



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE TUNJA

Tunja, 29 de septiembre de dos mil diecisiete (2017).-

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del derecho
Radicado: 15001 33 33 004 2016 00127 00
Demandante: CARLOS FIDEL PACHECO OCHOA
Demandado: DEPARTAMENTO DE BOYACÁ

Agotado el trámite procesal correspondiente, procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia dentro del proceso de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1 Las pretensiones

El Señor CARLOS FIDEL PACHECO OCHOA, a través de apoderado judicial, acudió a esta jurisdicción en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del CPACA, en contra del Departamento de Boyacá, para que se inaplique el Parágrafo Segundo del artículo 22 del Decreto No. 000217 del 12 de marzo de 202, proferido por el Gobernador del Departamento de Boyacá; y que se declare la nulidad de los actos administrativos expedidos en el mes de marzo de 2016 y notificados los días 03 y 29 de marzo de 2016, proferidos por el Director Jurídico de la Gobernación de Boyacá.

Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho solicitó: i) el reconocimiento e inclusión de los "*gastos de desplazamiento*" devengados en calidad de conductor de la entidad demandada, como salario y factor salarial para la liquidación de las prestaciones sociales a partir del 27 de julio de 1987, a la fecha, ii) que se le continúe reconociendo los gastos de desplazamiento y pagando como salario y factor salarial para la liquidación de las prestaciones sociales en lo sucesivo, iii) la reliquidación de todos los factores salariales devengados 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 de cesantías, seguro social, aportes a salud y pensión y demás prestaciones sociales, teniendo en cuenta este factor salarial, a partir del 27 de julio de 1987 y hasta la fecha en que se realice dicha liquidación; iv) que las sumas reconocidas sean indexadas, desde el momento en que se causaron hasta la respectiva liquidación; se ajusten los aportes pensionales patronales a la entidad que corresponda, teniendo en

cuenta los gastos de desplazamiento; y se ordene la indemnización moratoria por el no pago oportuno de este factor salarial.

Adicionalmente, pidió que se le indemnice por los perjuicios que le fueron causados con ocasión de las decisiones administrativas de las cuales se solicita su inaplicación, mediante el pago de los excedentes dejados de percibir desde el 27 de julio de 1987 y sobre el total aplicar los correspondientes intereses moratorios a la tasa más alta permitida por la Ley y que se condene en costas procesales.

1.2 Hechos

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora enunció en resumen los siguientes hechos:

Que ingresó a laborar con el Departamento de Boyacá desde el 27 de julio de 1987 como conductor, fecha desde la cual pertenece a la administración central de la planta global del Departamento de Boyacá.

Que en la actualidad cuenta con 59 años de edad, y se encuentra próximo a cumplir con los requisitos para acceder a su pensión de jubilación, configurando la calidad de pre-pensionado.

Que desde hace más de 22 años la entidad demandada le ha pagado su salario mensual, correspondiente a la 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 la prima de movilización fue creada, a través del Decreto Departamental No. 787 de 1977 y que posteriormente por la Ordenanza No. 021 de 1994, para los conductores del Departamento de Boyacá en un porcentaje del 90% de su asignación básica.

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 reconocido 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 25 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 03 de marzo de 2016; y frente a la que se interpuso recurso de reposición; resuelto confirmando la decisión.

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.

➤ **JURÍDICOS:**

NORMAS VIOLADAS

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

Legales: los artículos 1, 9, 13, 21 y 130 del Código Sustantivo del Trabajo; la Ley 82 de 1988; y los artículos 1494, 1602, 1613, 1614 y 1615 del Código Civil.

CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

El apoderado del actor como concepto de violación sostuvo en resumen lo siguiente:

Manifestó 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 demandante no pueden verse desmejorados, teniendo en cuenta que no es factible disminuir los salarios y las 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.

1.1.1. OPOSICIÓN:

La apoderada del Departamento de Boyacá, contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones con los siguientes argumentos (fl. 582-620):

Afirmó que el demandante no recibió los gastos de desplazamiento desde su fecha de ingreso, esto es el 27 de julio de 1987, toda vez que, esta bonificación extralegal, se fijó por primera vez a partir del Decreto 000990 del 03 de julio de 1996; así mismo, que los gastos de desplazamiento recibidos por el demandante no son contraprestación al 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.

Sostuvo 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 acreditaba que se encontraba cumpliendo comisiones o misiones oficiales.

Manifestó 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 otorgada por los artículos 303 y 305 de la Constitución Política, el numeral 2° del artículo 94 del Decreto 1222 de 1986 y la Ley 4 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

Infirió que la parte 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.

Recalcó 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.

Sostuvo 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 4 de 1992, y los literales e) y f) del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política.

Afirmó 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 4 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.

Argumentó 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 hizo un recuento normativo de la regulación de los gastos de desplazamiento en el Departamento de Boyacá, para concluir que 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, para lo cual debe allegar certificación expedida por el Secretario del Despacho o director del Departamento donde ejerce sus funciones.

1.1.4 ALEGATOS

En audiencia de pruebas llevada a cabo el 13 de julio de 2017, el Despacho consideró innecesario fijar fecha para la celebración de la audiencia de alegatos y juzgamiento, por lo que concedió a las partes el término de 10 días para que presentaran sus alegatos de conclusión.

La parte actora, dentro del término concedido reiteró los argumentos planteados en la demanda, coligiendo de las pruebas obrantes que: i) el demandante viene devengando los gastos de desplazamiento desde hace más de 10 años de manera habitual, continua e ininterrumpida; ii) que devenga por éstos el 90% del valor total del salario devengado; iii) que esta suma no varía mes a mes y iv) que el pago recibido por este concepto es como contraprestación directa de sus servicios y no como producto de la mera liberalidad del empleador.

Afirmó que en el *subjudice* deben prevalecer los principios de la primacía de la realidad sobre las formas, y la situación más favorable para el trabajador; por lo que es evidente que los gastos de desplazamiento constituyen salario, lo cual consideró no puede ser desconocido por esta jurisdicción.

En cuanto a la competencia para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos del orden territorial sostuvo que con la Constitución de 1991, el régimen salarial y prestacional de los funcionarios del Estado en virtud del literal e) del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política, fue asignada al Congreso de la República; siendo la única fuente de reconocimiento salarial y prestacional de los empleados públicos la Ley y no las disposiciones creadas bajo la discrecionalidad de las autoridades territoriales, aclarando que el Gobernador del Departamento de Boyacá no está facultado ni para crear factores salariales, ni para indicar cuáles no lo son; por lo que solicitó que se acceda a las pretensiones de la demanda.

La entidad demandada, dentro del término otorgado para presentar sus alegaciones reiteró los argumentos esgrimidos en el escrito de contestación, manifestando que los gastos de desplazamiento fueron creados a través del Decreto departamental, aun cuando el Gobernador no tenía la competencia para ello; pues la misma, fue otorgada por la Constitución Política al Congreso de la República, no como contraprestación directa del servicio prestado como conductor, sino que se pagan junto con su salario mensual cuando el conductor tiene que desplazarse a cumplir con sus funciones fuera de la sede de trabajo, es decir cuando deba viajar, situación ésta que es ocasional, dependiendo de las necesidades de sus jefes directos, quienes son los que la certifican para su reconocimiento; por lo que éstos no constituyen salario.

El Ministerio Público, guardó silencio.

2. CRÓNICA DEL PROCESO

A través de auto del 17 de noviembre de 2016 (fls. 569-571) se admitió la demanda y se ordenó la notificación de la entidad demandada, la cual se surtió el 15 de diciembre de 2016, a través del correo electrónico suministrado con la demanda (fls. 576 y vto); por lo anterior, a partir del 16 de diciembre de 2016 y hasta el 10 de febrero de 2017, la copia de la demanda y de sus anexos permanecieron en la Secretaría a disposición de los notificados por un periodo de 25 días (fl. 580), una vez cumplido el plazo anterior, la Secretaría del Despacho dejó constancia del traslado de treinta (30) días de que trata el artículo 172 de la Ley 1437 de 2011, término que empezó a correr desde el 13 de febrero de 2017 al 27 de marzo de 2017 (fl. 581), la entidad accionada contestó la demanda oportunamente; luego se procedió a realizar la audiencia inicial el 25 de mayo de 2017 (fls. 806-809) y audiencia de pruebas.

3.- PROBLEMA JURÍDICO

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?

4.- DECISIONES PARCIALES

Establecida la eficacia y validez del proceso mediante el respeto de los derechos de las partes al debido proceso y al acceso a la justicia y constatada la admisibilidad de la pretensión, procede el Despacho a emitir decisión de fondo.

5.- PREMISAS PARA LA SOLUCIÓN DEL CASO

5.1. - PREMISAS JURÍDICAS.

A efectos de resolver el problema jurídico planteado, es imperioso traer al plenario, la base legal y jurisprudencial que regula el tema propuesto.

5.1.1. De la Competencia para reglamentar el salario y los factores salariales de los empleados públicos.

El artículo 150, numeral 19, de la Constitución Política estableció en cabeza del gobierno la potestad de definir el régimen prestacional de los empleados públicos, tal como se sigue:

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

(...)

19. Dictar 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 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 la Corporaciones públicas territoriales, y éstas no podrán arrojárselas.”

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:

“El régimen prestacional de los servidores públicos de las 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 salarial de estos servidores guardando equivalencia con cargos similares en el orden nacional."

Esta norma 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 máximos salariales a que estarían sujetos los empleados públicos de entidades territoriales:

"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 la torna inocua. 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 el desarrollo de esta Ley.

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:

"ARTÍCULO 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."

¹ Corte Constitucional, sentencia C-315 del 19 de julio de 1995, Rad. N° D-712, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Significa 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- 510 de 1992, así:

“...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.

5.1.2. 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 20°.- 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 Secretaria 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,*

² Corte constitucional, sentencia C-510 del 14 de julio de 1999, Exp. N° D-2358, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

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 pago se hará de forma proporcional y; iii) su reconocimiento y pago es incompatible con el de viáticos.

5.2.- ACERVO PROBATORIO

Al expediente se allegó el siguiente material probatorio, que fue decretado y practicado siguiendo las formalidades preestablecidas en las normas procesales, respetando el derecho de contradicción, publicidad y defensa de las partes y que por lo tanto se incorporaron al expediente como pruebas legalmente recaudadas y allegadas a la actuación procesal, razón por la cual se valorarán en conjunto, para soportar la decisión que en derecho corresponda:

5.2.1. DOCUMENTALES APORTADAS:

- 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. 34-42).
- Derecho de petición elevado por la apoderada del demandante, ante el Gobernador de Boyacá, el día 25 de enero de 2016, en el que solicita la inaplicación del párrafo 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 27 de julio de 1987 y hasta la fecha.(fls.43-51).
- Oficio No. 20166800031511, 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. 52-54)
- Recurso de reposición interpuesto el 14 de marzo de 2016, en contra de la decisión notificada el 03 de marzo de 2016 (fls. 56-59)
 - Oficio 20166800077411 de marzo de 2016, notificado el 29 de marzo del mismo año, mediante el cual se resolvió el recurso de apelación interpuesto en contra del oficio No. 20166800031511, no reponiendo la decisión impugnada. (fls. 60-62)
 - Desprendibles de pago de los años de 1997, 1998, 2007, 2008, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014 y 2015; en los que se encuentra durante los dos primeros años el pago por concepto de "prima de movilización" y en los siguientes por #gastos de desplazamiento" (fls.67-169).
 - Constancia de NO CONCILIACIÓN, en el asunto debatido por el demandante expedida por la Secretaria Técnica del Comité de conciliación de la Gobernación de Boyacá (fl.171).
 - Conciliación extrajudicial celebrada el 22 de agosto de 2016, en la Procuraduría 67 Judicial I para asuntos administrativos, la cual fue declarada fallida, por ausencia de ánimo conciliatorio (fls. 171-176).
 - Constancia de hoja de vida del demandante, de la Gobernación de Boyacá (fls.179-181).
 - Constancia de los pagos realizados al actor, por concepto de "Gastos de Desplazamiento", desde el año de 2001 al año 2016 (fls. 182 a 188).
 - Constancia de sueldos y factores salariales percibidos por el Señor CARLOS FIDEL PACHECO OCHOA, durante los años 2008 a 2016 (fls. 189 a 191).
 - Relación de conductores de la Gobernación de Boyacá, en la que aparece relacionado el aquí demandante CARLOS FIDEL PACHECO OCHOA, que cumplieron con las comisiones oficiales para dar cumplimiento a la certificación de gastos de desplazamiento durante los años de 2011, 2012 y 2015. (fls.192 a 232).
 - 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. 234 a 237).
 - Ordenanza 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. 238 a 240).
 - Copia de actuaciones procesales en casos de similares contornos como el de objeto de debate (fls. 242 a 323).
 - 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 libelo demandatorio como antecedente jurisprudencial (fls. 325 a 565).
 - Ordenanza Número 0034 del 01 de diciembre de 2011, expedida por la Asamblea de Boyacá "POR LA CUAL SE AJUSTA LA ESCALA SALARIAL DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS DE LA AD MINISTRACIÓN CENTRAL DEL DEPARTAMENTO DE BOYACÁ, PARA LA VIGENCIA FISCAL 2011 Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES" (FLS. 6661-664).
 - Decreto No. 000131 del 074 de febrero de 2012, expedido por la Gobernación de Boyacá "Por el cual se establece la planta de personal del nivel central de la

administración del Departamento de Boyacá, y se dictan otras disposiciones” (fls. 665-670)

- Decreto Número 1193 del 27 de diciembre de 2011, expedido por la Gobernación de Boyacá, *“por el cual se realiza la homologación de grados de los distintos empleos de la planta de personal de la administración central del Departamento de Boyacá y se dictan otras disposiciones” (fls. 671-677).*
- Decreto Número 000132 del 07 de febrero 2012, *“Por el cual se hacen unas incorporaciones a la planta de personal del nivel central de la Gobernación de Boyacá” (fls. 678-704).*
- Certificación del costo prestacional de los conductores y profesionales de la Gobernación de Boyacá para el año de 2017 (fls. 733 y 734)
- Certificación comparativa del costo mensual profesional-conductores Gobernación de Boyacá año 2017 (fls. 735-736).
- Decreto Número 535 del 13 de mayo de 2016, *“por el cual se modifican los capítulos I y II del Decreto 00217 del 12 de marzo de 2012, por el 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 de Boyacá” (fls. 737).*
- Decreto No. 00116 dl 23 de febrero de 2011, *“por el cual se modifica parcialmente el decreto No.0068 del 28 de enero de 2011” (fls. 757 a 760).*
- Decreto No. 0068 del 28 de enero de 2011 *“por el cual se regula el reconocimiento y pago de viáticos y se dictan otras disposiciones en la Administración Central del Departamento de Boyacá” (fls. 761 a 775).*
- Decreto Número 00542 del 08de junio de 2005 expedido por la Gobernación de Boyacá *“Por el cual se fija el valor, reglamenta el reconocimiento y pago de los viáticos y emolumentos para los servidores públicos de la Administración del Departamento de Boyacá y se dictan otras disposiciones” (fls. 776-784).*
- Decreto Número 00976 del 10 de agosto de 1984 *“por el cual se reglamenta el reconocimiento y pago de la prima de movilización y se dictan otras disposiciones” (fls. 801-805).*
- Manual de funciones de la Gobernación de Boyacá DVD (fl 819).
- Acta de posesión del Señor CARLOS FIDEL PACHECO OCHOA (fl. 826).

5.3. - PREMISAS FÁCTICAS DE RELEVANCIA PARA EL DESPACHO

Revisado el expediente, se encuentra demostrado lo siguiente:

- 1.- Que el Señor CARLOS FIDEL PACHECO OCHOA, se vinculó a la Gobernación de Boyacá a partir del 29 de julio de 1987, en el cargo de CHOFER MECÁNICO, Nivel Operativo Grado 8 del Despacho del Secretario (fl. 826)
- 2.- Que en los años de 1997 y 1998, devengó un rubro mensual por concepto de prima de movilidad (fls. 82 a 87) y que de los años 2001 a 2017, le fue cancelado de manera mensual lo correspondiente a “Gastos de Desplazamiento”. (fls. 192 a 232).
- 3.- Que mediante Decreto No. 787 del 05 de agosto de 1977, la Gobernación del Departamento de Boyacá, creó la prima de movilización, para los conductores de la planta

central de la gobernación de Boyacá, equivalente a 20 días de viáticos; y estableció que esa prima reemplaza a los viáticos que venían devengando dichos empleados. (fls. 238 a 239).

4.- Que mediante el Decreto Número 00976 del 10 de agosto de 1984, se creó la prima de movilización, para funcionarios o trabajadores a quienes por la calidad de su empleo se les haya asignado la misma, la cual se pagó de manera mensual, proporcionalmente a los días laborados, excluyéndola como factor salarial para la liquidación de primas de servicio y vacaciones; y disponiendo que los beneficiarios de la misma, renuncian al **pago de viáticos** (fls. 801 a 905).

5.- Que mediante el Decreto Número 000217 del 12 de marzo de 2012, se reglamentaron las comisiones de servicios para el reconocimiento y pago de los gastos de desplazamiento de los servidores públicos que por la naturaleza de su función deban desplazarse a un lugar distinto a la sede en que desarrollan normalmente su funciones; disponiendo que éste es incompatible con el pago de viáticos (fls. 34 a 42).

6.- Que a través de apoderada, el Señor CARLOS FIDEL PACHECO OCHOA, elevó derecho de petición ante la Gobernación de Boyacá, para que le sea reconocida y liquidada como factor salarial para todos los efectos la prima de movilización y/o gastos de desplazamiento, que devenga de manera habitual e ininterrumpida en su calidad de conductor del Departamento de Boyacá, para lo cual solicitó previamente se inaplique por inconstitucional el Parágrafo Segundo del Artículo 22 del Decreto 000217 del 12 de marzo de 2012 (fls.43 a 51).

7.- Que la Gobernación de Boyacá negó la petición realizada por el actor, con fundamento en que el gobernador de Boyacá no es autoridad competente para hacer reconocimiento de factores salariales que no se encuentran previstos en la Ley (fl. 53-54); por lo que el actor interpuso recurso de reposición (fl. 55 yss.), el cual fue resuelto por la Gobernación de Boyacá confirmando la primera decisión (fl. 60); por lo que previo el trámite surtido ante la Procuraduría 67 Judicial I para asuntos administrativos de esta localidad, que declaró fracasada la audiencia de conciliación (fl. 171 y ss.), acudió a esta jurisdicción para que se le dirima su controversia (fls. 3-30).

6.- CASO CONCRETO

Descendiendo al caso sub examine, se evidencia que el Señor CARLOS FIDEL PACHECO OCHOA, quien se vinculó al Departamento de Boyacá inicialmente como chofer Mecánico del Despacho del Secretario -ahora conductor mecánico código 482, grado 03- de la planta de personal del nivel central de la Gobernación de Boyacá³, pretende que le sea reconocido como factor salarial para efecto de la liquidación de sus prestaciones sociales y demás emolumentos percibidos, lo correspondiente a los gastos de desplazamiento, que devengó de manera ininterrumpida desde su vinculación, esto es el 29 de julio de 1987.

³ Decreto Número 132 del 07 de febrero de 2012 (fls. 678-703).

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 los primeros, 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.

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

A su vez, 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 patrimonio⁴.

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 extrae de los siguientes artículos del Decreto 1042 de 1978⁵ así:

“Artículo 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.

(...)

h) Los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión.

(...)

Artículo 61°.- 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. 62°.- 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:

(...)

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.

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:

- 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.”

En ese sentido, se reitera que el artículo 150 de la Constitución otorgó plenas facultades al Congreso para hacer las 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 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 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 N° 3 y N° 4 del Honorable Tribunal Administrativo 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 rebasando los límites impuestos por la Constitución Política.

Así, en proveído del 31 de octubre de 2013⁶, la Sala de Decisión N° 3 señaló lo siguiente:

⁶ *Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión N° 3, sentencia del 31 de octubre de 2013, Rad. N° 15001 23 33 000 2013 000462 00, M.P. Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz.*

“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 si, sin que pueda entenderse más que los dos pagos tiene 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:

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

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 un “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 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 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)

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 N° 4 del Honorable Tribunal 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 máximos que confiere la Constitución y la Ley” (Negrilla fuera de texto)

Este Despacho, comparte los argumentos expuestos 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, además de ser menos recientes y no reiterados, si bien enfatizan en el respeto a los principios de favorabilidad y progresividad en materia

⁷ Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión N° 3, sentencia del 21 de agosto de 2014, Rad. N° 15001333300520130012101, M.P. Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz.

⁸ Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión N° 4, sentencia del 19 de febrero de 2015, Rad. N° 15001333301020120011601, M.P. Dr. Félix Alberto Rodríguez Rivero.

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.

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 Honorable Corte Constitucional *“no se traduce en la constatación 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 que justifican un trato particularizado”*⁹, 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 adoptó los 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 del Tribunal permanente.

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 3° “gastos de desplazamiento”, 20 y 21 del Decreto 0068 de 2011, así como los artículos 3° “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.

8.- Conclusión

Para el Despacho la normatividad Departamental, por medio de la cual se reguló los gastos de desplazamiento, resulta contraria a la Constitución y la Ley; por lo que es viable su inaplicación y por ende deben negarse las pretensiones de la demanda.

9.- DE LAS COSTAS

Atendiendo lo contemplado en el artículo 365 y s.s. del C.G.P., el Despacho impone condenar en costas a la parte demandante, por ser el extremo procesal vencido, condena que se liquidará por la Secretaría y seguirá el trámite contemplado en el artículo 366 del C.G.P.

Tomando en consideración el artículo en comento, el juzgado fija las agencias en derecho que se hayan causado dentro del litigio que se decide, de conformidad al Acuerdo del Consejo Superior de la Judicatura, de conformidad al Acuerdo No. PSAA16-10554 del Consejo Superior de la Judicatura, de fecha 5 de agosto de 2016 numeral 1. PROCESOS

⁹ Corte Constitucional.C-629/00.

DECLARATIVOS EN GENERAL, fija como tarifa por la cuantía, cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuniario, de **menor cuantía**, entre el 4% y el 10% de lo pedido. En ese sentido, en atención a la duración del proceso, la naturaleza y calidad de la gestión desarrollada, se fija como agencias en derecho el 4% de la estimación de la cuantía indicada en el escrito de la demanda fue de **TRECE MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y DOS MIL TRESCIENTOS QUINCE PESOS (\$13.482.315)** según consta a folio 29, y que corresponde a la suma de **QUINIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y DOS PESOS (\$539.292,00)**

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- INAPLICAR por inconstitucionalidad los artículos 3° “gastos de desplazamiento”, 20 y 21 del Decreto 0068 de 2011, así como los artículos 3° “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.

SEGUNDO.- NEGAR las pretensiones dela demanda.

TERCERO.- CONDENAR en costas a la parte actora por ser la parte vencida en el presente. Liquidense por Secretaría y aplíquese el procedimiento de que trata el artículo 366 del C.G.P.

CUARTO: FIJAR como agencias en derecho la suma de **QUINIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y DOS PESOS (\$539.292,00)**, a cargo de la parte demandante.

CUARTO: Ejecutoriada la presente providencia, por secretaria **DEVUÉLVASE** al interesado sin necesidad de desglose los anexos y el remanente de la suma que se ordenó para gastos del proceso si la hubiere, déjese constancia de dicha entrega y **ARCHÍVESE** el expediente.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,


LAURA JOHANNA CABARCAS CASTILLO
JUEZ