



324

Radicado: 1976 - 2013
Demandante: Auditoría General de la República

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A

CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá D. C., veintiuno (21) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

Referencia: NULIDAD – Código Contencioso Administrativo

Radicación: 1800112331000200400500 01 (1976-2013)

Demandante: AUDITORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Demandado: CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL DEL CAQUETÁ

Temas: Legitimación en la causa por pasiva. Capacidad de contraloría departamental para ser parte procesal. Decisiones inhibitorias. Jurisprudencia de la Corporación sobre capacidad de las contralorías territoriales para ser parte y para actuar en los procesos. Acto de liquidación de presupuesto. Competencia para fijar escala de viáticos de empleados territoriales.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

SE. 009

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la **AUDITORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA** contra la sentencia del 13 de septiembre de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo del Caquetá, notificada por edicto desfijado el 25 de septiembre de 2012, mediante la cual decidió: «**DECLARAR** probada la excepción de **FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA** respecto de la **CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL DEL CAQUETÁ**, de manera oficiosa y en consecuencia, declárese la inhibición para conocer de fondo las pretensiones de la demanda, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia».

I. LA DEMANDA¹

Pretensiones

En ejercicio de la acción que denominó de nulidad simple, invocando el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, Decreto Ley 01 de 1984, la Auditoría General de la República pidió² declarar la nulidad parcial de la Resolución 001 del

¹ Folios 19 a 45

² Folio 43



07 de enero de 2004, expedida por el Contralor departamental de Caquetá, «*POR LA CUAL SE LIQUIDA EL PRESUPUESTO DE RENTAS Y GASTOS DE LA CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL DEL CAQUETÁ, PARA LA VIGENCIA FISCAL DEL 2004*», en la parte correspondiente al inciso tercero sobre viáticos y gastos de viaje que expresa:

«RESOLUCIÓN No. 001 del 07 Enero 2004
"POR LA CUAL SE LIQUIDA EL PRESUPUESTO DE RENTAS Y GASTOS DE LA CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL DEL CAQUETÁ, PARA LA VIGENCIA FISCAL DEL 2004"
EL CONTRALOR DEPARTAMENTAL DEL CAQUETÁ
En uso de sus atribuciones Constitucionales y Legales en especial las que le confiere el Estatuto Orgánico de Presupuesto

[...] CUARTA PARTE:
[...] ARTÍCULO CUARTO:
[...] GASTOS GENERALES:
[...] VIÁTICOS Y GASTOS DE VIAJE:
[...] «Cuando a un funcionario público al servicio de la Contraloría Departamental del Caquetá, le sea conferida una comisión dentro del territorio nacional, pero fuera del Departamento, se le autorizará el pago de viáticos diarios del 100% si se pernocta y el 50% no pernoctados, según la siguiente escala de remuneración mensual:

HASTA			\$ 462.000	\$51.000	DIARIOS
DE	462.001	A	792.000	72.000	DIARIOS
DE	792.001	A	1.065.000	86.000	DIARIOS
DE	1.065.001	A	1.359.000	101.000	DIARIOS
DE	1.359.001	A	1.648.000	115.000	DIARIOS
DE	1.648.001	A	2.521.000	131.000	DIARIOS
DE	2.521.001	A	3.552.000	157.000	DIARIOS
DE	3.552.001		EN ADELANTE	212.000	DIARIOS

[...]»³

Normas violadas y concepto de la violación⁴

La demanda citó como disposiciones violadas las siguientes:

Constitucionales: los artículos 1°, 2°, 113, 121, 123 inciso segundo, 150 numeral 19 literales e) y f), 287, 300 numeral 7° y 305 numeral 7° de la Constitución Política.

³ Folios 4, 8, 13 y 14

⁴ Folios 20 y 21



Legales: Decreto Ley 1042 de 1978, artículos 61, 64, 65, 71, 72; Decreto 3537 de 10 de diciembre de 2003 "Por el cual se fijan las escalas de viáticos", artículos 1° y 2°.

Causales de nulidad en que se fundamenta la acusación

La acusación se fundamenta en las causales de nulidad de **"falta de competencia"** e **"infracción de normas superiores"**, contempladas en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo.

Concepto de violación

El **concepto de violación** de las normas invocadas expone los siguientes fundamentos:

1.- Colombia es un Estado social de derecho. Las autoridades están comprometidas en respetar la vigencia de un orden justo y en ejercer sólo las competencias que les han sido expresamente atribuidas, según lo prescriben los artículos 1° y 2° de la Constitución Política. Con base en la estructura del Estado definida en el artículo 113 y siguientes de la Constitución, los diferentes órganos tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines y ejercen sólo las funciones que les atribuyen la Constitución y la Ley (artículo 121), aspecto que se ratifica en el inciso segundo del artículo 123 de la Constitución, que establece que los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad y que ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. En cuanto a las entidades territoriales, las corporaciones de elección popular y los órganos de control, como las Contralorías Departamentales, actúan dentro del marco establecido en la Constitución y la Ley, pues, como bien lo establece el artículo 287 de la Constitución, sus facultades se desarrollan de manera autónoma y dentro de los límites establecidos por el ordenamiento superior.

2.- Desconocimiento de normas superiores que definen el régimen de viáticos excediendo el marco de competencias. En el sector público, los viáticos son sumas destinadas a garantizar que el funcionario que recibe comisión para desarrollar funciones por fuera de su sede habitual de trabajo, tenga capacidad económica para atender los gastos en que deba incurrir. Su

reconocimiento está sujeto a la observancia de los parámetros que señale el Gobierno Nacional, y no pueden ser variados por las corporaciones de elección popular de las entidades territoriales, ni por entidades como las Contralorías Departamentales, so pena de incurrir en las causales de anulación del acto por falta de competencia e infracción de normas superiores contempladas en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo. La competencia para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados del nivel territorial, se remonta a la Constitución de 1886 (*inciso 2° del artículo 62, correspondiente al 5° del plebiscito de 1° de diciembre de 1957 y los numerales 1°, 9° y 10° del artículo 76*) de acuerdo con la cual solo el Congreso de la República estaba facultado para definir el régimen salarial y prestacional de los empleados vinculados al servicio de las entidades territoriales. Aunque esta regla no figuraba expresamente en la Constitución, se infería de la cláusula general de competencia reconocida al Congreso para reglar lo concerniente al servicio público. En la reforma de 1968 la competencia para establecer el régimen de prestaciones aplicables a los empleados territoriales tampoco se radicó en los departamentos por cuanto esto conduciría «[. . .] a crear odiosas diferenciaciones entre empleados de los departamentos ricos y los de aquellos de escasos recursos fiscales», posición que se mantuvo y que, al presente, obedece a consideraciones de eficiencia en el gasto y de realización del principio de igualdad entre todos los empleados del Estado. En materia salarial, el constituyente fue un poco más laxo y desde 1910 permitió a las asambleas departamentales fijar las escalas de remuneración de las diferentes clases de empleos, participando así en la definición del régimen salarial aplicable para esta clase de servidores. Actualmente, la Constitución de 1991 radicó en el Congreso y el Gobierno Nacional la definición del régimen salarial y prestacional aplicable a los servidores públicos, y prohibió a las autoridades de las entidades territoriales arrogarse tal facultad, de conformidad con lo establecido en los literales e) y f) del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política, según los cuales le corresponde al primero dictar las normas generales y señalar los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, y regular el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales.

Pese a la claridad de estas normas, existe confusión debido a que los artículos 300 y 313 de la Constitución Política reconocen facultades a las corporaciones de elección popular departamentales, distritales y municipales para fijar las escalas de remuneración correspondientes a las diferentes categorías de empleos, y los



Radicado: 1976 - 2013
Demandante: Auditoría General de la República

artículos 305 y 315 atribuyen a 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. Pero es dable superar la aparente contradicción al verificar lo que efectivamente establecen las disposiciones mencionadas y lo que sobre el particular ha indicado la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la doctrina sentada por el Consejo de Estado a través de su Sala de Consulta y Servicio Civil. Una interpretación distinta de las normas constitucionales no sólo las contrariaría, sino que propiciaría la implementación de un orden jurídico desigual e injusto pues cada autoridad local podría determinar en forma diferente el régimen salarial aplicable a sus empleados, reconociendo en ocasiones más derechos de los establecidos para los demás funcionarios, o restringiéndolos injustamente. La Ley 4ª. del 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 miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública 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»*, 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.»

3.- El concepto de salario. Doctrinaria y jurisprudencialmente se ha entendido que el concepto de salario comprende todas las sumas que de manera habitual y periódica recibe el empleado como retribución de sus servicios. Al incluir éste concepto el sueldo, los sobresueldos, las bonificaciones, los gastos de representación, entre otros factores de remuneración, se puede 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. En tal sentido, en el sector público nacional los factores que constituyen salario se encuentran claramente definidos desde el Decreto Ley 1042 de 1978, cuyo artículo 42 estableció expresamente que constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios y que son

factores de salario, entre otros, los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión.

4. Normas vigentes para la época de expedición del acto demandado. Para la época de la demanda y de la expedición del acto administrativo demandado, la asignación básica mensual máxima permitida para las entidades territoriales la fijó el Gobierno Nacional mediante el Decreto 3537 del 11 de diciembre de 2003. En cuanto a los demás factores que constituyeran salario para los empleados públicos del nivel territorial, no los había reglamentado en forma expresa el Gobierno Nacional, pese a que algunos de esos pagos tuvieran por objeto remunerar actividades que se debían desarrollar para el adecuado cumplimiento de las funciones y cometidos que les hubieran sido encomendados a los departamentos, distritos y municipios. Sin embargo, la ausencia de reglamentación de los factores salariales que podían ser reconocidos en las entidades territoriales no habilitaba a las asambleas, concejos o gobernadores ni a las contralorías departamentales para establecerla mediante Ordenanzas, Acuerdos, Decretos o Resoluciones. Ante la ausencia de norma y la necesidad de conferir comisiones de servicios, las autoridades locales podían aplicar las normas expedidas para los empleados públicos del orden nacional, respetando los parámetros establecidos por el Gobierno Nacional. En tal sentido, el marco legal vigente en materia de viáticos estaba constituido por los artículos 61, 64, 65, 71 y 72 del Decreto Ley 1042 de 1978 y por el Decreto 3537 de 10 de diciembre de 2003 *«Por el cual se fijan las escalas de viáticos»*. En el Decreto 1042 de 1978 se reconoció a los empleados públicos del orden nacional el derecho a percibir viáticos cuando les correspondiera viajar dentro o fuera del país en comisión de servicios y debieran permanecer por lo menos un día completo en el lugar de la comisión, fuera de su sede habitual de trabajo, ya que según el literal h) del artículo 42 del Decreto 1042 de 1978, los viáticos suponen el cumplimiento de misiones oficiales conferidas por los superiores y constituyen salario.

Para 2004, el Gobierno Nacional reglamentó el reconocimiento de viáticos mediante el Decreto 3537 de 10 de diciembre de 2003 *«Por el cual se fijan las escalas de viáticos»*, cuyos artículos primero, segundo y tercero establecieron:

«Artículo 1º.- A partir de la vigencia del presente Decreto, fíjese 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 SERVICIO EN EL INTERIOR DEL PAÍS

BASE DE LIQUIDACIÓN		VIÁTICOS DIARIOS	
Hasta	\$550.532	Hasta	49.926
De 550.533 a	874.636	Hasta	68.237
De 874.637 a	1.169.842	Hasta	82.796
De 1.169.843 a	1.486.898	Hasta	96.342
De 1.486.898 a	1.798.481	Hasta	110.631
De 1.798.481 a	2.721.737	Hasta	124.870
De 2.721.737 a	3.813.913	Hasta	151.676
De 3.813.914 en adelante		Hasta	204.610

[. . .] **Artículo 2º.- Los organismos y entidades fijarán el valor de los viáticos según 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 3º.- 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 2º. 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.»

5. La Resolución No. 001 de 2004 expedida por la Contraloría Departamental.
Este acto administrativo desconoció los límites establecidos por concepto de viáticos para cada rango de salario por el Gobierno Nacional, lo cual se establece de la simple comparación entre los límites establecidos por el Gobierno y los límites establecidos por la Contraloría Departamental, respectivamente. En el aparte acusado de la Resolución No. 001 de 2004, se reconoció la posibilidad de

pagar valores superiores a los fijados por el Gobierno Nacional en los eventos en que la comisión se deba cumplir por fuera del departamento. Una previsión como ésta, vulneró el artículo 2º. del Decreto 3537 de 10 de diciembre de 2003, pues a pesar de que se reconoce que las autoridades podrán fijar las escalas de viáticos a reconocer a los empleados públicos atendiendo a criterios como la remuneración mensual del comisionado, la naturaleza de los asuntos confiados y el costo de vida del lugar o sitio en donde deba llevarse a cabo la labor, tal determinación no puede desconocer “*el valor máximo de las cantidades señaladas*” según el artículo 1º. del Decreto. El desconocimiento de la restricción establecida en los artículos 1.º y 2.º del Decreto 3537 de 2003 del Gobierno Nacional, constituye extralimitación de funciones de la Contraloría Departamental y suplantación a las autoridades facultadas para definir el régimen salarial aplicable a los funcionarios de esa entidad, como se dijo; además, con cargo al presupuesto de la entidad, es decir, los recursos públicos administrados por la Contraloría departamental, se cancelaron, por concepto de viáticos, sumas superiores a las autorizadas para empleados públicos del orden nacional que pertenecían al mismo nivel jerárquico. Por ejemplo, por efecto de la aplicación de la resolución acusada, el Contralor departamental del Caquetá percibiría viáticos por valores superiores a los que podían ser reconocidos a un ministro o director de departamento administrativo, situación que no sólo contravino el ordenamiento jurídico, sino que contrarió los principios de legalidad, competencia, igualdad y austeridad en el gasto que rigen la administración de recursos públicos en el orden territorial.

Según lo expuesto, en criterio de la demandante, la Contraloría Departamental del Caquetá incurrió en desconocimiento de las normas superiores que definen el marco de sus competencias, esto es, los artículos 1.º, 2.º, 121, 123 inciso 2.º, 150 numeral 19 literales e) y f), 287 y 272 de la Constitución Política, la Ley 330 de 1996, artículo 9º. numeral 15, así como las reglas fijadas por el Gobierno Nacional.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA⁵

El apoderado judicial de la Contraloría Departamental de Caquetá, dentro de la oportunidad procesal correspondiente, contestó la demanda⁶ manifestando

³ Folios 7 a 23.

⁵ Folios 58 a 67.

⁶ Folios 62 a 67



oponerse a todas y cada una de las declaraciones solicitadas porque considera que carecen de fundamento jurídico, según los siguientes razonamientos.

1. Competencia concurrente en materia de salarios. Al tenor de lo establecido en el art. 150 numeral 19 literales e) y f) de la Constitución, corresponde al Congreso dictar las normas generales y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública, así como para regular el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales; función ésta que es indelegable en las corporaciones públicas. En materia prestacional la expedición de la reglamentación es exclusiva del Gobierno Nacional bajo los criterios dados por el legislador mediante la Ley 4ª. de 1992, pero no sucede igual en materia de salarios, pues la competencia es concurrente entre el Congreso de la República, el Gobierno Nacional, las asambleas departamentales, los concejos municipales, los alcaldes y gobernadores quienes adoptan las disposiciones establecidas por los cuerpos colegiados. Por ello, el Gobierno Nacional expide anualmente una serie de decretos en los cuales establece los límites máximos que deben observar las entidades públicas a la hora de establecer las escalas salariales de sus empleados.

2. Sistema piramidal de las normas salariales. Los viáticos son sumas de dinero pagadas a los empleados para cumplir con el servicio público, constituyen factor salarial sin ser salario como tal. Para su fijación respecto de los empleados de todos los órdenes, en ejercicio de la competencia concurrente y por tratarse de materia salarial, se atiende un sistema piramidal de las normas, por lo cual una norma de determinado nivel es consecuencia de la que le precede y que es expedida por el Gobierno Nacional. En materia de viáticos, era necesario que el Gobierno Nacional dejara establecida la regulación a aplicarse, y para el año 2004 no lo hizo frente a los empleados públicos del orden territorial.

3. Excepción de ausencia de desconocimiento de normas superiores. Planteó la excepción con referencia a la Resolución acusada, como quiera que fue expedida por el Contralor Departamental del Caquetá en ejercicio de la autonomía administrativa que le confiere la Ley 330 de 1996, observando y adoptando para el momento, tal y como lo hizo mediante el Decreto 001180 de 2003, la escala establecida por la Asamblea Departamental, mediante Ordenanza, por tratarse la

Contraloría de un ente autónomo del orden departamental. El Decreto 3573 de 2003 estableció el límite máximo salarial de los empleados públicos de las entidades territoriales y el Decreto 3537 de 2003 fijó la escala de viáticos para los empleados públicos del nivel ejecutivo del orden nacional con efectos fiscales a partir del 1 de enero de 2003. Expresó que debido a que en ninguna de las normas referidas el gobierno nacional estableció condiciones al otorgamiento de viáticos para empleados públicos del orden territorial, el departamento era competente para fijar la escala de viáticos para los empleados del ente territorial, con base en la ley 4ª. de 1992, atendiendo que el gobierno nacional no había establecido limitaciones para su otorgamiento. Señaló que no existía ninguna otra norma del Gobierno Nacional o del Congreso de la República que estableciera la escala de viáticos para los empleados públicos del orden departamental, por lo cual era constitucionalmente competente no solo el gobernador, en el decreto que liquidó el presupuesto del departamento (acto que aquí no se demandó), sino también el contralor para establecer esa escala con base en el principio de autonomía de las entidades territoriales.

Ante la ausencia de limitación a los viáticos para los empleados públicos del orden territorial por parte del Gobierno Nacional, éste, por primera vez, mediante el Decreto 4177 de 2004, fijó el límite salarial para este tipo de empleados, estableciendo que el valor y las condiciones para el otorgamiento de los viáticos de los empleados públicos de las entidades territoriales correspondería a lo establecido por el Gobierno Nacional para el Sistema General de la Rama Ejecutiva del poder público del orden nacional. Concluyó que, en consecuencia, no es cierto que el ente de control fiscal se haya atribuido competencias que no le corresponden para modificar la normatividad expedida por el Gobierno Nacional invadiendo la órbita de sus competencias, pues el Gobierno Nacional no había limitado la escala de viáticos para los empleados públicos del orden territorial; por tal motivo, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, le correspondía al departamento establecer una escala de viáticos para sus empleados como lo dispone el ejercicio de los principios teleológicos que rigen el servicio público consagrados en el artículo 209 del ordenamiento superior. Por todo lo expuesto, solicitó despachar desfavorablemente las súplicas de la demanda.

III. ACTUACIONES PROCESALES



329

Radicado: 1976 - 2013
Demandante: Auditoría General de la República

Providencias

Se admitió la demanda mediante auto del 12 de abril de 2005⁷, en el cual se negó la solicitud de suspensión provisional, se ordenó notificar personalmente al Agente del Ministerio Público y al Contralor Departamental de Caquetá, y fijar el asunto en lista por el término de 10 días para los efectos previstos en el numeral 5º del artículo 207 del C.C.A., modificado por el artículo 58 de la Ley 446 de 1998. La Contraloría Departamental del Caquetá, allegó en término el escrito de contestación. Vencido el término de fijación en lista, se abrió el proceso a pruebas mediante auto del 22 de septiembre de 2005⁸ y vencido el término de ejecutoria de la providencia que las decretó, mediante auto del 02 de marzo de 2006⁹ se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.

Pruebas

Las allegadas por la demandante y las que por secretaría el tribunal solicitó de oficio, requiriendo a la Contraloría Departamental del Caquetá *«los antecedentes administrativos que dieron lugar a la expedición de la Resolución No. 001 del 07 de enero de 2004...»*¹⁰

Las pruebas obrantes son:

1.- Copia autenticada del acto administrativo demandado¹¹.

2.- Antecedentes administrativos de la Resolución No. 001 del 07 de enero de 2004, así: Ordenanza 011 del 14 de noviembre de 2003 de la asamblea departamental de Caquetá *«Por la cual se ordena el presupuesto de rentas y recursos de capital y apropiación de gastos del departamento para la vigencia fiscal del 1 de enero al 31 de diciembre de 2004»*; certificación sobre la aprobación reglamentaria de la ordenanza 011 de 2003; Decreto 001180 del 29 de diciembre de 2003 *«Por el cual se liquida el presupuesto general del departamento para la vigencia fiscal del 2004 aprobado por la ordenanza 011 del 14 de noviembre de 2003, se detallan los ingresos y las apropiaciones y se clasifican y definen los*

⁷ Folios 50 a 53

⁸ Folios 72 y 73

⁹ Folio 75

¹⁰ Cuaderno 2. Pruebas de oficio.

¹¹ Folios 4 a 18

ingresos y gastos» y sus anexos; extracto (folios 23 a 28) del informe de auditoría de la visita fiscal efectuada por la Auditoría General de la República a la Contraloría Departamental del Caquetá en 2003 sobre la vigencia 2002.

Alegatos de conclusión

La Contraloría departamental del Caquetá presentó alegatos de conclusión el 6 de marzo de 2006¹² y la Auditoría General de la República el 21 de marzo de 2006¹³.

Alegatos de la demandante

Expuso sus planteamientos en apoyo de las pretensiones de la demanda, así: (i) la demandada desconoció el Decreto 3537 de 2003 al regular la cuantía de los viáticos para la vigencia 2004 en suma superior a la señalada por el Gobierno Nacional, vulnerando lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 4ª. de 1992, según la atribución del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política y a la observancia de los parámetros del Gobierno Nacional; (ii) el desconocimiento del Decreto 3537 de 2003 constituye una clara extralimitación de funciones de la Gobernación del Caquetá; (iii) con cargo a los recursos públicos administrados por el departamento se cancelaron por concepto de viáticos sumas superiores a las autorizadas para empleados públicos del orden nacional que pertenecen al mismo nivel jerárquico; (iv) la Constitución Política confirió al Congreso y al Gobierno Nacional la definición del régimen salarial y prestacional aplicable a los servidores públicos y prohibió a las autoridades de las entidades territoriales arrogarse esta facultad; (v) la ilegalidad del inciso demandado lleva al desmedro del erario al reconocer más derechos de los establecidos para algunos funcionarios y restringirlos para otros; (vi) la autonomía territorial se encuentra circunscrita a los límites señalados por la Constitución y la ley; (vii) aunque no esté vigente la norma demandada no existe impedimento para que se decida sobre la acción invocada.

Alegatos de la demandada.

Reiteró los planteamientos expuestos en la contestación de la demanda y su solicitud de negar las pretensiones de la demanda.

¹² Folio 76

¹³ Folio 79



Concepto del ministerio público

El representante del Ministerio Público no emitió concepto.

IV. LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Caquetá, mediante sentencia del 13 de septiembre de 2.012, declaró probada de oficio la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de la Contraloría Departamental del Caquetá y se inhibió para conocer de fondo las pretensiones de la demanda. Los argumentos de la primera instancia invocan los artículos 10 y 11 de la Ley 617 de 2000, la Ley 330 de 1996, el auto 0817-2005 de fecha 25 de julio de 2007 del Consejo de Estado para fundamentar en las siguientes aseveraciones: (i) la autonomía administrativa de las contralorías territoriales solo las faculta para resolver, con arreglo a las leyes, los asuntos internos para su funcionamiento; (ii) su autonomía presupuestal solo les otorga la capacidad de contratar, comprometer el presupuesto y ordenar el gasto a nombre de la persona jurídica de la cual hacen parte; (iii) su función pública de control fiscal la ejercen en su jurisdicción de acuerdo con los principios, sistemas y procedimientos establecidos en la Constitución y la Ley, como organismos de carácter técnico, que en ningún caso pueden desplegar funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización; (iv) sus atributos de autonomía presupuestal, administrativa y contractual no les confieren la personalidad jurídica, la cual está determinada en forma expresa en el ordenamiento jurídico; (v) pueden defender sus actuaciones y sus decisiones pueden ser juzgadas, pero se debe vincular al ente territorial que tiene la personería jurídica de la que hacen parte: el municipio, distrito o departamento; (vi) pueden ejercer su derecho de contradicción y defensa respecto de sus propias actuaciones para el cumplimiento del debido proceso; (vii) las contralorías deben comparecer en juicio con la entidad territorial de la cual forman parte, según la Constitución de 1991, las Leyes 42 de 1993 y 106 de 1993, el artículo 149 del Código Contencioso Administrativo; y, finalmente, (viii) con base en el artículo 164 del C.C.A. la sentencia definitiva debe decidir sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada, por lo cual pueden ser declaradas de oficio sin necesidad de que sean propuestas.

En cuanto al salvamento de voto del 17 de septiembre de 2012¹⁴, el magistrado discrepante arguyó que, pese a que el tribunal acertó en sus criterios, erró en la decisión y la vía que adoptó, pues tenía herramientas legales para proferir una decisión de fondo. En ese sentido, citó el artículo 37 numeral 4 del C. P. C. que establece el deber del juez de evitar fallos inhibitorios, así como el artículo 83 del mismo código, sobre litisconsorcio necesario e integración del contradictorio, y la jurisprudencia del Consejo de Estado (*Sección II Subsección B, 16/03/2006, Rad. 2001-02768-01 (0788-05), CP Alejandro Ordoñez Maldonado*) acerca de la comparecencia conjunta al proceso de las contralorías territoriales y la respectiva entidad territorial, de lo que concluyó que «antes de proferir la sentencia el Tribunal debió vincular al Departamento del Caquetá pues era su deber agotar todas las soluciones jurídicas para evitar un fallo inhibitorio.».

V. LA APELACION DE LA SENTENCIA

La Auditoría General de la República interpuso el recurso de apelación y solicitó la revocatoria del fallo de primera instancia con el fin de que, en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda, a cuyo propósito argumentó:

1. Sobre los motivos de inconformidad con el fallo de primera instancia.

Comparte la posición del magistrado que salvó el voto, en cuanto a considerar que la conclusión y la vía adoptada por el *a quo* es improcedente, puesto que existen herramientas legales para proferir una decisión de fondo, evitando un fallo inhibitorio, lo cual definitivamente fue ignorado por el juez administrativo. Teniendo en cuenta que hubo un cambio en la línea jurisprudencial con posterioridad a la presentación de la demanda, el *a quo* debió haber hecho uso de las herramientas legales respectivas para integrar el contradictorio antes de fallar de manera inhibitoria, tal como lo prescribe el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil. Se refiere asimismo al pronunciamiento del Consejo de Estado (*Sentencia N. 1. 0817-2005, Sección Segunda, Subsección B*) que señaló:

“(…) Como en el sub lite no fue notificado el auto admisorio de la demanda al departamento de Cundinamarca y este tampoco se hizo parte en la actuación, lo que constituye causal de **nulidad saneable** al tenor de lo dispuesto en los artículos 140-9 y 144 del C.P.C., el Despacho la pondrá en conocimiento del departamento de Cundinamarca, en la forma prevista en el artículo 320, numerales 1 y 2, del C.P.C., a fin de que manifieste, dentro de los 3 días siguientes a la notificación de este proveído, si la alega o no conforme lo dispone el artículo 145 Ibidem, advirtiéndole que en caso de que no la alegue quedará saneada” (Negrilla fuera del texto)

¹⁴ Folios 190 a 192. Ponente magistrado Carlos Portilla Rubio.



El *a quo* no solo desconoció el principio de la primacía del derecho sustancial sobre la formal (Art 228 de la C. P.), sino que obstaculizó el acceso a la administración de justicia de la Auditoría General de la República, quien no busca un interés personal sino propender por la protección del patrimonio del Estado.

Los argumentos de la apelación se contraen a lo siguiente: (i) a Resolución No. 001 de 7 de enero de 2004 demandada, en lo pertinente al tema de reconocimiento de viáticos para los servidores de la contraloría departamental, desconoce normas superiores que definen el régimen de viáticos aplicable a los servidores públicos y excede el marco de sus competencias para la fijación del régimen salarial aplicable a los empleados de las entidades territoriales; (ii) el fallador de primera instancia debió pronunciarse de fondo para evitar que con cargo a los recursos públicos administrados por la Contraloría, se cancelaran por concepto de viáticos sumas superiores a las autorizadas para los empleados públicos del orden nacional que pertenecen a igual nivel jerárquico y materializa un detrimento al patrimonio del Estado en cabeza y bajo la titularidad de las diversas entidades estatales, los cuales constituyen un derecho colectivo de la Nación; (iii) el desempeño de las funciones para la erradicación de la corrupción, no puede ser entorpecido por un requisito formal que no existía al momento de presentar la demanda, posteriormente incluido por un cambio jurisprudencial en lo que hasta ese momento era la interpretación dominante. En apoyo de este aserto, cita la sentencia de la Corte Constitucional C-836 de 9 de agosto de 2001, Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil, que señaló:

«(...) La certeza que la comunidad jurídica tenga de que los jueces van a decidir los casos iguales de la misma forma es una garantía que se relaciona con el principio de la seguridad jurídica. La previsibilidad de las decisiones judiciales da certeza sobre el contenido material de los derechos y obligaciones de las personas, y la única forma en que se tiene dicha certeza es cuando se sabe que, en principio, los jueces han interpretado y van a seguir interpretando el ordenamiento de manera estable y consistente. Esta certeza hace posible a las personas actuar libremente, conforme a lo que la práctica judicial les permite inferir que es un comportamiento protegido por la ley. La falta de seguridad jurídica de una comunidad conduce a la anarquía y al desorden social, porque los ciudadanos no pueden conocer el contenido de sus derechos y de sus obligaciones. Si en virtud de su autonomía, cada juez tiene la posibilidad de interpretar y aplicar el texto de la ley de manera distinta, ello impide que las personas desarrollen libremente sus actividades, pues al actuar se encontrarían bajo la contingencia de estar contradiciendo una de las posibles interpretaciones de la ley. (Subraya por fuera del Texto).

(...)

En su aspecto subjetivo, la seguridad jurídica está relacionada con la buena fe, consagrado en el artículo 83 de la Constitución, a partir del principio de confianza legítima. Esta garantía sólo adquiere su plena dimensión constitucional si el respecto del propio acto se aplica a las

autoridades judiciales, proscribiendo comportamientos que, aunque tengan algún tipo de fundamento legal formal, sean irracionales, según la máxima latina *venire contra factum proprium non valet*. El derecho de acceso a la administración de justicia implica la garantía de la confianza legítima en la actividad del Estado como administrador de justicia».

2. Sobre la personalidad jurídica de las contralorías territoriales. A partir de lo dispuesto en la Constitución Política de 1991, artículos 267 inciso 4º., y 272, concluye que la línea jurisprudencial con relación a las contralorías territoriales estaba orientada a considerar que todas eran portadoras de personalidad jurídica y esto les hacía ser sujetos de derechos con capacidad de contraer obligaciones; en consecuencia, tenían capacidad para ser partes procesales y ser representadas judicialmente por sus respectivos contralores. (*C. de E., sentencia Rad. No. 2990, Sección Primera, 26 de enero de 1996*). Esta posición jurisprudencial fue modificada por el Consejo de Estado bajo el argumento de que, en caso de acusación de actos proferidos por contralorías territoriales, quien realmente tiene la calidad de persona jurídica es el ente territorial del cual hace parte la contraloría respectiva, por lo cual, en los procesos en curso donde no se haya notificado al contralor deberá hacerse para subsanar la falla anotada.

3. Sobre el principio de confianza legítima. Al referirse al concepto de confianza legítima, afirma que, de manera alguna implica que el derecho deba permanecer estático, ni mucho menos que la acción del Estado no deba ir al compás de los acontecimientos de la vida colectiva, sino que el concepto encierra la idea de que las autoridades deben acatar en todo momento el deber de corrección, de fidelidad, de coherencia y lealtad. En ese sentido, la demanda presentada contra la Contraloría Departamental del Caquetá, observó los postulados jurisprudenciales que para la época de ocurrencia de los hechos predominaban, es decir, aquellos que consideraban que «*todas las contralorías son portadoras de personalidad jurídica y esto les hace ser, sujetos de derechos con capacidad de contraer obligaciones; en consecuencia, están capacitadas para ser partes procesales y ser representadas judicialmente por sus respectivos contralores*». Por ello, en aras de buscar la protección de la seguridad jurídica, era improcedente que el *a quo* no solo no se hubiera pronunciado de fondo, sino que desconociera la línea jurisprudencial preponderante para la época de ocurrencia de los hechos. En efecto, uno de los efectos fundamentales del Estado de Derecho es el respeto a seguridad jurídica, por el cual los ciudadanos deben estar en condiciones de anticipar las posibles determinaciones del Estado que puedan afectarlos y confiar que sus actos serán válidos según el ordenamiento vigente del



que se siguen consecuencias legales. Esta confianza de los ciudadanos se quiebra cuando el legislador abarca los hechos ya producidos con consecuencias que son más desfavorables que aquellas que los ciudadanos confiaban que permanecerían vigentes. La seguridad jurídica para los ciudadanos significa en forma primaria la protección de la confianza legítima. La Auditoría General de la República no podía anticiparse al cambio jurisprudencial acerca de quien ostenta la personalidad jurídica de las contralorías territoriales en los procesos contenciosos. En ese sentido, solicitó revocar el fallo inhibitorio proferido por el Tribunal Administrativo del Caquetá y proferir sentencia de fondo respecto a las pretensiones de la demanda.

VI. LA SEGUNDA INSTANCIA

El recurso se tramitó y admitió en la Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado¹⁵. Cumplido el trámite de la instancia sin que se observe causal alguna de nulidad procesal que invalide la actuación, la Sala procede a decidir la controversia, conforme a las siguientes

VII. CONSIDERACIONES

Competencia

Conforme con lo establecido en el artículo 129 del CCA, a esta Corporación le corresponde conocer en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos.

En el expediente obra copia autenticada de la Resolución 001 del 07 de enero de 2.004, «*POR LA CUAL SE LIQUIDA EL PRESUPUESTO DE RENTAS Y GASTOS DE LA CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL DEL CAQUETÁ, PARA LA VIGENCIA FISCAL DEL 2004*», proferida por el Contralor departamental del Caquetá (Folios 4 a 18) y de la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo del Caquetá (Folios 181 a 188).

Problema jurídico

¹⁵ Folio 250. Auto del 18 de julio de 2013.

Se circunscribe a establecer si la Resolución 001 del 07 de enero de 2004, expedida por el Contralor departamental de Caquetá, *"POR LA CUAL SE LIQUIDA EL PRESUPUESTO DE RENTAS Y GASTOS DE LA CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL DEL CAQUETÁ, PARA LA VIGENCIA FISCAL DEL 2004"*, en la parte correspondiente al inciso tercero del aparte de viáticos y gastos de viaje, cuya nulidad parcial se pide, excede o no los límites de la potestad del Contralor del departamento de Caquetá, está afectada de las causales de nulidad de **"falta de competencia"** e **"infracción de normas superiores"**, contempladas en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, y si lo regulado en ella, desconoce lo previsto en los artículos constitucionales y legales mencionados por la demanda.

Caso concreto

Para la Sala el caso concreto se encuentra delimitado, en primer término, por la decisión judicial recurrida y, en segundo lugar, por los argumentos de la apelación interpuesta por la Auditoría General de la República.

En ese orden, para fallar el presente asunto y decidir el recurso de apelación, la Sala efectuará el análisis de: 1) la declaratoria oficiosa de la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de la Contraloría Departamental del Caquetá y la decisión inhibitoria efectuada en la providencia recurrida; 2) la revisión de la jurisprudencia del Consejo de Estado atinente a la capacidad de las contralorías territoriales para comparecer y ser parte en los procesos judiciales; 3) la resolución acusada frente los textos superiores infringidos, dentro del marco de las atribuciones y limitaciones inherentes a la potestad del Contralor del departamento de Caquetá en materia de regulación de viáticos.

Finalmente, con apoyo en las consideraciones realizadas, la Sala establecerá, al resolver la apelación, si procedía la decisión inhibitoria del Tribunal Administrativo del Caquetá y, de acuerdo con lo resuelto a ese respecto, determinará si la disposición acusada es o no violatoria de la Constitución Política, la ley y los decretos del Gobierno Nacional a los que debió ceñirse y en los que se debió fundamentar.



1.) La declaratoria oficiosa de la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de la Contraloría Departamental del Caquetá y la decisión de inhibirse para hacer pronunciamiento de fondo efectuada en la providencia recurrida

Si bien es cierto que conforme al inciso segundo del artículo 164 del C.C.A. «*en la sentencia definitiva se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada*», para determinar si acertó o erró el tribunal de instancia al proferir la decisión inhibitoria recurrida, debe atenderse a lo que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha entendido en relación con la falta de legitimación en la causa por pasiva de las contralorías territoriales (para el caso, la del Caquetá), pues la misma ha sido apreciada como «*la calidad que tiene una persona para formular o contradecir las pretensiones de la demanda, por cuanto es sujeto de la relación jurídica sustancial, por lo que para poder predicar esta calidad es necesario probar la existencia de dicha relación*». En esa medida, la falta de legitimación en la causa por pasiva solo prosperaría, como excepción, si no pudiera demostrarse la existencia de relación jurídica sustancial¹⁶, en relación con la entidad demandada para el caso bajo examen. Además, es pertinente considerar que si bien la jurisprudencia de la Corporación ha sostenido que las contralorías pueden demandar y ser demandadas en los procesos contencioso administrativos en los que debe comparecer a través del departamento, también ha aceptado que, al no ser convocado el departamento para comparecer como parte accionada, «*no hay lugar declarar probada de oficio la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva*»¹⁷. En el caso que se examina, aun cuando no fue vinculado al proceso el departamento de Caquetá sí lo fue el organismo que expidió el acto acusado, la Contraloría departamental del Caquetá, a quien el Constituyente de 1991, en el artículo 272 de la Constitución Política, le confirió autonomía administrativa y presupuestal para regular por sí misma su gestión, «*con miras a fortalecer el control fiscal con independencia de la administración central, lo cual comporta la esencia de una persona jurídica*

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION PRIMERA. Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO (E) Bogotá, D. C., nueve (9) de agosto de dos mil doce (2012) Radicación número: 73001-23-31-000-2010-00472-01(AP)

¹⁷ SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA - SUBSECCION "A". Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN. Bogotá D.C., veinticuatro (24) de mayo de dos mil doce (2012). Radicación número: 15001-23-31-000-2006-03008-01(1631-10).

que bien puede defender sus intereses a través de los mecanismos de defensa judicial como el presente»¹⁸.

De acuerdo con las razones que anteceden, procede hacer referencia a las razones y fundamentos que expuso el Tribunal Administrativo del Caquetá para inhibirse de adoptar una decisión de fondo, en particular en cuanto se apoyó en un pronunciamiento cuya cita trajo a manera de precedente jurisprudencial¹⁹, el auto 0817-2005 de fecha 25 de julio de 2007 del Consejo de Estado, según el cual «...luego de la expedición de la Constitución de 1991 y de las Leyes 42 de 1993 y 106 de 1993, vigentes en su totalidad para la fecha de presentación de la demanda, las contralorías Distritales deben comparecer en juicio con la entidad territorial de la cual forman parte, facultad que también encuentra asidero jurídico en el artículo 149 del Código Contencioso Administrativo.». Fue el criterio expuesto en el pronunciamiento citado el que llevó a la primera instancia a colegir y, en consecuencia, decidir que «pese a ser la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo una jurisdicción rogada, las excepciones de fondo que pretendan enervar las pretensiones del actor pueden ser declaradas de manera oficiosa, por el fallador sin necesidad de que sean propuestas por la entidad demandada. De ahí que lo procedente en el caso bajo examen sea declarar, de manera oficiosa, la **FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA** respecto de la CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL DEL CAQUETÁ y de contera, la Sala se inhibe para hacer pronunciamiento de fondo como se decide en esta providencia».

Con relación a las razones de la decisión inhibitoria, la Sala entra a considerar lo expresado por la apelante cuando se refiere al cambio de orientación jurisprudencial de esta corporación, sobrevenido no solo después de presentada la demanda (15 de septiembre de 2004) sino, además, con posterioridad a su admisión (12 de abril de 2005). En efecto, afirmó citando la providencia del Consejo de Estado, Sección Primera, Rad 2990 del 26 de enero de 1996, que la línea jurisprudencial estaba orientada a considerar que «todas las contralorías son **portadoras de personalidad jurídica** y esto les hace ser, sujetos de derechos con capacidad de contraer obligaciones; en consecuencia, están capacitadas para ser partes procesales y ser representadas judicialmente por sus respectivos

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ Folio 187



*contralores» y que esta posición fue modificada bajo el argumento de que «quien realmente tiene la calidad de persona jurídica es el Ente Territorial del cual hace parte la Contraloría pertinente», según la cita que hace del pronunciamiento del Consejo de Estado de 25 de julio de 2007, Magistrado Ponente Jesús María Lemus Bustamante. Frente a este cambio jurisprudencial, enfatizó que «el juez administrativo de primera instancia debió considerar los presupuestos legales y jurisprudenciales antes de inhibirse para conocer de fondo de las pretensiones de la demanda». Por tal razón, acudió a invocar el principio de confianza legítima al estimar que es improcedente que el *a quo* no solo no se pronuncie de fondo, sino que desconozca la línea jurisprudencial preponderante para la época de ocurrencia de los hechos, como quiera que la seguridad jurídica es uno de los efectos fundamentales del Estado de Derecho.*

Además del pronunciamiento de 1996 que refirió el recurrente en respaldo de su planteamiento, la Sala encuentra que el tema del cambio de jurisprudencia acerca de la capacidad de las contralorías territoriales para comparecer como parte en los procesos de la jurisdicción contenciosa administrativa, databa de fecha anterior, cuando menos desde la sentencia del **5 de agosto de 1991**, Exp. 2650, actores: Armodio Ramos Castillo y otros, C.P. Miguel González Rodríguez, jurisprudencia que fue reiterada en la sentencia de la Sección Primera del **9 de diciembre de 1994**, Consejero Ponente: Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Exp. 2685, actor: AQUILES TORRES BRETON. En estos pronunciamientos se sostuvo que las contralorías carecían de personería jurídica dado que la ley no se la había atribuido, por lo cual su titular no tenía la calidad de representante legal, ya que tal calidad sólo se predica de las entidades que tienen aquella naturaleza. No obstante, la Corporación modificó esa jurisprudencia mediante providencia del **11 de septiembre de 1995**, Exp. 3405; actor: Fabio Puyo Vasco; C.P.: Nubia González Cerón, con aclaración de voto del Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez y Ernesto Rafael Ariza Muñoz, oportunidad en la cual sostuvo:

Si, la Constitución ha reconocido a las contralorías el carácter de "entidades" con "autonomía administrativa y presupuestal" y, que "podrán contratar con empresas privadas colombianas el ejercicio de la vigilancia fiscal" (artículo 272), capacidad de contratación que la ley extiende a la celebración de contratos en general en cumplimiento de sus funciones (arts. 31, 53, 57 y 66 de la Ley 42 de 1993 y 2 y 11 de la Ley 80 de 1993) y que llega hasta a reconocer expresamente al Contralor General "la representación legal de todos los asuntos que en ejercicio de sus funciones se presenten a favor o en contra de la entidad" (art. 31 - 7 de la Ley 106 de 1993), debe concluirse que las normas legales le están otorgando a estas entidades el atributo de ser sujetos de derecho, es decir, la capacidad de ejercer y contraer obligaciones, de lo cual se deriva necesariamente la de ser representadas judicial y

extrajudicialmente, que se traduce sencilla y jurídicamente en que se trata de personas jurídicas, con las consecuencias de que ellos se derivan.

A este respecto, teniendo a la vista la variación de la jurisprudencia y los efectos de esos cambios sobre las demandas presentadas y que pudieran afectarse por dichos cambios de interpretación, es oportuno recordar el criterio que sobre el tema orientó la determinación seguida por la Sección Segunda, Subsección “B” del Consejo de Estado, en sentencia dictada dentro de un proceso en el que era parte demandada, entre otras, la Contraloría municipal de Ibagué²⁰. En esa ocasión, aunque el criterio jurisprudencial ya había sido rectificado en el sentido antes indicado, la Sala de Subsección expresó:

«Pues bien, para la época de la presentación de la actual demanda se apoyaban en el criterio ya señalado de la Sección Primera del Consejo de Estado y por eso, se considera, se determinó como parte demandada a la Contraloría Local, cuya máxima autoridad fue notificada y vinculada al proceso. Ahora bien, esta Jurisdicción ha considerado que las demandas iniciadas en esas condiciones no pueden decidirse inhibitoriamente por la situación advertida, cuando la misma tuvo origen en la orientación dada por esta Corporación. Y es trascendental en estos casos la notificación del Contralor, la cual se surtió. Por ello se decidirá en el fondo esta controversia.»

El citado criterio lo comparte la Sala de Subsección como aplicable al caso que conoce por vía de apelación de la sentencia inhibitoria de primera instancia, razón por la cual la decisión a adoptar en esta sentencia propugnará resolver el fondo de la controversia planteada, garantizando la seguridad jurídica ante los cambios o variaciones de interpretación jurisprudencial durante el curso de un proceso que se inició con apego a discernimientos también vigentes en su momento, y en obediencia al mandato de dar prevalencia a las decisiones sustantivas y de mérito sobre las inhibitorias, las cuales, en decir de la Corte Constitucional²¹, *«son aquellas que, por diversas causas, ponen fin a una etapa procesal sin decidir de fondo el asunto que se le plantea al juez, es decir, sin adoptar resolución de mérito; por tanto, el problema que ha sido llevado a la justicia queda sin resolver...»*.

2.) Revisión de la jurisprudencia del Consejo de Estado atinente a la capacidad de las contralorías territoriales para comparecer y ser parte en los procesos judiciales

²⁰ Consejero ponente: TARSICIO CÁCERES TORO. Bogotá D.C., diez y nueve (19) de enero de dos mil seis (2006). Radicación número: 73001-23-31-000-2002-00548-01(5464-03).

²¹ Sentencia C-258/08. Expediente D-6888. Magistrado Ponente: Dr. MAURICIO GONZALEZ CUERVO.



Pese a que el criterio anotado en precedencia es suficiente para revocar la decisión de primera instancia y entrar a decidir en el fondo esta controversia, la Sala considera oportuno hacer una sucinta referencia a algunos fallos proferidos por la Corporación en los últimos años, además de los ya citados, en los cuales se ha abordado de manera contraria el tema de la falta de legitimación en la causa por pasiva de las contralorías departamentales y de su capacidad para comparecer como parte y aun como persona jurídica dentro de los procesos seguidos en esta jurisdicción.

1. Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda. Consejero ponente: Tarsicio Cáceres Toro. Bogotá, D.C. **Veintidós (22) de septiembre del dos mil cinco. (2005)**. Radicación número: 25000-23-25-000-2001-09198-01(3628-04). Actor: Mariela Álvarez de Cajamarca. Demandado: Bogotá, D.C. - Contraloría Distrital.

En cuanto a las **Contralorías Territoriales**, cabe anotar, a primera vista, que aunque gozan de autonomía presupuestal, administrativa y contractual, ello, por sí solo, no les confiere la **PERSONALIDAD JURÍDICA**, la cual debe estar determinada en forma expresa y clara en nuestro ordenamiento jurídico. Nótese que Instituciones tal importantes y con atributos similares, como la Procuraduría General de la Nación y la Fiscalía General de la Nación, no son personas jurídicas, sin que por ello vengan a menos jurídicamente, dado que la personalidad radica en la NACIÓN.

Así, no es dable que por vía de interpretación y deducción de algunos elementos, se llegue a la conclusión que un determinado órgano administrativo goza de personalidad jurídica, más cuando con ello se crea una inseguridad jurídica, pues funcionarios similares pueden llegar a conclusiones opuestas. Nuestro ordenamiento jurídico en forma expresa y clara determina cuales de sus entidades gozan de personalidad jurídica.

En cuanto a las **CONTRALORÍAS TERRITORIALES**, no es obstáculo para que puedan ejercer la defensa de sus intereses en vía jurisdiccional; pero, de todas maneras, se habrá de vincular a la **PERSONA JURÍDICA de la cual hacen parte**, con determinación -a continuación- de la entidad donde ocurrieron los hechos, v. gr. Departamento de Boyacá – Contraloría Departamental de Boyacá o la denominación que tenga, lo cual no significa que se están demandado a dos personas jurídicas, sino que la segunda es parte de la primera y se menciona para precisar la entidad donde ocurrieron los hechos.

Rectificación de la posición doctrinal anterior.- Es cierto que, en caso de acusación de actos proferidos por Contralorías Territoriales, esta Sección profirió múltiples providencias en que admitió como parte Demandada a la CONTRALORÍA LOCAL reconociéndole la calidad de persona jurídica dados algunos atributos que posee, pero teniendo en cuenta la normatividad señalada y analizada, es de concluir que realmente quien tiene tal calidad es el ENTE TERRITORIAL del cual hace parte la Contraloría pertinente. **Se observa que muchas demandas fueron presentadas teniendo en cuenta el criterio adoptado por la Jurisdicción. Pero, con esa providencia se rectifica la posición doctrinal antes adoptada. Así, los procesos en curso donde no se haya notificado al Contralor deberá hacerse para subsanar la falla anotada.**

2. Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda Subsección A. Consejera ponente: Ana Margarita Olaya Forero. Bogotá, D.C., **Veintidós (22) de septiembre del dos mil cinco. (2005)**. Radicación número: 25000-23-25-000-2001-09397-01 (0843-05). Actor: RAFAEL RAMIREZ MALAVER. Demandado: BOGOTA, D.C. - CONTRALORIA DE BOGOTA.

Sobre la falta de legitimación en el Distrito Capital debe precisarse que tanto la **Contraloría General de la Nación**, como las **contralorías territoriales**, gozan de la autonomía presupuestal, administrativa y contractual que conceden los artículos 267 inciso 4º, 272 de la Constitución Política y 66 de la ley 43 de 1993; ello sin embargo no implica la existencia de personería jurídica propia e independiente del ente territorial al que se

encuentran adscritas. La personería jurídica es una condición que permite a quien la ostenta, adquirir derechos y contraer obligaciones, y solo se adquiere cuando una norma la asigna. En nuestro ordenamiento jurídico no se ha previsto tal estatus ni para la Contraloría General de la Nación, ni para las Contralorías en las entidades territoriales.

3. Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda Subsección A. Consejera ponente: Ana Margarita Olaya Forero. Bogotá, D.C., **trece (13) de octubre de dos mil cinco (2005)**. Radicación número: 25000-23-25-000-2001-04856-01(4528-04). Actor: Hernán Gutiérrez Soto. Demandado: Departamento de Cundinamarca - Contraloría de Cundinamarca.

Es de resaltar además, que le asiste razón al Departamento de Cundinamarca al alegar la falta de legitimación en la causa pasiva, **pues ciertamente las Contralorías Departamentales, como lo dijo ya esta Corporación, tienen personería jurídica y autonomía administrativa y por ello son las llamadas a responder por las pretensiones de las demandas** en que se cuestione la validez de sus actuaciones.

4. Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda. Consejero ponente: Tarsicio Cáceres Toro. Bogotá, D.C. Bogotá D.C., **diez y nueve (19) de enero de dos mil seis (2006)**. Radicación número: 73001-23-31-000-2002-00548-01(5464-03). Actor: Álvaro Vera Ricaurte. Demandado: Municipio de Ibagué - Concejo Municipal y Contraloría Municipal de Ibagué.

En cuanto a las CONTRALORÍAS TERRITORIALES, el hecho que per-se no sean personas jurídicas **no impide que sus actuaciones se juzguen en sede jurisdiccional**; en esos casos **se deberá vincular a la PERSONA JURÍDICA de la cual hacen parte (v. gr. Departamento - ...; Distrito Capital - ...; etc.)**, con determinación -a continuación- de la Entidad donde ocurrieron los hechos **(v. gr. Contraloría...)**, lo cual no significa que se está demandando a dos personas jurídicas, sino que la segunda es parte de la primera y se menciona para precisar la Entidad donde ocurrieron los hechos. De esa manera, pueden **ejercer la defensa de sus intereses en vía jurisdiccional**.

5. Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda. Consejero ponente: Jesús María Lemos Bustamante. Bogotá, D.C., **veintiséis (26) de octubre de dos mil seis (2006)**. Radicación número: 73001-23-31-000-2000-03355-01(4074-05). Actor: Francisco Raúl Garay Vera. Demandado: Departamento del Tolima y Otro.

La Sala discrepa del punto de vista del Tribunal pues, conforme a reiterada jurisprudencia²², ha considerado que **si bien las contralorías territoriales gozan de atributos de autonomía e independencia, según lo prevén normas constitucionales y legales, como forma de garantizar el ejercicio pleno del control fiscal, debe vincularse a las entidades territoriales respectivas por carecer aquellas de personería jurídica**, no obstante lo cual se encuentran habilitadas para acudir a la defensa de sus intereses ante los tribunales de justicia.

6. Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda Subsección B. Consejera ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez. (E) Bogotá D.C., **treinta (30) de abril de dos mil ocho (2008)**. Radicación número: 66001-23-31-000-2001-01316-02(2959-05). Actor: Aura Lucía Mosquera López. Demandado: Municipio de Pereira.

En cuanto a las **Contralorías Territoriales**, cabe anotar, a primera vista, que aunque gozan de autonomía presupuestal, administrativa y contractual, ello, por sí solo, no les confiere la **PERSONALIDAD JURÍDICA**, la cual debe estar determinada en forma expresa y clara en nuestro ordenamiento jurídico. En cuanto a las CONTRALORÍAS TERRITORIALES, no es obstáculo para que puedan ejercer la defensa de sus intereses en vía jurisdiccional; **pero, de todas maneras, se habrá de vincular a la PERSONA JURÍDICA de la cual hacen parte**, con determinación -a continuación- de la entidad donde ocurrieron los hechos, v. gr. Departamento de Boyacá – Contraloría Departamental de Boyacá o la denominación que tenga, lo cual no significa que se están demandando a dos personas jurídicas, sino que la segunda es parte de la primera y se menciona para precisar la entidad donde ocurrieron los hechos...". En el sub-lite, la demanda fue notificada tanto al Alcalde del MUNICIPIO DE PEREIRA como al Contralor Municipal y en consecuencia, se constituyen los presupuestos procesales que permiten examinar la legalidad de los actos acusados.

²² Auto del 7 de marzo de 2002 de la Sección Segunda del Consejo de Estado, consejero ponente Dr. Tarsicio Cáceres Toro.



338

Radicado: 1976 - 2013
Demandante: Auditoría General de la República

7. Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda Subsección B. Consejera ponente: Bertha Lucia Ramírez de Páez. **Veinticinco (25) de marzo de dos mil diez (2010)**. Radicación número: 76001-23-31-000-2001-05545-01(1797-06). Actor: Carlos Arturo Robellón Franco. Demandado: Municipio De Tuluá y Otro.

Esta Corporación en Auto de 7 de marzo de 2002²³, expediente 1494-01, M.P. Dr. Tarsicio Cáceres Toro, rectificó la posición jurisprudencial según la cual se venía reconociendo la calidad de persona jurídica a las Contralorías Territoriales; y, concluyó, luego del estudio de la normatividad correspondiente que si bien dichas Entidades gozan de autonomía presupuestal, administrativa y contractual, ello por sí sólo no les confiere la personalidad jurídica, porque quien realmente tiene tal calidad es el Ente Territorial del cual hace parte la Contraloría pertinente.

En esas condiciones debía vincularse a la persona jurídica de la cual hace parte, donde ocurrieron los hechos, es decir, el Municipio de Tuluá y la Contraloría Municipal.

8. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Guillermo Vargas Ayala. Bogotá, D.C., **veintidós (22) de octubre de dos mil quince (2015)**. Radicación número: 63001-23-31-000-2008-00156-01. Actor: Marta Inés Martínez Arias. Demandado: Municipio de Armenia – Contraloría Municipal de Armenia.

El legislador fue claro en disponer que toda entidad que cumpla una función pública tiene capacidad tanto para ser parte como para obrar en los procesos que se ventilen ante esta Jurisdicción. En tal sentido **la existencia de personería jurídica para comparecer directamente al proceso deviene en un condicionamiento adicional no contemplado por la ley, ya que esta se limitó a exigir que la entidad cumpliera una función específica**

²³ CONSEJO DE ESTADO-SECCION SEGUNDA, Auto de 7 de marzo de 2002, Exp. 1494-01 Actor, Eulin Gómez Páez, M.P. Dr. Tarsicio Cáceres Toro, al respecto se dijo: “a.-) De la personalidad jurídica y sus atributos

La Constitución Política de 1991 determina en su artículo 267 inciso 4º, que la Contraloría General de la República es una entidad de carácter técnico con autonomía administrativa y presupuestal. Ahora, la capacidad y la autonomía contractuales de la Contraloría General de la República también quedaron estipuladas en la ley 80 de 1993, a términos de los artículos 1, 6 y 11.

La misma alta disposición –en cuanto a las contralorías locales- manda:

Art. 272 Corresponde a las Asambleas y a los Concejos distritales y municipales organizar las respectivas contralorías como entidades técnicas dotadas de autonomía administrativa y presupuestal.

Y la Ley 42 de 1993 en el mismo campo dispone:

Art. 66 En desarrollo del artículo 272 de la Constitución Nacional, las asambleas y concejos distritales y municipales deberán dotar a las contralorías de sus jurisdicciones de autonomía presupuestal, administrativa y contractual, de la manera que les permita cumplir con sus funciones como entidades técnicas”.

De las normas precitadas se concluye:

-) La Contraloría General de la República es una entidad de carácter técnico, con autonomía administrativa y presupuestal, a la vez que con capacidad y autonomía contractual.

-) Y las Contralorías Departamentales también gozan de autonomía presupuestal, administrativa y contractual, conforme a mandatos del artículo 272 de la Constitución y el artículo 66 de la ley 42 de 1993.

En cuanto a las Contralorías Territoriales, cabe anotar, a primera vista, que aunque gozan de autonomía presupuestal, administrativa y contractual, ello, por sí solo, no les confiere la PERSONALIDAD JURÍDICA, la cual debe estar determinada en forma expresa y clara en nuestro ordenamiento jurídico. Nótese que Instituciones tal importantes y con atributos similares, como la Procuraduría General de la Nación y la Fiscalía General de la Nación, no son personas jurídicas, sin que por ello vengán a menos jurídicamente, dado que la personalidad radica en la NACIÓN.

Así, no es dable que por vía de interpretación y deducción de algunos elementos, se llegue a la conclusión que un determinado órgano administrativo goza de personalidad jurídica, más cuando con ello se crea una inseguridad jurídica, pues funcionarios similares pueden llegar a conclusiones opuestas. Nuestro ordenamiento jurídico en forma expresa y clara determina cuales de sus entidades gozan de personalidad jurídica.

En cuanto a las CONTRALORÍAS TERRITORIALES, no es obstáculo para que puedan ejercer la defensa de sus intereses en vía jurisdiccional; pero, de todas maneras, se habrá de vincular a la PERSONA JURÍDICA de la cual hacen parte, con determinación - a continuación - de la entidad donde ocurrieron los hechos, v. gr. Departamento de Boyacá – Contraloría Departamental de Boyacá o la denominación que tenga, lo cual no significa que se están demandado a dos personas jurídicas, sino que la segunda es parte de la primera y se menciona para precisar la entidad donde ocurrieron los hechos.

Rectificación de la posición doctrinal anterior.- Es cierto que, en caso de acusación de actos proferidos por Contralorías Territoriales, esta Sección ha proferido múltiples providencias en que admite como parte Demandada a la CONTRALORÍA LOCAL reconociéndole la calidad de persona jurídica dados algunos atributos que posee, pero teniendo en cuenta la normatividad señalada y analizada, es de concluir que realmente quien tiene tal calidad es el ENTE TERRITORIAL del cual hace parte la Contraloría pertinente. Se observa que muchas demandas fueron presentadas teniendo en cuenta el criterio adoptado por la Jurisdicción. Pero, con esa providencia se rectifica la posición doctrinal antes adoptada. Así, los procesos en curso donde no se haya notificado al Contralor deberá hacerse para subsanar la falla anotada.”

catalogada como pública sin imponer otro tipo de requerimiento. En otras palabras, fue el legislador quien, en ejercicio de sus facultades constitucionales, otorgó capacidad de parte y de obrar a cualquier entidad pública. La lógica impuesta por el artículo 149 del CCA es plenamente consecuente con la realidad de la administración pública en la cual la personería jurídica no se erige como un atributo esencial para contraer obligaciones y comprometer la responsabilidad por parte de quienes tienen a su cargo el ejercicio de la función administrativa, de ahí que en nuestro derecho administrativo se acepte la existencia de entidades públicas con y sin personería jurídica. Bajo esta perspectiva la Sala no duda que la posición jurisprudencial debe ser cambiada y asumir desde ya que las contralorías territoriales, si bien no tienen personería jurídica propia, gozan de capacidad para ser parte y capacidad para obrar en los procesos contencioso administrativos ya que así lo dispuso expresamente el artículo 149 del CCA modificado por el artículo 49 de la Ley 446 de 1998.

9. Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda - Subsección B. Consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Bogotá D. C., **veintiséis (26) de octubre de dos mil diecisiete (2017)**. Radicación número: 08001-23-33-000-2012-90374-01(5037-15). Actor: Carlos Adolfo Royet Guzmán. Demandado: Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla, Contraloría Distrital de Barranquilla.

De acuerdo con lo expuesto, la Sala concluye que **debido a que la personería jurídica está en cabeza del ente territorial, en tanto los organismos de control fiscal carecen de tal atributo, es necesario demandar tanto al Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla como a la contraloría territorial**, pese a que la representación judicial corresponda al respectivo contralor, conforme a lo dispuesto en el artículo 159 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - *Ley 1437 de 2011*²⁴.

10. Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda - Subsección B. Consejero ponente: Consejero ponente: César Palomino Cortés. Bogotá D.C., **cuatro (4) de octubre de dos mil dieciocho (2018)**. Radicación número: 08001-23-33-000-2014-00394-01(4372-15). Actor: Mabel Rivera Trejos. Demandado: Departamento del Atlántico - Contraloría del Departamento del Atlántico.

[...] [L]as contralorías territoriales no gozan de personería jurídica, por lo que debe demandarse al respectivo ente territorial respecto del cual se ejerce el control fiscal, ello no implica que no son las competentes para resolver sobre cualquier reclamación de prestaciones sociales que se deriven de las relaciones laborales de dichos organismos, toda vez que gozan de autonomía administrativa y presupuestal para ello (...) [L]a entidad territorial es la persona jurídica y, en tal sentido, es la que tiene capacidad para comparecer al proceso. [...]

Se aprecia del recuento que antecede que la jurisprudencia de la Corporación en torno a la capacidad de las contralorías territoriales tanto para ser parte como para actuar en los procesos que se tramitan ante la jurisdicción contencioso administrativa, no ha sido unánime ni uniforme ni constante, sino que, por el contrario, se ha mostrado cambiante al amparo de diversas razones y deliberaciones, todas ellas resultantes de análisis razonables, como quiera que en diferentes épocas ha aceptado, aún en los años más recientes, que tales órganos de control fiscal territorial cuentan con los atributos propios de la personalidad jurídica y poseen la capacidad reconocida por el ordenamiento jurídico para

²⁴ “Artículo 159. Capacidad y representación.

(...)

Las entidades y órganos que conforman el sector central de las administraciones del nivel territorial están representadas por el respectivo gobernador o alcalde distrital o municipal. En los procesos originados en la actividad de los órganos de control del nivel territorial, la representación judicial corresponderá al respectivo personero o contralor.”



comparecer como partes en los procesos judiciales, como también ha expresado en otras oportunidades que carecen del requisito del reconocimiento legal expreso de la personería jurídica. Sin embargo, las distintas posiciones no difieren al reconocer la posibilidad de estas entidades públicas para comparecer a los procesos con el propósito de ejercer la defensa de sus actos y de sus intereses en vía jurisdiccional.

En particular, la Sala realza el último de los pronunciamientos citados, cuando asevera de manera indubitable que la posición jurisprudencial debe ser cambiada para asumir desde ya que las contralorías territoriales, si bien no tienen personería jurídica propia, gozan de capacidad para ser parte y capacidad para obrar en los procesos contencioso administrativos, ya que así lo dispuso expresamente el artículo 149 del CCA modificado por el artículo 49 de la Ley 446 de 1998, codificación bajo cuyo amparo se inició y se tramita este proceso.

Estas razones atinentes tanto a uno de los criterios más recientes de la Corporación, según la cita que precede, así como al que se expuso líneas más arriba acerca de que para la época de la presentación de la demanda la actora se apoyó en el criterio ya señalado de la Sección Primera del Consejo de Estado, razón por la cual se admitió como parte demandada a la Contraloría departamental del Caquetá, cuya máxima autoridad fue notificada y vinculada al proceso, impone aceptar que la demanda incoada en esas condiciones no puede decidirse inhibitoriamente dada la situación advertida, en especial cuando la misma tuvo origen en una orientación dada por esta Corporación. Resulta sustancial valorar, además, que se surtió la notificación del Contralor y que se adelantó la actuación pertinente con la participación de las partes, por lo cual procede decidir el fondo del litigio.

Cabe reconocer que de la posibilidad de realizar imputaciones jurídicas a la contraloría departamental en razón de su existencia legal, sus atributos y funciones, se sigue su capacidad procesal por el hecho de ejercer facultades y realizar y proferir actos imputables como entidad pública cuyas particularidades la hacen apta para ser parte en un juicio. En consecuencia, la contraloría territorial puede ser tenida como parte en juicio dada su capacidad para ser titular directa de relaciones jurídicas creadas a partir del ejercicio ordinario de sus poderes. En razón de su condición de organismo público de control con funciones atribuidas

por la Constitución y la ley, también es sujeto con legitimación en la causa pasiva de acciones procesales en la medida en que es titular de la relación jurídica material concerniente a lo que se demanda de ella en este proceso, respecto de lo cual tiene la capacidad de responder frente a la pretensión del actor. En estas circunstancias, no cabe duda para la Sala respecto a que la contraloría departamental cuenta con la legitimación por pasiva para afrontar, como parte, la acción procesal mediante la cual se pretende la nulidad del acto administrativo que profirió, que fue demandado y que es el objeto del actual proceso, sobre lo cual deberá pronunciarse el juez de lo contencioso administrativo.

Como corolario del análisis expuesto, debe aceptarse, asimismo, que le asiste razón al apelante cuando expresó que la seguridad jurídica para los ciudadanos significa en forma primaria la protección de la confianza legítima, refiriéndose con ello a que la Auditoría General de la República no podía anticiparse al cambio jurisprudencial acerca de la personalidad jurídica de las contralorías territoriales en los procesos contenciosos.

En consecuencia, la Sala **REVOCARÁ** la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Caquetá con fecha 13 de septiembre de 2012, en cuanto **DECLARÓ** probada la excepción de FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA PÓR PASIVA respecto de la CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL DEL CAQUETÁ, de manera oficiosa, y como consecuencia, se **DECLARÓ** inhibido para conocer de fondo las pretensiones de la demanda.

3.) La resolución acusada frente los textos superiores infringidos y determinación acerca de si la disposición acusada es o no violatoria de los mismos a los que se debía ceñir

La Auditoría General de la República pidió declarar la nulidad parcial de la Resolución 001 del 07 de enero de 2004, expedida por el Contralor departamental de Caquetá, «*POR LA CUAL SE LIQUIDA EL PRESUPUESTO DE RENTAS Y GASTOS DE LA CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL DEL CAQUETÁ, PARA LA VIGENCIA FISCAL DEL 2004*», en la parte correspondiente al inciso tercero sobre viáticos y gastos de viaje. En su criterio, con la expedición del acto administrativo acusado se configuran las causales de nulidad por falta de competencia e infracción de normas superiores, previstas en el artículo 84 del Código



Contencioso Administrativo. Lo anterior, por cuanto incurrió en desconocimiento de las normas superiores que definen el marco de sus competencias, esto es, los artículos 1.º, 2.º, 121, 123 inciso 2.º, 150 numeral 19 literales e) y f), 287 y 272 de la Constitución Política, la Ley 330 de 1996, artículo 9º., numeral 15, y desconoció los límites establecidos por concepto de viáticos para cada rango de salario fijados por el Gobierno Nacional.

De conformidad con lo establecido en los literales e) y f) del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política, le corresponde al Congreso de la República dictar las normas generales y señalar los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, así como para regular el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales. En ejercicio de la atribución conferida, el Congreso expidió la Ley 4ª. de 1992, ley marco 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.»

El concepto de salario comprende todas las sumas que de manera habitual y periódica recibe el empleado como retribución de sus servicios. De tiempo atrás, la doctrina tiene aceptada esta noción. En efecto, el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, en Concepto del 6 de diciembre de 1967, dijo que «[t]anto 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.» Dentro de este concepto se entienden incluidos, además de la asignación básica o sueldo, los factores salariales, tales como bonificaciones, gastos de representación, entre otros conceptos que remuneran servicios laborales.

Desde este punto de vista es dable inferir que la facultad conferida al gobierno nacional para fijar el límite máximo salarial de los empleados públicos de las entidades territoriales comprende no solo la asignación básica mensual sino todos

los demás emolumentos que integran el salario.

Los factores que constituyen el salario están establecidos en el Decreto 1042 de 1978, cuyo artículo 42 dispuso:

«[. . .] Artículo 42. De otros factores de salario. - Además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios.

Son factores de salario:

[. . .] h) Los Viáticos percibidos por los funcionarios en comisión.»

De no expedirse la reglamentación de los factores salariales reconocidos en las entidades territoriales, entre ellos los viáticos, no por ello puede entenderse que quedan habilitadas para hacerlo las autoridades territoriales, vale decir, las asambleas, los concejos, los gobernadores, los alcaldes o los jefes de los órganos o entes de control, como las contralorías departamentales, acudiendo a la expedición de ordenanzas, acuerdos, decretos y resoluciones. Ante la ausencia de norma del gobierno nacional y frente a la necesidad de conferir comisión de servicios, las autoridades regionales o locales pueden aplicar las normas expedidas para los empleados públicos del orden nacional, siguiendo los criterios plasmados en las mismas y respetando los límites salariales establecidos por el Gobierno Nacional.

En lo concerniente al marco legal vigente para la época en materia de viáticos y gastos de transporte, el mismo está contenido en los artículos 61, 64, 65, 71 y 72 del Decreto Ley 1042 de 1978 y, por el Decreto 3537 de 10 de diciembre de 2003 «Por el cual se fijan las escalas de viáticos» (Diario Oficial 45397 de diciembre 10 de 2003), derogado por el Decreto 3411 del 30 de diciembre de 2004.

El Decreto 1042 de 1978 reconoció a los empleados públicos del orden nacional el derecho a percibir viáticos cuando les corresponda viajar dentro o fuera del país en comisión de servicios y deban permanecer por lo menos un día completo en el lugar de la comisión, fuera de su sede habitual de trabajo; según el literal h) del artículo 42 del Decreto 1042 de 1978, los viáticos suponen el cumplimiento de misiones oficiales conferidas por los superiores y por tal razón, al ser la comisión de servicios una situación administrativa, ese factor constituye salario. A este respecto, cabe recordar que a juicio de esta Corporación los viáticos constituyen salario siempre que cumplan con la condición de habitualidad y permanencia en su ingreso, ya que si se perciben ocasionalmente por el empleado no adquieren el



339

Radicado: 1976 - 2013
Demandante: Auditoría General de la República

carácter remunerativo de la labor prestada. En efecto, la jurisprudencia de la Sección Segunda ha fijado criterios al respecto, así²⁵:

«Partiendo de los conceptos enunciados la Sala ha fijado un criterio jurisprudencial con el objeto de determinar que parte de la asignación o salario pueda ser parte del ingreso base para liquidar pensiones.

Bajo esta perspectiva, la Sala ha delimitado que el primer criterio que determina la inclusión de cierto pago en el ingreso base de liquidación se debe orientar a si dicho pago constituye una retribución de los servicios prestados por el servidor, de lo cual se puede inferir su naturaleza. (Criterio de retribución)

El segundo criterio de la habitualidad, según el cual la prestación no debe únicamente constituirse en una retribución los servicios prestados, sino que además debe tener una cierta vocación de permanencia para poder tenerse como factor. (Criterio de habitualidad)

El tercer criterio es aquel según el cual las sumas destinadas a facilitar o proveer medios necesarios para el cumplimiento de una función determinada por parte del servidor, que no están destinadas a retribuir dicha función, no deben tenerse en cuenta como un factor determinante para calcular el IBL. (Criterio de la provisión).

En cuanto a los viáticos esta Corporación ha expresado:

“en efecto, se ha considerado a los viáticos como aquella asignación que es capaz de retribuir y, por ende, remunerar la labor prestada, cuando sufragan la manutención y el alojamiento del servidor en el lugar donde tenga que cumplir la comisión de servicios, pero siempre que cumplan con la condición de habitualidad y permanencia en su ingreso. Lo anterior significa que si se perciben ocasionalmente por el empleado no adquieren el carácter remunerativo de la labor prestada.”»

Para la vigencia 2004, el Gobierno Nacional fijó las escalas de viáticos mediante el Decreto 3537 de 10 de diciembre de 2003. Por su parte, la Resolución No. 001 de 2004 expedida por el Contralor Departamental del Caquetá, al liquidar el presupuesto de la entidad, incluyó una escala de viáticos que no respetó los límites establecidos por concepto de viáticos para cada rango de salario establecido por el Gobierno Nacional.

La comparación de los límites establecidos por el Gobierno y por la Contraloría Departamental, respectivamente, permite llegar a esa conclusión.

Decreto 3537 de 10 de diciembre de 2003

“Por el cual se fijan las escalas de viáticos”

Artículo 1º.- A partir de la vigencia del presente Decreto, fíjese la siguiente escala de viáticos para los empleos 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 SERVICIO EN EL INTERIOR DEL PAÍS

BASE DE LIQUIDACIÓN

VIÁTICOS DIARIOS

²⁵ Sección Segunda – Subsección “A” - Consejero Ponente: Dr. ALFONSO - ARGAS RINCÓN - Expediente No. 250002325000200206947 01 - ACTOR: Fondo de previsión social del congreso de la república. SENTENCIA 021506 29-04-2010



Hasta	\$550.532	Hasta	49.926
De 550.533 a	874.636	Hasta	68.237
De 874.637 a	1.169.842	Hasta	82.796
De 1.169.843 a	1.486.898	Hasta	96.342
De 1.486.898 a	1.798.481	Hasta	110.631
De 1.798.481 a	2.721.737	Hasta	124.870
De 2.721.737 a	3.813.913	Hasta	151.676
De 3.813.914 en adelante		Hasta	204.610

[...] Artículo 2º.- Los organismos y entidades fijarán el valor de los viáticos según 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.

RESOLUCIÓN No. 001 del 07 Enero 2004
"POR LA CUAL SE LIQUIDA EL PRESUPUESTO DE RENTAS Y GASTOS DE LA
CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL DEL CAQUETÁ, PARA LA VIGENCIA FISCAL DEL 2004"
EL CONTRALOR DEPARTAMENTAL DEL CAQUETÁ
En uso de sus atribuciones Constitucionales y Legales en especial las que le confiere el
Estatuto Orgánico de Presupuesto

[...] CUARTA PARTE:
[...] ARTÍCULO CUARTO:
[...] GASTOS GENERALES:
[...] VIÁTICOS Y GASTOS DE VIAJE:
[...] «Cuando a un funcionario público al servicio de la Contraloría Departamental del Caquetá, le sea conferida una comisión dentro del territorio nacional, pero fuera del Departamento, se le autorizará el pago de viáticos diarios del 100% si se pernocta y el 50% no pernoctados, según la siguiente escala de remuneración mensual:

HASTA			\$ 462.000	\$51.000	DIARIOS
DE	462.001	A	792.000	72.000	DIARIOS
DE	792.001	A	1.065.000	86.000	DIARIOS
DE	1.065.001	A	1.359.000	101.000	DIARIOS
DE	1.359.001	A	1.648.000	115.000	DIARIOS
DE	1.648.001	A	2.521.000	131.000	DIARIOS
DE	2.521.001	A	3.552.000	157.000	DIARIOS
DE	3.552.001		EN ADELANTE	212.000	DIARIOS

De la anterior comparación, se constata que la Resolución No. 001 de 2004 expedida por la Contraloría Departamental, excedió los límites de la escala de



viáticos para los rangos de salario fijados por el Gobierno Nacional.

El aparte transcrito y acusado de la Resolución No. 001 de 2004 estableció la posibilidad de pagar valores superiores en los eventos en que la comisión se deba cumplir por fuera del departamento a los fijados por el Gobierno Nacional.

Los apartes del acto administrativo demandado vulneran lo previsto en el artículo 2º. del Decreto 3537 de 10 de diciembre de 2003, pese a que allí se reconoce que las autoridades podrán fijar las escalas de viáticos a reconocer a los empleados públicos atendiendo a criterios como la remuneración mensual del comisionado, la naturaleza de los asuntos confiados y el costo de vida del lugar o sitio en donde deba llevarse a cabo la labor. Sin embargo, so pretexto de ejercer tal autorización no podía el contralor departamental desconocer el valor máximo de las cantidades señaladas artículo 1º. de dicho Decreto Nacional, lo que constituye una extralimitación de funciones del Contralor Departamental que se arrogó las atribuciones de las autoridades facultadas para definir aspectos concernientes al régimen salarial de los funcionarios de la contraloría departamental, aumentando las cuantías a reconocer por viáticos en la entidad.

De otra parte, cabe también referirse a la naturaleza y alcances del acto administrativo de liquidación del presupuesto. A este respecto, la Corte Constitucional expresó²⁶:

«El Decreto de liquidación no es en sí mismo un acto normativo capaz de modificar los alcances de aquello que fue aprobado en el Congreso, sino una operación destinada a clarificar los resultados del debate legislativo y especificar el gasto, todo con el fin de facilitar la correcta ejecución del presupuesto, así como el control más apropiado del mismo por parte de las distintas instancias competentes. Es claro que mediante el decreto de liquidación el Gobierno puede detallar el gasto pero no tiene la facultad, en manera alguna, de modificar su monto o su destinación, pues ello entraría en contradicción con los principios de legalidad y de especialización del gasto. Este decreto es un mecanismo para facilitar y hacer más transparente la ejecución del presupuesto, tal y como fue aprobado por el Congreso, por lo cual mal podría utilizarse ese instrumento jurídico ejecutivo para contradecir los mandatos del órgano legislativo.»

Mutatis mutandis, el acto administrativo acusado, la Resolución 001 del 07 de enero de 2004, no era un acto normativo capaz de modificar los alcances de aquello que fue aprobado en materia de viáticos por la Constitución, las leyes especiales, la ley marco y por el gobierno nacional, sino una operación destinada a clarificar los resultados del debate en la asamblea departamental y especificar el gasto, todo con el fin de facilitar la correcta ejecución del presupuesto. Muy distinto

²⁶ Sentencia C-685/96. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

resulta detallar el gasto que asumir la facultad de modificar el monto de dicho factor salarial, pues ello implica el desconocimiento de los principios de legalidad y de especialización del gasto.

Así las cosas, para el caso analizado, es evidente que la Contraloría Departamental del Caquetá, al proferir el aparte demandado de la Resolución 001 del 04 de enero de 2004, según se ha citado en precedencia, incurrió en desconocimiento de las normas superiores que definen el marco de sus competencias, esto es, el artículo 1º. 2º., 121, 123 inciso 2º., 150 numeral 19 literales e) y f), 2877 y, 272 de la Constitución Política, la Ley 330 de 1996, artículo 9º., numeral 15, así como las reglas fijadas en la norma expedida por el Gobierno Nacional a la cual se encontraba sujeta la facultad que pretendió ejercer.

Tal situación determina que el acto administrativo demandado se encuentra afectado de las causales de nulidad propuestas en la demanda, razón por la cual se declarará la nulidad del aparte demandado correspondiente a la CUARTA PARTE: ARTÍCULO CUARTO: GASTOS GENERALES: VIÁTICOS Y GASTOS DE VIAJE de la Resolución 001 del 07 de enero de 2004, proferida por el Contralor departamental del Caquetá, *"POR LA CUAL SE LIQUIDA EL PRESUPUESTO DE RENTAS Y GASTOS DE LA CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL DEL CAQUETÁ, PARA LA VIGENCIA FISCAL DEL 2004"*.

En mérito de lo expuesto, la Subsección A de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Caquetá con fecha 13 de septiembre de 2012, en cuanto **DECLARÓ** probada la excepción de FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA respecto de la CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL DEL CAQUETÁ, de manera oficiosa, y como consecuencia, se **DECLARÓ** inhibido para conocer de fondo las pretensiones de la demanda. En su lugar



347

Radicado: 1976 - 2013
Demandante: Auditoría General de la República

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad del aparte demandado, correspondiente a la CUARTA PARTE: ARTÍCULO CUARTO: GASTOS GENERALES: VIÁTICOS Y GASTOS DE VIAJE de la Resolución 001 del 07 de enero de 2004, proferida por el Contralor departamental del Caquetá, «POR LA CUAL SE LIQUIDA EL PRESUPUESTO DE RENTAS Y GASTOS DE LA CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL DEL CAQUETÁ, PARA LA VIGENCIA FISCAL DEL 2004».

TERCERO: Por Secretaría, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y COMUNÍQUESE

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

14 MAY 2019 En la fecha
registro proyecto de fallo