



Concepto 204421 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública

20206000204421

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20206000204421

Fecha: 01/06/2020 04:39:54 p.m.

Bogotá D.C.

REF: REMUNERACIÓN. Generalidades del reconocimiento de viáticos y gastos de viaje. RAD. 20209000147802 del 17 de abril de 2020.

Acuso recibo del oficio de la referencia, mediante el cual informa que una empresa de economía mixta constituida como sociedad por acciones simplificada, de carácter comercial, con aporte de capital público superior al 90%, que tiene el carácter de entidad descentralizada indirecta perteneciente al orden departamental, que está registrada como TIC y por lo tanto está sujeta a la Ley 1341 de 2009, especialmente a lo dispuesto por el artículo 55, por lo anterior, formula varios interrogantes.

Al respecto y con el fin de atender su solicitud, se procede a efectuar las siguientes consideraciones de carácter general:

La ley 1341 de 2009 «Por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones TIC, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones.», establece:

«ARTÍCULO 55. Régimen jurídico de los proveedores de redes y servicios de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Los actos y los contratos, incluidos los relativos a su régimen laboral y las operaciones de crédito de los proveedores de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, cualquiera que sea su naturaleza, sin importar la composición de su capital, se regirán por las normas del derecho privado.»

De conformidad con la norma en cita, el régimen jurídico de los proveedores de redes y servicios de las tecnologías de la información y las comunicaciones, cualquiera que sea su naturaleza, sin importar la composición de su capital, se regirán por las normas del derecho privado.

La Ley 489 de 1998, por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones, establece:

«ARTICULO 97. SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA. Las sociedades de economía mixta son organismos autorizados por la ley, constituidos bajo

la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley.

(...).

PARAGRAFO. Los regímenes de las actividades y de los servidores de las sociedades de economía mixta en las cuales el aporte de la Nación, de entidades territoriales y de entidades descentralizadas, sea igual o superior al noventa (90%) del capital social es el de las empresas industriales y comerciales del Estado.» (Subrayas y negrilla nuestro)

A su vez el Código de Comercio: "Art. 461. Definición de la Sociedad de Economía Mixta. Son de economía mixta las sociedades comerciales que se constituyen con aportes estatales y de capital privado.

«Las sociedades de economía mixta se sujetan a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria, salvo disposición legal en contrario.»

De otra parte, es importante recordar el concepto sobre la creación y naturaleza de la sociedad de economía mixta, de acuerdo con lo señalado en la sentencia C-953/99 del 1 de diciembre de 1999, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, por la cual se declaró la inexecutable del inciso segundo del artículo 97 de Ley 489 de 1998:

«La existencia de una sociedad de economía mixta, tan sólo requiere, conforme a la Carta Magna que surja de la voluntad del legislador, si se trata de una perteneciente a la Nación, o por así disponerlo una ordenanza departamental o un acuerdo municipal, si se trata de entidades territoriales, a lo cual ha de agregarse que, lo que le da esa categoría de "mixta" es, justamente, que su capital social se forme por aportes del Estado y de los particulares, característica que determina su sujeción a un régimen jurídico que le permita conciliar el interés general que se persigue por el Estado o por sus entidades territoriales, con la especulación económica que, en las actividades mercantiles, se persigue por los particulares.

(...)

La naturaleza jurídica surge siempre que la composición del capital sea en parte de propiedad de un ente estatal y en parte por aportes o acciones de los particulares, que es precisamente la razón que no permite afirmar que en tal caso la empresa respectiva sea "del Estado" o de propiedad de "particulares" sino, justamente de los dos, aunque en proporciones diversas, lo cual le da una característica especial, denominada "mixta", por el artículo 150, numeral 7º de la Constitución. De no ser ello así, resultaría entonces que aquellas empresas en las cuales el aporte de capital del Estado o de una de sus entidades territoriales fuera inferior al cincuenta por ciento (50%) no sería ni estatal, ni de particulares, ni "mixta", sino de una naturaleza diferente, no contemplada por la Constitución.» (Subrayado fuera de texto).

Conforme a lo anterior, lo que le da esa categoría de "mixta" a la sociedad es que su capital social se forme por aportes del Estado cualquiera que sea el monto de participación del sector público y del sector privado.

De conformidad con el párrafo del artículo 97 de la Ley 489 de 1998, sólo en el evento en que el Estado tenga una participación en el capital social de la empresa superior al 90%, su régimen será el de una Empresa Industrial y Comercial del Estado, en la cual según el Decreto 3135 de 1968 sus trabajadores tienen la calidad de Trabajadores Oficiales. Para las demás sociedades de economía mixta, esto es, aquellas que tienen una participación del Estado del 89.99% en el capital o un porcentaje inferior a este se rigen en su actividad comercial y en sus vinculaciones laborales por las disposiciones del derecho privado, lo que significa que sus trabajadores se rigen por las disposiciones del Código Sustantivo de Trabajo.

Conforme a lo expuesto, en criterio de esta Dirección Jurídica el régimen laboral aplicable a los trabajadores de una sociedad de economía mixta, en la cual el aporte público corresponde al 90%, como ocurre en el caso materia de consulta, es el de las empresas industriales y comerciales del Estado, por lo tanto sus trabajadores se rigen por el contrato de trabajo, la convención colectiva, pacto colectivo, el reglamento interno, y en lo no previsto por dichos instrumentos, por la Ley 6ª de 1945, el Decreto 1083 de 2015. Los empleados públicos catalogados como tal según sus

estatutos, se rigen por las normas legales vigentes establecidas para los mismos.

Por consiguiente, la planta de personal está constituida en su mayoría por trabajadores oficiales.

Ahora bien, el Decreto 1083 de 2015, «Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública», señala:

«ARTÍCULO 2.2.5.5.25 Comisión de servicio. La comisión de servicios se puede conferir al interior o al exterior del país, no constituye forma de provisión de empleos, se otorga para ejercer las funciones propias del empleo en un lugar diferente al de la sede del cargo, cumplir misiones especiales conferidas por los superiores, asistir a reuniones, conferencias o seminarios, realizar visitas de observación que interesen a la administración y que se relacionen con el ramo en que presta sus servicios el empleado.

Esta comisión hace parte de los deberes de todo empleado, por tanto, no puede rehusarse a su cumplimiento.

ARTÍCULO 2.2.5.5.27 Derechos del empleado en comisión de servicios. El empleado en comisión de servicios en una sede diferente a la habitual tendrá derecho al reconocimiento de la remuneración mensual que corresponde al cargo que desempeña y al pago de viáticos y, además, a gastos de transporte, cuando estos últimos se causen fuera del perímetro urbano. El valor de los viáticos se establecerá de conformidad con los lineamientos y topes señalados en el decreto anual expedido por el Gobierno Nacional.

Cuando la totalidad de los gastos que genere la comisión de servicios sean asumidos por otro organismo o entidad no habrá lugar al pago de viáticos y gastos de transporte. Tampoco habrá lugar a su pago cuando la comisión de servicios se confiera dentro de la misma ciudad.

Si los gastos que genera la comisión son asumidos de forma parcial por otro organismo o entidad, únicamente se reconocerá la diferencia.»

ARTÍCULO 2.2.5.5.29 Informe de la comisión de servicios. Los servidores públicos, con excepción de los Ministros y Directos de Departamento Administrativo, deberán presentar ante su superior inmediato y dentro de los tres (3) días siguientes a la finalización de la comisión que le haya sido conferida, un informe ejecutivo sobre las actividades desplegadas en desarrollo de la misma.»

Conforme a lo anterior, la comisión de servicios es una situación administrativa en virtud de la cual, se ejercen temporalmente las funciones propias de su cargo en lugares diferentes a la sede habitual de su trabajo o se atienden transitoriamente actividades oficiales distintas a las inherentes al empleo de que es titular; sin generar vacancia del empleo; dando lugar al pago de viáticos y gastos de transporte según el sitio donde deba cumplirse la comisión.

Por su parte, el Decreto Ley 1042 de 1978, «por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los Ministerios, los Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Unidades Administrativas Especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones», señala:

«ARTÍCULO 61. Los empleados públicos que deban viajar dentro y fuera del país en comisión de servicios tendrán derecho al reconocimiento y pago de viáticos.

ARTÍCULO 64º. De las condiciones de pago. Dentro del territorio nacional solo 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 del valor fijado en el artículo 62.

ARTÍCULO 71. De los gastos de transporte. Los empleados públicos que deban viajar fuera de su sede de trabajo, en desarrollo de comisiones de

servicio dentro del país o en el exterior, tendrán derecho al reconocimiento y pago de los gastos de transporte, de acuerdo con reglamentación especial del Gobierno.»

De acuerdo a la normativa citada, cuando se otorga una comisión de servicios al empleado al interior o exterior del país tiene derecho al reconocimiento de viáticos y gastos de transporte, valor que variara según el tiempo que dure la misma.

A sí mismo, el Decreto 1013 de 2019 fija la escala de viáticos para la vigencia 2019 de los empleados públicos referidos en los literales a), b) y c) del artículo 1° de la Ley 4 de 1992, que deban cumplir comisiones de servicio en el interior o en el exterior del país.

De la misma manera, el mencionado decreto en los artículos 2 y 3, refiere:

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

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

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

ARTÍCULO 3°. AUTORIZACIÓN DE VIÁTICOS. A partir del 1° de enero de 2019, 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.

Los viáticos solo podrán computarse como factor salarial para la liquidación de cesantías y pensiones cuando se cumplan las condiciones señaladas en la letra i) del artículo 45 del Decreto-ley 1045 de 1978.

Queda prohibida toda comisión de servicios de carácter permanente.

PARÁGRAFO 1°. Los viáticos y gastos de viaje se les reconocen a los empleados públicos y, según lo contratado, a los trabajadores oficiales del respectivo órgano, y cubren los gastos de alojamiento, alimentación y transporte cuando previo acto administrativo, deban desempeñar funciones en lugar diferente de su sede habitual de trabajo. En consecuencia, para efectos de lo establecido en el numeral 1 del artículo 81 de la Ley 1940 de 2018, solo se computarán los viáticos y gastos de viaje que se reconozcan a los servidores vinculados a la planta de personal de la entidad que expidió el acto administrativo que otorgó la comisión.

Por el concepto de viáticos se podrán cubrir los gastos de traslado de los empleados públicos y sus familias cuando estén autorizados para ello y, según lo contratado, a los trabajadores oficiales.

El Departamento Administrativo de la Presidencia de la República podrá pagar con cargo a su presupuesto los viáticos y gastos de viaje causados al Personal Militar, de Policía, del Inpec a su servicio.

Las entidades públicas a las cuales la Unidad Nacional de Protección o la Policía Nacional presten servicios de protección y seguridad personal a sus funcionarios, podrán cubrir con cargo a su presupuesto los viáticos y gastos de viaje causados por los funcionarios que hayan sido designados por aquel para tal fin.

De igual forma la Unidad de Salud del Ministerio de Defensa Nacional, podrá pagar los viáticos y gastos de viaje al personal Militar del área asistencial –médicos, odontólogos, bacteriólogos, enfermeros, auxiliares de enfermería y psicólogos– que están al servicio del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares.

PARÁGRAFO 2°. 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 20 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.»

Conforme a lo anterior, el rubro de viáticos y gastos de viaje, se les reconoce a los empleados públicos y, según lo contratado a los trabajadores oficiales del respectivo órgano, los gastos de alojamiento, alimentación y transporte, cuando previa resolución deban desempeñar funciones en un lugar diferente a su sede habitual de trabajo.

A la entidad le corresponde indicar dentro del contenido del acto administrativo que confiere la comisión, el tiempo de duración de la misma, resultando procedente reconocer el valor de los viáticos atendiendo a las fechas autorizadas en el acto administrativo que confiere la respectiva comisión de servicios. Así, al efectuar una interpretación de las normas que regulan los viáticos, en criterio de esta Dirección Jurídica se considera que “día completo” en el lugar de la comisión debe entenderse como el día hábil o calendario de 24 horas, atendiendo lo dispuesto en el artículo 59 de la Ley 4 de 1913¹¹.

En este entendido, los viáticos se destinan a fin de reconocerle al servidor, gastos de manutención y alojamiento; por lo tanto, cuando las condiciones de la comisión exijan que el empleado pernocte, expresión que según el diccionario de la Real Academia Española significa “Pasar la noche en determinado lugar especialmente fuera del propio domicilio”, se le debe reconocer lo correspondiente al 100% del valor fijado para los viáticos, de lo contrario sólo habrá lugar a reconocer el 50%.

Con fundamento en las consideraciones que se han dejado efectuadas, se procederá a dar respuesta a cada uno de sus planteamientos, en el mismo orden en que fueron formulados, así:

1. En una empresa de economía mixta, el Gerente es quien tiene la competencia para autorizar los temas de viáticos y gastos de viaje a servidores y contratistas. Puede el Gerente General firmar el acto administrativo por el cual se autoriza la comisión y el pago de viáticos y gastos de viaje así mismo.

2. En el evento de autorizar sus propios viáticos no sea viable jurídicamente cual puede ser la forma de hacerlo cuando el gerente requiera viáticos y gastos de viaje para las comisiones de servicio.

R/. En los términos del artículo 97 del Decreto de la Ley 489 de 1998, en el evento en que el Estado tenga una participación superior al 90%, su régimen será Estatal, para las demás sociedades de economía mixta que tienen una participación del estado del 89.99% en el capital o un porcentaje inferior a este se rigen en actividad comercial por el derecho privado.

Así las cosas, si la entidad es Estatal la comisión de servicios deberá ser conferida por el nominador de la entidad, que, para el caso de los Gerentes de una empresa de economía mixta territorial, es el Gobernador o el Alcalde respectivo. Si la misma es privada, se regirá por normas del Derecho privado.

3. Se genera algún tipo de interés o conflicto.

4. En el evento de suscribir el auto administrativo que autoriza sus propios viáticos no sea viable jurídicamente, cual es la consecuencia de estarlo realizando.

R/. De conformidad con lo señalado en el Decreto 430 de 2016, no es de nuestra competencia pronunciarnos sobre el particular.

5. La obligación de legalización de los viáticos y gastos de viaje, tiene soporte legal o normativo o es discrecional de cada entidad hacer el seguimiento y control de no hacerlo a que los recursos recibidos por este concepto si se hayan usado para tal fin (entendiendo por legalización la exigencia al servidor de entregar, una vez cumplida la comisión los pasa bordos, cumplido de comisión, certificado de estudios etc).

R/. Para que sean reconocidos los viáticos debe mediar un acto administrativo previo que confiera la respectiva comisión de servicios y ordene su reconocimiento.

Cada entidad según reglamento interno, tiene la facultad de establecer los documentos soportes (Pasabordos, comprobantes de gastos de viajes, constancias de permanencia en el lugar de la comisión, etc.) que se debe anexar para legalizar viáticos; por lo que en criterio de esta Dirección Jurídica, si para la "legalización de comisión y gastos de viáticos" se entiende la aportación de los soportes de los gastos en que incurre el comisionado, se considera viable entonces, cumplir con este formalismo, para establecer con ello, la ejecución de la comisión de servicios, ya que la normativa sólo exige la entrega de un informe de actividades por parte del comisionado dentro de los 3 días siguientes.

Con respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido emitidos por esta Dirección Jurídica.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Luz Rojas

Revisó: José Fernando Ceballos

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

[1] "ARTICULO 59. Todos los plazos de días, meses o años, de que se haga mención legal, se entenderá que terminan a la medianoche del último día del plazo. Por año y por mes se entienden los del calendario común, y por día el espacio de veinticuatro horas, pero en la ejecución de las penas se estará a lo que disponga la ley penal". (Negrilla fuera de texto)

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:28:26