó a reparto el 21 de diciembre de 2022³⁵, día inhábil, lo que significa que debe tomarse como si se hubiera presentado el 11 de enero de este año, no corrió libremente este fenómeno extintivo por lo que el derecho deberá reconocerse por todo el período señalado.

5. Condena

Como lo establece el artículo 20 del Decreto 318 de 2020, los viáticos se liquidan tomando en consideración **hasta el 10%** del sueldo básico mensual, por cada día

³² T-443/95 (MP. Alejandro Martínez Caballero).

³³ T-001/97 (MP. José Gregorio Hernández Galindo).

³⁴ Corte Constitucional sentencia T-655 de 1998, con ponencia del Magistrado Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. **Los cinco citas precedentes provienen del texto jurisprudencial citado.**

³⁵ Archivo digital No. 3.

que pernoctó el demandante fuera de su sede de trabajo en el período comprendido entre el **11 de marzo de 2020 y 5 de abril de 2020** y como el grado del demandante es de Teniente Coronel ® deberá determinarse el porcentaje que le hubiera correspondido para la liquidación, atendiendo la regulación interna que maneja el Ministerio de Defensa Nacional para el año 2020, que se encuentra atada al porcentaje establecido como límite en el aludido decreto.

Una vez determinados los valores a pagar deben indexarse en los términos del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, dando aplicación a la fórmula basada en IPC que maneja esta jurisdicción:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por el demandante por concepto de los viáticos causados en cada día de comisión, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causó cada valor.

5. De la condena en costas

Finalmente, el Despacho no impondrá condena en costas, en la medida que no se observó una conducta dilatoria o de mala fe de ninguno de los sujetos procesales, y además porque no se encuentra prueba de su causación conforme lo consagrado en el artículo 365 numeral 8° del Código General del Proceso.

Bajo las consideraciones que anteceden, el Juzgado Veintiocho Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley:

FALLA

PRIMERO: **DECLARAR la existencia del acto ficto o presunto negativo** originado por la falta de respuesta por parte de la **Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional**, a la petición que presentó la parte demandante para el reconocimiento de los viáticos el día 27 de noviembre de 2020.

SEGUNDO: En consecuencia, **SE DECLARA PARCIALMENTE PROBADA** la excepción de mérito propuesta por la entidad demandada denominada **“carencia del derecho del demandante e inexistencia de la obligación de la demandada”**., conforme con las consideraciones precedentes.

TERCERO: **Condenar a NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-EJÉRCITO NACIONAL**, a lo siguiente:

- a. **RECONOCER** a favor del demandante **Fredy Alexander Castellanos Mesa** identificado con cédula de ciudadanía No. 7.176.038, los viáticos causados en el período comprendido entre el 11 de marzo de 2020 y el 5 de abril de 2020, conforme con lo expuesto en precedencia.
En caso de que ya se hayan reconocido esos valores y pagado, no deberán sufragarlos nuevamente, por virtud de esta condena.
- b. **Reconocer** los viáticos debidamente indexados conforme con el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, teniendo en cuenta la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por el demandante por concepto de los viáticos causados en cada día de comisión, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causó el salario retenido.

- QUINTO:** **Se ordena** dar cumplimiento a esta providencia con observancia de lo dispuesto en los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011.
- SEXTO:** Sin condenas en costas, de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva de la providencia.
- SÉPTIMO:** En firme el presente fallo, expídase las respectivas copias de conformidad con lo dispuesto en el artículo 114 del Código General del Proceso.
- OCTAVO:** Ejecutoriada la presente providencia **ARCHÍVESE** el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente
MÓNICA LORENA SÁNCHEZ ROMERO
JUEZ
Monica Lorena Sanchez Romero

Firmado Por:

Juez
Juzgado Administrativo
028
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **e1112580da7a719d8e1700cde9e94d50545b5a8528b0dec0f1cbe104882667bb**

Documento generado en 26/06/2023 07:42:42 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>