



AUDITORIA GENERAL DE LA REPUBLICA
Al contestar cite N.U.R: **218-3-3502**, 02/24/2005 05:04 p. m.
Trámite: 435 - CONSULTA
I-1925 Actividad: 01 INICIO, Folios: 1, Anexos: NO
Origen: 218 GERENCIA SECCIONAL VI (NEIVA)
Destino: 110 OFICINA JURIDICA

MEMORANDO INTERNO

AUDITORIA GENERAL DE LA REPUBLICA
Al contestar cite N.U.R: **218-3-25645**, 05/03/2005 02:45 PM
Trámite: 435 - CONSULTA
I-24101 Actividad: 01 INICIO, Folios: 1, Anexos: NO
Origen: 218 GERENCIA SECCIONAL VI (NEIVA)
Destino: 110 OFICINA JURIDICA

Neiva, 24 de febrero del 2005
218

PARA: Dra. AMPARO QUINTERO ARTURO, Directora Oficina Jurídica

DE: ALBA SEGURA DE CASTAÑO, Gerente Seccional VI

REFERENCIA: 435 -01
Consulta Jurídica

Cordial saludo

Con el fin de llevar a cabo nuestro ejercicio fiscal conforme lo señala la Ley, me permito solicitarle emita concepto sobre:

Puede adelantarse Proceso de Responsabilidad Fiscal contra un Contralor que en virtud de la facultad otorgada por una Ordenanza expidió una Resolución sobre la tarifa de los viáticos a pagar a los funcionarios de la Contraloría, excediéndose en los límites señalados por el Gobierno Nacional.

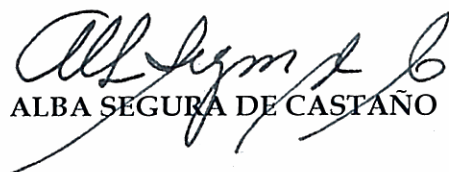
Para su conocimiento, me permito transcribir el artículo 52 de la Ordenanza 019 del 19 de agosto de 1997 mediante la cual se otorga la siguiente facultad:

"Artículo 52: DE LOS VIATICOS: El Contralor Departamental del Tolima reglamentara lo relacionado con viáticos teniendo en cuenta entre otros los siguientes aspectos: el grado de remuneración del empleado, la clase e importancia de la comisión, el lugar donde deba desempeñarse, su duración y las disponibilidades presupuestales de la contraloría."

Conforme lo anterior, el Contralor expidió la resolución 136 del 12 de marzo del 2001, "Por medio de la cual se reajustan los viáticos de los empleados de la Contraloría Departamental del Tolima", debo precisar que los articulos que señalan las tarifas de viáticos superan las señaladas por el Gobierno Nacional en sus diferentes Decretos.

Agradezco su colaboración.

Cordialmente,


ALBA SEGURA DE CASTAÑO

Excedido 11 marzo/05

110.015.2005

1.

*Dado
Feb 28/05
ay*

Excedido 11 de marzo / 05



AUDITORIA GENERAL DE LA REPUBLICA
Al contestar cite N.U.R: **218-3-3551** , 03/03/2005 12:23 p.m.
Trámite: 435 - CONSULTA
I-1943 Actividad: 01 INICIO, Folios: 1, Anexos: NO
Origen: 218 GERENCIA SECCIONAL VI (NEVA)
Destino: 110 OFICINA JURIDICA

MEMORANDO INTERNO

Neiva, 03 de marzo del 2005
218

AUDITORIA GENERAL DE LA REPUBLICA
Al contestar cite N.U.R: **218-3-25791** , 04/03/2005 11:55 AM
Trámite: 435 - CONCEPTO
I-24075 Actividad: 01 INICIO, Folios: 1, Anexos: NO
Origen: 218 GERENCIA SECCIONAL VI (NEVA)
Destino: 110 OFICINA JURIDICA

PARA: Dra. AMPARO QUINTERO ARTURO, Directora Oficina Jurídica

DE: ALBA SEGURA DE CASTAÑO, Gerente Seccional VI

REFERENCIA: 435 -01
Consulta Jurídica

*Doris
Marzo / 05*

Cordial saludo:

Con el fin de llevar a cabo nuestro ejercicio fiscal conforme lo señala la Ley, me permito solicitarle emita concepto sobre:

1. Debe continuarse o archivarse un Proceso de Responsabilidad Fiscal iniciado por superar la escala de viáticos señalada por el Gobierno Nacional, cuando no se demandó el acto administrativo (Ordenanza- Acuerdo) a nivel territorial que reglamentaba estas tarifas?
Conviene aclarar que no se demandó el acto porque éste no se encontraba vigente al momento en que se evidenció la presunta irregularidad.
2. Podemos remitirnos a la Norma Nacional sobre el pago del último día de comisión e iniciar o proseguir un Proceso de Responsabilidad Fiscal, cuando la Ordenanza o Acuerdo acogida por la Contraloría presenta vacío en este aspecto?.

Agradezco su colaboración.

Cordialmente,

Alba Segura de Castaño
ALBA SEGURA DE CASTAÑO
Gerente Seccional VI



AUDITORIA GENERAL DE LA REPUBLICA
Al contestar cite N.U.R: **218-3-26791** , 11/03/2005 05:11 PM
Trámite: 435 - CONCEPTO
I-24451 Actividad: 07 RESPUESTA. Folios: 7, Anexos: NO
Origen: 110 OFICINA JURIDICA
Destino: 218 GERENCIA SECCIONAL VI (NEIVA)

SUSCRIPTO COVA
03.19.05

Bogotá D.C., 11 de marzo de 2005
OJ-435

PARA: **ALBA SEGURA DE CASTAÑO**
Gerente Seccional VI

DE: **AMPARO QUINTERO ARTURO**
Jefe Oficina Jurídica

ASUNTO: Solicitud de concepto: suspensión de procesos de responsabilidad fiscal por prejudicialidad en materia de viáticos, cuando su liquidación se hizo con fundamento en ordenanza o acuerdo que no fueron demandados oportunamente

REFERENCIA: Oficio NUR Neiva 218-3-3503, NUR Bogotá 218-3-26645 y, Oficio NUR Neiva 218-3-3551 de 3 de marzo de 2005, NUR Bogotá 218-3-25791 de 4 de marzo de 2005

Cordial Saludo doctora Alba:

En desarrollo de la función de conceptualización asignada a este Despacho, se procede a dar respuesta a las consultas elevadas mediante los oficios de la referencia, que por tener relación con el tema sometido a análisis se han acumulado para suministrar una sola respuesta.

1.- Las Consultas.-

En comunicación de fecha 3 de febrero se solicitó a la Oficina Jurídica emitir concepto en relación con el siguiente planteamiento:

“Puede adelantarse Proceso de Responsabilidad Fiscal contra un Contralor que en virtud de la facultad otorgada por una Ordenanza expidió una Resolución sobre la tarifa de viáticos a pagar a los funcionarios de la Contraloría, excediéndose los límites señalados por el Gobierno Nacional.

*Para su conocimiento, me permito transcribir el artículo 52 de la Ordenanza 019 del 19 de agosto de 1997, mediante la cual se otorga la siguiente facultad:
<<Artículo 52: DE LOS VIÁTICOS: El Contralor Departamental del Tolima reglamentará lo relacionado con viáticos teniendo en cuenta entre otros los siguientes aspectos: el grado de remuneración del empleado, la clase e importancia*

de la comisión, el lugar donde deba desempeñarse, su duración y las disponibilidades presupuestales de la contraloría.>>

Conforme a lo anterior, el Contralor expidió la resolución 136 del 12 de marzo de 2001, <<Por medio de la cual se reajustan los viáticos de los empleados de la Contraloría Departamental del Tolima>>, debo precisar que los artículos que señalan las tarifas de viáticos superan las señaladas por el Gobierno Nacional en sus diferentes Decretos.”

De otra parte, en escrito de fecha 3 de marzo de los corrientes, se ha solicitado que se emita concepto respecto de los siguientes aspectos:

“1. Debe continuarse o archivarse un Proceso de Responsabilidad Fiscal iniciado por superar la escala de viáticos señalada por el Gobierno Nacional, cuando no se demandó el acto administrativo (Ordenanza – Acuerdo) a nivel territorial que reglamentaba estas tarifas?

Convine aclarar que no se demandó el acto porque éste no se encontraba vigente al momento en que se evidenció la presunta irregularidad.

2.- Podemos remitirnos a la Norma Nacional sobre el pago del último día de comisión e iniciar o proseguir un Proceso de Responsabilidad Fiscal, cuando la Ordenanza o Acuerdo acogida por la Contraloría presenta vacío en este aspecto?”

2.- Consideraciones Jurídicas.-

Esta Oficina se ha pronunciado en reiteradas oportunidades en relación con los temas planteados en sus dos consultas, indicando que en el caso de los procesos de responsabilidad fiscal tramitados por el exceso en el reconocimiento y pago de viáticos a favor de empleados de las entidades territoriales, es preciso analizar las características especiales de cada hecho investigado, ya que ello permite definir la decisión que puede adoptarse en cada etapa procesal, pues dependiendo del año en que se haya originado el presunto detrimento, el fundamento legal que se haya invocado para el efecto, entre otros, será procedente dar aplicación a las figuras procesales autorizadas por la Ley 610 de 2000, en la forma en que se anuncian describe a continuación:

- 1.- **Suspensión del proceso de responsabilidad fiscal por prejudicialidad.-**
No obstante que en el párrafo primero del artículo 4º de la Ley 610 de 15 de agosto de 2000, se establece que “[L]a responsabilidad fiscal es autónoma e independiente y se entiende sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad”, en los eventos en que esta responsabilidad provenga de un acto administrativo expedido con todas las formalidades legales que permitan reconocerle efectos jurídicos y éste haya sido objeto de cuestionamiento por parte de la entidad, será preciso aplicar la figura de la suspensión del proceso por prejudicialidad, toda vez que la imputación

del daño dependerá de la decisión que adopte la jurisdicción de lo contencioso administrativo sobre la legalidad o ilegalidad del acto que le sirvió de fundamento.

La suspensión del proceso se aplica con fundamento en lo establecido en el artículo 66 de la Ley 610 de 2000, que establece: “[E]n los aspectos no previstos en la presente ley se aplicarán, en su orden, las disposiciones del Código Contencioso Administrativo, el Código de Procedimiento Civil y, el Código de Procedimiento Penal, en cuanto sean compatibles con la naturaleza del proceso de responsabilidad fiscal.”

Revisado el Código Contencioso Administrativo, se pudo constatar que ninguna de sus normas se refiere a la figura de la suspensión del proceso por prejudicialidad, por lo que resulta procedente dar aplicación a lo establecido en los artículos 170 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, que son del siguiente tenor literal:

“Artículo.170. Modificado. D.E. 2282/89, art. 1º, num. 88. Suspensión del proceso. El juez decretará la suspensión del proceso:

1. *Cuando iniciado un proceso penal, el fallo que corresponda dictar en él haya de influir necesariamente en la decisión del civil, a juicio del juez que conoce de éste.*
2. *Cuando la sentencia que deba dictarse en un proceso, dependa de lo que deba decidirse en otro proceso civil que verse sobre cuestión que no sea procedente resolver en el primero, o de un acto administrativo de alcance particular cuya nulidad esté pendiente del resultado de un proceso contencioso administrativo, salvo lo dispuesto en los códigos Civil y de Comercio y en cualquiera otra ley.*

No obstante, el proceso ejecutivo no se suspenderá porque exista un proceso ordinario iniciado antes o después de aquél, que verse sobre la validez o la autenticidad del título ejecutivo, si en éste es procedente alegar los mismos hechos como excepción.

3. *Cuando las partes la pidan de común acuerdo, por tiempo determinado, verbalmente en audiencia o diligencia, o por escrito autenticado por todas ellas como se dispone para la demanda.*

Si la suspensión recae solamente sobre uno de los procesos acumulados, aquél será excluido de la acumulación, para continuar el trámite de los demás.

También se suspenderá el trámite principal del proceso en los casos previstos en este código, sin necesidad de decreto del juez.

Artículo.171. Modificado. D.E. 2282/89, art. 1º, num. 88. **Decreto de la suspensión y sus efectos.** Corresponderá al juez que conoce del proceso resolver sobre la procedencia de la suspensión.

La suspensión a que se refieren los numerales 1º y 2º del artículo precedente, sólo se decretará mediante la prueba de la existencia del proceso que la determina y una vez que el proceso que debe suspenderse se encuentre en estado de dictar sentencia.

La suspensión del proceso producirá los mismos efectos de la interrupción a partir del hecho que la genere o de la ejecutoria del auto que la decreta, el cual es apelable en el efecto suspensivo. El que la niegue, en el devolutivo.

Artículo172. Modificado. D.E. 2282/89, art. 1º, num. 88. **Reanudación del proceso. La suspensión del proceso por prejudicialidad durará hasta que el juez decreta su reanudación,** para lo cual deberá presentarse copia de la providencia ejecutoriada que puso fin al proceso que le dio origen; con todo, si dicha prueba no se aduce dentro de los tres años siguientes a la fecha en que empezó la suspensión, el juez de oficio o a petición de parte decretará la reanudación del proceso, por auto que se notificará por estado y mediante telegrama dirigido a la dirección denunciada para recibir notificaciones personales.

Vencido el término de la suspensión solicitada por las partes, se reanudará de oficio el proceso.

Cuando la suspensión recaiga únicamente sobre el trámite principal, se tendrán en cuenta las disposiciones especiales contenidas en este código.” –Resaltado por fuera del texto original-

- 2.- **Vías de hecho y deducción de la responsabilidad fiscal como conclusión del proceso.-** En oportunidad anterior, esta Oficina precisó en relación con los actos administrativos que son expedidos por funcionarios incompetentes o con manifiesta infracción del ordenamiento jurídico que es procedente promover el respectivo proceso de responsabilidad fiscal, cuya definición no depende de la declaratoria de nulidad del acto que le ha servido de fundamento. Lo anterior tomando en consideración que:

“[. . .] la falta de competencia del contralor para crear este tipo de prestaciones, hace que la presunción de legalidad no sea óbice para iniciar el proceso de responsabilidad fiscal, pues la expedición del acto se enmarcaría dentro de los supuestos de lo que en la doctrina se conoce como vía de hecho, en la cual incurre la administración pública cuando ejerce su competencia excediendo franca y abiertamente los límites señalados por la constitución, la ley o los reglamentos.

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

"El efecto de la irregularidad puede ser causal de inexistencia, nulidad, suspensión provisional o de revocación directa del acto acusado; o que, sin otra consideración, el acto resulte de imposible aplicación porque es ineficaz, inoponible o sencillamente carente de efectos; o que de lugar a restablecimiento del derecho vulnerado y causa de responsabilidad administrativa, disciplinaria, civil o penal de la administración pública y del servidor público que intervino en la actuación".¹

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

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

De otra parte, es tan claro que las funciones de los contralores no tienen relación alguna con la fijación de salarios o prestaciones de los funcionarios públicos, que cualquier decisión adoptada sobre estas materias se constituye en un acto "emitido sin 'sombra de competencia', de tal modo nulo, que carece de fuerza ejecutoria y ni siquiera puede reconocérsele la presunción de legalidad que en principio los doctrinantes atribuyen a todo acto administrativo"²

Situación distinta del supuesto en el que,

"[U]na corporación administrativa (asamblea o concejo), expide un acto administrativo fijando asignaciones básicas y factores salariales para funcionarios del orden territorial, que superan los límites señalados por el gobierno nacional; dicho acto estaría viciado de nulidad y en consecuencia procedería la acción correspondiente.

En este evento, se considera conveniente esperar los resultados de la nulidad demandada antes de iniciar proceso de responsabilidad fiscal, toda vez que los destinatarios obran cumplimiento de un acto administrativo de carácter general, revestido de presunción de legalidad.

Se afirma que este acto gozaría de presunción de legalidad por cuanto la contradicción con las normas a las que debería estar sujeto, que en nuestro criterio es clara, no es tan evidente frente algunas posiciones de las altas cortes.

En efecto, la falta de claridad deviene de los pronunciamientos, en diferentes oportunidades contrarios, que tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado han emitido respecto del alcance de la facultad que tienen las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales para fijar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos,

¹ PEDRO A. LAMPREA RODRIGUEZ, Manual de Derecho Contencioso Administrativo, Control Fiscal jurisdicción Coactiva, Legis S.A., Bogotá D.C. Colombia 2003, página 90.

² CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-069 de 1995, MP Hernando Herrera Vergara.

*consagrada en los artículos 300, numeral 7° y 313, numeral 6° de la Constitución Política. No obstante, la tendencia jurisprudencial en la actualidad se sitúa en la posición de que tal competencia "no comprende ni puede comprender la facultad de crear salario o factores salariales sino que se limita a la fijación en abstracto de las escalas de remuneración para las distintas categorías de empleos."*³

Con lo dicho en precedencia se quiere significar que, no existe una regla invariable en relación con la iniciación de los diferentes acciones que la ley prevé para la reparación de los efectos causados por la contravención de los distintos ordenamientos legales, sino que se hace necesario de parte del operador jurídico, un juicioso análisis de los fundamentos de hecho y de derecho que instruyen cada situación, para establecer cuales son las acciones que se pueden ejercitar."

- 3.- **Cesación de la acción fiscal y archivo del proceso de responsabilidad fiscal.**- Conforme a lo establecido en los artículos 16 y 47 de la Ley 610 de 2000, la medida de cesación de la acción fiscal y de archivo del proceso de responsabilidad fiscal es procedente siempre que se encuentre debidamente acreditado dentro de la actuación que la acción fiscal no podía iniciarse o proseguirse por haber operado la caducidad o la prescripción, se demuestre que el hecho no existió o que no es constitutivo de daño patrimonial al Estado o no comporta el ejercicio de gestión fiscal, aparezca demostrado que el daño investigado ha sido resarcido totalmente o la operancia de una causal excluyente de responsabilidad.

Estas normas deben tenerse en cuenta dentro del trámite de todo proceso, pues en cualquier momento puede surgir alguna de las circunstancias previstas por el legislador y, es deber del funcionario sustanciador, reconocer su operancia.

Finalmente, sólo resta destacar que en relación con el numeral 2 de su escrito de fecha 3 de marzo, ésta Oficina también se ha pronunciado anteriormente indicando que en los eventos en que la ordenanza guarda silencio y es el Contralor quien mediante acto administrativo reconoce viáticos en valor que exceden el máximo autorizado por el Gobierno Nacional, el proceso de responsabilidad fiscal se puede tramitar sin supeditar la decisión al pronunciamiento que efectúe la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por cuanto se estaría frente a una vía de hecho por la absoluta falta de competencia del Contralor para definir esta clase de aspectos.

³ CONSEJO DE ESTADO, Sala de consulta y Servicio Civil, Concepto 1518 de 11 de Septiembre de 2003.

En consecuencia, le extiendo una cordial invitación para analizar cada caso, si es posible o no calificar la decisión que ha servido de fundamento para el pago como acto administrativo o vía de hecho, si existen situaciones jurídicas consolidadas que no puedan ser desconocidas, si se encuentran acreditados los elementos de la responsabilidad fiscal, entre otros, y, tomar las medidas pertinentes conforme a lo previsto en la Ley 610 de 2000 y las normas a las que ella remite para superar sus vacíos.

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

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

Atentamente,



AMPARO QUINTERO ARTURO
Jefe Oficina Jurídica

DPA