

**COMISION DE SERVICIOS- Regulación legal / COMISION DE SERVICIOS- Fines / COMISION DE SERVICIOS- Concepto / COMISION DE SERVICIOS- Puede dar lugar al reconocimiento de viáticos y gastos de transporte**

En términos del artículo 22 del Decreto N° 2400 de 1968, los servidores públicos reciben comisiones entre otros fines, para cumplir misiones especiales conferidas por sus superiores y así entonces, al concepto de comisión surgió ligado el de viáticos. En el mismo sentido el artículo 75 del Decreto N° 1950 de 1973 prevé que el empleado se encuentra en comisión cuando, por disposición de autoridad competente, ejerce temporalmente las funciones propias de su cargo en lugares diferentes a la sede habitual de su trabajo o atiende transitoriamente actividades oficiales distintas a las inherentes al empleo de que es titular y el artículo 79 ibídem indica que la comisión de servicio hace parte de los deberes de todo empleado; no constituye forma de provisión de empleos y puede dar lugar al pago de viáticos y gastos de transporte conforme a las disposiciones legales sobre la materia y las instrucciones de Gobierno.

**VIATICOS- Constituyen factor salarial cuando se perciban por un término no inferior a 180 días / VIATICOS – No constituyen retribución al servicio**

El artículo 42, literal h), del Decreto N° 1042 de 1978, citado por el demandante, precisaba que los viáticos constituían factor de salario, si se recibían en forma habitual y periódica y en el mismo sentido el artículo 45 del Decreto N° 1045 de 1978, indicaba que para la liquidación del auxilio de cesantía y de pensiones tenían carácter de factor de salario, cuando se hubiesen percibido por un término no inferior a 180 días en el último año de servicio. Es bien sabido que los viáticos de una comisión no constituyen retribución del servicio prestado por el funcionario, sino el pago que debe recibir para cubrir los gastos de manutención y alojamiento y así lo definió el artículo 3° del Decreto N° 670 de 2002, expedido con posterioridad a los actos demandados.

**VIATICOS – Criterios de fijación**

Del contenido del artículo 2° de la Ley 72 de 1995, que sirvió de fundamento a la Resolución N° 574 de 1995, cuyo artículo décimo segundo se demanda en nulidad, se evidencian tres criterios para la fijación de viáticos, a saber: **a)** remuneración mensual del empleado comisionado; **b)** naturaleza de los asuntos que le sean confiados y **c)** condiciones de la comisión, teniendo en cuenta el costo de vida del lugar en el cual debe realizarse la labor.

**RESOLUCION 574 de 31 de marzo de 1995- Artículo 12. Por el cual se reglamenta en el Sena las comisiones de servicio, pago de viáticos, gastos de transporte. Se declara la nulidad / REGLAMENTACIÓN DEL REGIMEN DE VIATICOS EN EL SERVICIO SECCIONAL DE APRENDIZAJE –SENA- Creación de un nuevo rubro. Gastos de manutención. Vulneración de criterios de fijación / GASTOS DE MANUTENCIÓN- Constituye un nuevo rubro que vulnera los criterios de fijación de los viáticos / VIATICOS-Deben ser diferentes en cada caso atendiendo los criterios de fijación**

Al comparar la norma transcrita ( artículo 2 de la ley 72 de 1995 ) con el artículo décimo segundo de la Resolución N° 574 de 31 de marzo de 1995, acusado en el sub-lite, surge evidente la infracción en que incurrió el Director General del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, en cuanto, lejos de reglamentar el régimen de viáticos atendiendo las pautas que para el efecto le señalaba la norma transcrita y que invocó como fundamento de su decisión, lo que en realidad hizo fue crear un rubro para los servidores que tuviesen a su cargo comisiones, consistente en el pago de una suma única equivalente a ocho mil ochocientos cincuenta pesos (\$8.850.00) que denominó gastos de manutención, sin tomar en cuenta que la norma que invocaba para soportar la que expedía consagraba tres criterios para fijar los viáticos y que el concepto de los mismos comprendía no solo el componente manutención, sino alojamiento. A lo dicho cabe agregar que los lineamientos señalados en el artículo 2° de la Ley 72 de 1995 deben tenerse en cuenta por la autoridad u organismo que tiene a su cargo la reglamentación del régimen de viáticos, porque no todos los asuntos objeto de comisión son de idéntica naturaleza y por esa razón deben ser atendidos por funcionarios con el nivel que el caso exija y en consecuencia los viáticos fijados no pueden ser iguales sino diferentes en cada caso; pero además tales lineamientos constituyen una limitante a la discrecionalidad del funcionario a cuyo cargo está la determinación del monto de los viáticos, quien no puede adoptar, como hizo en este caso, una determinación sin el respaldo normativo legal que la medida exige, porque la competencia para el efecto es reglada y el margen de discrecionalidad debía enmarcarse en los términos que establece el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo

**REGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL DE LOS EMPLEADOS PUBLICOS – Fijación. Competencia / VIATICOS- Gastos de manutención. Fijación por funcionario incompetente**

En términos del literal e) del artículo 150 de la Constitución Política, los regímenes salarial y prestacional de los empleados públicos y de los miembros del Congreso y de la Fuerza Pública son objeto de leyes marco. La Ley 4ª de 1992 (marco) desarrolló la norma Superior transcrita y en su artículo 1° señaló en lo pertinente: *“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;...”*. A su vez, en desarrollo de las normas generales de la ley precitada, el Gobierno Nacional expidió el Decreto N° 72 de 1995, por el cual fijó las escalas de viáticos. Se tiene entonces que el precepto Superior transcrito faculta al Gobierno Nacional para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, por tal razón al establecer una prestación especial, denominada gastos de manutención, el Director General del Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, excedió su competencia que solo lo autorizaba para fijar el valor de viáticos de los funcionarios comisionados, e invadió la del Presidente de la República conferida por las normas constitucional y legales precitadas.

**RESOLUCION 623 DE 2 DE OCTUBRE DE 1998- Artículo 3. Por el cual se regula el pago de viáticos, gastos de transporte, de manutención en el Sena- Regional Atlántico / REGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL DE LOS EMPLEADOS PUBLICOS – Fijación. Competencia / VIATICOS- Gastos de manutención. Fijación por funcionario incompetente**

En cuanto tiene que ver con la segunda de las normas demandadas, esto es el artículo 3° de la Resolución N° 623 de 2 de octubre de 1998, basta señalar que se

fundamentó en el artículo 12, parágrafo quinto, de la Resolución N° 574 de 1995 que, tal como quedó demostrado, infringió normas de carácter constitucional y legal que debió acatar y sobre esa base el Director del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA – Regional Atlántico, fijó la suma de quince mil doscientos cuarenta y tres pesos (\$15.243.00) para gastos de manutención, sin tomar en cuenta lo dispuesto en los artículos 150, numeral 19, literal e), de la Constitución Política; 1°, literal, a), de la Ley 4ª de 1992 y en el Decreto N° 72 de 1995, en materia de competencia para regular lo concerniente a la tasación de viáticos y las directrices que para el efecto deben aplicarse, como son la remuneración mensual del empleado, la naturaleza de los asuntos confiados y las condiciones de la comisión.

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCION SEGUNDA**

**Consejero ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ**

Bogotá, D.C., dos (2 ) de abril de dos mil nueve (2009)

**Radicación número: 11001-03-24-000-2005-00328-00(1048-06)**

**Actor: SINDICATO DE EMPLEADOS Y TRABAJADORES DEL SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SETRASENA**

#### **AUTORIDADES NACIONALES**

Cumplido el trámite previsto en los artículos 207 y siguientes del Código Contencioso Administrativo, procede la Sala a dictar sentencia en el proceso de la referencia.

### **I. ANTECEDENTES**

#### **LA DEMANDA Y SUS FUNDAMENTOS**

En ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo y actuando en representación del Sindicato de Empleados y Trabajadores del Servicio Nacional de Aprendizaje, “SETRASENA”, el abogado Diego Alberto Chavarro Ortiz demandó la nulidad del artículo décimo segundo de la Resolución N° 574 de 31 de marzo de 1995, expedida por el Director General de esa Entidad, *“Por la cual se reglamentan en el SENA las comisiones de servicios, pago de viáticos, gastos de*

*transporte y se dictan otras disposiciones”* y la nulidad del artículo tercero de la Resolución N° 623 de 2 de octubre de 1998, expedida por el Director del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA – Regional Atlántico.

Los fundamentos fácticos de las pretensiones se resumen así:

En desarrollo de las facultades conferidas por el Decreto N° 72 de 10 de enero de 1995, el Director General del SENA profirió la Resolución N° 574 de 31 de marzo de 1995, en cuya expedición asumió funciones que solo competen al Gobierno Nacional y al Congreso de la República (artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política); el artículo décimo segundo de la citada Resolución creó un gasto de manutención y su parágrafo cuarto determinó que éstos no constituían factor de salario para la liquidación de prestaciones sociales.

La Resolución referida infringió las normas a las cuales debió someterse, como son los artículos 2° del Decreto 72 de 1995; 61, 62 y 64 del Decreto N° 1042 de 1978 y todos los decretos expedidos por el Gobierno Nacional que reglamentan las tarifas de viáticos y las sumas que se deben pagar al empleado teniendo en cuenta su sueldo mensual.

Además infringió el Decreto N° 11 de 5 de enero de 1996, cuyo artículo 8° derogó las disposiciones que lo contrariaran. El artículo décimo segundo de la Resolución N° 574 de 1995 contraría el decreto precitado y los que dictó el Gobierno Nacional en los años subsiguientes, en cuanto establecen que si el cumplimiento de las tareas asignadas no requiere pernoctar en el lugar de comisión, se reconocerá el cincuenta por ciento (50%) del valor fijado; infringió los Decretos Nos. 32 de 1997; 45 de 1998; 67 de 1999; 2754 de 2000; 1461 de 2001; 670 de 2002; 3537 de 2003 y 4411 de 2004.

El SENA se inventó un gasto de manutención que aplica bajo la presunción de legalidad de la Resolución N° 574 de 1995, cuando el Gobierno había establecido el pago de viáticos para sus empleados públicos, como son los del SENA y en esa medida el pago de gastos de manutención viola el derecho de los empleados, pues les paga una tarifa inferior a la establecida por el Gobierno para todos los empleados del Estado.

La Resolución demandada infringe los artículos 1° y 2°, literal a), de la Ley 4ª de 1992; 45 de la Ley 119 de 1994; 14 de la Ley 50 de 1990; 1° del Decreto N° 1264 de 1997; la Ley

319 de 1996 y los principios establecidos en los artículos 1°, 2°, 13, 25, 53, 83 y 93 de la Constitución Política.

El artículo décimo segundo de la Resolución N° 574 de 31 de marzo de 1995 es nulo por no sujetarse a las normas en que debía fundamentarse y porque quien lo expidió carecía de competencia para modificar las prestaciones establecidas por el Gobierno para todos los servidores públicos; dicho acto administrativo también viola los derechos adquiridos de los servidores del Estado (art. 123 C.N.) y el principio de la buena fe (art. 83 C.N.). Como consecuencia de la nulidad del artículo décimo segundo citado, también es nulo el artículo 3° de la Resolución N° 623 de 2 de octubre de 1998, expedida por el Director Regional del SENA – Atlántico, porque se expidió con base en el artículo 12 de la Resolución N° 574 de 1995.

## **NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACION**

1. Como normas violadas con el artículo décimo segundo de la Resolución N° 574 de 31 de marzo de 1995, el actor citó las que se enlistan seguidamente, cuyo concepto de violación se resume así:

***Artículos 1°, 2°, 13, 25, 53, 83, 93, 150, numeral 19, literales e) y f), de la Constitución Política; 14 de la Ley 50 de 1990; 1°, 2° y 10° de la ley 4ª de 1992; 45 de la Ley 119 de 1994; 6° y 7° de la Ley 319 de 1996; 61, 62 y 64 del Decreto N° 1042 de 1978; 2° del Decreto N° 72 de 1995; 2° del Decreto 11 de 1996; 2° y 3° del Decreto N° 4411 de 2004; 1° del Decreto 1264 de 1997 y 413 del nuevo Código Penal. Decretos Nos. 32 de 1997; 45 de 1998; 67 de 1999; 2754 de 2000; 1461 de 2001; 670 de 2002 y 3537 de 2003.***

El Director del SENA asumió funciones que no le corresponden, al crear una prestación llamada gasto de manutención que no constituye salario, cuando para todos los servidores públicos existía una prestación denominada viáticos, creada por los artículos 61, 62, y 64 del Decreto Ley N° 1042 de 1978, previas facultades otorgadas por el Congreso de la República, que las delegó de manera permanente en el Gobierno Nacional a términos del artículo 1° de la Ley 4ª de 1992.

Con base en las facultades otorgadas al Gobierno por la Ley 4ª de 1992 y atendiendo el criterio establecido en su artículo 2°, literal a), que contempla el respeto a los derechos

adquiridos de los servidores del Estado de los regímenes general y especial y prevé que en ningún caso se podrá desmejorar su salario ni sus prestaciones sociales, el Gobierno expidió el Decreto N° 72 de 1995 y con base en éste el SENA profirió la Resolución N° 574 de 1995, cuyo artículo 2° infringe el artículo 2° de dicho decreto en el cual se fundamenta.

Además infringe los artículos 1° y 2°, literal a) y 10° de la Ley 4ª de 1992, en cuanto precisan que todo régimen salarial o prestacional que se establezca contraviniendo las disposiciones contenidas en esa ley, o en los decretos que dicte el Gobierno Nacional en desarrollo de la misma, carecerán de efecto y no crean derechos adquiridos. El artículo décimo segundo creó una prestación llamada gasto de manutención, por un valor menor al fijado en la tarifa de viáticos y con condiciones como la de que solo se reconoce el cincuenta por ciento (50%) del valor fijado (art. 64 D. 1042/78), el cual debía ser reglamentado por el SENA según la remuneración mensual del servidor público, que no puede ser desmejorada en virtud de lo establecido en el artículo 2°, literal a), de la Ley 4ª de 1992.

La Resolución N° 574 de 1995 fue derogada por el artículo 8° del Decreto N° 11 de 1996, sin embargo el Director del SENA viene aplicándola, violando los derechos de los servidores públicos que por necesidades del servicio deben desplazarse a lugares fuera de la sede habitual de trabajo.

El párrafo único del artículo 3° del Decreto N° 4411 de 2004, prevé que los viáticos estarán destinados a proporcionarle al empleado manutención y alojamiento y el artículo 2° ibídem dispone que si el cumplimiento de las tareas asignadas no requiere pernoctar en el lugar de la comisión, solo se reconocerá el cincuenta por ciento (50%) del valor fijado, sin embargo el SENA sigue aplicando la Resolución N° 574 de 1995, tácitamente derogada y que en virtud del artículo 10° de la Ley 4ª de 1992, carece de todo efecto, en cuanto menoscaba los derechos de los servidores públicos de ese Ente, al pagarles una cantidad inferior a la fijada por el Gobierno Nacional.

Al aplicar temerariamente la Resolución N° 574 de 1995, el SENA está dando un trato arbitrario e injusto a los servidores públicos, violando de esa manera los artículos 1°, 2°, 13, 25, 53, 83 y 93 de la Carta Política; 14 de la Ley 50 de 1990; 6°, numerales 1° y 7° de la Ley 319 de 1996; 45 de la Ley 119 de 1994 y los tratados internacionales como el Convenio Internacional de la OIT, promulgado por el artículo 1° del Decreto N° 1264 de 1997.

2. La Resolución N° 623 de 1998, expedida por el Director Regional del SENA - Atlántico, es nula, porque al igual que el acto administrativo sobre el cual está fundamentada (Resolución N° 574 de 1995, artículo 12), infringe la Constitución Política y la ley.

### **SUSPENSIÓN PROVISIONAL**

El demandante solicitó la suspensión provisional del artículo décimo segundo de la Resolución N° 574 de 1995, argumentando que se violó de manera flagrante, arbitraria y posiblemente delictuosa, la Constitución Política, la ley y los Tratados Internacionales.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Por conducto de apoderado, el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA presentó alegatos de conclusión en los cuales señaló:

Con la expedición de las Resoluciones Nos. 574 de 1995 y 623 de 1998 el SENA no violó el artículo 14 de la Ley 50 de 1990, disposición que determina los elementos integrantes del salario, pues, al señalar los pagos que no son salario, el artículo 15 ibídem menciona los que el trabajador recibe para desempeñar a cabalidad sus funciones, como viáticos accidentales, gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes.

El artículo 2° del Decreto N° 72 de 1995, por el cual se fijan las escalas de viáticos, estableció que los organismos y entidades fijarán el valor de los mismos según la remuneración mensual del empleado comisionado, la naturaleza de los asuntos que le sean confiados y las condiciones de la comisión y si para el cumplimiento de las tareas asignadas no se requiere pernoctar en el lugar de la comisión, solo se reconocería el cincuenta por ciento (50%) del valor fijado; lo cual significa que el Ente demandado viene incrementando los valores de gastos de viaje, transporte, manutención y alojamiento, a partir del 1° de enero de cada año, en el mismo porcentaje que para el salario mínimo legal fija el Gobierno Nacional, razón por la cual los actos demandados resultan ajustados a derecho.

El Servicio Nacional de Aprendizaje SENA ha venido regulando legalmente las comisiones de servicio, el pago de viáticos y los gastos de transporte, amparado en disposiciones generales como las siguientes: artículos 2° del Decreto 72 de 1995; 4°, numeral 4°, del Decreto N° 249 de 2004 y 2° del Decreto N° 399 de 2006.

Con fundamento en el último de los decretos citados y mediante la Resolución N° 781 de 25 de abril de 2006, el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA fijó la escala de viáticos para el año de 2006, la cual dependía de la asignación básica que tuviera el funcionario comisionado (existían 8 niveles) y de la ciudad en la que fuera a prestar sus servicios (existían 3 categorías); la programación y pago de viáticos dependía de las necesidades del servicio previamente establecidas, justificadas y autorizadas por la Administración a través del funcionario competente.

No toda comisión de servicios fuera de la sede habitual de trabajo genera viáticos, pues de conformidad con el artículo 7° de la Resolución N° 574 de 1995, el pago solo procede cuando el servidor deba pernoctar en otro lugar, pues los viáticos son *“la suma diaria destinada a atender los gastos de manutención y alojamiento del comisionado”*.

El Decreto N° 249 de 2004 modificó la estructura del SENA y en su artículo 4°, numeral 21, dispuso que, entre otras, son funciones de la Dirección General, determinar mediante acto administrativo, el monto de los apoyos de transporte y manutención que se reconocerán a los instructores que se desplacen para realizar acciones de formación o servicios tecnológicos, a un lugar diferente donde prestan sus servicios.

### **EL CONCEPTO FISCAL**

La Procuradora Segunda Delegada ante el Consejo de Estado rindió Concepto (fls. 106 – 111 vto. cdo. ppl.) y solicitó decretar la nulidad de las normas acusadas, con los argumentos que se resumen así:



El sindicato accionante aduce que la demandada no podía crear una prestación llamada gastos de manutención, porque ya existían los viáticos para todos los servidores públicos, creados por el Decreto N° 1042 de 1978, afirmación que tiene asidero legal, pues como se desprende del artículo 2° del Decreto 72 de 1995, la ley le asigna al Jefe del respectivo organismo la función de reglamentar el reconocimiento de viáticos, tal como prevén los artículos 62 y 66 del Decreto N° 1042 de 1978, pero no puede crear o definir asignaciones, pagos o remuneraciones que son de reserva legal; en este sentido los organismos y entidades públicas son competentes para fijar y autorizar el pago de viáticos a sus servidores, más no están habilitados para crear un nuevo pago denominado “*gastos de manutención*”.

La demandada carecía de facultades legales para crear en el artículo décimo segundo de la Resolución acusada el concepto de “*gastos de manutención*”, ya que los viáticos son un solo concepto conformado por dos componentes (manutención y alojamiento) y no se podía dividir como hizo la demandada, con el objeto de conformar un nuevo rubro de viáticos; en tal sentido el parágrafo del artículo 3° del Decreto N° 670 de 2002, que fija las escalas de viáticos para los servidores públicos de todos los órdenes, precisa que los mismos están destinados a proporcionarle al empleado manutención y alojamiento.

Aduce el actor que al crear la prestación denominada “*gastos de manutención*” con un valor inferior al fijado en la tarifa de viáticos, se violan los artículos 64 del Decreto N° 1042 de 1978 y 2° de la Ley 4ª de 1992. El primero de los citados prevé que cuando no se requiera pernoctar en el lugar de la comisión, se cancelará solo el cincuenta por ciento (50%) del valor fijado por concepto de viáticos, mientras que para la misma situación la norma demandada fijó un valor de ocho mil ochocientos cincuenta pesos (\$8.850.00) como gastos de manutención, sin saber de donde proviene ese valor cuando la norma de superior jerarquía (art. 64 D. 1042 de 1978), señala claramente que en el evento de no ser necesario hospedarse se deberá pagar el cincuenta por ciento (50%) de los viáticos.

En este sentido la ley prevé que en el evento en que no se requiera pernoctar en el lugar de la comisión solo se reconocerá el cincuenta por ciento (50%) del valor fijado como viáticos (art. 2° D. 72 de 1995), luego si el acto acusado reconoce una suma de ocho mil ochocientos cincuenta pesos (\$8.850) y no del cincuenta por ciento (50%), está desmejorando y fijando un valor inferior al tope legal, como aduce la actora y en dicho sentido transgrede la norma de mayor jerarquía en la cual se fundamentó.

El Director General del organismo demandado no podía fijar una suma para todos sus funcionarios (parágrafo tercero Resolución N° 574/95) cuando éstos no requerían pernoctar, pues los servidores de la Entidad no devengan el mismo sueldo ni tienen el mismo cargo y la ley es clara al señalar que cuando se pernocta se tiene derecho a devengar un ciento por ciento (100%) de los viáticos y en caso de no hacerlo el cincuenta por ciento (50%).

Sobre el artículo tercero de la Resolución N° 623 de 1998, señala que la demanda esboza los mismos argumentos que expuso para fundamentar la acusación de la Resolución N° 547 de 1995 y como aquella también crea unos gastos de manutención, fija una suma y define lo que debe entenderse por tales gastos, sin tener competencia para ello y sin tomar en cuenta los criterios expresados, se debe declarar la nulidad del artículo 3° de la primera de las Resoluciones citadas, por infringir las normas en que debió fundarse.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a dictar sentencia, previas las siguientes,

## **II. CONSIDERACIONES**

### **EL PROBLEMA JURÍDICO**

Se trata de establecer si los preceptos cuya nulidad se pretende contrarían las normas citadas en la demanda, en razón de que las autoridades que los expedieron carecían de competencia para crear una prestación denominada gastos de manutención y fijar la suma, sin carácter salarial, que se debía pagar a los funcionarios del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, por concepto de los referidos gastos de manutención, cuando debieran adelantar acciones de trabajo en lugares diferentes al de su sede habitual y los eventos en que la suma correspondiente debía cancelarse totalmente, o su equivalente al cincuenta por ciento (50%).

### **LOS ACTOS DEMANDADOS**

- a) Artículo décimo segundo de la Resolución N° 574 de 31 de marzo de 1995, expedida por el Director General del Servicio Nacional de Aprendizaje, *“Por la cual se reglamentan en el SENA las comisiones de servicios, pago de viáticos, gastos de transporte y se dictan otras disposiciones”* (fls.3-18 cdo. ppl.y 6-25 cdo. N° 2). La norma precitada es del siguiente tenor:

**“ARTÍCULO DECIMO SEGUNDO. GASTOS DE MANUTENCIÓN:** Es el valor en dinero que el SENA reconoce para cubrir los gastos de alimentación que se ocasionen cuando un funcionario deba adelantar dentro o fuera de la jurisdicción regional, acciones de trabajo en lugar diferente a su sede habitual, sin pernoctar en él.

**“PARÁGRAFO PRIMERO:** Para tener derecho al pago de gastos de manutención, el funcionario debe permanecer por lo menos la mitad de la jornada laboral diaria en lugar diferente a su sede habitual.

**“PARÁGRAFO SEGUNDO:** A los funcionarios que deban adelantar acciones en lugar diferente a su sede habitual, cuya duración sea inferior a la mitad de la jornada laboral diaria, solo se les pagarán los gastos de transporte de acuerdo con las tarifas oficiales fijadas para el transporte intermunicipal.

**“PARÁGRAFO TERCERO:** Por concepto de gastos de manutención se reconocerán ocho mil ochocientos cincuenta pesos (\$8.850) y por gastos de transporte terrestre, se pagará el valor de acuerdo con las tarifas oficiales fijadas para el transporte intermunicipal, o se suministrarán los tiquetes aéreos, si a ello hubiere lugar. En este último caso se reconocerán y pagarán los gastos de transporte adicionales de que trata el inciso 1° del numeral 1° del artículo 15°. De esta Resolución.

**“PARÁGRAFO CUARTO:** Los gastos de manutención no constituyen factor de salario para la liquidación de prestaciones sociales.

**“PARÁGRAFO QUINTO:** El Secretario General en la Dirección General y los Directores en las Regionales determinarán los lugares y circunstancias en donde se deban adelantar acciones de trabajo, en las cuales sólo haya lugar al reconocimiento de gastos de manutención, teniendo en cuenta que en ningún caso habrá reconocimiento de viáticos cuando haya posibilidad de viaje de regreso a la sede el mismo día.

- b) Artículo tercero de la Resolución N° 623 de 2 de octubre de 1998, expedida por el Director del Servicio Nacional de Aprendizaje – Atlántico, *“Por la cual se regula el pago de viáticos, gastos de transporte, de manutención y se dictan otras disposiciones en el SENA – Regional Atlántico”* (fls. 19-20 cdo. ppl.y 26-27 cdo. N° 2). La norma acusada es del siguiente tenor:

**“ARTÍCULO TERCERO:** Para gastos de manutención se reconocerán Quince Mil Doscientos Cuarenta y tres pesos (\$15.243.00) diarios, entendiéndose dicho gasto como el valor en dinero que reconoce el SENA para cubrir los gastos de alimentación que se ocasionen cuando un funcionario deba adelantar dentro de su jurisdicción regional acciones de trabajo en lugar diferente a su sede habitual, sin pernoctar en él.

**“PARÁGRAFO.** Para tener derecho al pago de gastos de manutención, definidos en el Artículo 12 de la Resolución 0574, el funcionario debe permanecer por lo menos la mitad de la jornada laboral diaria en lugar diferente a su sede habitual. En caso contrario solo se pagarán los gastos de transporte de acuerdo con las tarifas oficiales fijadas para el transporte intermunicipal”.

## **LO PROBADO EN EL PROCESO**

Mediante Acuerdo N° 6 de 10 de marzo de 1982 el Consejo Directivo Nacional del SENA dictó algunas disposiciones sobre viáticos y gastos de transporte en esa Entidad (fls. 1-2 cdo. N° 2).

La Ley 119 de 9 de febrero de 1994 reestructuró el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA y derogó los Decretos Nos. 2149 de 1992 (fls. 28-31 cdo. ppl.) y 249 de 20 de enero de 2004 modificando la estructura de la misma entidad (fls. 74-78 cdo. ppl.).

Por Decretos Nos. 72 de 1995; 11 de 1996; 32 de 1997; 45 de 1998; 67 de 1999, 2754 de 2000; 1461 DE 2001; 670 de 2002; 3537 de 2003 y 4411 de 2004, el Gobierno Nacional fijó las escalas de viáticos para los empleados públicos a que se refieren los literales a), b) y c) del artículo 1º de la Ley 4ª de 1992, que deban cumplir comisiones de servicio en el interior o en el exterior del país (fls. 32-35 cdo. ppl.; 34-35; 36-37; 38, 39; 40- 41; 42, 43-44 y 45 cdo. ppl.).

Los Decretos Nos. 74 de 1995 y 3539 de 2003 fijaron las escalas de asignación básica de los empleados del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA y dictaron otras disposiciones en materia salarial (fls. 33-34 y 44- 45 cdo ppl.).

Mediante Resolución N° 2178 de 26 de diciembre de 2003, el Ministerio de la Protección Social, Dirección Territorial del Atlántico, Coordinación Grupo Trabajo, Empleo y Seguridad Social, inscribió en el registro sindical el acta de constitución de la organización sindical de primer grado denominada Sindicato de Empleados y Trabajadores del SENA "SETRASENA", con domicilio en Barranquilla, en donde figura el señor Manuel Bustos Hernández como Presidente (fls. 23- 24 cdo. ppl.).

## **ANALISIS DE LA SALA**

1. En términos del artículo 22 del Decreto N° 2400 de 1968, los servidores públicos reciben comisiones entre otros fines, para cumplir misiones especiales conferidas por sus superiores y así entonces, al concepto de comisión surgió ligado el de viáticos.

En el mismo sentido el artículo 75 del Decreto N° 1950 de 1973 prevé que el empleado se encuentra en comisión cuando, por disposición de autoridad competente, ejerce temporalmente las funciones propias de su cargo en lugares diferentes a la sede habitual de su trabajo o atiende transitoriamente actividades oficiales distintas a las inherentes al empleo de que es titular y el artículo 79 ibídem indica que la comisión de servicio hace parte de los deberes de todo empleado; no constituye forma de provisión de empleos y puede dar lugar al pago de viáticos y gastos de transporte conforme a las disposiciones legales sobre la materia y las instrucciones de Gobierno.

El artículo 42, literal h), del Decreto N° 1042 de 1978, citado por el demandante, precisaba que los viáticos constituían factor de salario, si se recibían en forma habitual y periódica y en el mismo sentido el artículo 45 del Decreto N° 1045 de 1978, indicaba que para la liquidación del auxilio de cesantía y de pensiones tenían carácter de factor de salario, cuando se hubiesen percibido por un término no inferior a 180 días en el último año de servicio.

Es bien sabido que los viáticos de una comisión no constituyen retribución del servicio prestado por el funcionario, sino el pago que debe recibir para cubrir los gastos de manutención y alojamiento y así lo definió el artículo 3º del Decreto N° 670 de 2002, expedido con posterioridad a los actos demandados.

2. La Resolución N° 574 de 1995 se expidió con fundamento en el Decreto N° 72 de 1995, en cuyo artículo 2º se lee:

**“ARTÍCULO 2o. Los organismos y entidades fijarán el valor de los viáticos según la remuneración mensual del empleado comisionado, la naturaleza de los asuntos que le sean confiados y las condiciones de la comisión, teniendo en cuenta el costo de vida del lugar o sitio donde deba llevarse a cabo la labor, hasta por el valor máximo de las cantidades señaladas en el artículo anterior.**

**“Para determinar el valor de los viáticos se tendrá en cuenta la asignación básica mensual, los gastos de representación y los incrementos de salario por antigüedad.**

*“Dentro del territorio nacional sólo se reconocerán **viáticos** cuando el comisionado deba permanecer por lo menos un día completo en el lugar de la comisión fuera de su sede habitual de trabajo.*

*“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 de servicio se conferirán mediante acto administrativo en el cual se expresará el término de su duración, que no podrá exceder de treinta (30) días.*

*“Dicho término podrá prorrogarse hasta por otros treinta (30) días cuando fuere necesario por la naturaleza especial de las tareas que deban desarrollarse, previa autorización expresa e individual del Jefe del organismo o entidad.*

*“No podrá autorizarse el pago de viáticos sin que medie el acto administrativo que confiera la comisión y ordene el reconocimiento de los viáticos correspondientes.*

*“Queda prohibida toda comisión de servicios de carácter permanente” (subrayas y negrillas fuera del texto).*

Del contenido del artículo 2º de la Ley 72 de 1995, que sirvió de fundamento a la Resolución N° 574 de 1995, cuyo artículo décimo segundo se demanda en nulidad, se evidencian tres criterios para la fijación de viáticos, a saber: **a)** remuneración mensual del empleado comisionado; **b)** naturaleza de los asuntos que le sean confiados y **c)** condiciones de la comisión, teniendo en cuenta el costo de vida del lugar en el cual debe realizarse la labor.

Así entonces, al comparar la norma transcrita con el artículo décimo segundo de la Resolución N° 574 de 31 de marzo de 1995, acusado en el sub-lite, surge evidente la infracción en que incurrió el Director General del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, en cuanto, lejos de reglamentar el régimen de viáticos atendiendo las pautas que para el efecto le señalaba la norma transcrita y que invocó como fundamento de su decisión, lo que en realidad hizo fue crear un rubro para los servidores que tuviesen a su cargo comisiones, consistente en el pago de una suma única equivalente a ocho mil ochocientos cincuenta pesos (\$8.850.00) que denominó gastos de manutención, sin tomar en cuenta que la norma que invocaba para soportar la que expedía consagraba tres criterios para fijar los viáticos y que el concepto de los mismos comprendía no solo el componente manutención, sino alojamiento.

A lo dicho cabe agregar que los lineamientos señalados en el artículo 2º de la Ley 72 de 1995 deben tenerse en cuenta por la autoridad u organismo que tiene a su cargo la reglamentación del régimen de viáticos, porque no todos los asuntos objeto de comisión son de idéntica naturaleza y por esa razón deben ser atendidos por funcionarios con el nivel que el caso exija y en consecuencia los viáticos fijados no pueden ser iguales sino diferentes en cada caso; pero además tales lineamientos constituyen una limitante a la discrecionalidad del funcionario a cuyo cargo está la determinación del monto de los viáticos, quien no puede adoptar, como hizo en este caso, una determinación sin el respaldo normativo legal que la medida exige, porque la competencia para el efecto es reglada y el margen de discrecionalidad debía enmarcarse en los términos que establece el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo, según el cual: "*En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa*".

El demandante sostiene que la primera de las normas demandadas, vale decir el artículo décimo segundo de la Resolución N° 574 de 31 de marzo de 1995, infringe el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política que dice:

**“ARTICULO 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 Nacional y 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”(Subrayas y negrillas fuera del texto).*

En términos del literal e) transcrito, los regímenes salarial y prestacional de los empleados públicos y de los miembros del Congreso y de la Fuerza Pública son objeto de leyes marco.

La Ley 4ª de 1992 (marco) desarrolló la norma Superior transcrita y en su artículo 1º señaló en lo pertinente: *“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;...”*.

A su vez, en desarrollo de las normas generales de la ley precitada, el Gobierno Nacional expidió el Decreto N° 72 de 1995, por el cual fijó las escalas de viáticos.

Se tiene entonces que el precepto Superior transcrito faculta al Gobierno Nacional para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, por tal razón al establecer una prestación especial, denominada gastos de manutención, el



Director General del Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, excedió su competencia que solo lo autorizaba para fijar el valor de viáticos de los funcionarios comisionados, e invadió la del Presidente de la República conferida por las normas constitucional y legales precitadas.

**3.** En cuanto tiene que ver con la segunda de las normas demandadas, esto es el artículo 3° de la Resolución N° 623 de 2 de octubre de 1998, basta señalar que se fundamentó en el artículo 12, párrafo quinto, de la Resolución N° 574 de 1995 que, tal como quedó demostrado, infringió normas de carácter constitucional y legal que debió acatar y sobre esa base el Director del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA – Regional Atlántico, fijó la suma de quince mil doscientos cuarenta y tres pesos (\$15.243.00) para gastos de manutención, sin tomar en cuenta lo dispuesto en los artículos 150, numeral 19, literal e), de la Constitución Política; 1°, literal, a), de la Ley 4ª de 1992 y en el Decreto N° 72 de 1995, en materia de competencia para regular lo concerniente a la tasación de viáticos y las directrices que para el efecto deben aplicarse, como son la remuneración mensual del empleado, la naturaleza de los asuntos confiados y las condiciones de la comisión.

En este orden de ideas y sin que sea necesaria consideración adicional, resulta forzoso concluir que, por no ajustarse a la Constitución Política y a la ley, los actos administrativos demandados deben ser anulados y así habrá de decidirse.

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

#### **F A L L A:**

Declárase nulo el artículo décimo segundo de la Resolución N° 574 de 31 de marzo de 1995, expedida por el Director General del Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, *“Por la cual se reglamentan en el SENA las comisiones de servicios, pago de viáticos, gastos de transporte y se dictan otras disposiciones”*.

Declárase nulo el artículo tercero de la Resolución N° 623 de 2 de octubre de 1998, dictada por el Director del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA – Regional Atlántico, *“Por la cual se regula el pago de viáticos, gastos de transporte, de manutención y se dictan otras disposiciones en el SENA – Regional Atlántico”*.

Cópiese, notifíquese y ejecutoriada esta providencia archívese el expediente.  
Cúmplase.

La anterior decisión fue discutida y aprobada en sesión de la fecha.

**BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ**

**ALFONSO VARGAS RINCÓN**

**GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN**

**GERARDO ARENAS MONSALVE**

**LUÍS RAFAEL VERGARA QUINTERO**

**VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA**

**MLPT/**

