



Sentencia 936 de 2012 Consejo de Estado

COMISION - Clases COMISION - Clases Duracion Prórroga

Las comisiones pueden ser: a) De servicio: para ejercer las funciones propias del empleo en un lugar diferente al de la sede del cargo, hace parte de los deberes de todo empleado y puede dar lugar al pago de viaticos conforme a las disposiciones legales. B) Para adelantar estudios. C) Para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción. D) Para atender invitaciones de gobiernos extranjeros, de organismos internacionales o de instituciones privadas. La comisión podrá tener una duración de hasta por treinta (30) días, prorrogables por una sola vez hasta por un termino igual, excepto en aquellos cargos que tengan funciones específicas de inspección y vigilancia (Art. 80 Decreto 1950 de 1973).

FUENTE FORMAL: DECRETO 1950 DE 1973 / DECRETO 2400 DE 1968 / DECRETO 3074 DE 1968

VIATICOS - Regulación legal. Reconocimiento. Requisitos

El Artículo 42 del Decreto 1042 de 1978 prevé que los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión constituyen salario, y tendrán derecho a ellos los empleados públicos que deban viajar dentro o fuera del país en comisión de servicios (Artículo 61), se fijarán según la remuneración mensual que corresponda al empleo del funcionario que deba viajar en comisión (Art. 62); 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 del valor (Art. 64); 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 días. Dicho término podrá prorrogarse hasta por otros treinta días, cuando fuere necesario por la naturaleza especial de las tareas que deban desarrollarse (Art. 65).

FUENTE FORMAL: DECRETO 1042 DE 1978 - ARTICULO 42 / DECRETO 1042 DE 1978 - ARTICULO 61 / DECRETO 1042 DE 1978 - ARTICULO 62 / DECRETO 1042 DE 1978 - ARTICULO 64 / DECRETO 1042 DE 1978 - ARTICULO 65

TRASLADO POR RECOMENDACION DE LA ADMINISTRADORA DE RIESGOS PROFESIONALES - No da lugar al reconocimiento de viáticos por no constituir comisión de servicios

En el sistema general de administración de personal de los Servidores Públicos, los viáticos solamente se reconocen por comisión de servicios, más no por otra situación administrativa y, por una duración determinada de tiempo, no de manera indefinida, pues se busca compensar el desplazamiento temporal del empleado del lugar donde trabaja. En el caso concreto, tal como lo expuso el A quo y el Ministerio Público en el Concepto rendido, el traslado del actor no obedeció a una comisión de servicios, pues como claramente lo indicó la entidad demandada en el acto acusado, este se efectuó en acatamiento a las recomendaciones dadas por la Administradora de Riesgos Profesionales (ISS), quien luego de calificar el estado de salud del demandante, recomendó la restricción de ciertas actividades realizadas por el empleado. El demandante no tiene derecho al pago de los viáticos reclamados, pues se encuentra plenamente demostrado que el traslado del actor se debió a recomendaciones de carácter médico y no como consecuencia de una comisión de servicios, evento en el que procede, como ya se dijo, el reconocimiento de viáticos, aunado al hecho que en reiteradas ocasiones fue él directamente quien solicitó el traslado a otra sede distinta de la habitual, con fundamento en su estado de salud, en consecuencia, esta Sala confirmará la decisión de primera instancia, que negó las pretensiones de la demanda, en la medida en que no prosperaron los argumentos presentados con la apelación.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION B

Consejera ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ

Bogotá, D.C., cinco (5) de julio de dos mil doce (2012).

Radicación número: 05001-23-31-000-2002-01105-01(0936-11)

Actor: CARLOS TULIO GIL

Demandado: SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

AUTORIDADES DEPARTAMENTALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 19 de noviembre de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que negó las súplicas de la demanda incoada por Carlos Tulio Gil contra el Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA.

LA DEMANDA

Estuvo encaminada a obtener la nulidad del Oficio de 9 de noviembre de 2001, a través del cual el Director Regional del SENA - Antioquia, negó el reconocimiento y pago de viáticos por prestar sus servicios en un lugar diferente a la sede habitual, de forma retroactiva, a partir del traslado, a favor del demandante.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó el reconocimiento y pago de los viáticos indexados.

Como hechos que sirvieron de sustento a las anteriores pretensiones narra los siguientes (fls. 63 a 67):

Labora al servicio del SENA, en el cargo de instructor; inicialmente estuvo vinculado en la sede del Centro Atención Norte y a partir del 8 de marzo de 1999, comenzó a prestar sus servicios en el Centro Nacional de la Madera, de acuerdo a lo informado por el Jefe de la División de Recursos Humanos.

El lugar de la prestación de servicios es diferente a la sede habitual, por lo que debe reconocérsele viáticos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 de la Resolución No. 574 de marzo 5 de 1999.

Mediante comunicación de 18 de febrero de 1999, la entidad demandada, le comunicó el traslado oficial al sitio en el que actualmente presta sus servicios.

Formuló derecho de petición para el reconocimiento de los viáticos, obteniendo como respuesta la contenida en el acto demandado, la que le fue comunicada el 15 de noviembre de 2001.

NORMAS VIOLADAS

Como disposiciones violadas cita las siguientes:

Preámbulo y Artículos 1, 2, 25, 29, 53, 125 y 209 de la Constitución Política.

Artículos 61 y siguientes del Decreto 1042 de 1978.

Resolución No. 574 de 1999 dictada por el SENA.

Artículo 2 del Decreto 67 de 1999.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA, Regional Antioquia, contestó la demanda (fls. 73 a 76), y se opuso a las pretensiones con la siguiente argumentación:

El actor en reiteradas ocasiones solicitó el traslado de sede, según se desprende de los oficios 17 de marzo de 1997, 4 de febrero de 1999, 13 de noviembre de 1998 y 15 de abril de 1998, en los que manifestó sufría de crisis psicológica, stress laboral, razones por las cuales solicitaba fuera trasladado cerca de su lugar de residencia en la ciudad de Medellín, a fin de someterse al tratamiento necesario, para lo cual acompañó la recomendación correspondiente del Seguro Social.

El Jefe de la División de Recursos Humanos mediante oficio de 5 de marzo de 1999, ordena el traslado al "centro de madera en el Municipio de Itagui", debido a las reiteradas solicitudes elevadas por el actor.

Empero, el pago de los viáticos se causa en casos esporádicos y no de forma indefinida como sucede con el actor.

El Artículo Séptimo del Capítulo Segundo de la Resolución No. 574 de 1995, por medio de la cual se reglamentan en el SENA, las comisiones de servicios, el pago de viáticos y gastos de transporte, entre otros, establece:

"VIATICOS.

ARTÍCULO SEPTIMO: DEFINICION: es la suma diaria destinada a atender los gastos de manutención y alojamiento del comisionado, a los empleados públicos y trabajadores oficiales que deban cumplir una comisión de servicios..."

Y el Parágrafo 5 del Artículo 12, señala:

"El Secretario General en la Dirección General y los directores en las regionales, determinaran los lugares y las circunstancias en donde se deba adelantar acciones de trabajo, en las cuales solo 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 en la sede el mismo día..."

Propuso las excepciones de: i) inexistencia de causa jurídica; ii) enriquecimiento ilícito e injustificado del actor; iii) inexistencia de la obligación; iv) falta de jurisdicción y competencia, ya que la jurisdicción competente es la ordinaria laboral, teniendo en cuenta la pretensión de la demanda, y v) pago.

LA SENTENCIA

El Tribunal Administrativo de Antioquia, declaró no probadas las excepciones propuestas y negó las súplicas de la demanda con la siguiente argumentación. Folios 129 a 143.

Previo al examen de fondo estudió la excepción de falta de jurisdicción y competencia propuesta, la que de acuerdo con el numeral 3 del Artículo 132 del Código Contencioso Administrativo, declaró no probada.

Se refirió al pronunciamiento realizado por esta Corporación, en Sentencia de 2 de abril de 2009, Radicado No. 2005-00328-00¹, en la que se dijo, en relación con la comisión de servicios que:

"... 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 *ibidem* 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...."

Para indicar que no todo desplazamiento del empleado genera el derecho a reclamar viáticos, sino aquellos que se hacen bajo la connotación de comisión, de acuerdo con el Artículo 2 del Decreto N° 72 de 1995, que establece:

"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).

Los viáticos de los empleados públicos y trabajadores oficiales solo pueden ser accidentales, es decir, de carácter temporal, los que a su vez son estimados teniendo en cuenta los costos derivados del desplazamiento bajo comisión.

De acuerdo con lo señalado en el artículo 2 de la Ley 72 de 1995, debe tenerse en cuenta el organismo que tiene a su cargo la reglamentación del régimen de viáticos, los que solo pueden ser conferidos bajo los lineamientos legales, que constituyen una limitante a la discrecionalidad del funcionario, de conformidad con lo preceptuado en el Artículo 36 del C.C.A.

Concluye la improcedencia en el pago de los viáticos reclamados, como quiera que no se contó con la orden de comisión para el desplazamiento del demandante, sino que de acuerdo con lo demostrado en el proceso, su traslado obedeció a condiciones de salud, motivación distinta a la consagrada en la ley, y sin carácter temporal.

EL RECURSO

La parte demandante interpuso recurso de apelación contra el anterior proveído, (fls. 145 y 146). Como motivos de inconformidad señaló los siguientes:

Disiente del fallo de primera instancia, al afirmar que "los viáticos reclamados se produjeron como consecuencia del desplazamiento que tiene que hacer un empleado a una sede diferente a la que se ha definido que pertenece administrativamente".

Al demandante se le exigió prestar el servicio fuera de la sede habitual, lo que generó la obligación de cancelar los viáticos independientemente de la razón o causa del traslado, es decir, si este se produjo por orden médica, por petición del empleado o cualquier otra causa.

El fallo de primera instancia desconoció el principio de favorabilidad establecido en el artículo 53 de la Constitución Política, sin que se tuviera en cuenta el "in dubio pro operario", ya que en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes del derecho debe acogerse la más favorable al trabajador, como debió realizarse en el caso del demandante

Solicita se revoque la sentencia apelada y en su lugar se acceda a cada una de las pretensiones de la demanda.

CONCEPTO FISCAL

La Procuradora Segunda Delegada ante el Consejo de Estado rindió Concepto obrante a folios 156 a 160, en el que solicita confirmar la sentencia impugnada y avalar la legalidad del acto acusado.

Precisa que los viáticos solo se pueden reconocer por comisiones de servicio, en las cuales el trabajador tenga que desplazarse de la sede habitual de trabajo a otro lugar, y cuando deba de permanecer por lo menos un día completo fuera de la sede habitual.

El artículo 9 de la Ley 141 de 1948, prohibió los viáticos de carácter permanente, puesto que la comisión de servicio que los causa tiene un límite en el tiempo.

De acuerdo con el Decreto Ley 1042 de 1978, los viáticos para los servidores públicos, los asigna el jefe del respectivo organismo, sin que pueda definir asignaciones.

El artículo 12 de la Resolución No. 574 de 1995, creó el pago denominado "gastos de manutención", disposición que el Director General del Organismo demandado no podía fijar, ya que no todos los servidores de la entidad devengan el mismo salario, ni tienen el mismo cargo. Además de que la Ley ha sido clara en señalar que cuando se pernocta se tiene derecho a devengar el 100% de los viáticos y en caso de no pernoctar al 50%.

El Consejo de Estado en providencia de 2 de abril de 2009, Radicado No. 2005-00328-00, Actor: Sindicato de Trabajadores del SENA² declaró 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".

Finalmente concluye que bajo la presunción de legalidad del artículo 12 de la Resolución 574, vigente para la época de los hechos, la negación de la petición en el oficio cuya legalidad se pide, se ajustó a derecho, además de ser improcedente, ya que no hubo orden de comisión de servicios para el desplazamiento del actor, el cual entre otras cosas se dio como consecuencia del estado de salud del demandante y para proveer un cargo distinto al desempeñado.

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

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Debe la Sala determinar si se ajusta a la legalidad el Oficio 2021-10065 de 9 de noviembre de 2001, expedido por el Director del SENA - Regional Antioquia, mediante el cual le negó al actor el reconocimiento y pago de viáticos solicitados por prestar los servicios en un lugar diferente a la sede habitual.

ACTOS ACUSADOS

Oficio 2021 -10065 de 9 de noviembre de 2001 (fls. 2 a 6), a través del cual el Director Regional del SENA - Regional Antioquia, negó el reconocimiento y pago de viáticos solicitados por prestar los servicios en un lugar diferente a la sede habitual.

DE LO PROBADO EN EL PROCESO.

Por medio de petición de 22 de octubre de 2001, el accionante solicitó ante el Director Regional del SENA, el reconocimiento y pago de los viáticos a partir del 8 de marzo de 1999, por la no prestación del servicio en el lugar habitual de trabajo, de conformidad con el artículo 12 de la Resolución No. 574 de 5 de marzo de 1999. (Fls. 7 y 8).

Mediante Oficio 2021 - 10065 de 9 de noviembre de 2001, el Director Regional del SENA - Regional Antioquia, negó el reconocimiento y pago de los viáticos solicitados por el demandante por prestar los servicios en un lugar diferente a la sede habitual, con base en los siguientes argumentos (fls. 2 a 6):

"... La Dirección Regional de entonces, procedió a dirigirse en una forma eficiente e inmediata al Seguro Social, para que su petición fuese atendida y mediante oficio del 5 de diciembre dirigido a esa Institución, obtuvo respuesta el 29 de diciembre de 1998, mediante oficio de la Administradora de Riesgos Profesionales, el cual destacamos:

"Según concepto de los médicos tratantes y de Salud Ocupacional de la ARP-Protección Laboral, se hace la siguiente recomendación con el fin de preservar la salud del trabajador:

Evitar actividades que impliquen carga de objetos con la mano izquierda cuyo peso sea superior a 12.5 Kg

Evitar actividades que impliquen movimientos repetitivos de muñeca izquierda principalmente prono-supinación sostenida y actividades que impliquen habilidades y destrezas con la mano izquierda y bimanual, como el derribamiento e inmovilización de ganado. Sería conveniente el cambio de oficio ya que la mayoría de sus actividades requieren fuerza y movimientos manuales exigentes".

"Debido a la urgencia, se procedió efectivamente a su reubicación laboral a partir del mes de marzo de 1999, en el Centro Nacional de la Madera y que además se dejó en claro, que sus tareas se han ajustado a lo recomendado por la ARP en carta del 29 de diciembre de 1998."

"Revisada su hoja de vida, no se encontró oficio alguno donde la Jefa del Centro de la Madera, lo hubiese autorizado a usted para desplazarse a otro sitio.

Quiero dejarle en claro que por razones de reubicación de oficio, su sede habitual de labores desde el 8 de marzo de 1999 es en el Centro Nacional de la Madera y no Santa Rosa de Osos, si tenemos presente que su traslado se generó, repito, no porque se hiciera necesario sus aportes profesionales al Centro Nacional de la Madera, sino por reubicación de funciones recomendada por Salud Ocupacional."

"No obstante lo anterior, he dado instrucciones precisas para que su caso sea revisado por la Administradora de Riesgos Profesionales, a fin de evaluar nuevamente su situación y determinar de este modo, su regreso al Grupo de Atención Norte, eso si, dándole las instrucciones precisas al Jefe de dicho Grupo, para que las funciones que se le asignen, no violen en ningún momento las sugerencias de la ARP, con el fin de evitarnos su traslado nuevamente a la ciudad de Medellín, para que usted hacia el futuro no pretenda nuevamente solicitar pago de viáticos que en ningún momento se le han generado...."

El 5 de marzo de 1999 el Jefe de la División de Recursos Humanos del SENA - Regional Antioquia, le informa al actor que a partir del 8 de marzo de 1999, debe empezar a prestar sus servicios en el Centro Nacional de la Madera, (fl. 41).

A folios 82 a 85 del expediente, obran escritos suscritos por el actor, en los que reitera la solicitud de traslado, con base en el concepto de salud ocupacional del seguro social.

A través de comunicación de 17 de diciembre de 2001, suscrita por el médico especialista en salud ocupacional del Seguro Social, dirigido a la Especialista en medicina del trabajo del SENA - Medellín, informa que (fls. 87 y 88):

"El señor Carlos Julio Tulio Gil, fue evaluado en la consulta de Medicina del Trabajo y en la Comisión Laboral de la ARP, los días 11 y 13 de diciembre de 2001.

El Señor Gil presenta secuelas de accidente de trabajo, sufrido en 1990, consistentes en mala oclusión dental y restricción para movimientos de muñeca y de articulación interfalángica de primer dedo en miembro superior izquierdo, extremidad no dominante. Teniendo en cuenta que las limitaciones de la extremidad superior izquierdo son de carácter permanente, ratificamos las recomendaciones dadas en carta de reubicación con fecha 29 de diciembre de 1998, en el sentido, que el trabajador se abstenga de cargar objetos de más de 12.5 kilogramos, así como, evitar actividades que impliquen movimientos de muñeca izquierda, principalmente en prono-supinación sostenida. Debe evitar el derribo y movilización de ganado. Estas recomendaciones tienen carácter de indefinidas.

La sugerencia de siquiatria en nota de enero 26 de 1999, hace referencia a problemas de ansiedad, enfermedad de origen común, por lo tanto, las recomendaciones en este sentido deben ser dadas por el Departamento de Salud Ocupacional de la EPS, en la cual se encuentre afiliado el trabajador.

Respecto a la ubicación del sitio o lugar de trabajo, es competencia de la División de Recursos Humanos del SENA, por tratarse de una situación de orden estrictamente laboral."

Cuestión Previa:

Debe la Sala precisar que el artículo 12 de la Resolución No. 574 de 31 de marzo de 1995 (fl.54), dictada por el Director General del Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA, establece en relación al tema de los viáticos lo siguiente:

". 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 1º del numeral 1º del artículo 15º. 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..."

Empero, este artículo fue declarado nulo por el Consejo de Estado en Sentencia de 2 de abril de 2009, Radicado No. 11001-03-24-000-2005-00328-00(1048-06) Actor: Sindicato de Empleados y Trabajadores del Servicio Nacional de Aprendizaje - SETRASENA³, con el siguiente argumento:

"...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 arrojárselas"(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 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.

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, 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.

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..."

No obstante lo anterior, este Despacho se pronunciará teniendo en cuenta la normatividad general aplicable en materia de viáticos y su procedencia para el reconocimiento.

Normatividad Aplicable.

De los Viáticos.

El Decreto Ley 2400 de 1968, por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil, dispone:

"Art. 22. A los empleados se les podrá otorgar comisión para los siguientes fines: para cumplir misiones especiales conferidas por sus superiores; para seguir estudios de capacitación; para asistir a reuniones, conferencias, seminarios y para realizar visitas de observación que interesen a la administración y que se relacionen con el ramo en que presten sus servicios; para ejercer las funciones de un empleo de libre nombramiento y remoción cuando la comisión recaída en un funcionario escalafonado en carrera...."

"Art. 23. Los empleados podrán ser encargados para asumir parcial o totalmente las funciones de empleos diferentes de aquellos para los cuales han sido nombrados, por ausencia total o definitiva del titular.

Cuando se trate de ausencia temporal, el encargo podrá conferirse hasta por el término de aquella y en caso de vacante definitiva, hasta por un plazo máximo de tres (3) meses. Vencido éste término el encargado cesará automáticamente en el ejercicio de tales funciones y el empleo deberá proveerse de acuerdo a los procedimientos normales."

El Decreto 1950 de 1973, por el cual se reglamentan los Decretos -Leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración de personal civil, establece:

"...

TÍTULO IV. DE LAS SITUACIONES ADMINISTRATIVAS

Art. 58 Los empleados vinculados regularmente a la administración, pueden encontrarse en las siguientes situaciones administrativas:

En servicio activo

En licencia

En permiso

En comisión

Ejerciendo las funciones de otro empleo por encargo

Prestando servicio militar

En vacaciones, y

Suspendido en ejercicio de sus funciones

CAPÍTULO IV DE LA COMISIÓN

Art. 75 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..."

De acuerdo con el artículo 76 ibídem las comisiones pueden ser:

a. De servicio: para ejercer las funciones propias del empleo en un lugar diferente al de la sede del cargo, hace parte de los deberes de todo empleado y puede dar lugar al pago de viaticos conforme a las disposiciones legales.

b. Para adelantar estudios.

c. Para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción.

d. Para atender invitaciones de gobiernos extranjeros, de organismos internacionales o de instituciones privadas.

La comisión podrá tener una duración de hasta por treinta (30) días, prorrogables por una sola vez hasta por un termino igual, excepto en aquellos cargos que tengan funciones específicas de inspección y vigilancia (Art. 80 Decreto 1950 de 1973).

El Artículo 42 del Decreto 1042 de 1978 prevé que los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión constituyen salario, y tendrán derecho a ellos los empleados públicos que deban viajar dentro o fuera del país en comisión de servicios (Artículo 61), se fijarán según la remuneración mensual que corresponda al empleo del funcionario que deba viajar en comisión (Art. 62); 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 del valor (Art. 64); 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 días. Dicho término podrá prorrogarse hasta por otros treinta días, cuando fuere necesario por la naturaleza especial de las tareas que deban desarrollarse (Art. 65).

En el sistema general de administración de personal de los Servidores Públicos, los viáticos solamente se reconocen por comisión de servicios, más no por otra situación administrativa y, por una duración determinada de tiempo, no de manera indefinida, pues se busca compensar el desplazamiento temporal del empleado del lugar donde trabaja.

Han sido reiterados los pronunciamientos⁴ de esta Corporación, en los que se ha conceptualizado sobre los "viáticos", es así como en Sentencia de 19 de abril de 2007, Radicación No. 25000-23-25-000-1998-02115-01(3549-04), Actor: Julio Álvarez, M.P. Jesús María Lemus Bustamante, se dijo:

"(...)En nuestro ordenamiento jurídico el viático es considerado como un estipendio, un factor salarial⁵, que tiene por finalidad cubrir los gastos de manutención, alojamiento y transporte en que incurre el servidor público por el cumplimiento de sus funciones fuera de su sede habitual de trabajo, sin sufrir por ello mengua en su patrimonio⁶. Así los viáticos tienden a compensar los gastos que causa a un empleado o trabajador el desplazamiento temporal del lugar donde trabaja para ir a otro sitio donde tiene que soportar costos adicionales de alojamiento y alimentación

principalmente.(...)"

En sentencia de 9 de septiembre de 1992, Radicado No. 3526, Actor: Edgardo Insignares Carroll, M.P. Dolly Pedraza de Arenas, distinguió, para efectos del reconocimiento de viáticos, las figuras del encargo y de la comisión de servicios y precisó que en el régimen general de administración de personal sólo se reconocen viáticos cuando hay de por medio una comisión de servicios. Al respecto sostuvo lo siguiente:

"...El artículo 34 del decreto 1950 de 1973 dice que "hay encargo cuando se designa temporalmente a un empleado para asumir total o parcialmente, las funciones de otro empleo vacante por falta temporal o definitiva de su titular, desvinculándose o no de las propias de su cargo".

Por su parte, el artículo 75 del decreto 1950 de 1973 dispone 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".

Es evidente que se trata de dos figuras diferentes pues mientras que en la comisión, el funcionario ejerce "funciones propias" del cargo del que es titular pero en "lugares diferentes a su sede habitual" como acontece cuando se comisiona a un funcionario para que adelante una investigación disciplinaria en un sitio diferente a su sede de trabajo o a un abogado para que intervenga en un proceso judicial fuera de su sede, en el encargo se asumen funciones de otro empleo vacante, del cual debe tomarse posesión.

De tal manera que no puede confundirse el "encargo" que es una forma de provisión de empleos, con la "comisión de servicios" que es el propio ejercicio del empleo en lugares diferentes a la sede del cargo, por un tiempo limitado, nunca de carácter permanente pues lo prohíbe el artículo 80 del Decreto 1950 de 1973..."

Conforme a la normatividad transcrita, la comisión de servicios se encuentra instituida para que el empleado ejerza funciones atinentes al cargo, en lugar diferente al de sus actividades habituales o permanentes, o para que cumpla misiones especiales, asista a reuniones, conferencias, realice visitas de observación que sean de interés de la Administración y se relacionen o tengan afinidad con los servicios prestados, entre otros.

Las comisiones generan el pago de viáticos que serán cubiertos por la Administración Pública, del presupuesto respectivo, conforme con las disposiciones legales y los reglamentos respectivos.

Caso Concreto.

En el caso concreto, tal como lo expuso el A quo y el Ministerio Público en el Concepto rendido, el traslado del actor no obedeció a una comisión de servicios, pues como claramente lo indicó la entidad demandada en el acto acusado, este se efectuó en acatamiento a las recomendaciones dadas por la Administradora de Riesgos Profesionales (ISS), quien luego de calificar el estado de salud del demandante, recomendó la restricción de ciertas actividades realizadas por el empleado, (fls. 2 a 6), es así como manifestó que⁷:

"...Según concepto de los médicos tratantes y de Salud Ocupacional de la ARP-Protección Laboral, se hace la siguiente recomendación con el fin de preservar la salud del trabajador:

Evitar actividades que impliquen carga de objetos con la mano izquierda cuyo peso sea superior a 12.5 Kg

Evitar actividades que impliquen movimientos repetitivos de muñeca izquierda principalmente prono-supinación sostenida y actividades que impliquen habilidades y destrezas con la mano izquierda y bimanual, como el derribamiento e inmovilización de ganado. Sería conveniente el cambio de oficio ya que la mayoría de sus actividades requieren fuerza y movimientos manuales exigentes..."

Además no debe perderse de vista de que fue el actor directamente quien de forma reiterada solicitó a la entidad accionada, el traslado de sede, argumentando su estado de salud (fls. 82 a 85).

Acorde con lo expuesto por el A-quo y lo analizado en la normatividad aplicable al caso, el demandante no tiene derecho al pago de los viáticos reclamados, pues se encuentra plenamente demostrado que el traslado del actor se debió a recomendaciones de carácter médico y no como consecuencia de una comisión de servicios, evento en el que procede, como ya se dijo, el reconocimiento de viáticos, aunado al hecho que en reiteradas

ocasiones fue él directamente quien solicitó el traslado a otra sede distinta de la habitual, con fundamento en su estado de salud, en consecuencia, esta Sala confirmará la decisión de primera instancia, que negó las pretensiones de la demanda, en la medida en que no prosperaron los argumentos presentados con la apelación.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia de 19 de noviembre de 2010 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que negó las pretensiones de la demanda incoada por Carlos Tulio Gil contra el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CÚMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PAEZ

GERARDO ARENAS MONSALVE

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

NOTA DE PIE DE PÁGINA

1M.P. Dra. Bertha Lucia Ramírez de Páez.

2M.P. Bertha Lucia Ramírez de Páez.

3Sentencia de 4 de junio de 2009, Radicado No. 2004-01973-01(2091-07), Actor: Clara López Obregón, M.P. Gustavo Gómez Aranguren

4Sentencia C- 221 de 1992 de la Corte Constitucional "Los viáticos son factor de salario (Art. 42 literal h del Decreto 1042 de 1978), sólo si se reciben en forma habitual y periódica; de lo contrario no constituyen salario"

5Sentencia C- 108 de 1995 de la Corte Constitucional.

Fecha y hora de creación: 2026-05-31 15:08:19