

COMPETENCIA DE LAS AUTORIDADES MUNICIPALES DE FIJACION DE LA ESCALA DE REMUNERACION A NIVEL TERRITORIAL - Límites / FIJACION DEL MONTO DE VIATICOS A ALCALDE, CONTRALOR Y PERSONERO DEL MUNICIPIO DE MEDELLIN SUPERIOR AL LIMITE LEGAL

Las autoridades Municipales carecen de competencia para crear salarios y prestaciones sociales, pues sus potestades por mandato constitucional se limitan a determinar las escalas de remuneración de los cargos de sus dependencias, según la categoría del empleo de que se trate, teniendo en cuenta los límites máximos establecidos por el Gobierno Nacional (...). La Sala advierte que, si bien, el Concejo Municipal de Medellín tenía competencia legal para fijar el monto de los viáticos a favor del Alcalde, el Contralor y el Personero Municipal, esta facultad excedió los límites establecidos en el ordenamiento jurídico, pues sin justificación alguna válida, la Corporación demandada fijó un valor por concepto de viáticos superior, en comparación con lo referido por el Gobierno Nacional en el Decreto 072. En este orden de ideas, teniendo en cuenta que resulta evidente que el valor de los viáticos fijados por el Concejo Municipal de Medellín a través del Acuerdo 036 de 16 de noviembre de 1995 sobrepasan los límites previstos por el Gobierno Nacional, la Sala considera el cargo de nulidad planteado por la actora, que denominó expedición con desconocimiento de las normas superiores en las que debió fundarse, está llamado a prosperar. **NOTA DE RELATORIA:** Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 28 de septiembre de 2006, MP. Alejandro Ordóñez Maldonado, Exp. 73001-23-31-000-2001-00841-01(5279-02).

SENTENCIA DE NULIDAD - Efectos ex tunc / DERECHOS ADQUIRIDOS - Protección

Corresponde a la Sala determinar los efectos que surtirá esta providencia; en ese sentido, se observa que el Acuerdo 036 de 16 de noviembre de 1995, respecto del cual de decretará la nulidad, actualmente no se encuentra vigente, sin embargo, no se puede desconocer que durante su vigencia se consolidaron situaciones jurídicas a favor de los servidores públicos a los cuales estaba dirigido el acto administrativo, por lo que no es pertinente los derechos adquiridos de buena fe que surgieron en razón de ello. En consecuencia, la presente sentencia de nulidad tendrá efectos «ex tunc», o sea, desde el momento mismo de la expedición del Acuerdo 036 de 1995; no obstante, se respetaran los derechos adquiridos por los servidores públicos del Municipio de Medellín a los que se dirige el acto demandado.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 150 NUMERAL 19 / LEY 4 DE 1992 / DECRETO 2872 DE 1994 / DECRETO 72 DE 1995 / LEY 136 DE 1994 - ARTICULO 112

NORMA DEMANDADA: ACUERDO 36 DE 1995 (Anulada)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "B"

Consejero ponente: CESAR PALOMINO CORTES

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de mayo de dos mil dieciocho (2018).

Radicación número: 05001-23-31-000-2004-06740-01(1416-15)

Actor: AUDITORIA GENERAL DE LA REPUBLICA

Demandado: CONCEJO MUNICIPAL DE MEDELLIN

Referencia: NULIDAD TOTAL DEL ACUERDO 36 DE 16 DE NOVIEMBRE DE 1995, PROFERIDO POR EL CONCEJO MUNICIPAL DE MEDELLÍN, MEDIANTE EL CUAL SE DETERMINA EL VALOR DE LOS VIÁTICOS AL ALCALDE, EL CONTRALOR GENERAL Y EL PERSONERO DEL MUNICIPIO DE MEDELLÍN. SIMPLE NULIDAD - DECRETO 01 DE 1984.

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del 22 de septiembre de 2014, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Antioquia, negó las pretensiones de la demanda, incoada por la Auditoría General de la República.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

El 21 de septiembre de 2004, la Auditoría General de la República, a través de apoderado, presentó demanda de nulidad con solicitud de suspensión provisional, contra el Acuerdo N° 36 de 1995, *“por el cual se determina el valor de los viáticos al Alcalde, Contralor General, y al Personero Municipal del Municipio de Medellín”*, expedido por el Concejo Municipal de Medellín.

1.1. El acto acusado

La Auditoría General de la República, pretende que se declare la nulidad total del Acuerdo N° 36 de 1995, *“por el cual se determina el valor de los viáticos al Alcalde, Contralor General, y al Personero Municipal del Municipio de Medellín”*, expedido por el Concejo Municipal de Medellín; cuyo texto es el siguiente:

“CONCEJO DE MEDELLÍN

ACUERDO MUNICIPAL No. 36 DE 1995

“Por el cual se determina el valor de los viáticos al Alcalde, Contralor General y al Personero Municipal del Municipio de Medellín”

EL CONCEJO DE MEDELLÍN

En uso de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial las conferidas en el artículo 313 de la Constitución Política y el Artículo 112 de la Ley 136 de 1.994.

ACUERDA:

Artículo Primero: *A partir de la vigencia del Presente Acuerdo el valor de los viáticos para el Alcalde de Medellín, por comisiones fuera del Área Metropolitana y dentro del territorio nacional será de dos y medio (2.5) salarios mínimos legales mensuales, por día.*

PARAGRAFO: *Esta disposición se aplicará igualmente al Contralor y al Personero del Municipio de Medellín, en lo pertinente.*

Artículo Segundo. *Este Acuerdo rige a partir de su publicación en la Gaceta Oficial del Municipio.*

Dado en Medellín, a los dieciséis (16) días de Noviembre de 1.995. (...)
(Cursiva fuera del texto original)

1.2. Normas violadas y concepto de violación

El actor considera que los actos administrativos demandados infringen los artículos 1º, 2º, 113, 121, 123, inciso 2º, 150 numeral 19 literales e) y f), 287, 313 numeral 6º y 315 numeral 7º de la Constitución Política y los artículos 61, 64, 65, 71 y 72 del Decreto 1042 de 1978 y 1º y 2º del Decreto 3537 de 2003.

En el concepto de violación, el demandante formula dos cargos a saber: i) La falta de competencia; y ii) La Infracción de normas superiores, los cuales desarrolla en los siguientes términos:

1.2.1 De la competencia para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados del nivel territorial.

Señaló que bajo la vigencia de la Constitución de 1886, la única autoridad facultada para definir el régimen salarial y prestacional de los empleados vinculados al servicio de las entidades territoriales era el Congreso de la

República, sin embargo, como esta regla no se expresaba literalmente en la Carta, sino que se infería de un análisis sistemático de la normativa vigente, eso ocasionó que muchos departamentos y municipios crearan prestaciones sociales desconociendo esa falta de competencia.

Relató que la Constitución Política de 1991, en los literales e) y f) del numeral 19 del artículo 150, de forma expresa, le otorgó al Congreso y al Gobierno Nacional la definición del régimen salarial y prestacional de los servidores públicos y prohibió a las autoridades de las entidades territoriales abrogarse esa facultad.

Sostuvo que los artículos 300, 313 y 315 de la Constitución Política le han concedido una serie de facultades a los órganos del orden departamental, distrital y municipal relacionadas con la fijación de las escalas de remuneración de los empleados públicos, correspondientes a las diferentes categorías de empleo, lo que ha llevado generar confusión, en el sentido de disponer el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos a través de ordenanzas y acuerdos.

Expresó que un análisis sistemático del ordenamiento jurídico colombiano, respecto de la expresión “escala de remuneración” permite inferir que la competencia reconocida a las Asambleas Departamentales y Concejos Municipales está referida exclusivamente a la definición de las asignaciones básicas sin que ello comprenda la creación de emolumentos salariales, por cuanto esa potestad está en cabeza exclusiva del Congreso y el Presidente de la República.

Indicó que la autonomía de las entidades territoriales se restringe a definir las escalas de remuneración de sus empleados, de acuerdo con los recursos disponibles en el departamento, distrito o municipio, respetando los límites fijados por el Gobierno Nacional en ejercicio de la función que se le atribuye por mandato del artículo 12 de la Ley 4 de 1992.

En lo que respecta a las competencias de los Gobernadores y Alcaldes, estas se refiere a la posibilidad de definir las asignaciones básicas de cada una de las dependencias que conforman la administración departamental, distrital o municipal, de acuerdo con lo autorizado en la respectiva ordenanza o acuerdo y los límites establecidos por el Gobierno Nacional, sin llegar a crear o regular conceptos salariales en forma distinta a lo preceptuado por el legislativo.

En virtud de lo anterior, concluyó que la competencia de las entidades territoriales

para definir el régimen salarial de sus empleados se circunscribe a lo establecido en la Constitución y en la Ley, por lo que les está prohibido crear o regular factores salariales ajenos a los previstos por el Congreso de la República y el Gobierno Nacional, pues ello constituye un exceso del ejercicio de sus facultades. En consecuencia, una interpretación distinta a las normas constitucionales no solo contradice lo que expresa la Carta Política, sino que además propicia la implementación de un orden jurídico desigual e injusto, pues permitiría que cada autoridad local determine de forma diferente el régimen salarial aplicable a sus empleados, reconociendo en ocasiones más derechos de los establecidos para los demás servidores, y en otras restringiéndoles injustamente.

1.2.2 El desconocimiento de normas superiores en la expedición del acuerdo acusado.

Señaló que doctrinaria y jurisprudencialmente, se ha entendido que el concepto de salario comprende todas las sumas que de manera habitual y periódica recibe el empleado como retribución de sus servicios, de modo que se entienden incluidos el sueldo, el sobresueldo, las bonificaciones y los gastos de representación, entre otros, por lo tanto, desde ese punto de vista se infiere que la facultad conferida al Gobierno Nacional para fijar el límite máximo salarial de los empleados públicos de las entidades territoriales comprende la asignación mensual y demás emolumentos, que para el caso particular del sector público, vendrían a ser los señalados en el artículo 42 del Decreto 1042 de 1978.

Precisó que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 del Decreto 1042 de 1978, además de la asignación básica fija, también constituyen salario, todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios, entre ellos, los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión.

Para la Auditoría General de la República, si bien no existe reglamentación de los factores salariales que podían recibir los empleados públicos de las entidades territoriales, también es cierto que esa situación no habilitaba a las asambleas y concejos para establecer mediante ordenanzas o acuerdos este tipo de emolumentos, por lo que no pueden desconocer que ante la ausencia de norma y necesidad de acudir a figuras como la comisión de servicios, las autoridades locales podían aplicar la normativa expedida para los empleados públicos del orden nacional, siempre que en su aplicación se respetaran los parámetros establecidos por el Gobierno Nacional.

Resaltó que el marco legal vigente en materia de viáticos está constituido por los artículos 61, 64, 65, 71 y 72 del Decreto Ley 1042 de 1978 y, por el Decreto 3537 de 10 de diciembre de 2003 “Por el cual se fijan las escalas de viáticos”, para los empleados públicos del orden nacional.

Expresó que el Decreto 1042 de 1978 reconoce a los empleado públicos del orden nacional, el derecho a recibir viáticos cuando les corresponda viajar dentro o fuera del país en comisión de servicios y deban permanecer por lo menos un día completo fuera de su sede habitual. Entre tanto, el Decreto 3537 de 2003, fija la escala de viáticos mínimos y máximos que se le puede reconocer al servidor público, y establece que cada organismo y entidad fijará el valor de los viáticos según la remuneración manual del empleado, la naturaleza del asunto y las condiciones de la comisión, teniendo en cuenta el costo de vida del lugar donde se llevará a cabo la labor, hasta por el valor máximo fijado en la norma.

Sostuvo que el Acuerdo Municipal N° 36 de 16 de noviembre de 1995 no respetó los límites establecidos por concepto de viáticos para cada rango de salario, de acuerdo con los parámetros fijados por el Gobierno Nacional, ocasionando que el Municipio de Medellín pague por concepto de viáticos unas sumas superiores a las autorizadas para los empleados públicos del orden nacional que pertenecen al mismo nivel jerárquico.

Para explicar dicho argumento, la entidad elaboró una tabla comparativa de viáticos del nivel nacional de las vigencias 2002, 2003 y 2004 con los asignados para el nivel municipal, en relación con los servidores públicos de la Contraloría General de Medellín, así:

Tabla N° 001
Comparativo de Viáticos Nivel Nacional y CGM

Cifra en pesos			
Vigencias	Nivel Directivo Nacional	CGM Nivel Directivo	Diferencia
2002	\$204,610	\$772,500	\$567,890
2003	\$204,610	\$830,00	\$625,390
2004	\$204,610	\$895,00	\$690,390
CGM= Contraloría General de Medellín			
Fuente- Acuerdo N° 036/95 y Decretos N° 670 de 2002 y 3537 de 2003			

Adujo que el acto administrativo demandado además de controvertir la normativa legal relacionada, también desconoce los principios de legalidad, competencia, igualdad y austeridad en el gasto que rigen a la administración de recursos públicos en el orden territorial.

Concluyó que el Acuerdo N° 036 de 16 de noviembre de 1995, es inconstitucional e ilegal, porque fijó el valor de los viáticos para el Alcalde, el Contralor y el Personero Municipal de Medellín, por encima de los valores reconocidos en el nivel nacional, desconociendo los artículos 121 y 150 numeral 19 literal e) y f) de la Carta Política de 1991 y los Decretos N° 1042 de 1978 y 3537 de 2003.

Afirmó que permitir que disposiciones como la cuestionada continúen vigentes, sería favorecer la existencia de diferencias de trato a favor de empleados de las entidades territoriales, situación que conforme a la Constitución de 1991 es inequitativa, además que propicia el pago de emolumentos salariales con fundamento en normas contrarias a la Constitución.

2. Trámite Procesal

El Tribunal Administrativo de Antioquia mediante auto del 8 de noviembre de 2004 admitió la demanda, dispuso la notificación personal al representante legal del Concejo de Medellín y el Ministerio Público, y ordenó la fijación en lista del negocio por el término legal (fols. 36 - 37).

Posteriormente, mediante proveído de 25 de enero de 2005, el Tribunal Administrativo de Antioquia denegó la solicitud de suspensión provisional del acto administrativo demandado (Acuerdo N° 036 de 16 de noviembre de 1995) (fols. 36 - 42).

3. La Contestación de la Demanda

3.1. El Municipio de Medellín

El apoderado del Municipio de Medellín solicitó que se mantenga la legalidad del acto administrativo demandado, con fundamento en las siguientes razones (fols. 49 - 62):

Señaló que en el presente asunto existen disposiciones contrarias, por lo que

aclaró que los argumentos presentados por la parte actora aunque se sustentan en la Ley 4a de 1992, norma de carácter ordinaria, desconocen el contenido de la Ley 136 de 1994, que señala de manera especial en el inciso 2° del artículo 112, que corresponde al Concejo Municipal definir el monto de los viáticos que se le asignarán al Alcalde para comisiones dentro del País, lo cual precisamente fue lo realizado en el acto administrativo demandado.

Expresó que en el artículo 113 de la Ley 136 de 1994, se indica que la duración de las citadas comisiones no puede ser superior a 5 días, y armonizando ello con lo preceptuado en los Decretos 1950 de 1973 y 1042 de 1978, es viable concluir que tal emolumento no constituye factor salarial para la liquidación de las prestaciones sociales. Acorde con lo mencionado debe tenerse en cuenta que la Corte Constitucional, en la sentencia C-221 de 1992, clarificó que los viáticos constituyen un elemento de carácter administrativo por cuanto atienden a circunstancias particulares y relacionadas con la especificidad de la entidad que los reglamenta.

Afirmó que los textos de las normas que se encuentran enfrentadas, se refieren a competencias distintas, pero de ser posible y atendiendo a las normas de interpretación previstas en la Ley 153 de 1887, habrá de dársele aplicación a la norma especial y posterior, esto es, al artículo 112 de la Ley 136 de 1994, sobre la que precisamente se fundamenta el Acuerdo 36 de 1995.

Por otra parte, el Municipio de Medellín propuso como excepción la “*falta de integración del contradictorio*”, porque se omitió vincular a la Contraloría y a la Personería Municipal, para que sus representantes legales se pronunciaran sobre los aspectos que podían perjudicar sus intereses; y formuló la excepción innominada del artículo 164 del C.C.A que se llegare a probar dentro de este proceso, por lo que solicita que se decida dentro de la sentencia.

4. La sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Antioquia mediante sentencia de 22 de septiembre de 2014, declaró no probada la excepción de “*falta de integración del contradictorio*” propuesta por el Municipio de Medellín y negó las pretensiones de la demanda, con fundamento en lo siguiente (fols. 129 - 135):

Frente a la excepción formulada por el Municipio de Medellín, el Tribunal indicó

que por tratarse de una acción pública de nulidad, orientada a la verificación de la legalidad de un acto administrativo para preservar el ordenamiento jurídico, no era necesario vincular a terceros interesados, sino que la demanda deberá dirigirse en contra de la entidad que profirió el acto demandado. En este caso, se trata del Concejo Municipal de Medellín, que emitió el Acuerdo N° 36 de 16 de noviembre de 1995 y que al no tener personería jurídica, le correspondía al Municipio de Medellín ejercer la defensa de sus intereses.

Aclaró que por la naturaleza de la acción judicial, cualquier persona, pueda intervenir como coadyuvante u opositor en la defensa del ordenamiento jurídico, y en virtud de esa prerrogativa, la Contraloría y la Personería Municipal podían acudir al trámite judicial de manera libre y autónomamente.

Por otro lado, el Tribunal manifestó que la Constitución de 1991 en su artículo 150 estableció que le correspondería al Congreso establecer el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos; y en desarrollo de ese mandato, se expidió la Ley 4ª de 1992, con la cual se señalaron las normas, objetivos y criterios que debía tener en cuenta el Gobierno Nacional para regular el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos de la Rama Ejecutiva Nacional, cualquiera fuera el sector, denominación o régimen jurídico.

Expresó que la anterior facultad del Gobierno Nacional, es concurrente con la otorgada a las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales, pues la Carta Política de 1991 en sus artículos 313 numeral 6º y 315 numeral 7º, les asignó la competencia para determinar la estructura de la Administración municipal, las funciones de esas dependencias, las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, para que los alcaldes pudieran fijar los emolumentos con arreglo a los acuerdos expedidos por ellos.

Sin embargo, indicó que la Ley 136 de 1994, mediante la cual se dictaron las normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios, dispuso en su artículo 112 que los Concejos establecieran el monto de los viáticos para las comisiones dentro del país, porque las del exterior serían definidas por el Gobierno Nacional.

En virtud de lo anterior estimó que las Asambleas Departamentales, los Concejos Municipales, los Gobernadores y Alcaldes, tienen competencia para definir el régimen salarial y prestacional de sus servidores públicos, siempre que respeten

las pautas fijadas por el Congreso de la República y el Gobierno Nacional a través de las normas que éstos expidan en relación con la materia.

En cuanto a la legalidad del Acuerdo N° 36 de 16 de noviembre de 1995, el Tribunal afirmó que para el momento en que se expidió el acto administrativo se encontraba vigente el Decreto 72 del 10 de enero 1995, mediante el cual el Gobierno Nacional de la época determinó la escala de viáticos para los empleados públicos que debieran cumplir comisiones de servicio en el interior o exterior del país, el cual en su artículo 2º señalaba: **"Los organismos y entidades fijarán el valor de los viáticos según la remuneración mensual del empleado comisionado, la naturaleza de los asuntos que le sean confiados y las condiciones de la comisión, teniendo en cuenta el costo de vida del lugar o sitio donde deba llevarse a cabo la labor, hasta por el valor máximo de las cantidades señaladas en el artículo anterior. 'Para determinar el valor de los viáticos se tendrá en cuenta la asignación básica mensual, los gastos de representación y los incrementos de salario por antigüedad (...)"** (Negritas fuera del texto original)

A juicio del Tribunal para poder determinar si en efecto el acto administrativo acusado no está ajustado a los límites que establece el ordenamiento jurídico, era necesario probar el valor del sueldo del Alcalde, Personero y Contralor, lo que incluye la asignación básica mensual, los gastos de representación y los incrementos de salario por antigüedad que pudiera recibir cada uno de estos servidores, pues estos elementos probatorios eran fundamentales para comprobar la ilegalidad que afirma la parte actora. No obstante, la demandante omitió allegar los actos administrativos mediante los cuales se estableció la remuneración del Alcalde, el Contralor y el Personero Municipal de Medellín a efectos de realizar un examen integral de legalidad, desconociendo que tenía la carga de la prueba para obtener la satisfacción del interés pretendido.

Advirtió que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 177 del C.P.C.¹, era un deber de quien afirma la ilegalidad de un acto aportar elementos probatorios que acrediten esa situación, sin embargo, como la demandante no demostró que el Acuerdo N° 36 de 16 de noviembre de 1995 se expidió contrario a la ley, el Tribunal consideró que se debían negar las pretensiones de la demanda, por falta o insuficiencia de medios probatorios que respaldaran los argumentos y

¹ "Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persigue"

pretensiones de la actora.

5. El recurso de apelación

La parte demandante, mediante escrito del 27 de octubre de 2014 interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, solicitando su revocatoria y la prosperidad de sus pretensiones, con fundamento en las siguientes razones (fols. 138 - 142).

Para la Auditoría General de la Republica, la sentencia del Tribunal Administrativo de Antioquia justificó la competencia de las entidades territoriales para fijar los viáticos de sus funcionarios, con base en lo dispuesto en el artículo 112 de la Ley 136 de 1994 y la Sentencia C-510 de 1999 de la Corte Constitucional, por lo que estimó necesario precisar algunos aspectos tratados en la providencia constitucional, así:

Afirmó que el numeral 3.2 de la sentencia C-510 de 1999 señala que “*corresponde al Gobierno Nacional establecer directamente los salarios y prestaciones sociales de todos los empleados públicos, de los miembros del Congreso y de la Fuerza Pública*”, por consiguiente, esta situación excluye la competencia de los órganos territoriales para establecer emolumentos salariales.

Sostuvo que la providencia de la Corte Constitucional, también señaló que “(...) *resulta claro que la expedición de las normas que regulan el fenómeno de la función pública en el sector departamental y municipal, son de competencia **exclusiva y excluyente de los órganos centrales**, vale decir, del Congreso de la República y del Presidente de la República; (...)*” y añade que “*Cuando en el artículo 150, numeral 19, inciso final, establece que las funciones dadas al Gobierno Nacional en materia de prestaciones sociales son indelegables en las Corporaciones pública territoriales y que éstas tampoco podrán arrogárselas. Debe entenderse que **corresponde única y exclusivamente al Gobierno Nacional fijar el régimen prestacional de los empleados públicos de los entes territoriales** (...)*”.

En cuanto a la competencia concurrente del Gobierno Nacional, con las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales, la sentencia de la Corte Constitucional precisó que: “*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 (...)*”.

Agregó que la providencia del Tribunal al afirmar que, para determinar la legalidad del acto administrativo demandado era necesario probar el valor del sueldo del Alcalde, el Personero y el Contralor desconoció el objeto de la pretensión de la demanda, ya que no se persigue la declaratoria de nulidad de los actos administrativos con los cuales se hizo el reconocimiento y pago de viáticos de los funcionarios beneficiarios con la norma, sino la declaratoria de nulidad del acuerdo municipal que determinó el valor de los mismos, por falta de competencia y por infracción de normas superiores, porque las facultades que se atribuyó el Concejo Municipal de Medellín para expedir el Acuerdo Municipal N° 36 de 1995, están por fuera del orden legal y constitucional, y sobre este asunto no se pronunció el Tribunal.

6. Alegatos de conclusión

6.1. Parte actora

La Auditoría General de la República, a través de su apoderada, mediante escrito de alegatos de conclusión se ratificó en todos y cada uno de los argumentos expuestos en la demanda, como también en las actuaciones que se surtieron y que sustentaron el recurso de la apelación interpuesto contra la sentencia de 22 de septiembre de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia (fols. 161 - 163).

Resaltó que sus argumentos se dirigen a demostrar que el Concejo Municipal de Medellín expidió el Acuerdo N° 036 de 1995, excediendo sus facultades otorgadas por la Constitución Política, por cuanto desconoció el literal e) del artículo 150, que le otorga competencia al Congreso de la República para “*Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y*

de la Fuerza Pública".

Que, por virtud de la Ley 4ª de 1992, que desarrolla el referido artículo constitucional, se estableció que *"corresponde al Gobierno Nacional establecer directamente los salarios y prestaciones sociales de los empleados públicos, de los miembros del Congreso y de la Fuerza Pública"*, lo que deja sin competencia a los órganos territoriales para establecerlos, pues se trata de una función exclusiva y excluyente de los órganos centrales, como lo indicó la Corte Constitucional en la sentencia C-510 de 1999.

Sostuvo que la lectura del Acuerdo N° 36 de 1995 permite advertir que el Concejo Municipal de Medellín reguló asuntos de materia salarial, esto es, los viáticos, y teniendo en cuenta que para la Corte Constitucional (sentencia C- 081 de 1996²), este emolumento se dirige a cubrir gastos de alimentación y alojamiento, los cuales constituyen salario, es claro que la Corporación demandada se abrogó facultades legislativas que corresponden únicamente al Congreso de la República y a la Presidencia de la República, contrariando entonces lo dispuesto en los artículos 121, inciso segundo del artículo 123, literales e) y f) del numeral 19 del artículo 150 y 287 de la Constitución Política.

6.2. Parte demandada

La parte demandada no presentó alegatos de conclusión.

7. Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

El presente asunto es competencia de esta Corporación de conformidad con lo establecido en el inciso primero del artículo 129 del Código Contencioso

² M.P. Alejandro Martínez Caballero

Administrativo, el cual prevé que el Consejo de Estado conoce en segunda instancia de las apelaciones contra las sentencias proferidas en primera instancia por los Tribunales Administrativos.

2. Problema jurídico

La Sala debe establecer si el Acuerdo N° 036 de 16 de noviembre de 1995³, proferido por el Concejo de Medellín, se encuentra viciado de nulidad por falta de competencia de la autoridad que lo expidió y al mismo tiempo desconoce las normas superiores en las que debió fundarse.

Para efectos de resolver el problema jurídico planteado, la Sala abordará el estudio del siguiente aspecto: (i) El órgano y órganos competentes para fijar el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos del nivel territorial, (ii) La competencia de los Concejos Municipales para fijar factores salariales con la Constitución Política de 1991; y (iii) El caso concreto.

2.1 El órgano u órganos competentes para fijar el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos del nivel territorial.

La Constitución Política de 1886, en el artículo 76, determinó que el Congreso de la República creaba todos los empleos y fijaba las escalas de remuneración de las distintas categorías así como el régimen de prestaciones sociales, mandato que se ratificó con la expedición del acto legislativo No. 1 de 1968.

Bajo el mismo criterio, la Constitución de 1991, determinó en el artículo 150, numeral 19, literales e y f, lo siguiente:

“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:

³ “Por el cual se determina el valor de los viáticos al Alcalde, Contralor General y al Personero Municipal del Municipio de Medellín”

(...)

e. Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública.

f. Regular el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales”.

De igual manera, la referida norma estableció que las funciones previstas en los literales e y f del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución no podrán delegarse en las corporaciones públicas territoriales, ni éstas podrán arrogárselas.

En ejercicio de sus atribuciones legales, el Congreso de la República expidió la Ley 4ª 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...*”, que en su artículo 12⁴ le otorgó al gobierno la facultad de reglamentar el régimen prestacional de los servidores públicos de las entidades territoriales, conforme con los parámetros establecidos por el legislativo, a través de Decretos, y expresamente prohibió a las Corporaciones públicas arrogarse esta facultad⁵.

Esta misma ley marco en el artículo 10 prevé:

“(...) ARTÍCULO 10.- Todo régimen salarial y prestacional que se establezca contraviniendo las disposiciones contenidas en la presente ley o en los Decretos que dicte el Gobierno Nacional en desarrollo de la misma, carecerán de todo efecto, y no crearán derechos adquiridos (...)”.

⁴ Este precepto fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-315 del 19 de julio de 1995, con ponencia del Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, en la que se precisó que esta facultad del Gobierno no pugna con la que el constituyente expresamente otorgó a las entidades territoriales para fijar las escalas de remuneración y los emolumentos de los empleos de sus dependencias, en los artículos 287, 300-7, 305-7, 313-6 y 315-7 de la C.P.

⁵ En la exposición de motivos del proyecto de ley presentado por el Gobierno Nacional, se precisó, entre otras cuestiones, lo siguiente: “...III **Régimen salarial y prestacional de los empleados públicos de las entidades territoriales** 1. En el orden regional y local las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales en la fijación de escalas salariales de los empleos de su jurisdicción deberán guiarse por las que rijan a nivel nacional. 2. Con el fin de ordenar el sistema de remuneración del sector público, el Gobierno Nacional tendrá exclusividad absoluta para introducir en los proyectos las modificaciones que considerara convenientes. La naturaleza misma del tema impuso la costumbre de utilizar las facultades extraordinarias, contempladas en el artículo 76, ordinal 12 de la anterior Constitución. Mediante ellas, el Gobierno solicitaba y el Congreso otorgaba, anualmente, unas facultades extraordinarias para decretar los ajustes de salarios. El caso se ajustaba en las exigencias del ordinal 12 del artículo 76. Se trataba de facultades precisas, de las cuales era investido el Presidente por un tiempo determinado, por lo general muy corto (...) Así operó el sistema por años, estableciendo una rutina legislativa cambiada por exigencias de la nueva Constitución. ”

Dicho esto, se tiene que en el sistema jurídico creado a partir de la promulgación de Constitución Política de 1991, existe una competencia concurrente entre el Congreso y la Presidencia de la República para fijar los salarios y las prestaciones sociales de los servidores públicos del orden territorial; puesto que al primero le corresponde la expedición de la Ley con los aspectos generales sobre la materia y al segundo, la reglamentación de la normativa, llevando al detalle lo dispuesto por el órgano legislativo. Así pues, estas funciones no podrán delegarse en las corporaciones públicas territoriales, ni éstas podrán arrogárselas, pues se encuentran expresamente prohibidas por mandato constitucional

2.2 La competencia de los Concejos Municipales para fijar factores salariales con la Constitución Política de 1991.

El artículo 313 de la Constitución Política dispone en el numeral 6, que corresponde a los Concejos Municipales: “(...) **Determinar...las escalas de remuneración correspondientes a sus distintas categorías de empleos; crear los establecimientos públicos y empresas industriales o comerciales del departamento y autorizar la formación de sociedades de economía mixta.**” (Negrillas de la Sala).

Del anterior texto constitucional se infiere que la facultad que se le otorgó a las Corporaciones públicas de los distintos entes territoriales y a sus representantes para fijar las escalas de remuneración, se limita a determinar la remuneración de sus empleados de acuerdo a los diferentes grados y categorías que existan en sus plantas de personal, por lo que esta función debe ejercerse dentro del marco de las disposiciones legales conforme con la ley general que sobre la materia expidió el Congreso de la República, esto es, la Ley 4ª de 1992.

En este sentido, la fijación del régimen salarial y prestacional constituye competencia que la Constitución y la ley reservó de forma exclusiva al Gobierno Nacional, con observancia de los parámetros dados por el Congreso de la República, en virtud de los cuales es claro que no es dable a otro organismo arrogarse dicha facultad. Se insiste por la Sala en la competencia concurrente o si se quiere, compartida, entre el legislador y el ejecutivo, en virtud de la cual, el Congreso determina los parámetros generales a los que debe sujetarse el ejecutivo para fijar el régimen salarial y prestacional.

En consecuencia, como ya lo ha precisado esta Corporación,⁶ la determinación del régimen prestacional de los empleados públicos territoriales es competencia del Gobierno Nacional, de acuerdo con los parámetros señalados por el legislador, y no a las Corporaciones Públicas Territoriales, las que además, tienen prohibido arrogarse esta facultad; y en lo que se refiere al régimen salarial, el Gobierno señaló el límite máximo salarial de los servidores públicos territoriales teniendo en cuenta su equivalencia con los del orden nacional.

Siendo así son ilegales las normas de carácter local, como ordenanzas, acuerdos municipales, resoluciones o acuerdos de establecimientos públicos bien sean nacionales o del orden territorial, que regulen la materia. Al respecto la jurisprudencia de esta Corporación ha dicho:

“(…) Bajo la antigua Constitución Nacional la expedición del RÉGIMEN PRESTACIONAL de los empleados estatales era de competencia del Legislador. Y bajo la Constitución Política de 1991 y conforme a la Ley Marco el Gobierno Nacional tiene competencias en dicha materia para regularlas en el ámbito nacional y local. La Ley 11 de 1986 (Estatuto Básico Municipal) determinó parámetros de competencias para los MUNICIPIOS, dentro de los cuales quedó claramente establecida su competencia limitada en MATERIA SALARIAL y la competencia del Legislador en MATERIA PRESTACIONAL. Y en el parágrafo del art. 43 determinó: “Las situaciones jurídicas laborales definidas por disposiciones municipales no serán afectadas por lo establecido en los artículos 41 y 42 de la presente Ley. “, con lo cual dejó a salvo las SITUACIONES CONSOLIDADAS Y DEFINIDAS al amparo de normas municipales. Y sin que esto signifique que tales normas (v. gr. Prestacionales) puedan seguir vigentes y produciendo efectos en nuevos casos. El D. L. 1333 de 1986 (régimen municipal) dispuso: a.) Fijó la competencia de los Concejos Municipales para la adopción de la nomenclatura y la clasificación de los empleos de las Alcaldías, Secretarías y de sus Dependencias, fijando las escalas de remuneración de las distintas categorías de empleos (art. 288); b.) Determinó que el régimen de prestaciones sociales de los empleados públicos municipales “será el que establezca la Ley” (Art. 291) y, de esta manera, no facultó a los Concejos, ni a otras autoridades municipales para reglar la materia prestacional, como tampoco para hacer compilaciones de normas legales en actos administrativos locales. c.) Dando aplicación a la figura jurídica del derecho adquirido, dispuso que las situaciones jurídicas laborales definidas por disposiciones municipales no serían afectadas por lo establecido en sus artículos anteriores. (Parágrafo del art. 293). Así, se ha interpretado que el Legislador extraordinario dejó a salvo aquellas situaciones que en materia prestacional se lograron consolidar y se reconocieron a servidores que previamente cumplieron los requisitos señalados en disposiciones extralegales

⁶ Ver entre otras, Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 29 de marzo de 2001, Expediente No. 6179 (3241-00), Actor VICTOR MANUEL ROJAS GUTIERREZ; y fallo del 19 de mayo de 2005, Expedientes No. 11001032500020020211 01, No. INTERNO: 4396 – 2002, Actor LUIS EDUARDO CRUZ PORRAS (Acumulados Nos. 11001032500020020209 01 (4333-02), actor AUGUSTO GUTIERREZ Y OTROS; 11001032500020020213 01 (4406-02), actor ENRIQUE GUARIN ALVAREZ; y 11001032500020020230 01 (4767-02), actor PABLO EMILIO ARIZA MENESES Y OTROS), Consejero Ponente DR. JESUS MARIA LEMOS BUSTAMANTE.

municipales, lo cual es entendible para evitar perjuicios para quienes a ellas se sometieron(...)"⁷.

Ha dicho la jurisprudencia de esta sección siguiendo los anteriores parámetros normativos y jurisprudenciales que en relación con los empleados públicos de las entidades territoriales, compete al Gobernador y al Alcaldes fijar los emolumentos pero con sujeción a la Ley y a las Ordenanzas y Acuerdos (artículo 305 numeral 7º y artículo 315 numeral 7):

“(...) Existe, para efectos de fijar salarios, un régimen de competencia concurrente entre el Congreso, el Gobierno Nacional, las Corporaciones administrativas colegiadas del orden Departamental y Municipal (Asambleas y Concejos) y el ejecutivo territorial (Gobernadores y Alcaldes) que fue ratificada por la Corte Constitucional en sentencia C-510 de 1999 (14 de Julio) Magistrado Ponente Dr. Alfredo Beltrán Sierra.⁸

La competencia del Gobierno Nacional para fijar el límite máximo salarial de la remuneración de los empleados de los entes territoriales no desconoce la competencia que la misma Constitución expresamente otorgó a las autoridades de dichos entes para fijar, por una parte, las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos dentro de su jurisdicción, artículos 300, numeral 7, y 313, numeral 6, de la Constitución, y, por otra, para determinar los emolumentos de los empleos de sus dependencias, artículos 305, numeral 7, y 315, numeral 7, de la Constitución (...)⁹.

De acuerdo con lo anterior, es claro que las autoridades Municipales carecen de competencia para crear salarios y prestaciones sociales, pues sus potestades por mandato constitucional se limitan a determinar las escalas de remuneración de los cargos de sus dependencias, según la categoría del empleo de que se trate, teniendo en cuenta los **límites máximos** establecidos por el Gobierno Nacional.

3. El Caso Concreto

⁷ Consejo de Estado Sección Segunda Subsección B. C.P. Dr. Alejandro Ordoñez Maldonado. Sentencia del 28 de septiembre de 2006. Rad. No. 73001-23-31-000-2001-00841-01(05279-02). Actor: Jorge Rojas Padilla. Demandado: Municipio de Ibagué.

⁸ En esa sentencia se señaló: “[...] 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”

⁹ Consejo de Estado – Sección Segunda Subsección “B”. C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Expediente No. Interno. 0417-09. Sentencia del 15 de abril de 2010. Demandante. Maria Stella Martínez Cifuentes. Demandado. Departamento de Cundinamarca – Secretaría de Salud y la E.S.E. Hospital San José del Municipio de la Palma.

La Auditoría General de la República solicita la nulidad del Acuerdo N° 036 de 16 de noviembre de 1995, proferido por el Concejo Municipal de Medellín, por el cual se fijó el valor de los viáticos para el Alcalde, el Contralor General y el Personero Municipal, porque considera que dicho acto administrativo fue expedido por una autoridad carente de competencia y con desconocimiento de las normas superiores en las que debió fundarse.

En cuanto a la falta de competencia alegada por la parte demandante, la Sala debe recordar que de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución Política, la competencia para fijar el régimen salarial y prestacional tanto de empleados públicos nacionales como territoriales, lo determina el Gobierno de conformidad con la Ley, en virtud de la competencia conjunta derivada del artículo 150 - numeral 19 - literal e) del Ordenamiento Superior¹⁰ y habilitada por el artículo 12 de la Ley 4ª de 1992, dictada en desarrollo de aquel.

De esta manera, las entidades territoriales les está expresamente prohibido arrogarse dicha facultad, pues de lo contrario, las disposiciones que establezcan elementos salariales y prestacionales carecerán de todo efecto, y no crearán derechos adquiridos (inciso segundo literal f), numeral 19 artículo 150 C.P. y artículo 10 de la Ley 4ª de 1992¹¹).

Bajo este criterio, es claro que la competencia para expedir la reglamentación sobre el sistema salarial y prestacional de los servidores públicos radica exclusivamente en el Congreso y el Presidente de la República, de forma concurrente, y que por mandato de los artículos 300 numeral 7, y 313 numeral 6, las facultades de las Corporaciones Territoriales se limitan a ***“Determinar...las escalas de remuneración correspondientes a sus distintas categorías de empleos (...)”***, conforme con los parámetros fijados por el Gobierno Nacional.

En este orden de ideas, la Sala estima necesario verificar el contenido del Acuerdo N° 036 de 16 de noviembre de 1995, con el fin de establecer si el Concejo Municipal de Medellín excedió sus competencias en la expedición del mismo. Al

¹⁰ **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 de la Fuerza Pública (...).

¹¹ **“ARTÍCULO 10.-** Todo régimen salarial y prestacional que se establezca contraviniendo las disposiciones contenidas en la presente ley o en los Decretos que dicte el Gobierno Nacional en desarrollo de la misma, carecerán de todo efecto, y no crearán derechos adquiridos (...).”

respecto, el tenor literal del acto administrativo demandado señala lo siguiente.

**“CONCEJO DE MEDELLÍN
ACUERDO MUNICIPAL No. 36 DE 1995**

“Por el cual se determina el valor de los viáticos al Alcalde, Contralor General y al Personero Municipal del Municipio de Medellín”

EL CONCEJO DE MEDELLÍN

En uso de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial las conferidas en el artículo 313 de la Constitución Política y el Artículo 112 de la Ley 136 de 1.994.

ACUERDA:

Artículo Primero: *A partir de la vigencia del Presente Acuerdo el valor de los viáticos para el Alcalde de Medellín, por comisiones fuera del Área Metropolitana y dentro del territorio nacional será de dos y medio (2.5) salarios mínimos legales mensuales, por día.*

PARAGRAFO: *Esta disposición se aplicará igualmente al Contralor y al Personero del Municipio de Medellín, en lo pertinente.*

Artículo Segundo. *Este Acuerdo rige a partir de su publicación en la Gaceta Oficial del Municipio.*

Dado en Medellín, a los dieciséis (16) días de Noviembre de 1.995. (...)
(Cursiva fuera del texto original)

De acuerdo con el contenido del referido acto administrativo, la Sala observa que la voluntad del Concejo Municipal de Medellín se dirigió a fijar el valor de los viáticos a favor del Alcalde, el Contralor General y el Personero del Municipio en cuantía de 2.5 salarios mínimos legales mensuales vigentes, por día; pero no creo o estableció un régimen o emolumentos salariales en beneficio de un grupo determinado de servidores públicos.

En este contexto, la Sala considera que la actuación desplegada por el Concejo Municipal de Medellín, de ninguna manera se apropió de competencias funcionales ajenas a las que la Constitución y la ley le confiere, por el contrario, lo que se evidencia es que la entidad en ejercicio de sus facultades legales determinó el monto del valor que le correspondería al Alcalde, el Contralor General y el Personero del Municipio recibir por concepto de viáticos.

Cabe precisar que de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del

artículo 112 de la Ley 136 de 1994 *“Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios”, “(...) Corresponde al Concejo Municipal definir el monto de los viáticos que se le asignarán al alcalde para comisiones dentro del país y para las comisiones al exterior corresponde al Gobierno Nacional definir el monto de los viáticos”.*

En virtud de lo anterior, es evidente que en el orden territorial los Concejos Municipales tienen la competencia para fijar los viáticos del Alcalde, en cumplimiento de comisiones de servicios al interior del País, para lo cual el Concejo Municipal, en ejercicio de la competencia fijada en el inciso segundo del artículo 112 de la Ley 136 de 1994, tenía el deber observar la escala de viáticos consagrada por el Gobierno Nacional, la cual establece los toques mínimos y máximos, que se pueden reconocer al servidor público.

En relación con el establecimiento de viáticos en las entidades del nivel territorial, el Consejo de Estado ha señalado lo siguiente:

*“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.”¹² (Subrayado y negrilla fuera del texto).*

En este orden de ideas, teniendo en cuenta que el acto administrativo demandado, en el presente asunto, esto es, el Acuerdo N° 036 de 16 de noviembre de 1995 determinó el monto que se le podría reconocer por concepto de viáticos al Alcalde, el Contralor y el Personero del Municipio de Medellín, para la Sala tal actuación no se realizó con desconocimiento de las competencias Constitucionales y legales que le han sido atribuidas al Concejo Municipal de Medellín, sino que se ajustó al ordenamiento jurídico, por lo que el cargo de falta de competencia planteado por la parte demandante no está llamado a prosperar.

Ahora bien, es necesario aclarar que la legalidad del acto administrativo no solo se

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sentencia de 4 de junio de 2009, Radicación No. 73001-23-31-000- 2004-01973-01(2091-07).

deriva de la competencia que tenga la autoridad para expedirlo, sino que además se debe verificar si su contenido, materialmente, se ajusta al ordenamiento jurídico, máxime cuando se trata de emolumentos salariales y prestacionales de las entidades territoriales. En este sentido, la Sala procede a revisar si el monto fijado por el Concejo Municipal de Medellín en el Acuerdo N° 036 de 16 de noviembre de 1995, por concepto de viáticos a favor del Alcalde, el Contralor y el Personero se ajusta a los parámetros legales establecidos por el Gobierno Nacional.

Al respecto, la Sala observa que para la fecha de expedición del acto administrativo demandado, se encontraba vigente el Decreto N° 72 de 10 de enero de 1995, mediante el cual el Gobierno Nacional fijó la escala de viáticos para los empleados públicos del orden nacional que tuvieran que cumplir comisiones de servicio en el interior o en el exterior del país; el cual en sus artículos 1° y 2° señalaban lo siguiente:

“(...) Artículo 1°. A partir de la vigencia del presente Decreto, fíjase 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 Servicio en el interior del país			
Remuneración Mensual		Viáticos diarios en pesos	
Hasta	209.449	Hasta	22.632
De 209.450 a.	374.199	Hasta	31.233
De 374.200 a.	524.128	Hasta	37.908
De 524.129 a	680.958	Hasta	44.131
De 680.959 a.	841.637	Hasta	50.696
De 841.638 a.	1.305.110	Hasta	57.259
De 1.305.111 a	1.856.140	Hasta	69.591
De 1.856.141 en adelante		Hasta	93.879

Comisiones de Servicio en el exterior

Viáticos diarios en dólares estadounidenses para comisiones en:			
Remuneración Mensual	Centro América, El Caribe y Sur América Excepto Brasil, Chile, Argentina y Puerto Rico	Estados Unidos Canadá, Méjico Chile, Brasil África y Puerto Rico	Europa, Asia Oceanía y Argentina
	Hasta 209.449	Hasta.80	Hasta 100
De 209.450 a 374.199	Hasta 110	Hasta 150	Hasta 220
De 374.200 a 524.128	Hasta 140	Hasta 200	Hasta 300
De 524.129 a 680.958	Hasta 150	Hasta 210	Hasta 320

De 680.959 a 841.637	Hasta 160	Hasta 240	Hasta 350
De 841.638 a 1.305.110	Hasta 170	Hasta 250	Hasta 360
De 1.305.111 a 1.856.140	Hasta 180	Hasta 260	Hasta 370
De 1.856.141 en adelante	Hasta 200	Hasta 265	Hasta 380

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

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

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

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

Las comisiones de servicio se conferirán mediante acto administrativo en el cual se expresará el término de su duración, que no podrá exceder de treinta (30) días. Dicho término podrá prorrogarse hasta por otros treinta (30) días cuando fuere necesario por la naturaleza especial de las tareas que deban desarrollarse, previa autorización expresa e individual del Jefe del organismo o entidad.

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

Queda prohibida toda comisión de servicios de carácter permanente (...)” (subrayado y negrilla fuera de texto).

El artículo 1º del Decreto N° 72 de 10 de enero de 1995 fijó la escala de viáticos para los empleados públicos del orden nacional de acuerdo con el valor de su asignación salarial, señalando que el monto máximo que se le podía reconocer a un servidor público por concepto de viáticos diarios era de \$93.879, correspondientes a una persona que tenía una remuneración de \$1.856.141 en adelante.

Por su parte, el artículo 2º del Decreto N° 72 de 1995, textualmente indicaba que *“Los organismos y entidades fijarán el valor de los viáticos según la remuneración mensual del empleado comisionado, la naturaleza de los asuntos que le sean confiados y las condiciones de la comisión, teniendo en cuenta el costo de vida del lugar o sitio donde deba llevarse a cabo la labor, **hasta por el valor máximo de las cantidades señaladas en el artículo anterior.** Para determinar el valor de los viáticos se tendrá en cuenta la asignación básica mensual, los gastos de representación y los incrementos de salario por antigüedad (...)*” (Negrilla fuera de texto).

Lo anterior significa que cada entidad pública para efectos de liquidar el valor de los viáticos a reconocer al servidor público, además de tener en cuenta la asignación básica mensual, los gastos de representación y los incrementos de salario por antigüedad, también debe considerar el costo de vida del lugar o sitio donde deba llevarse a cabo la comisión, sin embargo, el monto diario no podrá superar el valor máximo señalado en el artículo 1º del Decreto N° 72 de 1995.

Así las cosas, contrario a lo manifestado por el Tribunal Administrativo de Antioquia en la providencia apelada, no resulta necesario acreditar el valor de la remuneración percibida por el Alcalde, el Contralor y el Personero del Municipio de Medellín, para comprobar si el valor definido por la Corporación demandada desconoció el ordenamiento jurídico, por lo que no era imperioso exigirle a la parte demandante desplegar una carga probatoria en ese sentido, pues basta con una simple comparación del acto administrativo demandado con lo dispuesto por el Gobierno Nacional en el Decreto N° 72 de 1995, para verificar si el monto por concepto de viáticos fijado por el Concejo Municipal de Medellín excede o no los topes establecidos por el Gobierno Nacional.

Al respecto, el Concejo Municipal de Medellín, a través del Acuerdo N° 36 de 1995 fijó el valor de los viáticos para el Alcalde, el Contralor y el Personero del Municipio en 2.5 salarios mínimo legales mensuales, por día. En este sentido, teniendo en cuenta el valor del salario mínimo legal mensual vigente para el año 1995, se tiene que, según el Decreto N° 2872 de 1994 el mismo correspondía a \$118.933, por lo que la sumatoria de los 2.5 salarios a los que hace referencia el acuerdo demandado equivalen a \$297.335. De esta manera, se observa que el valor de \$297.335 superan el monto de los \$93.879 fijados por el Gobierno Nacional en el Decreto N° 72 de 1995, como tope máximo de viáticos diarios a reconocer, para un servidor público que devenga una remuneración mensual igual o superior a

\$1.856.141. Conforme lo anterior, la Sala advierte que, si bien, el Concejo Municipal de Medellín tenía competencia legal para fijar el monto de los viáticos a favor del Alcalde, el Contralor y el Personero Municipal, esta facultad excedió los límites establecidos en el ordenamiento jurídico, pues sin justificación alguna válida, la Corporación demandada fijó un valor por concepto de viáticos superior, en comparación con lo referido por el Gobierno Nacional en el Decreto N° 072 de 1995, para los servidores públicos de las entidades del orden nacional.

Es importante resaltar que la autonomía y competencia de las entidades territoriales para fijar escalas salariales no puede desarrollarse de manera deliberada, pues su “(...) **su límite está enmarcado en los decretos nacionales dictados para tal efecto, (...)**. De manera que cualquier reglamentación que vaya en contravía de los decretos nacionales, será contraria a la ley y anulable por el juez”¹³.

Conforme con estas consideraciones, la Sala estima que el Acuerdo N° 36 de 1995, expedido por el Concejo Municipal de Medellín desconoció la normativa superior en la que debía fundarse, como quiera que, desbordó los límites enmarcados por Gobierno Nacional en el Decreto N° 072 de 1995, al fijar un monto por concepto de viáticos elevado con relación al establecido en el referido decreto, por lo que se concluye que el acto administrativo demandado está viciado de nulidad.

En este orden de ideas, teniendo en cuenta que resulta evidente que el valor de los viáticos fijados por el Concejo Municipal de Medellín a través del Acuerdo N° 036 de 16 de noviembre de 1995 sobrepasan los límites previstos por el Gobierno Nacional, la Sala considera el cargo de nulidad planteado por la actora, que denominó expedición con desconocimiento de las normas superiores en las que debió fundarse, está llamado a prosperar.

Dicho esto, corresponde a la Sala determinar los efectos que surtirá esta providencia; en ese sentido, se observa que el Acuerdo 036 de 16 de noviembre de 1995, respecto del cual se decretará la nulidad, actualmente no se encuentra vigente, sin embargo, no se puede desconocer que durante su vigencia se consolidaron situaciones jurídicas a favor de los servidores públicos a los cuales estaba dirigido el acto administrativo, por lo que no es pertinente los derechos adquiridos de buena fe que surgieron en razón de ello.

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sentencia de 4 de junio de 2009, Radicación No. 73001-23-31-000- 2004-01973-01(2091-07).

En consecuencia, la presente sentencia de nulidad tendrá efectos «*ex tunc*», o sea, desde el momento mismo de la expedición del Acuerdo 036 de 1995; no obstante, se respetaran los derechos adquiridos por los servidores públicos del Municipio de Medellín a los que se dirige el acto demandado.

III. DECISIÓN

En atención a los argumentos expuestos anteriormente, la Sala revocará la sentencia de 22 de septiembre de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, y en su lugar, declarará la nulidad del Acuerdo N° 036 de 16 de noviembre de 1995, expedido por el Concejo Municipal de Medellín, por encontrar que esa disposición fue proferida con desconocimiento de las normas superiores en las que debió fundarse.

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

PRIMERO. REVOCAR la sentencia de 22 de septiembre de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. DECLARAR la nulidad del Acuerdo 036 de 16 de noviembre de 1995, expedido por el Concejo Municipal de Medellín, con efectos «*ex tunc*», de acuerdo con lo señalado en la parte considerativa de esta decisión.

TERCERO: RECONOCER personería a la abogada Sandra Jeannette Camargo Acosta identificada con la cédula de ciudadanía 51.949.402 y portadora de la tarjeta profesional 84.493 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar en representación de la parte demandante en los términos y para los efectos señalados en el poder visible a folio 170.

CUARTO: Por Secretaría **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CARMELO PERDOMO CUÉTER

Relatoría: JORM/Lmr.