

110.012.2005

1.



DE AUDITORIA GENERAL DE LA REPUBLICA
Al contestar de NUR 216-3-25528 03/03/2005 04:28 PM
Título: 431-CONCEPTO
124052 Actividad: 07 RESPUESTA, Folios: 10, Anexos: 110
Origen: 110 OFICINA JURIDICA
Destino: 216 GERENCIA SECCIONAL PUBLICA PALMIRA

SERVICIO CORRA
04 MAR 2005

Bogotá D.C., 3 de marzo de 2005

PARA: HORACIO CRISTANCHO TORRES
Gerente Seccional IV

DE: AMPARO QUINTERO ARTURO
Directora Oficina Jurídica

REFERENCIA: NUR 216-3-25528 de 17 de febrero de 2005

ASUNTO: Solicitud de concepto: de la viabilidad de promover procesos de responsabilidad por pago de bonificación de dirección cuando asamblea departamental permite percibirla

Apreciada Doctor:

Por medio de la presente, y en desarrollo de la función de conceptualización asignada a esta dependencia, me permito efectuar las siguientes reflexiones en relación con las inquietudes planteadas a esta entidad, en el oficio de la referencia.

1.- LA CONSULTA.-

En su comunicación de fecha 17 de febrero se ha solicitado a esta Oficina emitir "[. . .] de manera puntual concepto sobre los hechos señalados en el escrito de 9 de noviembre de 2004 [. . .] con el fin de determinar si el reconocimiento de la bonificación de dirección se encuentra amparado por norma expedida por la Asamblea, siendo por tanto necesario suspender el proceso de responsabilidad fiscal, hasta tanto el Tribunal correspondiente no se pronuncie sobre la legalidad del referido acto administrativo."

El oficio de 8 de noviembre de 2004 es del siguiente tenor literal:

"[. . .] con todo respeto, le solicitamos concepto atendiendo a los siguientes antecedentes:

1. Una Asamblea Departamental mediante Ordenanza del año 2003, preceptuó que la remuneración del Contralor del Departamento, para el año dos mil tres (2003), sería igual a la remuneración y/o emolumentos que por concepto pueda percibir mensualmente el Gobernador del Departamento.
2. Atendiendo dicho precepto el Contralor Departamental, mediante Resoluciones Internas, incluyó el Código de Gestión 2101010509 Bonificación

de Dirección y realizó unos traslados presupuestales, cancelándose dicha bonificación.

Con base en lo expuesto se pregunta:

1. Al señalar la Asamblea Departamental, que la remuneración mensual del Contralor del Departamento, sería igual a la remuneración y/o emolumentos que por concepto pueda recibir mensualmente el Gobernador del Departamento, la Bonificación de Dirección a que hace referencia el Decreto 3574 del 11 de diciembre de 2003, quedaría incluida en el concepto de "emolumento"?

2. En caso afirmativo, sería procedente la apertura de un proceso de responsabilidad fiscal en contra del Contralor, cuando, su proceder, esta amparado bajo una norma expedida por la Asamblea Departamental, la cual le era aplicable, hasta tanto no sea demandada por ilegal?"

2.- FUNDAMENTOS.-

Para efecto de absolver las inquietudes planteadas por usted, se considera necesario formular las siguientes precisiones conceptuales:

2.1.- Esta Oficina ha manifestado en varias oportunidades que tratándose del pago de bonificaciones de dirección realizadas a los contralores, no es procedente aplicar prejudicialidad dentro del proceso de responsabilidad fiscal, con fundamento en la existencia de un proceso de simple nulidad que se tramita ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para obtener la declaratoria de ilegalidad del acto que le sirvió de fundamento.

Lo anterior en consideración a que a la luz de las normas de la Constitución Política es absolutamente claro que las corporaciones públicas de elección popular, los alcaldes y gobernadores y, los respectivos contralores, no cuentan con facultades para crear o extender beneficios salariales o prestacionales que han sido reconocidos exclusivamente a determinadas autoridades.

Sobre el particular se ha precisado con ocasión de la expedición de la Carta Política de 1991, las atribuciones conferidas en estas materias, se encuentra radicada en forma exclusiva y excluyente, en el Congreso General de la República y el Gobierno Nacional, facultad que en materia de prestaciones ni siquiera se puede delegar corporaciones públicas territoriales, conforme a lo establecido en el numeral 19 del artículo 150 de la Constitución.

- 2.- Ahora, de conformidad con lo establecido en los artículos 300 y 313 de la Carta, las corporaciones de elección popular departamentales, distritales y municipales únicamente tienen competencia para fijar las escalas de remuneración correspondientes a las diferentes categorías de empleo. Por su parte, en los artículos 305 y 315 se atribuye a las primeras autoridades locales (gobernadores y alcaldes), la competencia para fijar los emolumentos de los empleos de sus dependencias conforme a lo establecido en la ley, las ordenanzas o los acuerdos, según el caso. Establecen en lo pertinente las normas mencionadas:

[. . .] Artículo 300. Modificado. Acto Legislativo. 01/96, Art. 2º. Corresponde a las asambleas departamentales, por medio de ordenanzas:

[. . .] 7.- Determinar la estructura de la administración departamental, las funciones de sus dependencias, las escalas de remuneración correspondientes a sus distintas categorías de empleo; crear los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales del departamento y autorizar la formación de sociedades de economía mixta.

[. . .] Artículo 305. Son atribuciones del gobernador:

[. . .] 7.- Crear, suprimir y fusionar los empleos de sus dependencias, señalar sus funciones especiales y fijar sus emolumentos con sujeción a la ley y a las ordenanzas respectivas. Con cargo al tesoro departamental no podrá crear obligaciones que excedan al monto global fijado para el respectivo servicio en el presupuesto inicialmente aprobado.

[. . .] Artículo 313. Corresponde a los concejos:

[. . .] 6.- Determinar la estructura de la administración municipal y las funciones de sus dependencias; las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos; crear, a iniciativa del alcalde, establecimientos públicos y empresas industriales o comerciales y autorizar la constitución de sociedades de economía mixta.

[. . .] Artículo 315. Son atribuciones del alcalde:

[. . .] 7.- Crear, suprimir o fusionar los empleos de sus dependencias, señalarles funciones especiales y fijar sus emolumentos con arreglo a los acuerdos correspondientes. No podrá crear obligaciones que excedan el monto global fijado para gastos de personal en el presupuesto inicialmente aprobado.” –Resaltado y subrayado por fuera del texto original-

De acuerdo con lo anterior se tiene que la competencia para definir el régimen de prestaciones sociales aplicables a los empleados públicos, incluidos los territoriales, corresponde en forma exclusiva al Legislador y al Gobierno Nacional. En la actualidad el régimen prestacional de los empleados territoriales se encuentra contenido en el Decreto 1919 de 27 de agosto de 2002 expedido por el Presidente de la República, en el cual se ordena aplicar el mismo régimen de prestaciones sociales que rige para los empleados públicos del orden nacional.

En materia salarial, por el contrario, participan en su definición las autoridades mencionadas, las asambleas y concejos y, los gobernadores y alcaldes, conforme a las facultades otorgadas por la Constitución Política.

- 2.- En ejercicio la atribución conferida por el numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política el Congreso expidió la Ley 4ª de 18 de mayo 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"*, que en su artículo 12 estableció:

"Artículo 12. 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.¹ –Resaltado y subrayado por fuera del texto-

¹ Es de resaltar que el contenido del inciso primero del artículo 12 transcrito fue declarado exequible en forma condicionada mediante sentencia C-315 de 19 de julio de 1995, con ponencia del Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, *"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 prestacional mínimo de los trabajadores oficiales territoriales y al límite máximo salarial de los empleados públicos de las entidades territoriales"*.

Con ocasión a la expedición de esta norma se presentó demanda ante la Corte Constitucional y, entre otros aspectos se cuestionó que se hubiera atribuido al Gobierno Nacional la facultad de definir el monto máximo que podría ser reconocido a los empleados públicos territoriales a título de salario, puesto que ello constituía una restricción indebida al ejercicio de las facultades constitucionales conferidas a las corporaciones públicas territoriales y desconocía el principio de autonomía.

En sentencia C-315 de 1995 la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada del artículo 12 de la Ley 4ª 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 prestacional mínimo de los trabajadores oficiales territoriales y al límite máximo salarial de los empleados públicos de las entidades territoriales.”². –Se subraya-

En esa oportunidad precisó la Corte que la norma acusada no desconocía el principio de autonomía reconocido a las entidades territoriales para la definición de las escalas de remuneración aplicables a sus empleados, pues “[. . .] La fijación . . . de un límite máximo al gasto burocrático, constituye un medio idóneo para propugnar la eficiencia y economía del gasto público y, de otro lado, estimular que los recursos del erario nacional y de las entidades territoriales en mayor grado se destinen a la atención material de los servicios públicos.”, y, “[. . .] La razonabilidad de la medida legislativa se descubre también si se tiene en cuenta que el patrón de referencia - los sueldos de los cargos semejantes del nivel nacional -, garantiza que el anotado límite no sea en sí mismo irracional y desproporcionado.”

Lo anterior significa que dentro del marco constitucional y legal vigente, la facultad reconocida al Gobierno Nacional en materia salarial, se entiende conferida para señalar el límite máximo del salario que puede ser reconocido por parte de las asambleas y concejos a los empleados públicos que prestan sus servicios en las entidades territoriales.

- 3.- Ahora bien, doctrinaria y jurisprudencialmente se ha entendido que el concepto de salario comprende todas las sumas que de manera

² **CORTE CONSTITUCIONAL.** Sentencia C-315 de 19 de julio de 1995. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

habitual y periódica recibe el empleado como retribución de sus servicios; de allí que dentro de este concepto se entiendan incluidos el sueldo, los sobresueldos, las bonificaciones, los gastos de representación, entre otros, como bien lo ha precisado la Corte Constitucional al afirmar:

"[. . .] sea lo primero señalar que para la Corte Constitucional la noción de salario comprende distintos ámbitos adicionales al jurídico, toda vez que la misma atañe a aspectos socioeconómicos y políticos, ya que se considera que la remuneración que recibe el trabajador no está comprendida, exclusivamente, por la retribución del servicio prestado al patrono, sino también por "todos los beneficios, o contraprestaciones necesarios para atender sus necesidades personales y familiares y para asegurar una especial calidad de vida que le aseguren una existencia acorde con su dignidad humana"³.

Consecuentemente con esto, la Corte en forma general ha sostenido que constituye salario "no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación o retribución directa y onerosa del servicio, y que ingresan real y efectivamente a su patrimonio, es decir, no a título gratuito o por mera liberalidad del empleador, ni lo que recibe en dinero en especie no para su beneficio ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, ni las prestaciones sociales, ni los pagos o suministros en especie, conforme lo acuerden las partes, ni los pagos que según su naturaleza y por disposición legal no tienen carácter salarial, o lo tienen en alguna medida para ciertos efectos, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales, acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando por disposición expresa de las partes no tienen el carácter de salario, con efectos en la liquidación de prestaciones sociales"⁴.

Adicionalmente, la doctrina y la jurisprudencia del Consejo de Estado⁵, afirman que, para el sector público, el concepto de salario comprende

³ Sentencia C-521 de 1995.

⁴ Idem.

⁵ *Vid.* Conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil, C.P. Dr. Javier Henao Hidrón, 21 de junio de 1996, Radicaciones No. 839 y No. 847. También en el Concepto de esa misma Sala y del mismo Ponente, del 21 de febrero de 1997, Radicación No. 954, rendido en los siguientes términos:

"II. Elementos integrantes del salario. De conformidad con la ley, constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas o

*todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución a sus servicios, tales como primas, sobresueldos, bonificaciones, gastos de representación, etc., adicionales a la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos.*⁶ -Se resalta y subraya por fuera del texto original-

Desde este punto de vista 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 la asignación básica mensual y demás emolumentos que integran el salario. Es de resaltarse que en relación con la asignación básica mensual máxima permitida el Gobierno Nacional expidió el Decreto 3573 de 11 de diciembre de 2003, actualmente vigente. En relación con los demás emolumentos se deben tener en cuenta las reglas establecidas en las normas expedidas por el Gobierno Nacional.

- 4.- En ejercicio de las atribuciones conferidas por la Ley 4ª de 1992, el Presidente de la República creó la bonificación de dirección como una prestación que no constituye factor para liquidar elementos salariales o prestacionales y cuyos beneficiarios sólo son, los alcaldes y gobernadores del país.

Por tratarse de una prestación, es indiscutible que su creación o reconocimiento sólo podía ser efectuada por el Gobierno Nacional, y que ninguna autoridad local como los concejos, asambleas, alcaldes, gobernadores, ni los contralores territoriales, podían abrogarse esa competencia sin incurrir en vía de hecho.

En relación con la vía de hecho y su posible configuración en asuntos como el analizado, esta Oficina indicó en oportunidad anterior:

"[. . .] Las irregularidades por vía de hecho, teniendo en cuenta el grado de la infracción y la naturaleza de las normas quebrantadas, tienen diferentes repercusiones. Sobre este aspecto se ha sostenido:

comisiones (artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo con las modificaciones introducidas por el artículo 14 de la ley 50 de 1990)".

Ver, igualmente, la Sentencia dictada por la Sala Contencioso Administrativa, Sección Segunda, Subsección B, del 14 de noviembre de 1996, C.P. Dr. Javier Díaz Bueno, Expediente No. 12242.

⁶ **CORTE CONSTITUCIONAL.** Sentencia C-1218 de 21 de noviembre de 2001. Magistrado Ponente Dr. Alvaro Tafur Galvis.

"El efecto de la irregularidad puede ser causal de inexistencia, nulidad, suspensión provisional o de revocación directa del acto acusado; o que, sin otra consideración, el acto resulte de imposible aplicación porque es ineficaz, inoponible o sencillamente carente de efectos; o que de lugar a restablecimiento del derecho vulnerado y causa de responsabilidad administrativa, disciplinaria, civil o penal de la administración pública y del servidos público que intervino en la actuación".⁷

Aquí se puede agregar que la vía de hecho también puede causar responsabilidad fiscal, dado el carácter autónomo que la Ley 610 de 2000 le otorga en el artículo 4°, Parágrafo 1o., cuando señala:

"La responsabilidad fiscal es autónoma e independiente y se entiende sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad."

De otra parte, es tan claro que las funciones de los contralores no tienen relación alguna con la fijación de salarios o prestaciones de los funcionarios públicos, que cualquier decisión adoptada sobre estas materias se constituye en un acto "emitido sin 'sombra de competencia', de tal modo nulo, que carece de fuerza ejecutoria y ni siquiera puede reconocérsele la presunción de legalidad que en principio los doctrinantes atribuyen a todo acto administrativo"⁸ -Resaltado por fuera del texto original-

De allí que sea posible afirmar que en los casos de configuración de una vía de hecho, el proceso de responsabilidad fiscal pueda tramitarse conforme al procedimiento previsto en la ley, sin que haya lugar a la declaratoria de suspensión por prejudicialidad, pues es claro que la presunción de legalidad no cobija a esta clase de actos.

- 5.- Ahora bien, en su comunicación de fecha 8 de noviembre de 2004, se afirma que una asamblea departamental mediante ordenanza estableció que "[l]a remuneración mensual del Contralor del Departamento, para el año dos mil tres (2003), sería igual a la remuneración y/o emolumentos que por concepto pueda recibir mensualmente el Gobernador del Departamento." Con fundamento en lo anterior se ha preguntado si la bonificación por dirección a que tiene derecho el Gobernador puede considerarse incluida dentro del concepto de emolumento y, en caso de que la respuesta sea

⁷ PEDRO A. LAMPREA RODRIGUEZ, Manual de Derecho Contencioso Administrativo, Control Fiscal jurisdicción Coactiva, Legis S.A., Bogotá D.C. Colombia 2003, página 90.

⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-069 de 1995, MP Hernando Herrera Vergara.

afirmativa, se solicita analizar si es procedente la apertura de un proceso de responsabilidad fiscal en contra del Contralor del Departamento, a pesar de que su proceder estaría amparado por un acto administrativo que se presumiría legal hasta tanto no sea suspendido o anulado por la jurisdicción administrativa.

Como se indicó en los párrafos precedentes, ninguna autoridad territorial se encuentra facultada para crear, reconocer o extender beneficios económicos que se encuentran reservados para el desempeño de ciertos cargos y, de hacerlo, incurre en la figura de la vía de hecho, de tal suerte que la actuación no se entiende cobijada por la presunción de legalidad, ni puede producir efectos jurídicos.

Como bien se afirma en su consulta, la expresión emolumentos comprende todos los valores accesorios a la asignación básica mensual que se perciben con ocasión de la labor realizada. No obstante lo anterior, es preciso tener en cuenta que de conformidad con lo establecido en el artículo 27 de la Ley 617 de 2000,

"[E]l monto de los salarios asignados a los Contralores departamentales en ningún caso podrá superar el ciento por ciento (100%) del salario del gobernador."

Si se tiene en cuenta que la "bonificación de dirección", reconocida a favor de Alcaldes y Gobernadores, constituye una prestación, y no hace parte del salario percibido efectivamente por la persona, la decisión adoptada por la asamblea departamental no podía servir de excusa o de fundamento para ordenar, liquidar y pagar el referido beneficio a sujeto distinto de sus real destinatario.

Menos aún resulta aceptable que el llamado a vigilar el destino que se da a los recursos públicos, sea quien se valga de la expresión utilizada en el acto administrativo departamental (ordenanza), para autorizarse y obtener el pago de una suma a la cual no tiene derecho. Quien actúa de esa manera no puede invocar a su favor la aplicación del principio de legalidad para amparar su conducta, menos aún cuando dentro de las conductas que conforme al artículo 6º de la Ley 678 de 2000, constituye culpa grave:

"[L]a conducta del agente del Estado [. . .] cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones."

Se presume que la conducta es gravemente culposa por las siguientes causas:

- 1. Violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho.*
- 2. Carencia o abuso de competencia para proferir de decisión anulada, determinada por error inexcusable.[. . .]*

Finalmente, debe resaltarse que desde el mismo momento en que fue creada la bonificación especial de dirección a favor de alcaldes y gobernadores, fueron varios los conceptos emitidos por la Dirección de Apoyo Fiscal –DAF- del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en los que se precisaron que dicho beneficio era exclusivo y excluyente para las referidas autoridades y que el reconocimiento no podía extenderse a personeros o contralores.

Sólo resta puntualizar que este concepto se emite dentro de los parámetros establecidos en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo y con base en la información que ha sido suministrada por usted a este Despacho.

Confiando en que la inquietud planteada haya sido absuelta, me suscribo de usted,

Atentamente,



AMPARO QUINTERO ARTURO
Jefe Oficina Jurídica

DPA