

ESCALA DE VIATICOS - Comisión de servicios. Competencia de las Contralorías Departamentales para regular viáticos

De tal manera que ha sido reiterativa la jurisprudencia constitucional y de esta jurisdicción en señalar que, a pesar de que se reconoce la autonomía administrativa para las entidades territoriales para la fijación de las escalas de remuneración y emolumentos de los empleados de sus dependencias, tanto los gobernadores, como las asambleas, los alcaldes y los concejos sólo pueden ejercer tal facultad dentro del estricto marco señalado en la Carta Política y en la Ley General, motivo por el cual no pueden crear o regular factores salariales en forma distinta a como lo definieron el Congreso y el Gobierno Nacional. De acuerdo con las anteriores consideraciones, encuentra la Sala que tanto en el Decreto 00080 de marzo de 2002 como en la Resolución 1916 de agosto de 2002 objeto de demanda, los viáticos fijados por el Gobernador y el Contralor del Departamento respectivamente, rebasaron los topes máximos señalados en los decretos reglamentarios 1461 de 2001 y 670 de 2002 expedidos por el Presidente de la República de la época para los empleados del orden nacional, por lo que al desconocer el marco propio de sus competencias desconocieron normas superiores y legales a las cuales estaban sometidos, entre ellas la Ley 4 de 1992.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 150 / DECRETO LEY 1222 DE 1986 / LEY 4 DE 1992 - ARTICULO 1 / LEY 4 DE 1992 - ARTICULO 4 / LEY 4 DE 1992 - ARTICULO 12 / DECRETO 1461 DE 2001 / DECRETO 670 DE 2002.

NOTA DE RELATORIA: Escala de viáticos, Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 6 de julio de 2013, Rad. 2004-03802, MP. María Claudia Rojas Lasso. Regulación de viáticos, Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 4 de junio de 2009, Rad. 2004-01973, MP. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

NORMA DEMANDADA: DECRETO 00080 DE 2002 (5 de marzo) GOBERNACION DE CALDAS – ARTICULO 1 (Anulado parcialmente) / RESOLUCION 1916 DE 2002 (26 de agosto) CONTRALORIA GENERAL DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS (Anulada).

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejera ponente: MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO

Bogotá, D.C., once (11) de Julio de dos mil trece (2013)

Radicación número: 17001-23-31-000-2004-01267-01

Actor: AUDITORIA GENERAL DE LA REPUBLICA

Demandado: DEPARTAMENTO DE CALDAS

Referencia: APELACION SENTENCIA - ACCION DE NULIDAD

Se decide el recurso de apelación interpuesto conjuntamente por los apoderados judiciales de las entidades públicas demandadas, contra la sentencia de fecha mayo 21 de 2009 proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas, por medio de la cual declaró la nulidad parcial del artículo 1° del Decreto N° 00080 del 5 de marzo de 2002 *“Por el cual se dictan normas sobre viáticos y gastos de viaje a que tienen derecho los empleados al servicio del Departamento de Caldas”*, proferido por el Gobernador de Caldas y la nulidad del artículo único de la Resolución N° 1916 del 26 de agosto de 2002 *“Por medio de la cual se modifica el artículo primero de la Resolución 664 de 06 de junio de 1997, que fija la escala de viáticos para los funcionarios de la Contraloría General de Caldas”*, expedida por el Contralor General del Departamento.

I. LA DEMANDA

1.1. Pretensiones:

La Auditoría General de la República a través de apoderado judicial y en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del CCA, instauró demanda¹ con el fin de que se declare la nulidad parcial del artículo 1° del Decreto N° 00080 del 5 de marzo de 2002 *“Por el cual se dictan normas sobre viáticos y gastos de viaje a que tienen derecho los empleados al servicio del Departamento de Caldas”*, proferido por el Gobernador de Caldas y la nulidad del artículo único de la Resolución N° 1916 del 26 de agosto de 2002 *“Por medio de la cual se modifica el artículo primero de la Resolución 664 de 06 de junio de 1997, que fija la escala de viáticos para los funcionarios de la Contraloría General de Caldas”*, expedida por el Contralor General del Departamento.

1.2. Hechos

La parte demandante no efectúa un relato fáctico de la actuación administrativa adelantada por las autoridades departamentales demandadas que dieron lugar a la expedición de los actos administrativos objeto de nulidad.

¹ Visible a folios 10 a 34 del cuaderno de primera instancia

1.3. De las normas violadas y concepto de la violación

A juicio de la Auditoría General de la República con la expedición del Decreto y la Resolución objeto de demanda, se violaron normas de rango constitucional, entre ellas los artículos 1°, 2°, 113, 121, 123 inciso 2°, 150 numeral 19 literales e) y f), 287, 300 numeral 7° y 305, numeral 7° de la Constitución Política; normas de rango legal como los artículos 61, 64, 65, 71 y 72 del Decreto Ley 1042 de 1978 y los artículos 1° y 2° del Decreto 3537 de 2003.

Fundamenta como causales de nulidad en contra del Decreto y Resolución demandados la falta de competencia e infracción de normas superiores, en razón a que fueron proferidos en abierto desconocimiento de normas que definen el régimen de viáticos aplicable a los servidores públicos y excediendo el marco de competencias que les ha sido señalado.

Es así como para la entidad demandante, resulta claro que las normas acusadas desconocen el ámbito de competencias definido por la Constitución Política para la definición del régimen salarial aplicable a los empleados de las entidades territoriales, así como las normas que en esta materia se encuentran vigentes expedidas por el Gobierno Nacional.

Refiere el apoderado de la actora que a partir de la expedición de la Constitución Política de 1991, el Constituyente confió al Congreso de la República y al Gobierno Nacional la definición del régimen salarial y prestacional aplicable a los servidores públicos al tiempo que prohibió a las autoridades de las entidades territoriales abrogarse esta facultad, tal y como lo disponen expresamente los literales e) y f) del numeral 19 del artículo 150 de la Carta Política.

No obstante la claridad de la preceptiva anterior, afirma la demandante, que se ha presentado grave confusión en el ordenamiento jurídico debido a que los artículos 300 y 313 de la Constitución, reconocen facultades a las corporaciones de elección popular departamentales, distritales y municipales para fijar las escalas de remuneración correspondientes a las diferentes categorías de empleo y, los artículos 305 y 315 superiores le atribuyen a los gobernadores y alcaldes, la competencia para fijar los emolumentos de los empleos de sus dependencias conforme la ley, ordenanzas o acuerdos.

Considera el apoderado de la Auditoría que a pesar de que no lo mencionan expresamente los artículos 300 y 313 superiores, atendiendo a la forma en que es utilizada la expresión “escala de remuneración”, es posible inferir que la competencia reconocida a las asambleas y concejos está referida exclusivamente a la definición de las asignaciones básicas por lo que no comprende la reglamentación de otros valores que constituyan factor salarial, pues esta competencia, según el artículo 150 **idem**, le corresponde al Congreso y al Presidente respectivamente.

Por lo anterior afirma que la autonomía otorgada a las entidades territoriales para el ejercicio de definir las escalas de remuneración de sus empleados de acuerdo con los recursos disponibles en el departamento, distrito o municipio, depende del respeto a los límites que en esta materia señala el artículo 12 de la Ley 4 de 1992.

Conforme con las anteriores consideraciones, para el apoderado de la actora, las entidades territoriales están facultadas para la definición del régimen salarial en el ámbito propio de sus territorios y sólo pueden ejercer sus funciones dentro del estricto marco establecido por la Constitución y la ley, por lo que no pueden crear o regular factores salariales en forma distinta a como lo dispusieron el Congreso y el Gobierno Nacional, de lo contrario excederían el marco de sus competencias.

Luego de citar un aparte de la Sentencia C-1218 de noviembre 21 de 2001 M.P. Alvaro Tafur Galvis sobre lo que la Corte Constitucional ha entendido como “salario”, entiende la vocera de la demandante que es posible inferir que la facultad conferida al Gobierno Nacional para fijar el límite máximo salarial de los empleados públicos de las entidades territoriales, comprende tanto la asignación básica mensual como los demás emolumentos que integran el salario.

Sostiene que en el sector público nacional, los factores que constituyen salario se encuentran claramente definidos en el literal h) del artículo 42 del Decreto 1042 de 1978 que establece: *“Además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios. Son factores de salario: (...) h) Los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión”*.

Destaca que en relación con la asignación básica mensual máxima permitida para las entidades territoriales, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 3537 de diciembre 11 de 2003 *“Por el cual se fijan las escalas de viáticos”*, pero que la reglamentación de los demás factores que constituyen salario y que pueden ser percibidos por los empleados públicos del nivel territorial, no se ha reglamentado en forma expresa por parte del Gobierno Nacional.

Afirma el apoderado de la Auditoría General de la República que el marco legal que regula el tema de viáticos lo constituyen los artículos 61, 64, 65, 71 y 72 del Decreto 1042 de 1978 y los artículos 1°, 2° y 3° del Decreto 3537 de 2003.

Reitera que en el Decreto 00080 de 2002 expedido por la Gobernación de Caldas y la Resolución 1916 de 2002 proferida por la Contraloría Departamental, no se respetaron los límites establecidos por concepto de viáticos para cada rango de salario tomado en cuenta por el Gobierno Nacional. Cita como ejemplo que el Gobernador por comisiones fuera del Departamento tendría derecho a un 80% de un s.m.l.m.v. por concepto de viáticos, es decir, la suma de \$247.200,00 y que el Contralor de Caldas por el mismo concepto obtendría el 129% que corresponde a \$461.820,00 diarios.

En este orden de ideas menciona que una asignación de viáticos en la escala porcentual enunciada vulnera lo previsto en los artículos 1° y 2° del Decreto 3537 de 2003, pues a pesar de que en estas normas se les reconoce a las autoridades territoriales la facultad de fijar las escalas de viáticos a reconocer a los empleados públicos, tal determinación no puede desconocer “el valor máximo de las cantidades señaladas en el artículo 1° del citado decreto.

Finalmente aduce el representante judicial de la demandante que, el desconocimiento de la restricción establecida en los artículos 1° y 2° del Decreto 3537 de 2003 expedido por el Gobierno Nacional, constituye una extralimitación de las funciones del Gobernador y del Contralor del Departamento de Caldas, al suplantar a las autoridades facultadas para definir el régimen salarial aplicable a los empleados territoriales. De allí que la ilegalidad de los actos demandados se evidencia porque reconocieron viáticos en cuantía porcentual al s.m.m.l.v. de la época.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

2.1. POR PARTE DE LA CONTRALORIA GENERAL DE CALDAS

En primer lugar señala la apoderada judicial del ente de control demandado² que el Departamento Administrativo de la Función Pública, fijó tras año la escala de viáticos para los empleados públicos exclusivamente del orden nacional, de acuerdo con lo estipulado en los literales a), b) y c) del artículo 1° de la Ley 4 de 1992, disposiciones que no le eran aplicables a las contralorías territoriales.

De acuerdo a la anterior circunstancia deduce que los decretos expedidos por la Función Pública con anterioridad al año 2004, solamente hacían alusión a los funcionarios del orden nacional pues no se refería a los funcionarios de las entidades territoriales ni de las contralorías territoriales.

Resalta la vocera de la Contraloría que a partir de la expedición del Decreto 4177 de diciembre 10 de 2004, fue que se estableció de manera categórica el límite máximo salarial de los empleados públicos de las entidades territoriales, llamando la atención sobre el contenido de los artículos 3° y 5° que dispusieron lo siguiente:

“Artículo Tercero. A partir de la vigencia del presente decreto el valor de las condiciones para el otorgamiento de los viáticos para los empleados públicos territoriales corresponderá a lo establecido por el Gobierno Nacional para el Sistema General de la Rama Ejecutiva del poder público del orden nacional.

(...)

Artículo Quinto. El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación, deroga las disposiciones que le sean contrarias en especial el Decreto 3537 de 2003 y surte efectos fiscales a partir del 1° de enero de 2004 con excepción de lo previsto en el artículo 3° de este Decreto”.

Según las anteriores disposiciones del Decreto citado, para la apoderada de la entidad demandada el Gobierno fue previsivo al disponer la vigencia del decreto hacia futuro con la única excepción contemplada en el artículo 3° **ídem** relativo a los viáticos para las entidades territoriales.

² Mediante memorial visible a folios 89 a 93 del cuaderno 1

Destacó que a partir del 28 de enero de 2005 mediante Resolución N° 5110, la Contraloría General de Caldas acogió el Decreto 4177 de 2004 al interior de la entidad y dispuso expresamente en el artículo 11, la derogatoria expresa de todas las disposiciones que le fueran contrarias, entre ellas, la Resolución N° 1916 de 2002 objeto de demanda, por lo que solicita a la primera instancia tenga en cuenta al momento de fallar la inexistencia del acto acusado por sustracción de materia, lo que conllevaría al a quo a no acceder a las pretensiones de la demanda toda vez que la resolución demandada, no está produciendo efectos jurídicos por lo que no es procedente emitir pronunciamiento de fondo como quiera que resulta ilógico retirar del ordenamiento jurídico lo que no existe.

Insiste la apoderada del órgano de control territorial que con la expedición de la Resolución acusada no se incurrió en las causales de nulidad en que se fundamenta la demanda, toda vez que debido a la autonomía administrativa, presupuestal y financiera que otorgan los artículos 267 y 272 de la Carta Política en armonía con el artículo 2° de la Ley 330 de 1996 a las contralorías territoriales, sí tenía competencia la Contraloría General de Caldas para expedir el acto demandado al no contrariar disposiciones superiores ni legales.

Propuso las excepciones de Inepta demanda por indebida formulación de la acción, pues la Resolución acusada no vulneró disposiciones constitucionales ni legales; la de incapacidad o indebida representación de la demandante por cuanto el poder otorgado al apoderado de la Auditoría General de la República era para llevar hasta su término el proceso de nulidad del artículo 1° de la Resolución 1916 de 2002 cuando lo cierto es que el acto sólo tiene un artículo único; la excepción de falta de requisitos de la demanda según el artículo 137 CCA y la excepción de inepta demanda por carencia de objeto pues la Resolución demandada fue derogada mediante la Resolución 5110 de 2005.

2.2. POR PARTE DE LA GOBERNACION DE CALDAS

El apoderado de la entidad territorial demandada presentó escrito³ mediante el cual se opuso a las pretensiones de la demanda según las cuales, los viáticos son considerados salario y constituyen factor salarial cuya fijación está reservada al Gobierno Nacional por disposición del artículo 150 numeral 19 literales e) y f) **ídem** y de la Ley 4 de 1992 y que a falta de norma expresa, los servidores

departamentales debían regirse por la tabla de viáticos de los empleados de la rama ejecutiva del orden nacional.

Afirmó que por viáticos la Real Academia de la Lengua entiende “la prevención, en especie o en dinero, de lo necesario para el sustento del que hace un viaje” y que, el artículo 75 del Decreto 1950 de 1973 define el concepto de comisión de servicios, que el 78 **idem** prevé las comisiones en el interior del país y que el artículo 81 **ibidem** exige la presentación de un informe luego de cumplida la comisión.

Menciona el apoderado de la Gobernación de Caldas que el decreto 1042 de 1978 estableció el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden Nacional por lo que el artículo 1° destaca que rige sólo para los empleados públicos nacionales.

Por lo anterior destaca que lo referente a los salarios, viáticos y prestaciones sociales regulados en el Decreto 1042, no puede aplicarse a los empleados departamentales como lo pretende la entidad demandante pues únicamente cobija a los del orden nacional.

Afirma el apoderado de la entidad territorial demandada que los viáticos no son ni pueden ser salario ni factor salarial, de conformidad con el Decreto 1919 de agosto 27 de 2002 expedido por el Presidente de la República por el cual se fijó el Régimen de Prestaciones Sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del nivel territorial, que dispuso en el artículo 1° que a partir de la vigencia del decreto, los empleados públicos territoriales gozarían del régimen prestacional señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del poder público del orden nacional.

Aduce que este Decreto fue reglamentado por la Circular N° 001 del 28 de agosto de 2002 expedida por el Departamento Administrativo de la Función Pública, en la cual se determinó que las prestaciones sociales y factores salariales a los que tienen derecho los empleados públicos del nivel territorial, no siendo contemplados los viáticos como factor salarial para ninguna de las prestaciones sociales a que tienen derecho los servidores territoriales.

³ Obra a folios 98 a 101 de la misma encuadernación

Según el vocero de la Gobernación de Caldas, los viáticos fijados para su titular están consignados en el artículo 5° del Decreto 940 de 2005 que dice: *“El valor y las condiciones para el otorgamiento de los viáticos en las comisiones de servicios de los Gobernadores y Alcaldes, corresponderá a lo establecido por el Gobierno Nacional para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva Nacional. Para estos últimos se tendrá en cuenta, igualmente, lo señalado en la Ley 136 de 1994 y demás normas que la modifiquen o reglamenten”*.

Con fundamento en la anterior preceptiva considera el apoderado de la demandada que lo procedente es dar aplicación a esta preceptiva de mayor orden jerárquico y por ende se entiende derogado de manera tácita el aparte pertinente del Decreto 00080 de 2002 demandado. Quedando evidenciada la inexistencia de violación de normas superiores ni exceso en el ejercicio de las competencias legales asignadas al Gobernador en el acto acusado.

3. ALEGATOS DE CONCLUSION

Dentro de la oportunidad legal el apoderado de la Gobernación de Caldas reiteró⁴ su oposición a la prosperidad de la solicitud de nulidad del Decreto 00080 de 2005 objeto de demanda, al considerar que éste ya había salido del ordenamiento jurídico y perdió validez, lo cual da lugar a la carencia de objeto y de cumplimiento de la acción de simple nulidad instaurada.

Por su parte la apoderada judicial de la Contraloría General de Caldas en su memorial contentivo de alegatos de conclusión⁵, reiteró los planteamientos expuestos en la contestación de la demanda entre ellos que la Resolución 1916 de 2002 demandada, fue derogada en su integridad por la Resolución 5110 de 2005 mediante la cual acogió el Decreto 4177 de 2004 que estableció el límite máximo salarial de los empleados de las entidades territoriales, entre ellas estableció las condiciones para fijar viáticos de los empleados del orden territorial.

A su turno la parte demandante⁶, por conducto de su apoderado judicial insistió en los reproches de legalidad en contra del Decreto y Resolución demandados, al

⁴ Planteamientos expuestos en escrito visible a folios 114 a 117 C1.

⁵ Aparece a folios 118 a 120 op

⁶ Mediante escrito visible a folios 121 a 130 del Cuaderno 1

reiterar que dichos actos fueron expedidos con desconocimiento de las normas constitucionales y legales al carecer de competencia quienes los profirieron.

4. INTERVENCION DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Agente de la Procuraduría General de la Nación no emitió concepto en sede de primera instancia.

II. LA SENTENCIA APELADA.

Mediante sentencia de fecha mayo 21 de 2009 el Tribunal Administrativo de Caldas declaró infundadas las excepciones propuestas por la Contraloría General de la República, al tiempo que declaró la nulidad parcial del artículo 1° del Decreto N° 00080 de marzo 5 de 2002 y del artículo único de la Resolución N° 1916 de agosto 26 de 2002.

En cuanto a las excepciones consideró que no procedía su reconocimiento, como quiera que en el caso de la de inepta demanda por indebida formulación de la acción, lo que pareciera referirse a un punto de vista formal de la acción alude a lo que es el mérito del asunto; la excepción de incapacidad o indebida representación del demandante no la declaró por cuanto en el poder especial conferido al apoderado de la Auditoría General, se cumplió con el requisito de la determinación clara que era dejar sin efecto la Resolución 1916 de 2002.

A su turno, consideró el a quo que no era procedente declarar la excepción de la falta de cumplimiento de los requisitos de la demanda, por cuanto la demandante no efectuó una debida sustentación jurídica y precisión conceptual de su reclamo, al tiempo que descartó la excepción de inepta demanda por carencia de objeto de la acción de nulidad, pues a pesar de que la Resolución 1916 de 2002 fue derogada por la Resolución 5110 de 2005, debe emitirse pronunciamiento de fondo habida cuenta que la norma impugnada produjo efectos jurídicos desde la fecha de su expedición hasta la de su derogatoria.

El Tribunal de primera instancia consideró que el problema jurídico en el caso en estudio, consistía en determinar si el Gobernador y el Contralor del Departamento de Caldas tenían competencia para fijar la escala de viáticos aplicable a los empleados públicos de dichas dependencias.

Recordó que una de las situaciones administrativas en la que pueden encontrarse los empleados de la administración, según los artículos 38 y 75 del Decreto 1950 de 1973, es la comisión de servicios que da lugar al pago de viáticos y gastos de transporte, tal y como lo dispone el artículo 61 del Decreto 1042 de 1978. A su vez, el artículo 62 **idem** regula el tema de la fijación de viáticos según la remuneración mensual del funcionario comisionado, la naturaleza de los asuntos que le sean confiados y el lugar donde debe llevarse a cabo la labor. El inciso final de esta norma dispone que mientras las entidades reglamentan el reconocimiento de viáticos, se podrán fijar los toques señalados en este Decreto. Destacó el aporte de la Sentencia C-221 de 1992 M.P. Alejandro Martínez Caballero mediante la cual la Corte Constitucional estableció que los viáticos son factor de salario sólo si se reciben en forma habitual y periódica, de lo contrario no.

En cuanto al tema de la competencia para fijar la escala de viáticos de los servidores públicos del orden territorial como acontece en el caso en estudio, recordó la primera instancia que el artículo 150 numeral 19 literal e) dispuso que al Congreso de la República le corresponde la función de dictar las normas generales y señalar en ellas los objetivos a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública; por lo anterior entiende que se presenta una competencia compartida entre el legislador y el ejecutivo en el tema de esta regulación.

Afirmó el a quo que con fundamento en el artículo 150 numeral 19 literal e) se expidió la Ley 4 de 1992 y el Gobierno quedó habilitado para fijar mediante Decreto, el régimen salarial y prestacional de los empleados de las entidades territoriales, según lo dispuesto en los artículos 1º, 4º y 12 **idem** disposiciones que en modo alguno pugnan con la que el Constituyente otorgó a las entidades territoriales para fijar las escalas de remuneración y los emolumentos de los empleos de sus dependencias, contenidas en los artículos 287, 300-7, 305-7, 313-6 y 315-7.

A juicio del Tribunal Administrativo de Caldas con fundamento en la normativa relacionada, resulta claro que la determinación del régimen salarial de los servidores públicos de los entes territoriales y su escala de viáticos, es de resorte exclusivo del Gobierno Nacional quien debe seguir las pautas trazadas por el Congreso de la República.

Respecto del tema objeto de estudio señaló que en virtud de las facultades otorgadas en la Ley 4 de 1992, al Gobierno Nacional le corresponde fijar para cada vigencia las escalas de viáticos para los funcionarios que deban cumplir comisiones en el interior o en el exterior del país, que para el año 2001 quedó consignada en el Decreto 1461 y para el año 2002 en el Decreto 670.

Indicó la primera instancia que en el caso del Gobernador de Caldas, según las competencias señaladas en el artículo 305 de la Constitución Política, le corresponde fijar los emolumentos de los empleos de su dependencia con sujeción a la ley y a las ordenanzas respectivas, por lo que su función se halla subordinada tanto a la ley marco como a los parámetros trazados por el Gobierno Nacional y a los de la propia corporación administrativa a la que pertenezca.

Respecto de la Contraloría del Departamento de Caldas indicó que según los artículos 268, 272 de la Constitución Política y 66 de la Ley 42 de 1993, a pesar de gozar de autonomía administrativa y presupuestal no tiene la facultad de fijar o variar la escala de viáticos prevista para los funcionarios de su dependencia.

Con fundamento en las anteriores disposiciones legales y en el artículo 121 superior, teniendo de presente que no existe norma que autorice a los gobernadores o a los contralores departamentales a fijar la escala de viáticos para los empleados del orden territorial, para el a quo resulta evidente que los actos demandados fueron expedidos por funcionarios que carecían de competencia para ello, como quiera que una cosa es determinar el monto de los viáticos en concreto para los empleados públicos del orden territorial y otra distinta es, fijar la escala de viáticos para dichos funcionarios apartándose de los parámetros señalados en la ley y en los decretos reglamentarios.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN.

Fue interpuesto de manera conjunta por los apoderados judiciales de la Contraloría General y del Departamento de Caldas quienes consideran que la primera instancia pasó por alto que a la fecha de expedición de los actos administrativos demandados en los meses de marzo y agosto de 2002, no existía norma expresa de carácter nacional que estableciera los topes o sumas que debían pagar los entes de carácter territorial por concepto de viáticos.

Frente a la situación anterior plantean los apelantes dos causas: i) El Gobierno Nacional lo que pretendía era dejar tal potestad a los entes territoriales, para que los fijaran conforme a cada territorialidad y ii) El Gobierno no hizo uso de la potestad reglamentaria que la Ley 4 de 1992 le otorgó para regular la materia. En el primer evento, consideran que no habría nulidad y en el segundo caso, se trató de la situación que obligó a las demandadas a fijar unos criterios para determinar los emolumentos que debía reconocer a sus empleados.

Afirman que el Decreto 1042 de 1978, estableció el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de la rama ejecutiva del orden nacional y que el artículo 1° *ídem* dispuso que regiría para los empleados de dicho orden. De tal manera que lo referente a salarios, viáticos y prestaciones sociales en este Decreto regulados no puede aplicarse a los empleados departamentales como lo pretende la entidad demandante.

A juicio de los apelantes, los viáticos no son salario ni constituyen factor salarial, pues de conformidad con el Decreto 1919 del 27 de agosto de 2002 por el cual se fijó el Régimen de Prestaciones Sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del nivel territorial, dispuso en el artículo primero que a partir de su vigencia, los empleados públicos de este nivel gozarían del régimen prestacional señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del poder público del orden nacional.

Indican que este Decreto 1919 fue reglamentado a su vez por la Circular N° 001 de agosto 28 de 2002 proferida por el Departamento Administrativo de la Función Pública, en la que se determinó expresamente las prestaciones sociales y factores salariales a los que tenían derecho los empleados públicos del nivel territorial, no siendo contemplados los viáticos.

Según el apoderado del Departamento de Caldas los viáticos del Gobernador, en el Decreto 00080 de 2002 objeto de demanda lo que se hizo fue dar aplicación al artículo 5° del Decreto 940 de 2005, por lo que al darse aplicación a un decreto nacional de mayor jerarquía que el departamental, se ha de entender que quedó derogado de manera tácita el aparte pertinente contenido en el decreto departamental 00080 de 2002.

De otra parte aducen de manera categórica los apelantes que, ninguna norma anterior al Decreto 4177 de diciembre 10 de 2004, reguló lo relacionado con viáticos en el orden territorial, pues el Decreto 3537 de diciembre 10 de 2003, lo que hizo fue repetir los decretos expedidos en anualidades anteriores por el Gobierno Nacional. De allí que resulte erróneo entender que este Decreto extendió su regulación a los entes territoriales.

Advierten que el Congreso de la República le otorgó potestad al Gobierno Nacional para reglamentar los topes máximos salariales en las entidades territoriales incluidos los viáticos, pero nunca ejerció tal facultad en materia de viáticos sino hasta la expedición de los decretos 4176 y 4177 ambos de 2004, en los cuales dispuso los máximos de asignación salarial y por primera vez los topes de viáticos en el nivel territorial.

De acuerdo con lo anterior, a juicio de los recurrentes, el Tribunal Administrativo de Caldas pasó por alto que el hecho de que la Ley 4 de 1992 le otorgue potestades al Gobierno para fijar los máximos salariales en las entidades territoriales, no implica necesariamente que el Gobierno los haya fijado.

Mencionan que debido a esta ausencia de marco normativo claro, fue que la Contraloría y la Gobernación del Departamento de Caldas, expidieron los actos administrativos demandados en los que establecieron la cuantía de los viáticos de los empleados de sus dependencias los cuales no se podían dejar de reconocer.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA.

Fueron presentados por la apoderada de la Auditoría General de la República⁷, mediante los cuales solicitó a la segunda instancia confirmar el fallo apelado al reiterar la ilegalidad de los actos administrativos demandados expedidos por la

Gobernación y la Contraloría del Departamento de Caldas, dependencias que no intervinieron en esta etapa procesal.

V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

En sede de segunda instancia el Agente de la Procuraduría General de la Nación guardó silencio sobre la demanda en estudio.

VI. CONSIDERACIONES

6.1. Los actos administrativos demandados son del siguiente tenor literal:

“GACETA DEPARTAMENTAL
Nro. 6164 DE MARZO 07 DE 2002

DECRETO NUMERO 00080

“POR EL CUAL SE DICTAN NORMAS SOBRE VIATICOS Y GASTOS DE VIAJE A QUE TIENEN DERECHO LOS EMPLEADOS AL SERVICIO DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS

EL GOBERNADOR DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS, en uso de sus facultades legales y en especial las conferidas por el artículo 94, numeral 2° del Código de Régimen Departamental (Decreto Ley 1222 de 1986)

D E C R E T A:

ARTICULO PRIMERO: La liquidación, el reconocimiento y el pago de viáticos por comisiones que deban cumplir los empleados del Departamento de Caldas, se harán con base en el Salario Mínimo Legal Mensual Vigente (S.M.M.L.V.) así:

Quienes devenguen entre uno y cinco salarios mínimos mensuales legales vigentes:

DENTRO DEL DEPARTAMENTO

14% de un S.M.M.L.V.

FUERA DEL DEPARTAMENTO

40% de un S.M.M.L.V.

Quienes devenguen entre cinco y diez salarios mínimos mensuales legales vigentes:

DENTRO DEL DEPARTAMENTO

14% de un S.M.M.L.V.

⁷ Visible a folios 21 a 33 del cuaderno de segunda instancia

FUERA DEL DEPARTAMENTO

50% de un S.M.M.L.V.

Quienes devenguen más de diez salarios mínimos mensuales legales vigentes:

DENTRO DEL DEPARTAMENTO

14% de un S.M.M.L.V.

FUERA DEL DEPARTAMENTO

60% de un S.M.M.L.V.

Para el Gobernador del Departamento:

DENTRO DEL DEPARTAMENTO

14% de un S.M.M.L.V.

FUERA DEL DEPARTAMENTO

80% de un S.M.M.L.V.

PARAGRAFO PRIMERO: Cuando la Comisión sea de un solo día, sin pernoctar, se reconocerá y pagará el 50% del valor establecido en el presente artículo.

(...)

ARTICULO QUINTO: Cuando se requieran comisiones fuera del territorio Nacional, el Consejo de Gobierno Departamental determinará los viáticos de acuerdo con las disposiciones nacionales que rijan al respecto.

ARTICULO SEXTO: Ningún empleado público podrá devengar por concepto de viáticos de una comisión de servicios más de diez (10) días o más del 50% de asignación mensual, escogiéndose siempre el menor valor entre los dos. Se exceptúan aquellos casos excepcionales que por necesidad del servicio y previa autorización del Gobernador, así lo disponga.

ARTICULO SEPTIMO: El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

**PUBLIQUESE, COMUNIQUESE Y
CUMPLASE:**

Dado en Manizales, a los 05 días del mes de marzo del año 2002.

JULIAN ARBOLEDA AGUDELO
Gobernador de Caldas (E)

TULIO CESAR GOMEZ VELEZ
Secretario Privado"

“CONTRALORIA GENERAL DE CALDAS

**RESOLUCIÓN NÚMERO 1946
AGOSTO 26 DE 2002**

POR MEDIO DE LA CUAL SE MODIFICA EL ARTÍCULO PRIMERO DE LA RESOLUCION 664 DE 06 DE JUNIO DE 1997, QUE FIJA LA ESCALA DE VIATICOS PARA LOS FUNCIONARIOS DE LA CONTRALORIA GENERAL DE CALDAS

EL CONTRALOR GENERAL DE CALDAS, en uso de sus atribuciones constitucionales, legales y en especial de las que le confiere el artículo 2° de la Ley 330 del 11 de diciembre de 1996, la Ley 42 de 1993, la Ley 617 de 2000, la Directiva Presidencial Número 10 de Agosto 20 de 2002, en el aparte 1.1.2. (Austeridad), y

CONSIDERANDO:

Que es deber como empleados públicos al servicio del Departamento de Caldas, dar ejemplo en la aplicación de los mandatos constitucionales, legales y presidenciales, en especial con lo referente al tema de **AUSTERIDAD DEL GASTO**.

RESUELVE:

ARTICULO UNICO: Disminuir hasta un 30% el valor de la tarifa a liquidar para el rango de los SALARIOS DE \$2.000.0001 EN ADELANTE, considerada en el Artículo Primero de la Resolución Número 664 del 06 de Junio de 1997, la cual queda a partir de la fecha de la presente resolución así:

SALARIOS DE \$2.000.001,00 EN ADELANTE

Dentro del Departamento	58%
Fuera del Departamento	129%

La presente resolución rige a partir de la fecha de su expedición y deroga las que le sean contrarias.

COMUNIQUESE Y CUMPLASE

**ARIFF ABDALA AGUDELO
Contralor General de Caldas”**

6.2. Consideración procesal previa

Uno de los argumentos de inconformidad esgrimido por el apoderado del Departamento de Caldas consiste en que el tema de los viáticos del Gobernador, está regulado en el artículo 5° del Decreto 940 de 2005, motivo por el cual lo que procede es darle simple y llanamente aplicación a esta preceptiva legal de mayor

jerarquía en el ordenamiento jurídico frente al contenido demandado del artículo 1° del Decreto 00080 de 2002, por lo que ha de entenderse que esta legislación fue tácitamente derogada por el decreto nacional.

No es acogido por la Sala este argumento de apelación, por las siguientes razones. En primer lugar, se observa que en estricto sentido, el Decreto 940 de marzo 30 de 2005 no derogó expresamente el Decreto 00080 de 2002 como lo afirma el apelante, pues el Decreto 940 *“Por el cual se fijan los límites máximos salariales de los Gobernadores y Alcaldes y se dictan disposiciones en materia prestacional”*, fue expedido por el Presidente de la República en desarrollo de las atribuciones concedidas en la Ley 4 de 1992, mientras que el Decreto 00080 *“por el cual se dictan normas sobre viáticos y gastos de viaje a que tienen derecho los empleados al servicio del Departamento de Caldas”*, es un decreto expedido por el Gobernador en virtud de las competencias atribuidas en el Código de Régimen Departamental Decreto Ley 1222 de 1986.

En suma, la naturaleza jurídica de los dos decretos es ostensiblemente distinta, pues mientras el Decreto 940 de 2005 es un decreto reglamentario de la Ley General o marco 4 de 1992 expedido por el Gobierno Nacional, el Decreto 00080 de 2002 objeto de demanda es un decreto ordinario o ejecutivo expedido por el Gobernador en uso de sus facultades como expresión de la función administrativa a nivel departamental. Del mismo modo, el primero tiene cobertura nacional mientras que el segundo territorial o departamental.

Lo que se observa es que para el año 2002, el Presidente de la República en desarrollo de la Ley 4 de 1992 mediante Decretos 1461 de 2001 y 670 de abril 15 de 2002, fijó la escala de viáticos para dichas vigencias fiscales, cuyos límites máximos debieron ser acatados por el Decreto Departamental 00080 de 2002, asunto que precisamente se constituye en el objeto de la presente demanda de nulidad.

Como si lo anterior no resultara suficiente desconoce el censor que ha sido abundante la jurisprudencia de esta Corporación en señalar que no obstante haber sido derogada una disposición por otra, se requiere efectuar pronunciamiento de fondo sobre la legalidad de la misma por los efectos jurídicos que produjo durante su vigencia, como quiera que sólo la decisión que declare su nulidad tiene capacidad para desvirtuar su presunción de legalidad.

De acuerdo con las anteriores consideraciones no es acogido por la Sala este motivo de inconformidad.

6.3. Planteamiento jurídico. Caso concreto

De acuerdo con los demás argumentos de inconformidad esgrimidos por los apoderados del Departamento y de la Contraloría General de Caldas, la Sala observa que el dilema jurídico por dirimir se centra en determinar si para el año 2002 fecha de expedición de los actos administrativos objeto de nulidad, tanto el Gobernador como el Contralor del Departamento de Caldas, excedieron la competencia al fijar la escala de viáticos para los empleados públicos de dichas entidades como lo estipularon en los actos demandados, por lo que habrían desconocido los toques máximos fijados por el Gobierno Nacional.

Bien es sabido que el tema del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos así como el de la escala de viáticos, convoca la participación conjunta de la rama legislativa y de la ejecutiva del poder público, en la medida en que al Congreso de la República le corresponde de acuerdo con el artículo 150 numeral 19: *“Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el gobierno para los siguientes efectos: (...) literal e) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso nacional y de la Fuerza Pública y en el literal 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 estas no podrán arrogárselas”.* (subrayas fuera de texto)

En virtud del anterior mandato constitucional, el Congreso de la República expidió la Ley 4 de mayo 18 de 1992, *“Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150 numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política”.*

El artículo 1° de la Ley 4 de 1992 establece:

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

- a) Los empleados públicos de la Rama Ejecutiva Nacional, cualquiera que sea su sector, denominación o régimen jurídico;
- b) Los empleados del Congreso Nacional, la Rama Judicial, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la Organización Electoral y la Contraloría General de la República;
- c) Los miembros del Congreso Nacional, y
- d) Los miembros de la Fuerza Pública.

El artículo 4 de la citada ley general cuadro o marco dispone:

“Con base en los criterios y objetivos contenidos en el artículo 2° el Gobierno Nacional, dentro de los primeros diez días del mes de enero de cada año, modificará el sistema salarial correspondiente a los empleados enumerados en el artículo 1 literal a), b) y d), aumentando sus remuneraciones.

Igualmente, el Gobierno Nacional podrá modificar el régimen de viáticos, gastos de representación y comisiones de los mismos empleados.

Los aumentos que decreta el Gobierno Nacional conforme a este artículo, producirán efectos fiscales a partir del primero de enero del año respectivo.

Parágrafo. Ningún funcionario del nivel nacional de la Administración Central, de los entes territoriales pertenecientes a la Administración Central, con excepción del Presidente de la República, del Cuerpo Diplomático Colombiano acreditado en el exterior y del personal del Ministerio de Defensa destinado en comisión en el exterior, tendrá una remuneración anual superior a la de los miembros del Congreso Nacional (..) (subrayas fuera de texto)⁸

A su turno el artículo 12 **idem** dispone:

“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.

⁸ Esta disposición fue declarada EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, dentro de los términos y dentro de los condicionamientos previstos en la Sentencia C-710 del 22 de septiembre de 1999, Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández, con excepción del parágrafo que no fue objeto de decisión en el proceso y de las expresiones tachadas declaradas INEXEQUIBLES.

PARÁGRAFO. El Gobierno señalará el límite máximo salarial de estos servidores guardando equivalencias con cargos similares en el orden nacional". (subrayas fuera de texto)

Es preciso señalar que este artículo 12 de la Ley 4 de 1992 fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-315 de julio 19 de 1995 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz⁹, al considerar entre otros aspectos los siguientes:

"No obstante que las autoridades locales tienen competencias expresas para determinar la estructura de sus administraciones, fijar las escalas salariales y los emolumentos de sus empleados públicos (C.P. arts. 287, 300-7, 305-7, 313-6 y 315-7), no puede desconocerse la atribución general del Congreso en punto al régimen salarial y prestacional de los empleados públicos territoriales (C.P. arts. 150-5, 150-19-e y 287). Del artículo 150-19 de la C.P., se deduce que la función de dictar las normas generales sobre el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos puede ser delegado a las Corporaciones públicas territoriales, lo que no sería posible si en este asunto el Congreso careciera de competencia. Desde luego, la competencia del Congreso y la correlativa del Gobierno, no puede en modo alguno suprimir o viciar las facultades específicas que la Constitución ha concedido a las autoridades locales y que se recogen en las normas citadas.

La determinación de un límite máximo salarial, de suyo general, si bien incide en el ejercicio de las facultades de las autoridades territoriales, no las cercena ni las torna inocuas. Ni el Congreso ni el Gobierno sustituyen a las autoridades territoriales en su tarea de establecer las correspondientes escalas salariales y concretar los emolumentos de sus empleados. Dentro del límite máximo, las autoridades locales ejercen libremente sus competencias. La idea de límite o de marco general puesto por la ley para el ejercicio de competencias confiadas a las autoridades territoriales, en principio, es compatible con el principio de autonomía. Lo contrario, llevaría a entronizar un esquema de autonomía absoluta, que el Constituyente rechazó al señalar: "Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley" (C.P. art. 287)" (subrayas fuera de texto).

De acuerdo con la normatividad y la jurisprudencia transcritas, se observa que tanto en el inciso final del numeral 19) del artículo 150 como en el artículo 12 de la Ley 4 de 1992, fue expresamente señalado por el Constituyente que las funciones

⁹ Este artículo 4 fue objeto de revisión por la Corte Constitucional que mediante Sentencia C- 315 de 1995 en la parte resolutive dispuso: Declarar exequible el artículo 12 de la Ley 4 de 1992, siempre que se entienda que las facultades conferidas al gobierno se refieren, en forma exclusiva, a la fijación del régimen prestacional de los empleados públicos territoriales, al régimen

otorgadas al Gobierno Nacional en lo relativo al régimen salarial y prestacional de los empleados públicos **del orden territorial**, son indelegables en las corporaciones públicas del mismo nivel tanto que éstas no podrán abrogárselas.

Sobre el particular resulta ilustrativo transcribir algunos apartes de la reciente sentencia proferida por esta Sala con ponencia de este Despacho, de fecha Junio 6 de 2013, Rad. 76001233100020040380201, Actora: Auditoría General de la República, en la que se estableció lo siguiente:

“6.2. El problema jurídico

Se trata de establecer si es o no constitucionalmente admisible que el Jefe de una Contraloría del orden municipal establezca una escala de viáticos que exceda los topes máximos fijados por el Presidente de la República para los empleados de la rama ejecutiva del nivel nacional.

A los efectos de la decisión por adoptarse en este fallo, es preciso reiterar que la determinación legal del régimen salarial y prestacional de los servidores públicos es un tópico en el que, conforme a las disposiciones de la Carta Política, concurre el ejercicio de las competencias del Congreso y el Gobierno Nacional.

En efecto, el artículo 150-19 C.P. establece dentro de las funciones del Legislativo la de dictar normas generales –denominadas por la doctrina como leyes marco–, mediante las cuales establezca los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para, entre otras materias, fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la fuerza pública, a la vez que regular el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales. En este último caso, la Carta Política es expresa en indicar que el ejercicio de las funciones legislativas, “en lo pertinente a prestaciones sociales son indelegables en las corporaciones públicas territoriales y éstas no podrán arrogárselas” (Art. 150-19, literales e) y f)).

Las citadas normas generales fueron adoptadas por el Congreso mediante la Ley 4ª de 1992 ¹⁰, la cual, además, establece los objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional al fijar el régimen salarial y prestacional de los Empleados Públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y Trabajadores Oficiales.

Su artículo 1º. dispone:

prestacional mínimo de los trabajadores oficiales territoriales y al límite máximo salarial de los empleados públicos de las entidades territoriales.

¹⁰ “Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.”

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

- a) Los empleados públicos de la Rama Ejecutiva Nacional, cualquiera que sea su sector, denominación o régimen jurídico;
- b) Los empleados del Congreso Nacional, la Rama Judicial, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la Organización Electoral y la Contraloría General de la República;
- c) Los miembros del Congreso Nacional.”

Por su parte, el artículo 12 *ídem*, preceptúa:

“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 equivalencias con cargos similares en el orden nacional.**” (Énfasis fuera de texto)

Ahora bien: mediante Decreto 3537 de 2003 el Presidente de la República¹¹ fijó los viáticos para los funcionarios para los empleados previstos en los literales a), b) y c) del artículo 1º de la Ley 4ª de 1992, del nivel nacional, conforme a los siguientes parámetros:

“ARTICULO 1o. A partir de la vigencia del presente Decreto, fijase la siguiente escala de viáticos para los empleados públicos a que se refieren los literales a), b) y c) del artículo 1º de la ley 4a. de 1992, que deban cumplir comisiones de servicio en el interior o en el exterior del país:

COMISIONES DE SERVICIOS EN EL INTERIOR DEL PAIS
BASE DE LIQUIDACIÓN VIATICOS DIARIOS EN PESOS

Hasta 550,532	Hasta 49.926
De 550.533 a 874,636	Hasta 68.237
De 874.637 a 1,169,842	Hasta 82.796
De 1.169.843 a 1,486.898	Hasta 96.342
De 1.486.899 a 1,798,481	Hasta 110.631
De 1.798.482 a 2,721,737	Hasta 124.870
De 2,721.738 a 3,813,913	Hasta 151.676
De 3.813.914 en adelante	Hasta 204.610

(...)”

Estos topes son ampliamente rebasados por el acto acusado conforme lo reconoce el apelante.

6.3. El caso concreto

La Resolución acusada, proferida por la Contraloría Municipal de Buenaventura (Valle del Cauca), se cuestiona en razón a que fue proferida con abierto desconocimiento de normas superiores que definen el régimen de viáticos aplicable a los Servidores Públicos, excediendo el marco de competencias que ha sido señalado en la Ley.

¹¹ Derogado por el artículo 8º del Decreto 4411 de 30 de diciembre de 2004

En cuanto concierne en concreto a la controversia planteada, es del caso señalar que en sentencia de 21 de mayo de 2009 (C.P. Dra Bertha Lucía Ramírez de Páez) la Sección Segunda de esta Corporación examinó la cuestión que en esta oportunidad vuelve a plantearse, en ese entonces referida a la escala de viáticos fijada por el Contralor Municipal de Santiago de Cali, cuya nulidad demandó también la Auditoría General de la República por rebasar los límites máximos que por ese concepto fijó el Presidente de la República en Decreto 3537 de 2003, para los empleados públicos del nivel nacional, que en esencia, constituyen el fundamento de la acusación planteada en el caso presente.

En esa oportunidad, la Sección confirmó la nulidad del acto que los fijó, tras constatar que *“la aprobación de un beneficio como el contemplado en el acto acusado, proferido por la Contraloría Municipal de Cali, invadió la órbita de competencias que en esta materia le ha sido reconocida de manera privativa y excluyente al Gobierno Nacional, y en particular con lo previsto en el Decreto 3537 de 2003 al rebasar lo allí previsto.”*

De otra parte, debe la Sala poner de presente que contra lo afirmado por el apelante, la circunstancia de que el Decreto 3537 de 2003 se refiera a los empleados del orden nacional, en modo alguno significa que las autoridades de los entes territoriales, incluidas las de los órganos de control, puedan ejercer sus competencias sin sujeción al ordenamiento jurídico del nivel central, pues es sabido que en el Estado Unitario que es Colombia, los órganos que gozan de autonomía deben ejercerla en los términos de la Constitución Política y la Ley, en este caso teniendo en cuenta que las normas del nivel nacional constituyen el marco de referencia dentro del cual estas han de ejercer sus competencias.

Por ello, desde una perspectiva complementaria, la Sala advierte que resulta abiertamente contrario al principio unitario de organización geopolítica del Estado Colombiano proclamado en el Preámbulo y en el artículo 1º de la Constitución Política, que la escala de viáticos para los servidores públicos de una Contraloría Municipal, en este caso la de Buenaventura, **exceda los topes máximos fijados por el Presidente de la República para los funcionarios de las entidades y órganos del nivel nacional, en desarrollo de la Ley Marco de salarios.**

Se reitera que existe una relación de jerarquía identificable entre los preceptos del orden nacional, que son expresión del contenido y alcance del principio de Estado unitario, y las escalas de remuneración de las administraciones del nivel departamental, y de sus órganos de control fiscal, de modo que al ejercer estas la autonomía de que gozan constitucionalmente, no les es dable desconocer los topes salariales fijados por las autoridades del nivel central. Por tal razón, la Sala advierte que el acto acusado ciertamente incurrió en violación de la Ley 4ª de 1992 y del Decreto 3537 de 2003, citados en precedencia.

Se impone, por lo tanto, confirmar la sentencia apelada.”

En todo caso no puede desconocer la anterior situación, la atribución constitucional asignada en los artículos 300-7, 305-7, 313-6 y 315-7 de la Carta Política, a las asambleas departamentales, gobernadores, concejos y alcaldes a

quienes el Constituyente les reconoció competencia para fijar las escalas de remuneración y los emolumentos de las distintas categorías de empleos de sus dependencias.

De tal manera que ha sido reiterativa la jurisprudencia constitucional y de esta jurisdicción en señalar que, a pesar de que se reconoce la autonomía administrativa para las entidades territoriales para la fijación de las escalas de remuneración y emolumentos de los empleados de sus dependencias, tanto los gobernadores, como las asambleas, los alcaldes y los concejos sólo pueden ejercer tal facultad dentro del estricto marco señalado en la Carta Política y en la Ley General, motivo por el cual no pueden crear o regular factores salariales en forma distinta a como lo definieron el Congreso y el Gobierno Nacional.

Resulta pertinente transcribir el siguiente aparte proferido por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-510 de julio 14 de 1999 M.P. Alfredo Beltrán Sierra en la cual sostuvo lo siguiente:

“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.” (subrayas fuera de texto)

En cuanto a la competencia de las autoridades territoriales para fijar la escala de remuneración, resulta ilustrativo el siguiente aparte del concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, en el cual sostuvo:

“Las asambleas departamentales y los concejos municipales, entonces, dentro del sistema de remuneración de cargos territoriales tienen autonomía para establecer y definir las correspondientes escalas salariales, esto es, para fijar los sueldos correspondientes a

cada una de las diferentes categorías ocupacionales, pero dentro del límite máximo, fijado por el gobierno nacional, el cual busca establecer el equilibrio y unificación del sistema. Por su parte, los gobernadores y alcaldes quienes también tienen atribuciones en materia salarial, actúan sujetos a tales parámetros "..., dentro de esas escalas, determina(n) el sitio que corresponde a cada uno de los empleos, lo cual equivale a determinar el sueldo concreto asignado a cada uno de ellos..."¹⁴. De suerte que dentro de este marco la asignación mensual correspondiente a cada empleo queda determinada por su grado y la escala del respectivo nivel.

(...)

Adviértase cómo el Constituyente fue claro al señalar que el régimen salarial de los empleados públicos lo determina el Gobierno nacional, estableciendo una competencia general sobre la materia. Ahora bien, indefectiblemente forman parte del régimen los factores salariales y su monto, de suerte que al no estar atribuida la potestad de fijarlos a las autoridades seccionales o locales mencionadas, tal atribución recae en aquél. Las escalas de remuneración constituyen tan sólo uno de los elementos salariales, mas no puede considerarse que todos éstos puedan incluirse en aquéllas.

(...)

La competencia asignada en los artículos 300.7 y 313.6 de la Constitución Política a las asambleas departamentales y a los concejos municipales, respectivamente, para determinar "las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos" **no comprende la atribución de crear factores salariales, función privativa del Congreso y del Gobierno Nacional.** Las prestaciones sociales de los empleados públicos del orden territorial solamente pueden liquidarse con base en los factores salariales determinadas por el Gobierno Nacional". (subrayas y negritas fuera de texto) (Concepto 1518 ampliación de fecha diciembre 13 de 2004 Magistrado Ponente Doctor Flavio Augusto Rodríguez Arce)

Compartiendo el mismo trazo jurisprudencial y en un caso similar al que es objeto del presente examen, la Sección Segunda de esta Corporación se pronunció en los siguientes términos:

"(...) Así tenemos que la potestad para establecer la escala de viáticos, hace parte de las facultades otorgadas por la Constitución Política a la Rama Ejecutiva en el orden nacional, no obstante se estableció de manera general un régimen aplicable, a los empleados del orden nacional previstos en los literales a), b) y c) del artículo 1° de la Ley 4 de 1972, la cual se hace extensiva a los empleados del orden territorial a partir de la expedición del Decreto 3537 de 2003 que fija los límites máximos de viáticos, además que las entidades territoriales no pueden exceder los límites fijados por el Gobierno Nacional, en lo que respecta a los viáticos (...)

Es claro que con la consagración de un beneficio como el contemplado en las normas acusadas la Contraloría Departamental

del Valle se atribuyó la competencia –sin tenerla- para modificar la normatividad expedida por el Gobierno Nacional al ampliar los supuestos contemplados en el Decreto 3537 de 2003, invadiendo la órbita de competencias que en esta materia le han sido reconocidas de manera privativa y excluyente por el Gobierno Nacional” (subrayas fuera de texto. Sentencia de noviembre 15 de 2007 Rad. 2004-03804-01 (0264-07) M.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez)

Ahora bien en el caso **sub judice**, esgrimen los apelantes que para la fecha de expedición tanto del Decreto 00080 de marzo 5 de 2002, como de la Resolución 1916 de agosto 26 de 2002 objeto de demanda, no existía disposición de carácter nacional que estableciera los topes o sumas que debían pagar la Gobernación y la Contraloría departamental por concepto de viáticos a los servidores públicos que se encontraran en comisión de servicios.

Para la fecha de expedición del Decreto 00080 de marzo 5 de 2002, estaba en vigencia el Decreto 1461 de julio 19 de 2001¹² que estableció lo siguiente:

“DECRETO 1461 DE 2001
(julio 19)

Por el cual se fijan las escalas de viáticos.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,
en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4ª de
1992, y
DECRETA:

ARTÍCULO 1º. A partir de la vigencia del presente decreto, fijase la siguiente escala de viáticos para los empleados públicos a que se refieren los literales a), b) y c) del artículo 1º de la Ley 4ª de 1992, que deban cumplir comisiones de servicio en el interior o en el exterior del país:

Comisiones de servicios en el interior del país

Base de liquidación	Viáticos diarios en pesos
De 481.395	Hasta 47.100
De 485.392 a 785.022	Hasta 65.000
De 785.023 a 1.053.359	Hasta 78.890
De 1.053.360 a 1.344.950	Hasta 91.841
De 1.344.951 a 1.633.141	Hasta 105.503
De 1.633.142 a 2.488.812	Hasta 119.162
De 2.488.813 a 3.508.007	Hasta 144.825
De 3.508.008 en adelante	Hasta <u>195.369</u>

(...)”

Repárese que mientras el Decreto 1461 de 2001 señaló, como tope máximo de viáticos diarios en caso de comisión de servicios al interior del país, para un funcionario que devengara más de \$3.508.008 la suma de \$195.369, el Decreto demandado 00080 de 2002 señaló para el caso del Gobernador del Departamento de Caldas un tope máximo del 80% del s.m.m.l.v. que para la vigencia fiscal 2001 fue de \$316.000,00, es decir, que podía recibir la suma \$252.800,00 diarios por concepto de viáticos con ocasión de una comisión de servicios al interior del país y fuera del Departamento de Caldas.

Por su parte, para la fecha de expedición de la Resolución 1916 de agosto 26 de 2002 expedida por el Contralor General de Caldas, estaba en vigencia el **Decreto 670 de abril 15 de 2002 "Por el cual se fijan las escalas de viáticos"**, decreto reglamentario de la Ley 4 de 1992, que estableció en el artículo 1° lo siguiente:

“A partir de la vigencia del presente Decreto, fijase la siguiente escala de viáticos para los empleados públicos a que se refieren los literales a), b) y c) del artículo 1° de la Ley 4ª de 1992, que deban cumplir comisiones de servicio en el interior o en el exterior del país:

Comisiones de servicios en el interior del país			
Base de liquidación		Viáticos diarios en pesos	
Hasta	514.515	Hasta	49.926
De	514.516 a 824.117	Hasta	68.237
De	824.118 a 1.105.501	Hasta	82.796
De	1.105.502 a 1.410.853	Hasta	96.342
De	1.410.854 a 1.712.512	Hasta	110.631
De	1.712.513 a 2.608.027	Hasta	124.870
De	2.608.028 a 3.673.936	Hasta	151.676
De	3.673.937 en adelante	Hasta	<u>204.610</u>
(...)"			

¹² El Decreto 1461 de 2001 fue publicado en el Diario Oficial No. 44.496 de 24 de julio de 2001 y fue expresamente derogado por el Decreto 670 de 2002

En este caso se observa que mientras el Decreto 670 de abril 15 de 2002 señaló como tope máximo de viáticos diarios en caso de comisión de servicios al interior del país, la suma de \$204.610, en la Resolución N° 1916 de agosto de 2002, expedida por el Contralor General de Caldas se estableció el tope del 129% para aquellos salarios superiores a \$2.000.001, entre ellos el del titular de la Contraloría, lo cual resulta abiertamente ilegal como quiera que el s.m.m.l.v. para el año 2002 fue de \$343.000 y los viáticos diarios del contralor superarían dicho valor al ascender a más de \$400.000.

Respecto de la competencia de las contralorías territoriales en materia salarial y la regulación de viáticos, resulta oportuno transcribir el siguiente aparte de una Sentencia proferida por la Sección Segunda de esta Corporación:

“La competencia de los Contralores Departamentales en materia salarial, y puntualmente en la regulación de los viáticos, en la que son concurrentes -Congreso, Gobierno, Asamblea y finalmente el Contralor, que en este caso lo hace por delegación de la Ordenanza N° 19 de 1997 y en virtud del artículo 3° de la Ley 330 de 1996- y respecto del que la autonomía señalada en los artículos 267 y 272 Superior no le permite a este ser una rueda suelta en materia salarial, su límite está enmarcado en los decretos nacionales dictados para tal efecto, y por ser los viáticos parte integral del salario. De manera que cualquier reglamentación que vaya en contravía de los decretos nacionales, será contraria a la ley y anulable por el juez.

(...)

Con el fin de observar con claridad la violación de la norma demandada, se hará un cuadro comparativo entre el Decreto 2754 de 2000, vigente a nivel nacional para la fecha de expedición del acto demandado y la Resolución 136 de 2001, expedida por el Contralor Departamental y así sucesivamente hasta el año 2004 cuando perdió su vigencia. (...) La simple confrontación normativa resalta la violación en la que se encuentra inmerso el artículo primero numeral #2 de la Resolución No. 136 de 2001, que reajustó la escala de viáticos de los empleados de la Contraloría Departamental del Tolima, al violentar los límites impuestos por los decretos anuales de carácter nacional proferidos para tal efecto, y exceder el tope máximo fijado para el salario más alto a nivel nacional; es tan evidente el exceso en el valor, que no se hace necesario comparar el salario del contralor y de sus colaboradores con los básicos nacionales, para concluir que extralimitó su competencia en la fijación de los viáticos fuera del departamento, por ende, los cargos invocados prosperaran para confirmar la decisión del Tribunal Administrativo del Tolima que declaró infundada la excepción propuesta y accedió a la pretensión de nulidad. (Sentencia del 4 de junio de 2009, radicado 73001233100020040197301 (2091-07) Magistrado Ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren)

De acuerdo con las anteriores consideraciones, encuentra la Sala que tanto en el Decreto 00080 de marzo de 2002 como en la Resolución 1916 de agosto de 2002 objeto de demanda, los viáticos fijados por el Gobernador y el Contralor del Departamento respectivamente, rebasaron los topes máximos señalados en los decretos reglamentarios 1461 de 2001 y 670 de 2002 expedidos por el Presidente de la República de la época para los empleados del orden nacional, por lo que al desconocer el marco propio de sus competencias desconocieron normas superiores y legales a las cuales estaban sometidos, entre ellas la Ley 4 de 1992.

De otra parte, si bien es cierto le asiste la razón a los apelantes al afirmar que fue sólo a partir de la expedición de los Decretos 4176 de diciembre 10 de 2004 *“por el cual se fijan los límites máximos salariales de los gobernadores y alcaldes y se dictan disposiciones en materia prestacional”* y del Decreto 4177 de diciembre 10 de 2004 *“Por el cual se establece el límite máximo salarial de los empleados públicos de las entidades territoriales y se dictan otras disposiciones”*, que el Gobierno Nacional reguló directamente el tema salarial para los empleados de las entidades territoriales, no por ello se puede llegar a aceptar que antes de dicha fecha las citadas entidades no tenían regulado el tema, pues ante este vacío legislativo se debía recurrir a las reglamentaciones expedidas por el Gobierno Nacional para los empleados públicos del orden nacional como aconteció con los referenciados decretos 1461 de 2001 y 670 de 2002.

Finalmente aducen los apelantes que los viáticos no son ni pueden ser salario ni constituyen factor salarial. De acuerdo con jurisprudencia proferida por la Sección Segunda de esta Corporación los viáticos son en estricto sentido, el reconocimiento que recibe un servidor público que se encuentra en comisión de servicios, con el único fin de cubrir los gastos de manutención y alojamiento en que incurra durante el término que perdure la situación administrativa en que se encuentra. Así lo dispuso la siguiente providencia:

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

los gastos de manutención y alojamiento y así lo definió el artículo 3º del Decreto N° 670 de 2002, expedido con posterioridad a los actos demandados". (Sección Segunda. Sentencia de abril 2 de 2009 radicado 11001032400020050032800 (1048-06) Magistrada Ponente Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez)

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

F A L L A :

PRIMERO.- CONFIRMASE el fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Caldas el 21 de mayo de 2009.

SEGUNDO.- Una vez en firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

MARCO ANTONIO VELILLA
MORENO
Presidente

MARIA ELIZABETH GARCIA
GONZALEZ

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

GUILLERMO VARGAS AYALA