

**CONTRALORIA MUNICIPAL DE VILLAVICENCIO**

CONTROL FISCAL: UNA TAREA DE TODOS...
POR EL BIEN DE NUESTRA CIUDAD !
Nit. 892.003.636-4

Villavicencio, 24 de marzo de 2006

Oficio No. 0416

AUDITORIA GENERAL DE LA REPUBLICA
NEUMATICO FONDO 110-1-31081
Teléfono: 475-0000000
CALLE 100 No. 100-100 Bogotá D.C.
CORREO ELECTRONICO: AGRA@AGRA.ORG.CO

Doctora
ANA LIDA PERAFAN
DIRECTORA DE LA OFICINA JURIDICA
AUDITORIA GENERAL DE LA REPUBLICA
Bogotá DC

Cordial saludo Doctora Ana Lida:

Muy respetuosamente le solicito absolver las siguientes consultas:

1. Durante el periodo comprendido entre el 28 de enero de 2006 y la fecha de la elección del Presidente, es procedente desembolsar avances para pagar tiquetes de peaje por el sistema prepago?
2. Si el Concejo Municipal con fundamento la competencia establecida en el artículo 112 de la ley 136 de 1994 aprueba una escala de viáticos para el alcalde municipal muy superior a la que establece el decreto 399 del ocho (8) de febrero de 2006, expedido por el Presidente de la República con base en las facultades de la ley 4ª de 1992, es procedente que el contralor municipal se pague viáticos con base en la escala que fije el Concejo para el alcalde, en consideración a que legalmente la escala de remuneración del alcalde y el contralor es la misma, según el art. 159 de la ley 136 de 1994 y las sentencias C-590 de 1995 y C-035 de 1.996?. Para absolver esta consulta le solicito tener en cuenta que mediante sentencia del 14 de marzo de 2006 proferida por el Tribunal Administrativo del Meta consideró:

"Que la facultad conferida a los cuerpos edilicios municipales, en cuanto a fijar el monto de los viáticos para el alcalde para comisiones en el interior del País se mantuvo incólume con la expedición del decreto 4411 de



CONTRALORIA MUNICIPAL DE VILLAVICENCIO

CONTROL FISCAL: UNA TAREA DE TODOS...
POR EL BIEN DE NUESTRA CIUDAD !
Nit. 892.003.636-4

414

Cabe resaltar que los empleados públicos a que hace referencia el literal a) de la ley 4ª de 1992, son los que laboran al servicio de la Rama Ejecutiva Nacional, entendiendo este término en el querer del legislador como del "orden nacional" y que corresponde a los descritos en el artículo 38 de la ley 489 de 1998, como se vio cualquiera que sea se sector, denominación o régimen jurídico dentro de dicha categorización.

Es más, el artículo 39 ibidem, al reseñar de manera integra la composición de la administración pública, es claro al advertir que esta se compone entre otros, de la Rama Ejecutiva del Poder Público y que esta a su vez, contiene organismos y entidades del nivel central y territorial, dentro de este último las Alcaldías, luego no pertenecen al sector central del orden nacional" (VER SENTENCIA ANEXA)

3. Los Jefes de Planeación que elaboran y viabilizan los proyectos de inversión, los diseñadores y técnicos que elaboran los diseños y presupuestos de las obras, los asesores jurídicos que revisan jurídicamente los soportes de los contratos antes de la firma de jefe de la entidad o de su delegado y los interventores que controlan el anticipo y la calidad de las obras, pueden ser considerados gestores fiscales y como tal pueden ser llamados a responder fiscalmente cuando las obras no se ejecutan por ineptitud o maniobras dilatorias del contratista o por negligencia de la administración al no haber adquirido previamente los predios donde se van a ejecutar las obras contratadas.

Muy cordialmente quedo a la espera de una pronta oportuna a estas inquietudes.

Cordialmente,


SILVIA ESTHER ALVAREZ AMAYA
Contralora Municipal de Villavicencio
DGD

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL META

Villavicencio, Catorce (14) de Marzo de Dos Mil Seis (2006)

SALA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: ALFREDO VARGAS MORALES

Referencia : VALIDEZ
Demandante: ALCALDE MUNICIPIO DE
VILLAVICENCIO
Demandado: PROYECTO DE ACUERDO No 015
DE DICIEMBRE 30 DE 2005.
Radicación: 50 - 001 - 23 - 31 - 002 - 2006 -00075
Registro Proyecto: Marzo 7 de 2006

El señor Alcalde del Municipio de Villavicencio (Meta), objetó el proyecto de Acuerdo No 015 de Diciembre 30 de 2005, por medio del cual el Concejo Municipal fija la escala de remuneración de los empleos del nivel central del Municipio de Villavicencio para la vigencia de 2006 y se dictan otras disposiciones, con fundamento en los siguientes:

HECHOS

1.- Manifiesta el señor Alcalde Encargado del Municipio de Villavicencio, que el Concejo Municipal expidió el proyecto de Acuerdo No.015 de 2005, dándosele el trámite respectivo, el cual envía a este Tribunal al no ser aceptadas sus objeciones, que hacen referencia a vicios de ilegalidad.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACION

Artículo 112 de la ley 136 de 1994

Indica el objetante, que la norma señalada otorga la competencia para definir el monto de los viáticos para comisiones dentro del País del Alcalde Municipal, al Concejo Municipal, norma que desconoció al preferir el Proyecto de Acuerdo No.015 de diciembre 30 de 2005, al disponer que los viáticos se liquidarán según lo señalado por el Decreto 4411 del 30 de diciembre de 2004 y se ajustarán conforme a la reglamentación que expida el Gobierno Nacional.

ACTUACIONES DEL DESPACHO

1.- Mediante auto de fecha enero 26 de 2006, se ordena fijar en lista el presente asunto por el término de 10 días, dentro de los cuales el Procurador Delegado ante esta corporación y cualquier otra persona podían intervenir para defender o impugnar la constitucionalidad o legalidad del Acuerdo. (Folio 24).

CONCEPTO FISCAL.

El Ministerio Público no se pronunció al respecto.

CONSIDERACIONES

1.- Inicialmente ha de expresarse que esta Corporación es competente para conocer y decidir en única instancia el presente negocio, atendiendo lo dispuesto por el numeral 7 del art. 39 de la ley 446 de 1998, antes, artículo 131 del C.C.A., en armonía con lo dispuesto por el artículo 80 de la Ley 136 de 1994.

II.- Ubicándonos en el examen del proyecto de acuerdo No. 015 de diciembre 30 de 2005 (fls.15-16), a través del cual se "fija la escala de remuneración de los empleos del nivel central del Municipio de Villavicencio para la vigencia 2006 y se dictan otras disposiciones", la censura que se hace no tiene visos de prosperar por lo siguiente:

a.- Como está determinado en el artículo 78 de la Ley 136 de 1994, el Alcalde puede objetar los proyectos de acuerdo que hubiese aprobado el Concejo, por motivos de inconstitucionalidad, ilegalidad o inconveniencia, señalándole la misma disposición los términos perentorios a los cuales debe ajustarse cuando aplique la objeción.

En efecto, el Burgomaestre cumplió con su deber legal, al devolver al Concejo Municipal dentro del término, el proyecto de acuerdo con las objeciones a lugar, el 6 de enero de 2006, y posteriormente el 11 de enero de 2006, el Secretario General de dicha Corporación, con oficio No.SGCM-004 le manifiesta que la sesión plenaria rechazó la objeción presentada.

El 24 de enero de 2006, es remitido el proyecto de acuerdo a este Tribunal, como consta en el acta individual de reparto, dentro del término de que trata el artículo 80 de la Ley 136 de 1994.

ARTICULO 38. INTEGRACION DE LA RAMA EJECUTIVA DEL PODER PUBLICO EN EL ORDEN NACIONAL. La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:

1. Del Sector Central:

- a) La Presidencia de la República;
- b) La Vicepresidencia de la República;
- c) Los Consejos Superiores de la administración;
- d) Los ministerios y departamentos administrativos;
- e) Las superintendencias y unidades administrativas especiales sin personería jurídica.

2. Del Sector descentralizado por servicios:

- a) Los establecimientos públicos;
- b) Las empresas industriales y comerciales del Estado;
- c) Las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica;
- d) Las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios;
- e) Los institutos científicos y tecnológicos;
- f) Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta;
- g) Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

PARAGRAFO 1o. Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta en las que el Estado posea el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, se someten al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado.

PARAGRAFO 2o. <Apartes subrayados **CONDICIONALMENTE EXEQUIBLES**> Además de lo previsto en el literal c) del numeral 1o. del presente artículo, como organismos consultivos o coordinadores, para toda la administración o parte de ella, funcionarán con carácter permanente o temporal y con representación de varias entidades estatales y si fuere el caso, del sector privado, los que la ley determine. En el acto de constitución se indicará el Ministerio o Departamento Administrativo al cual quedaren adscritos tales organismos.

ARTICULO 39. INTEGRACION DE LA ADMINISTRACION PUBLICA.

La Administración Pública se integra por los organismos que conforman la Rama Ejecutiva del Poder Público y por todos los demás organismos y entidades de naturaleza pública que de manera permanente tienen a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios públicos del Estado colombiano.

La Presidencia de la República, los ministerios y los departamentos administrativos, en lo nacional, son los organismos principales de la Administración.

Así mismo, los ministerios, los departamentos administrativos y las superintendencias constituyen el Sector Central de la Administración Pública Nacional. Los organismos y entidades adscritos o vinculados a un Ministerio o un Departamento Administrativo que gocen de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio o capital independiente conforman el Sector Descentralizado de la Administración Pública Nacional y cumplen sus funciones en los términos que señale la ley.

Las gobernaciones, las alcaldías, las secretarías de despacho y los departamentos administrativos son los organismos principales de la Administración en el correspondiente nivel territorial. Les demás les están adscritos o vinculados, cumplen sus funciones bajo su orientación, coordinación y control en los términos que señalen la ley, las ordenanzas o los acuerdos, según el caso.

Las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales son corporaciones administrativas de elección popular que cumplen las funciones que les señalan la Constitución Política y la ley." (negritas del Despacho).

Del examen literal de las normas transcritas se obtiene que la facultad conferida a los cuerpos edilicios municipales, en cuanto a fijar el monto de los viáticos para el Alcalde para comisiones al interior del País, se mantuvo incólume con la expedición del decreto 4411 de 2004, el cual, es aplicable a los empleados públicos descritos en los literales a), b) y c) de la Ley 4ª de 1992, dentro de los cuales no se encuentra el Alcalde Municipal, como se observa de la Estructura y Organización de la Administración Pública fijada en la Ley 489 de 1998.

Cabe resaltar que los empleados públicos a que hace referencia el literal a) de la Ley 4ª de 1992, son los que laboran al servicio de la Rama Ejecutiva Nacional, entendiendo este término en el querer del legislador como "del orden nacional" y que corresponden a los descritos

en el artículo 38 de la ley 489 de 1998, como se vio, cualquiera que sea su sector, denominación o régimen jurídico dentro de dicha categorización.

Es más, el artículo 39 ibidem, al reseñar de manera íntegra la composición de la administración pública, es claro al advertir que esta se compone entre otros, de la Rama Ejecutiva del Poder Público y que esta a su vez, contiene organismos y entidades del nivel central y territorial, dentro de este último, las Alcaldías, luego, no pertenecen al sector central o del orden nacional.

Por todo lo anterior, habrá de declararse fundada la objeción planteada por el Burgomaestre, respecto del artículo 6° del Proyecto de Acuerdo No.015 de diciembre 30 de 2005.

Por las anteriores razones, el Tribunal Administrativo del Meta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR FUNDADAS las objeciones formuladas por el Alcalde (E.) de Villavicencio (Meta), contra el Proyecto de Acuerdo No. 015 de Diciembre 30 de 2005.

SEGUNDO: En firme esta actuación, comuníquese por el medio más expedito al señor Alcalde de Villavicencio (Meta) esta decisión y a la Presidencia del Concejo de la misma localidad.

CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

Debatida y aprobada en Sala de Decisión de la fecha mediante Acta No 007



ALFREDO VARGAS MORALIS



TERESA HERRERA ANDRADE



ALVARO ANTONIO TREGUI MURCIA



110.025.2006

AUDITORIA GENERAL DE LA REPUBLICA
Al contestar cito N.U.R: 110-1-31081, 25/04/2006 10:09 AM
Trámite: 435 - SOLICITUD
S-30890 Actividad: 07 RESPUESTA, Folios: 18, Anexos: NO
Origen: 110 OFICINA JURIDICA
Destino: CONTRALORIA MUNICIPAL DE VILLAVICENCIO DRA. SILV

Bogotá, D. C.,

Doctora
SILVIA ESTHER ALVAREZ AMAYA
Contralora Municipal
Contraloría Municipal de Villavicencio
Carrera 39 No. 35-81
Barzal Alto
Villavicencio
Meta

Devolver Copia Firmada

13139281
25-04-06
Abril 26/2006.
Recibido
AF

Ref. Respuesta Oficio 0110-1-31081

Asunto: Solicitud concepto.

1.- LA CONSULTA

En su comunicación de fecha 24 de marzo de 2006, radicada ante este organismo el día 27 del mismo mes y año, se ha solicitado a este Despacho, emitir concepto respecto de los puntos que se señalan a continuación y que se puede resumir en los siguientes términos:

1.1.- Se pregunta si durante el periodo comprendido entre el 28 de enero de 2006 y la fecha de elección de presidente, es procedente desembolsar avance para el pago de tiquetes de peaje.

1.2.- Igualmente, si es procedente que el contralor municipal se pague viáticos con base en la escala que fije el concejo para el alcalde municipal, la cual es muy superior a la establecida en el Decreto 399 de 2006, expedida por el Gobierno Nacional.

1.3.- Se pregunta, si los jefes de planeación que elaboran y viabilizan proyectos, los diseñadores y técnicos que elaboran diseños y presupuestos de obras, los asesores jurídicos que revisan jurídicamente los soportes de los contratos y los interventores que controlan el anticipo y la calidad de las obras, pueden ser considerados gestores fiscales.

2. - FUNDAMENTOS:

De manera atenta, se da respuesta a los interrogantes planteados en el escrito en referencia, no sin antes mencionar que los conceptos que expide esta oficina son de carácter general y abstracto. Sobre ellos en su orden, me permito efectuar el siguiente análisis:

2.1. - Artículo 33 de la Ley 996 de 2005:

La Ley Estatutaria 996 de 2005, "por medio de la cual se reglamenta la elección de Presidente de la República, de conformidad con el artículo 152 literal f) de la Constitución Política, y de acuerdo con lo establecido en el Acto Legislativo 02 de 2004, y se dictan otras disposiciones", en su artículo 33 dispone:

"Restricciones a la contratación pública. Durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la elección en la segunda vuelta, si fuere el caso, queda prohibida la contratación directa por parte de todos los entes del Estado.

Queda exceptuado lo referente a la defensa y seguridad del Estado, los contratos de crédito público, los requeridos para cubrir las emergencias educativas, sanitarias y desastres, así como también los utilizados para la reconstrucción de vías, puentes, carreteras, infraestructura energética y de comunicaciones, en caso de que hayan sido objeto de atentados, acciones terroristas, desastres naturales o casos de fuerza mayor, y los que deban realizar las entidades sanitarias y hospitalarias. Adicionalmente se exceptúan aquellos gastos inaplazables e imprescindibles que afecten el normal funcionamiento de la administración." (Lo subrayado en negrilla fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-1153 de 2005.)

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-1153, en el estudio del artículo en comento, expresó:

"...No obstante, la expresión "adicionalmente se exceptúan aquellos gastos inaplazables e imprescindibles que afecten el normal funcionamiento de la administración" es demasiado amplia y, por su considerable indeterminación semántica, termina permitiendo incluir numerosas excepciones que desdibujarían la prohibición original. En esta medida, no se conseguiría la garantía pretendida.

Lo inaplazable e imprescindible son conceptos sometidos a una indeterminación de carácter evaluativo que deriva en que aquello que es impostergable o no prescindible para un sujeto puede no serlo para otro, según su perspectiva. Lo mismo sucede con la expresión normal funcionamiento. La determinación del estado de normalidad o anormalidad del funcionamiento de la administración puede oscilar ampliamente". (Resaltado y subrayado fuera de texto)

Es así como, de conformidad con la precitada norma, quedó prohibida la contratación directa por parte de todos los entes del Estado, durante los cuatro (04) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la segunda vuelta, si a ello hubiere lugar, salvo las excepciones contempladas en la misma disposición.

2.2.- De las Cajas Menores

En tratándose de las cajas menores, el artículo 7º de la Resolución No. 001 de 2006, de la Dirección General del Presupuesto Público Nacional, dispone:

Artículo 7º. Destinación. *El dinero que se entregue para la constitución de Cajas Menores debe ser utilizado para sufragar gastos identificados y definidos en los conceptos del Presupuesto General de la Nación que tengan el carácter de urgente. De igual forma los recursos podrán ser utilizados para el pago de viáticos y gastos de viaje, los cuales sólo requerirán de autorización del Ordenador del Gasto.*

PARAGRAFO 1º. *Los dineros entregados para viáticos y gastos de viaje se legalizarán dentro de los cinco (5) días siguientes a la realización del gasto y, para las comisiones al exterior, en todo caso, antes del 28 de diciembre de cada año.*

PARAGRAFO 2º. *Podrán destinarse recursos de las Cajas Menores para los gastos de alimentación que sean indispensables con ocasión de reuniones de trabajo requeridas para la atención exclusiva de la Dirección Superior de cada órgano, Direcciones Generales de los Ministerios y Gerencias, Presidencias o Direcciones de los Establecimientos Públicos Nacionales, siempre que el titular del despacho correspondiente deba asistir y autorice el gasto por escrito. (subrayado y resaltado fuera de texto).*

Por su parte el artículo 12º de la precita resolución, determina:

ARTICULO 12º. De las prohibiciones. *No se podrán realizar con fondos de Cajas Menores las siguientes operaciones:*

- 1.- **Fraccionar compras de un mismo elemento.**
- 2.- **Realizar desembolsos con destino a órganos diferentes de su propia organización.**
- 3.- **Efectuar pagos de contratos cuando de conformidad con el artículo 39 de la ley 80 de 1993, deben constar por escrito.**
- 4.- **Reconocer y pagar gastos por concepto de servicios personales y las contribuciones que establece la ley sobre la nómina, cesantías y pensiones.**
- 5.- **Cambiar cheques o efectuar préstamos.**

PARÁGRAFO. *Cuando por cualquier circunstancia una Caja Menor quede inoperante, no se podrá constituir otra o reemplazarla, hasta tanto la anterior haya sido legalizada en su totalidad. (subrayado y resaltado fuera de texto).*

Ahora bien, es importante tener en consideración lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, cuando establece que *los contratos estatales son solemnes*, pues se perfeccionan cuando se logre el acuerdo sobre el objeto, la contraprestación y se eleve por escrito. Por su parte el artículo 39 de la misma ley, señala que los contratos deben constar por escrito y, en consecuencia, deben ser firmados por las partes. Lo que permite concluir que en la contratación estatal, no hay contratos verbales.

Se entiende por formalidades plenas, según lo dispuesto en el artículo 25, del Decreto 679 de 1994 reglamentario de la Ley de 80 de 1993, la elaboración de un documento escrito, firmado por las partes, en el que además de establecer los elementos esenciales del contrato, se incluyen las cláusulas a que haya lugar, y el cual deberá publicado en la forma prevista por el parágrafo 3º, del artículo 41 de la ley 80.

Determina así mismo el artículo 25 del decreto en mención, que *se prescindirá de las formalidades plenas cuando el valor del contrato sea igual o inferior a las cuantías que se señalan en el artículo 39*, evento en el cual se procederá mediante orden escrita, en la que la entidad deberá precisar al menos: el objeto del contrato, la contraprestación, los elementos necesarios para proceder a su registro presupuestal, y demás estipulaciones que se consideren necesarias. Señala igualmente, que para efectos del pago de las obligaciones derivadas de contratos sin formalidades plenas, no será necesaria la expedición de una resolución de reconocimiento y pago.

Puede decirse entonces, que las solemnidades serán plenas o menos plenas de acuerdo con la cuantía del contrato, calculada en la forma que lo señala el artículo 39 del Estatuto Contractual, con base en el presupuesto de la entidad.

En relación con este tema, frente a las restricciones contenidas en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto del veinte (20) de febrero de 2006, Radicación No. 1.724, Consejero Ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce, advierte que *"tanto los contratos de menor cuantía (art. 24.1 de la ley 80 de 1993, como los sin formalidades plenas (art. 39 ibidem) que en razón a la urgencia, eventualidad e imprevisibilidad se deban celebrar para el cumplimiento de las funciones de la entidad, se encuentran comprendidos en la restricción contenida en el artículo 33 de la ley 996 de 2005"*, como se verá en los apartes que se transcriben, del citado concepto, a continuación:

"A pesar de que las prohibiciones contenidas en las disposiciones transcritas, sitúan el problema jurídico del manejo de las cajas menores frente a la ley 996 de 2005, el análisis debe realizarse en un escenario distinto al que presenta el señor Ministro en su consulta, en la medida en que legalmente no es viable pagar con este tipo de recursos contratos de menor cuantía que en los términos del artículo 39 de la ley 80 de 1993 deban constar por escrito."

En concepto de la Sala, la interpretación del alcance del artículo 33 de la Ley 996 de 2005 no puede abordarse sin considerar que la sentencia de la Corte Constitucional C- 1153 de 2005, al declarar la inexecutable de la expresión "Adicionalmente se exceptúan aquellos gastos inaplazables e imprescindibles que afecten el normal funcionamiento de la administración", cerró la posibilidad de utilizar la contratación directa como mecanismo de selección de los contratistas del Estado, pues las excepciones son por definición de aplicación restrictiva; de manera que concebir que es viable autorizar el pago de órdenes de compra, servicios u obra, con cargo a los recursos de la cajas menores para gastos imprevistos, urgente e inaplazables, implicaría como lo dijo la Corte "incluir excepciones que desdibujarían la prohibición original. En esta medida, no se conseguiría la garantía pretendida."

Por lo anterior, en concepto de la Sala, tanto los contratos de menor cuantía (art. 24.1 de la Ley 80/93) como los sin formalidades plenas (art. 39 ibidem) que en razón a la urgencia, eventualidad, imprevisibilidad se deban celebrar para el cumplimiento de las funciones de la entidad, se encuentran comprendidos en la restricción contenida en el artículo 33 de la Ley 996 de 2006 (SIC).

(...)

En concepto de esta Sala, resulta claro que la administración solamente podrá efectuar con cargo a las cajas menores aquellos gastos que no impliquen la

celebración de órdenes de servicio, de compra o de obra. (...). (Resaltado y subrayado fuera de texto)

Se tiene entonces, que el manejo y destinación de los recursos de las cajas menores debe ceñirse a las normas que lo regulan y, en especial debe tenerse singular cuidado, con aquellas operaciones respecto de las cuales se prohíbe expresamente, el pago con fondos de dichas cajas (Resolución No. 001 de 2006). Igualmente en el citado concepto, la Sala considera además, que durante el periodo de restricción establecido en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005, los gastos que pueden efectuar las entidades públicas con recursos de las cajas menores, están restringidos a aquellos que tengan el carácter de "urgentes, eventuales, fortuitos, inaplazables e imprescindibles y, siempre y cuando, no deban constar por escrito, no se refieran a bienes ya definidos o a erogaciones permanentes o periódicas, ni se requieran para completar partidas". Advierte la Sala:

(...) el decreto 4731 del 28 de diciembre de 2005, por el cual se liquidó el presupuesto general de la Nación para la vigencia fiscal -2006-, clasifica los gastos imprevistos dentro de los gastos de funcionamiento, y los define así: "Gastos imprevistos.- Erogaciones excepcionales de carácter eventual o fortuito de inaplazable e imprescindible realización para el funcionamiento de los órganos"; y señala que no podrán imputarse a este rubro gastos suntuarios o correspondientes a conceptos de adquisición de bienes ya definidos, erogaciones periódicas o permanentes, ni se requieran para completar partidas insuficientes.

"(...) las erogaciones que pueden efectuar los entes públicos con los recursos de las cajas menores está restringido a gastos urgentes, eventuales, fortuitos, inaplazables e imprescindibles para el funcionamiento de la entidad, siempre que de acuerdo con las prohibiciones contenidas en el mismo acto administrativo: a) no deban constar por escrito; b) no se refieran a bienes ya definidos o a erogaciones permanentes o periódicas, ni se requieran para completar partidas insuficientes". (Resaltado y subrayado fuera de texto)

Por último señala la Sala, en el concepto en comento:

"los gastos de fotocopias (...), viáticos, el pago de peajes, pago de multas, (...), constituyen erogaciones que pueden efectuarse, pues atendiendo el último fin de la ley otro entendimiento de la misma implicaría "limitar desproporcionadamente la acción del estado" e interpretar la norma sin considerar que su finalidad no es otra que garantizar la igualdad de condiciones entre los participantes en la contienda electoral y evitar que se utilicen los recursos del erario público para desequilibrar la balanza a favor de quienes aspiran a la reelección".

Se concluye:

La contratación directa, entendida ésta como cualquier mecanismo para la selección del contratista en el que se prescinda de la licitación pública, e indistintamente del régimen de contratación, ya sea el establecido en la Ley 80 de 1993 o cualesquier otro, o del objeto o del órgano que contrata, se encuentra prohibida para todos los entes del Estado, durante los cuatros meses anteriores a la elección del presidente, o

de la segunda vuelta si fuere el caso, en virtud de lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 996 de 2005.

Los contratos de menor cuantía (art. 24.1 de la Ley 80 de 1993) como los sin formalidades plenas (art. 39 ibídem), que en razón a la urgencia, eventualidad, e imprevisibilidad se deban celebrar para el cumplimiento de las funciones de la entidad, se encuentran comprendidos dentro de la restricción contenida en el artículo 33 de la ley 996 de 2005.

Las erogaciones que se efectúen con recursos de las cajas menores, conforme a su reglamentación, pueden realizarse cuando se trate de "gastos urgentes, eventuales, fortuitos, inaplazables e imprescindibles" y, siempre y cuando, no deban constar por escrito, o no se refrieran a erogaciones periódicas, o no se requieran para completar partidas insuficientes.

2.3.- Régimen salarial de las entidades territoriales

Ley 4 de 1992:

En desarrollo de lo establecido en el artículo 150 numeral 19 literales e) y f), el Congreso de la República expidió la ley 4ª de 1992, en cuyo artículo 12 dispuso:

"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." (Resaltado y subrayado fuera de texto).

Esta atribución que radicó la ley general de salarios y prestaciones en cabeza del Gobierno Nacional, fue declarada exequible por Corte Constitucional en sentencia C-315 de 1995. La Corte consideró que la competencia del Gobierno para fijar el límite máximo salarial de la remuneración de los empleados de los entes territoriales, "armonizaba con los principios de economía, eficacia y eficiencia que rigen el gasto público, y no desconocía ni la competencia que la Constitución expresamente otorgó a las autoridades de estos 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), como tampoco cercenaba el principio de autonomía de que trata el artículo 287 de la Constitución.

Por su parte, el artículo 313.6 de la carta Política establece que corresponde a los Concejos municipales determinar "...las **escalas de remuneración** correspondientes a las distintas categorías de empleos...", y el 315.7 ibídem atribuye a los alcaldes la potestad de **fijar los emolumentos** de los empleos de sus dependencias, con arreglo a los acuerdos correspondientes.

Para una mejor comprensión del tema, resulta importante traer a colación la sentencia C-510 de 1999 de la Corte Constitucional:

"3.2. En relación con la determinación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, a diferencia de lo que acontecía en vigencia de la Constitución de 1886, en donde el Congreso era quien señalaba la escala de remuneración de los distintos empleos, hoy, el legislador debe simplemente fijar los principios y los parámetros que el Gobierno ha de tener en cuenta para establecer no sólo la escala de remuneración sino los demás elementos que son propios de un régimen salarial y prestacional.

En estos términos, 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, con fundamento en los criterios que para el efecto señale el legislador en la ley general que está obligado a expedir. Principios, parámetros y objetivos que el Congreso fijó en la ley 4ª de 1992, así como en el artículo 193 de la ley 100 de 1993, artículo éste que hace referencia específicamente a los trabajadores y profesionales de la salud. (...). (Resaltado y subrayado fuera de texto).

Señala además el precitado fallo, en relación con los órganos competentes para determinar el régimen salarial de los empleados públicos de las entidades territoriales:

"Cuarta. Competencia del Gobierno Nacional para determinar el régimen salarial de los empleados públicos de las entidades territoriales.

*4.1. Con fundamento en la conclusión que arriba se esbozó, según la cual **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, con base en los parámetros que el legislador le fije en la ley general que para el efecto se expida (artículo 150, numeral 19, literal e)), surge el interrogante de si la competencia reconocida tanto al legislador como al Gobierno en esta materia, **incluye la facultad de éstos para determinar, igualmente, el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos de las entidades territoriales, o si esta competencia se circunscribe únicamente para fijar el régimen de los empleados públicos del nivel central de carácter nacional.***

Interrogante que surge a partir del principio de autonomía que reconoce la Constitución a las entidades territoriales para la gestión de sus intereses (artículos 1 y 287 de la Constitución), de la facultad que el ordenamiento constitucional asigna a las asambleas departamentales y a los concejos municipales para determinar la estructura de la administración dentro de su jurisdicción, y para establecer las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos (artículos 300, numeral 7 y 313, numeral 6 de la Constitución), como de la competencia asignada a los gobernadores y a los alcaldes para fijar los emolumentos de los empleos de sus dependencias, con fundamento en las ordenanzas o acuerdos que para el efecto se expidan, según sea el caso (artículos 305, numeral 7 y 315, numeral 7 de la Constitución).

Los preceptos constitucionales antes señalados, podrían dar lugar a suponer que la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados de las entidades territoriales es una atribución que compete exclusivamente a las corporaciones públicas de carácter administrativo existentes en cada ente territorial, como a los jefes departamentales y locales, según el caso, en una competencia compartida tal como sucede a nivel central con el Congreso de la República y el Presidente de la República. Interpretación ésta que es inadmisibles y errónea como entrará a explicarse.

4.1.1. La autonomía de las entidades territoriales en los términos del artículo 287 de la Constitución no puede ser absoluta, por cuanto ésta está circunscrita a los límites que para el efecto fije la propia Constitución y la ley. El primer límite lo constituye la definición de Colombia como una República Unitaria (artículo 1 de la Constitución), en donde los distintos órganos del poder público mantienen su poder vinculante en todo el territorio.

Dentro de este contexto, la doctrina constitucional ha establecido que corresponde al Congreso de la República, dentro del marco de autonomía que la Constitución le reconoce a los entes territoriales, diseñar o delinear "el mapa competencial del poder público a nivel territorial" que permita el desarrollo de la capacidad de gestión de estos entes. Al legislador, entonces, le está vedado fijar reglas o requisitos que nieguen esta competencia o hagan de ella algo meramente teórico, pero no le está prohibido regular asuntos que conciernan con estos entes (sentencias C-517 de 1992 y C-219 de 1997, entre otras).

4.1.2. En relación con el punto objeto de controversia, es decir, el régimen salarial de los empleados de los entes territoriales, es claro que en nada afecta la autonomía de estos entes, el que el Congreso de la República, facultado por la propia Constitución para señalar los principios a los que debe someterse el Gobierno Nacional para ejercer la atribución de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, haga extensibles éstos a todos los empleados públicos sin distinción alguna, por cuanto no existe razón constitucional que justifique la diferenciación. Así lo entendió el propio legislador al expedir la ley 4ª de 1992, al determinar (...):

Significa lo anterior que pese a la autonomía y facultades que la Constitución reconoce a las corporaciones públicas administrativas de los distintos entes territoriales y a sus jefes máximos en materia salarial (artículos 287; 300, numeral 7, 313, numeral 6; 305, numeral 7 y 315, numeral 7 de la Constitución), la competencia de éstos se encuentra circunscrita no sólo por la ley general que sobre la materia expida el Congreso de la República, sino por las normas que, dentro de su competencia, dicte el Gobierno Nacional para el desarrollo de la mencionada ley. Al respecto, esta Corporación ha dicho:

"... 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; en efecto, la determinación del régimen prestacional y salarial de los empleados departamentales y municipales se encuentra constitucionalmente establecido en el artículo 150 superior,

"En vigencia de la nueva Carta, el régimen de salarios y prestaciones sociales de los empleados públicos del orden territorial, es competencia concurrente del Presidente de la República, de acuerdo con los objetivos y criterios señalados por el legislador mediante normas de carácter general o leyes marco según lo dispone la función 19, literales e), f) del artículo en mención de la Carta de 1991...

"De lo anterior se desprende que la técnica de las leyes marco es empleada por el constituyente y el legislador con el fin de distribuir las competencias sobre determinadas materias para otorgar mayor solidez, legitimidad y planificación en las políticas sobre presupuesto, gasto público y distribución racional de la función pública.

"Ahora bien, a juicio de la Corte las competencias en materia salarial deferidas al Congreso de la República y al Gobierno son complementadas por el constituyente en el orden territorial con las funciones atribuidas a las autoridades seccionales y locales, como en el caso de las Asambleas Departamentales y al Gobernador y a los concejos municipales y al alcalde...." (Cfr. Sentencia C-054 de 1998. Magistrado ponente, doctor Fabio Morón Díaz).

4.2. Dentro de este contexto, se pregunta, **¿cuál es el marco de competencia de las corporaciones públicas territoriales en materia salarial y prestacional de los empleados de su administración?**

4.2.1. La propia constitución da una primera respuesta a este interrogante, 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 públicas territoriales y que éstas tampoco podrán arrogárselas. Debe entenderse, entonces, que corresponde única y exclusivamente al Gobierno Nacional fijar el régimen prestacional de los empleados públicos de los entes territoriales, siguiendo, obviamente, los parámetros establecidos por el legislador en la ley general.**

4.2.2. En cuanto a **la asignación salarial**, la respuesta se encuentra en el párrafo del artículo 12 de la ley 4ª de 1992, cuando señala que **"El Gobierno señalará el límite máximo salarial de estos servidores -se refiere a los de las entidades territoriales- guardando equivalencia con cargos similares en el orden nacional".**

Esta atribución que radicó la ley general de salarios y prestaciones en cabeza del Gobierno Nacional, fue declarada exequible por esta Corporación en sentencia C-315 de 1995. En esa oportunidad, la Corte consideró que la competencia del Gobierno para fijar el límite máximo salarial de la remuneración de los empleados de los entes territoriales, armonizaba con los principios de economía, eficacia y eficiencia que rigen el gasto público, y no desconocía ni la competencia que la Constitución expresamente otorgó a las autoridades de estos 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), como tampoco cercenaba el principio de autonomía de que trata el artículo 287 de la Constitución. (...)

Dentro de este contexto, ha de colegirse que la competencia para determinar el régimen salarial de los empleados de las entidades territoriales, en el marco de la Constitución de 1991, requiere una interpretación sistemática y coherente de sus mandatos, a efectos de hacer compatible la autonomía que se reconoce a los entes territoriales, en especial, el que hace referencia a la facultad de gobernarse por autoridades propias (artículo 287, numeral 1), con el esquema del Estado colombiano definido como una República unitaria, para lograr que las atribuciones de los distintos órganos a nivel central y territorial no resulte anulada. En otros términos, que la forma como llegue a ejercer uno cualesquiera de estos órganos su función, no niegue o invalide la de los otros.

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. (Resaltado y subrayado fuera de texto).

Continuando con el asunto materia de la consulta, igualmente es preciso citar el Concepto 1339 del 18 de julio de 2002, proferido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de estado, Consejero Ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce, donde se precisan los conceptos de *salario, sueldo, factor salarial, asignación básica, emolumentos y escalas de remuneración*, en los siguientes términos:

"El salario" "... aparece (...) como la remuneración social más inmediata o directa que el trabajador recibe por la transmisión que hace de su fuerza de trabajo para ponerla a disposición del empleador..."⁴. En efecto, según el artículo 127 del Código Sustantivo de Trabajo (subrogado por el artículo 14 de la ley 50 de 1990) "**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 y comisiones.**" En similar sentido el artículo 42 del decreto 1042 de 1978 establece que "**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.**"⁵

El sueldo⁶, tal y como lo precisó esta Sala en Consulta 705 de 1995, es una noción restringida que coincide con la asignación básica fijada por la ley para los diversos cargos de la administración pública, mientras que **el salario es una noción amplia que comprende todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios.**

La asignación básica correspondiente a cada empleo, según el artículo 13 del decreto 1042 de 1978, está determinada por sus funciones y responsabilidades, así como por los requisitos de conocimientos y experiencia requeridos para su ejercicio, según la denominación y el grado establecidos en la nomenclatura y la escala del respectivo nivel.

Según el artículo 42 *ibídem* **son factores de salario**, y por ende deben entenderse como una retribución o contraprestación directa por los servicios que presta el trabajador: **la asignación básica, el valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, los incrementos por antigüedad, los gastos de representación, la prima técnica, el auxilio de transporte, el auxilio de alimentación, la prima de servicio, la bonificación por servicios prestados y los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión.**

Emolumento lo define el Diccionario de la Lengua Española como "Gaje, utilidad o propina que corresponde a un cargo o empleo."⁷

Por último, la escala de remuneración, o tabla salarial, "...consiste en un ordenamiento numérico contentivo de los diferentes grados de remuneración que pueden existir, ubicados desde el inferior hasta el superior; para hacerles corresponder a cada uno de ellos determinadas consecuencias económicas, las que se reconocen por unidad de tiempo de servicio." (Resaltado y subrayado fuera de texto).

Se tiene entonces, que los viáticos, cuya norma base es el artículo 61 del decreto 1042 de 1978, constituyen factor salarial, y en consecuencia se encuentran comprendidos dentro del concepto de salario, ya que éste no sólo está conformado por la asignación básica, sino por *todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución a sus servicios*.

Ahora bien, el Gobierno Nacional, en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 4 de 1992, expidió para la vigencia del año 2006, el Decreto 397 del 8 de febrero de 2006, "por medio del cual se fijan los límites máximos salariales de los Gobernadores y Alcaldes y se dictan otras disposiciones en materia prestacional"; y en relación con los viáticos, dispuso en su artículo 5º:

"Artículo 5º. 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 del Orden 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." (Resaltado y subrayado fuera de texto).

Por su parte, el Decreto 399 de 2006, fija la escala de viáticos para los empleados públicos de que trata el artículo 01 de la Ley 04 de 2006, escala que limita los valores a la base de liquidación salarial de los Empleados, tomando en cuenta la asignación mensual, los gastos de representación y los incrementos de salario por antigüedad. Establece el mencionado Decreto lo siguiente:

"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

Hasta	615.576	Hasta	55.826
De 615.577	a 967.318	Hasta	76.300
De 967.319	a 1.291.717	Hasta	92.579
De 1.291.718	a 1.638.369	Hasta	107.725
De 1.638.370	a 1.978.672	Hasta	123.702
De 1.978.673	a 2.984.140	Hasta	139.624
De 2.984.141	a 4.170.801	Hasta	169.596
De 4.170.802	en adelante	Hasta	228.785

COMISIONES DE SERVICIO EN EL EXTERIOR

Base de liquidación Viáticos diarios en dólares estadounidenses para comisiones en:

Centroamérica, el Caribe y Suramérica excepto Brasil, Chile, Argentina y Puerto Rico
Estados Unidos, Canadá, México, Chile, Brasil, África y Puerto Rico
Europa, Asia, Oceanía y Argentina

Hasta	615.576	Hasta	80	Hasta	100	Hasta	140
-------	---------	-------	----	-------	-----	-------	-----

De	615.577 220	a	967.318	Hasta	110	Hasta	150	Hasta
De	967.319 300	a	1.291.717	Hasta	140	Hasta	200	Hasta
De	1.291.718 320	a	1.638.369	Hasta	150	Hasta	210	Hasta
De	1.638.370 350	a	1.978.672	Hasta	160	Hasta	240	Hasta
De	1.978.673 360	a	2.984.140	Hasta	170	Hasta	250	Hasta
De	2.984.141 370	a	4.170.801	Hasta	180	Hasta	260	Hasta
De	4.170.802 380		En adelante	Hasta	200	Hasta	265	Hasta

Artículo 2°. 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.

Artículo 3°. El reconocimiento y pago de viáticos será ordenado en el acto administrativo que confiere la comisión de servicios, en el cual se expresa el término de duración de la misma, de conformidad con lo previsto en el artículo 65 del Decreto-ley 1042 de 1978.

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.

Parágrafo. Los viáticos estarán destinados a proporcionarle al empleado manutención y alojamiento.

No habrá lugar al pago de viáticos o su pago se autorizará en forma proporcional, a criterio de la entidad y con fundamento en los aspectos previstos en el artículo 2° de este Decreto, cuando en el caso de otorgamiento de comisiones de servicio para atender invitaciones de gobiernos extranjeros, de organismos internacionales o de entidades privadas, los gastos para manutención y alojamiento o para cualquiera de ellos fueren sufragados por el respectivo gobierno, organismo o entidad."

Se concluye:

Sin lugar a equívocos, se desprende del fallo de la Corte Constitucional (C-510 de 1999), que:

Corresponde al Gobierno Nacional establecer directamente los salarios y prestaciones sociales de todos los empleados públicos.

Las funciones conferidas por el artículo 150, numeral 19, inciso final de la Carta Política, al Gobierno nacional en materia de prestaciones son indelegables en las corporaciones públicas territoriales, y éstas tampoco pueden arrogárselas, razón por la cual debe entenderse, que corresponde única y exclusivamente al Gobierno Nacional fijar el régimen prestacional de los empleados públicos territoriales.

El límite máximo salarial de todos los servidores públicos de las entidades territoriales, es determinado por el Gobierno Nacional, de tal manera que éstas no pueden desbordar este marco.

Así las cosas, un Alcalde o un Gobernador, o cualquier otra autoridad territorial, no podrán percibir, por concepto de viáticos, valores superiores a los contenidos en el Decreto 399 de 2006, para el presente año, o en los decretos que expida el Gobierno Nacional anualmente en esta materia.

Los cuerpos colegiados del nivel territorial, deben dar aplicación a lo dispuesto por el Gobierno Nacional en relación con las escalas de viáticos fijadas por éste anualmente (Decreto 397 de 2006), y no podrán exceder dichos límites, con fundamento en la autonomía territorial, en tanto que dicha autonomía, en materia salarial, se encuentra condicionada a los parámetros señalados por el Congreso Nacional y desarrollados por el Gobierno.

2.4.- Gestor Fiscal:

Como bien lo ha señalado esta oficina en conceptos anteriores, para efectos de determinar la "*responsabilidad fiscal que se predica del gestor fiscal*", es necesario precisar, el alcance de lo que se debe entender por "*gestión fiscal*", para lo cual es importante traer a colación el concepto del 31 de julio de 1996 (Consulta 848), en la que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, expresó:

"Gestión fiscal es, entonces, el conjunto de actividades económico jurídicas relacionadas con la adquisición, conservación, explotación, enajenación, consumo o disposición de los bienes del Estado, así como la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines de éstos (sic) y realizadas por los órganos o entidades de naturaleza jurídica pública o por personas naturales o jurídicas de carácter privado." (Resaltado y subrayado fuera de texto).

En el mismo sentido, el legislador con el fin de dar completa precisión a este aspecto tan decisivo para el ejercicio la acción fiscal, en el artículo 3º de la Ley 610 de 2000, estableció:

"Gestión fiscal. Para los efectos de la presente ley, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales."

En sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, del 26 de agosto de 2004, el Consejo de Estado en relación con tema expresó, que el concepto de "gestión fiscal" *no puede restringirse a un aspecto meramente económico-formalista, sino que se debe abogar por un patrimonio público dinámico eficiente y eficaz, orientado a alcanzar los resultados de una gestión proyectada, para satisfacer el interés general.*

"...En síntesis, con arreglo a la nueva Carta Política **la gestión fiscal no se puede reducir a perfiles económico-formalistas, pues, en desarrollo de los mandatos constitucionales y legales el servidor público y el particular, dentro de sus respectivas esferas, deben obrar no solamente salvaguardando la integridad del patrimonio público, sino ante todo, cultivando y animando su específico proyecto de gestión y resultados.** Proceder éste que por entero va con la naturaleza propia de las cosas públicas, por cuanto la efectiva realización de los planes y programas de orden socio-económico, a tiempo que se sustenta y fortalece sobre cifras fiscales, funge como expresión material de éstas y de la acción humana, por donde la adecuada preservación y utilización de los bienes y rentas del Estado puede salir bien librada a instancias de la vocación de servicio legítimamente entendida, antes que de un plano y estéril cumplimiento normativo, que no por obligatorio garantiza sin más la realización práctica de las tareas públicas. Por esto mismo, a título de corolario se podría agregar que: el servidor público o el particular -dentro de una dimensión programática-, con apoyo en los bienes y fondos estatales puestos a su cuidado pueden alcanzar los objetivos y resultados de la gestión proyectada, al propio tiempo que dichos bienes y fondos despliegan su eficiencia económica manteniendo la integralidad patrimonial que la vida útil y la circulación monetaria les permite. **Se trata entonces de abogar por la integridad y fortalecimiento de un patrimonio público dinámico, eficiente y eficaz, en la senda de la gestión estatal que por principio debe privilegiar el interés general sobre el interés particular; lo que equivale a decir que: la mejor manera de preservar y fortalecer el patrimonio público se halla en la acción programática, que no en la mera contemplación de unos haberes "completos" pero inertes.** (Resaltado y subrayado fuera de texto).

Señala además el citado fallo:

El proceso de responsabilidad fiscal se fundamenta en el numeral 5 del artículo 268 de la Constitución, según el cual el Contralor General de la República tiene la atribución de establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la misma, facultades que a su vez tienen asiento en la función pública de vigilancia y control sobre la gestión fiscal que realicen los servidores públicos o los particulares en relación con los bienes y recursos estatales puestos a su cargo. Funciones éstas que por igual se predicán de las contralorías territoriales (art. 272, inc. 6º C.P.). (Resaltado y subrayado fuera de texto).

Por su parte el artículo 6 de la Ley 610 de 2000, establece:

"Daño Patrimonial al Estado. Para efectos de esta ley se entiende por daño patrimonial al estado la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, **producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia de las contralorías.**

25

Dicho daño podrá ocasionarse por la acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o culposa produzca directamente o contribuyan al detrimento del patrimonio público." (Resaltado y subrayado fuera de texto).

Nótese que la citada norma, para efectos de la responsabilidad fiscal, exige como presupuesto que el daño al patrimonio público que sufra el Estado, sea consecuencia de una *gestión fiscal* antieconómica, ineficaz, ineficiente, inequitativa e inoportuna; pues si el daño es imputable a causa distinta de una gestión fiscal irregular, no da lugar a dicha responsabilidad, pues como bien lo ha sostenido la Corte Constitucional: "los daños al patrimonio del Estado pueden porvenir de múltiples fuentes y circunstancias, dentro de las cuales la irregularidad en el ejercicio de la gestión fiscal es apenas una entre tantas." (Sentencia C-840, del 9 de agosto de 2001, Expediente: D-3389, Magistrado Ponente Dr. Jaime Arujo Rentería).

Situación similar se observa en el artículo 7, de la Ley 610 de 2000, en relación con la pérdida, daño, deterioro, de los bienes del Estado para que pueda predicarse la responsabilidad fiscal, pues la misma debe obedecer al *ejercicio de actos propios de la gestión fiscal*. Señala la norma:

"Pérdida, daño o deterioro de bienes. En los casos de pérdida, daño o deterioro por causas distintas al desgaste natural que sufren las cosas, de bienes en servicio o inservibles no dados de baja, únicamente procederá derivación de responsabilidad fiscal cuando el hecho tenga relación directa con el ejercicio de actos propios de la gestión fiscal por parte de los presuntos responsables.

En los demás eventos de pérdida, daño o deterioro de este tipo de bienes, el resarcimiento de los perjuicios causados al erario procederá como sanción accesoria a la principal que se imponga dentro de los procesos disciplinarios que se adelanten por tales conductas o como consecuencia civil derivada de la comisión de hechos punibles, según que los hechos que originaron su ocurrencia correspondan a las faltas que sobre guarda y custodia de los bienes estatales establece el Código Disciplinario Único o a los delitos tipificados en la legislación penal. (Resaltado y subrayado fuera de texto)

La disposición revisada prevé igualmente dos situaciones alinderadas por la relación del sujeto con la gestión fiscal. La primera hipótesis se produce cuando la pérdida, daño o deterioro del bien público *se deriva del ejercicio de la gestión fiscal por parte del presunto responsable*; la segunda, cuando el daño, deterioro o pérdida del bien público es ajeno a ésta pero lesiona otros intereses tutelados por nuestro ordenamiento. En el primer caso, hay lugar al ejercicio de la acción fiscal, es decir, a la apertura de un proceso de responsabilidad fiscal, además del ejercicio de la acción penal y/o disciplinaria a que hubiere lugar. En el segundo caso, no hay responsabilidad fiscal, pero sí puede existir responsabilidad penal o disciplinaria y en consecuencia, sólo procede el inicio de las correspondientes acciones.

En concordancia con lo anterior, el artículo 1º de la Ley 610 de 2000, define el proceso de responsabilidad fiscal y destaca que su objetivo es establecer "la *responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares...*". A su turno, el citado artículo 3º de la misma legislación, define en qué consiste la *gestión fiscal*,

definición que converge con el aludido artículo 6º ibídem, relativo al daño patrimonial al Estado, el cual se produce "por acción o por omisión...". En este orden de ideas, el proceso de responsabilidad fiscal, gira en torno a determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en *ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión* de ésta causen, por acción u omisión, un daño al patrimonio del Estado. Así lo ha puesto de presente la Corte Constitucional cuando, al referirse a estos temas, expresó:

"[...] Al amparo de la nueva concepción que sobre control fiscal incorpora la Constitución de 1991, la ley 610 de 2000 prescribe en su artículo 3 la noción de gestión fiscal... Como bien se aprecia se trata de una definición que comprende las actividades económicas, jurídicas y tecnológicas como universo posible para la acción de quienes tienen la competencia o capacidad para realizar uno o más de los verbos asociados al tráfico económico de los recursos y bienes públicos, en orden a cumplir los fines esenciales del Estado conforme a unos principios que militan como basamento, prosecución y sentido teleológico de las respectivas atribuciones y facultades. Escenario dentro del cual discurren entre otros el ordenador del gasto, el jefe de planeación, el jefe jurídico, el almacenista, el jefe de presupuesto, el pagador o tesorero, el responsable de la caja menor, y por supuesto, los particulares que tengan capacidad decisoria frente a los fondos o bienes del erario público puestos a su cargo. Siendo patente que en la medida en que los particulares asuman el manejo de tales fondos o bienes, deben someterse a esos principios que de ordinario son predicables de los servidores públicos, a tiempo que contribuyen directa o indirectamente en la concreción de los fines del Estado.

[...] El sentido unitario de la expresión o con ocasión de ésta solo se justifica en la medida en que los actos que la materialicen comporten una relación de conexidad próxima y necesaria par el desarrollo de la gestión fiscal. Por lo tanto, en cada caso se impone examinar si la respectiva conducta guarda alguna relación para con la noción específica de gestión fiscal, bajo la comprensión de que esta tiene una entidad material y jurídica propia que se desenvuelve mediante planes de acción, programas, actos de recudo, administración, inversión, disposición y gasto, entre otros, con miras a cumplir las funciones constitucionales y legales que en sus respectivos ámbitos convocan la atención de los servidores públicos y los particulares responsables del manejo de fondos o bienes del Estado. En concordancia con estos lineamientos estipula el artículo 7 de la ley 610: "(...) únicamente procederá derivación de responsabilidad fiscal cuando el hecho tenga relación directa con el ejercicio de actos propios de la gestión fiscal por parte de los presuntos responsables". Y a manera de presupuesto el artículo 5 de esta ley contempla como uno de los elementos estructurantes de la responsabilidad fiscal, "la conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal".....".

De acuerdo con esto, la locución demandada ostenta un rango derivado y dependiente respecto de la gestión fiscal propiamente dicha, siendo a la vez manifiesto su carácter restringido en tanto se trata de un elemento adscrito dentro del marco de la tipicidad administrativa. De allí que, según se vio en párrafos anteriores, el ente fiscal deberá precisar rigurosamente el grado de competencia o capacidad que le asiste al servidor público o al particular en torno a una específica expresión de la gestión fiscal, descartándose de plano cualquier relación implícita, tácita o analógica que por su misma fuerza

rompa con el principio de tipicidad de la infracción. De suerte tal que solo dentro de estos taxativos parámetros puede aceptarse válidamente la permanencia, interpretación y aplicación del segmento acusado. (Subraya fuera de texto). Una interpretación distinta a la aquí planteada conduciría al desdibujamiento de la esencia propia de las competencias, capacidades, prohibiciones y responsabilidades que informan la gestión fiscal y sus cometidos institucionales.

[...] Por lo mismo cuando el daño patrimonial al Estado sea consecuencia de la conducta de una persona que tenga la titularidad jurídica para manejar los fondos o bienes del Estado materia del detrimento, procederá la apertura del correspondiente proceso de responsabilidad fiscal, sea que su intervención haya sido directa o a guisa de contribución. En los demás casos, esto es, cuando el autor o participe del daño al patrimonio público no tiene poder jurídico para manejar los fondos o bienes del Estado afectados, el proceso atinente al resarcimiento del perjuicio causado será otro diferente, no el de responsabilidad fiscal.

[...] Lo cual implica que si una persona que ejerce gestión fiscal respecto de unos bienes o rentas estatales, causa daño a ciertos haberes públicos que no se hallan a su cargo, el proceso a seguirle no será el de responsabilidad fiscal, pues como bien se sabe, para que este proceso pueda darse en cabeza de un servidor público o de un particular, necesaria es la existencia de un vínculo jurídico entre alguno de estos y unos bienes o fondos específicamente definidos. Es decir la gestión fiscal está ligada siempre a unos bienes o fondos estatales inequívocamente definidos. Es decir, la gestión fiscal está ligada siempre a unos bienes o fondos estatales inequívocamente estipulados bajo la titularidad administrativa o dispositiva de un servidor público o de un particular, concretamente identificados. (Corte constitucional, sentencia C - 840 de 2001). (Resaltado y subrayado fuera de texto).

Se concluye:

De lo expresado por la Corte Constitucional, en el citado fallo, es claro, que cuando el daño patrimonial al Estado sea una consecuencia de la conducta de una persona que tenga la titularidad jurídica para manejar los fondos o bienes del Estado materia del detrimento, procederá la apertura del correspondiente proceso de responsabilidad fiscal, sea que su intervención haya sido directa o a modo de participación.

Cuando el autor o participe del daño al patrimonio público no tiene el poder jurídico para manejar fondos o bienes del Estado afectados, el proceso atinente al resarcimiento de perjuicios será otro diferente, y no el de responsabilidad fiscal.

Para que pueda predicarse la responsabilidad fiscal de un servidor público o de un particular, es necesaria la existencia de un vínculo jurídico entre éstos y unos bienes o fondos estatales específicamente definidos, es decir, la gestión fiscal está ligada siempre a dichos bienes y fondos inequívocamente estipulados bajo la titularidad administrativa o dispositiva del servidor o del particular, concretamente identificados. De tal manera que la gestión fiscal, constituye un presupuesto sine qua non, para efectos de determinar la responsabilidad fiscal

El ente fiscal está obligado a precisar rigurosamente el "grado de competencia o capacidad que le asiste al servidor público o al particular" en torno de la gestión fiscal y sus cometidos institucionales".

Sólo resta puntualizar que este concepto se emite dentro de los parámetros establecidos en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, con base en la información que ha sido suministrada por usted a este Despacho y, por tanto, no tiene carácter obligatorio, ni fuerza vinculante.

Confiando en que la inquietud planteada haya sido absuelta, se suscribe de usted,

Cordialmente,

ANA LYDA PERAFFÁN CABRERA
Directora Oficina Jurídica

ALPC

¹ "(Del lat. *Salarium*, de *sal*, sal.)m. Estipendio, remuneración de un trabajo o servicio.// 2. En especial, cantidad de dinero con que se retribuye a los trabajadores manuales." (Diccionario de la Lengua Española, vigésima edición, 1984).

² Sentencia del 12 de febrero de 1993, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Magistrado Ponente Dr. Hugo Suescún Pujols.

³ Esta Sala en Consulta del 6 de diciembre de 1967 dijo: "Tanto en el sector público como en el privado, debe considerarse como sueldo o salario para los efectos legales, toda retribución cuya naturaleza sea, por su habitualidad, propósito y circunstancias, la de remunerar los servicios personales del trabajador en beneficio directo y principal de éste, aunque otra sea su denominación y el pago se descomponga en diferentes partidas." En consultas 705 de 1995 y 785 de 1996, también se estudió el tema.

⁴ "(Del lat. *Solidus*.) m. ...3. Remuneración asignada a un individuo por el desempeño de un cargo o servicio profesional." Remuneración: "Acción y efecto de remunerar.// 2. Lo que se da o sirve para remunerar." Remunerar "Recompensar, premiar, galardonar." (diccionario citado). La ley 83 de 1831, dispuso en su artículo 24 que "Los sueldos y salarios deberán ser pagados por períodos iguales y vencidos, en moneda legal.

⁵ YOUNES MORENO, Diego. Derecho Administrativo Laboral. Editorial Temis. Bogotá, 1998, p. 94

2d