



Concepto 365541 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000365541

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000365541

Fecha: 05/10/2021 04:04:43 p.m.

Bogotá D.C.

REF.: REMUNERACIÓN. Viáticos. ¿Una Empresa Social del Estado- ESE está obligada a reconocer y pagar viáticos a los servidores públicos de dicha entidad que integran su junta directiva con ocasión al desplazamiento que deben realizar para asistir a sus sesiones cuando ésta se reúna por fuera las instalaciones de la ESE? RADICADO: 20212060602452 del 30 agosto de 2021.

Acuso recibo de su comunicación, mediante la cual consulta si una Empresa Social del Estado ESE está obligada a reconocer y pagar viáticos a los servidores públicos de dicha entidad que integran su junta directiva con ocasión al desplazamiento que deben realizar para asistir a sus sesiones cuando ésta se reúna por fuera las instalaciones de la ESE y si debe hacerlo respecto del servidor público que integra dicha Junta Directiva en representación de los usuarios de la ESE.

Al respecto, me permito informarle que, de conformidad con el Decreto 430 de 2016, este Departamento Administrativo tiene como objeto el fortalecimiento de las capacidades de los servidores públicos y de las entidades y organismos del Estado, su organización y funcionamiento, el desarrollo de la democratización de la gestión pública y el servicio al ciudadano, mediante la formulación, implementación, seguimiento y evaluación de políticas públicas, la adopción de instrumentos técnicos y jurídicos, la asesoría y la capacitación.

Razón por la cual, no es de nuestra competencia intervenir en situaciones particulares que se presentan en las entidades, actuar como ente de control, investigación, ni señalar los procedimientos a seguir en caso de que se presenten anomalías al interior de las mismas por cuanto, dicha competencia se encuentra atribuida a los jueces de la República.

No obstante, me permito indicar de manera general respecto a los viáticos y el reconocimiento de gastos de transporte a favor de los miembros de las juntas directivas de las Empresas Sociales del Estado, lo siguiente:

Frente a la escala de viáticos de las entidades del orden nacional debe acudirse a lo establecido en el Decreto 979 del 22 de agosto de 2021, "Por el cual se fijan las escalas de viáticos", el cual señala:

"ARTÍCULO 1. Escala de viáticos. 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 1° de la Ley 4a. de 1992, que deban cumplir comisiones de servicio en el interior o en el exterior del país:

(...)

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, sólo se reconocerá hasta el cincuenta por ciento (50%) del valor fijado.

ARTÍCULO 3. Autorización de viáticos. A partir del 1° de enero de 2021, 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."

Los viáticos estarán destinados para manutención y alojamiento del empleado; el reconocimiento y pago de los mismos debe ser ordenado en el acto administrativo que confiere la comisión de servicios, indicando las condiciones de la comisión y su duración. Dicho acto es necesario para su reconocimiento y pago. Por último, se debe tener en cuenta que los viáticos solamente se pueden reconocer siempre y cuando medie una comisión de servicios.

De igual modo, las entidades deben fijar un valor para cada comisión, teniendo en cuenta los topes fijados por el Gobierno Nacional; en el evento que no se requiera pernoctar en el lugar de la comisión, se deberá reconocer el 50% sobre el valor fijado por la entidad.

Sobre el particular, es necesario señalar que los viáticos solo se predicen de los servidores públicos, frente a quienes ostentan la calidad de servidores públicos, la Constitución Política, establece:

Artículo 123. Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Con respecto a la calidad de los miembros de las Juntas y Consejos Directivos de entidades estatales, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, C.P. Darío Quiñones Pinilla, Expediente número: 3429 del 17 de febrero de 2005, sostuvo:

"Ahora bien, el artículo 123 de la Constitución dispone que "son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente". Y, el artículo 122 superior es claro en señalar que "no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento, y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente".

Congruente con lo anterior, los artículos 5º del Decreto 3135 de 1968 y 3º del Decreto 1950 de 1973 señalan que "las personas que presten sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos son empleados públicos; sin embargo los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales...". Y, relevante para el asunto sub iúdice, el artículo 4º del Decreto 1950 de 1973 aclara que quienes prestan servicios ocasionales o temporales no pertenecen al servicio civil del Estado.

El artículo 3º, parágrafo 2º, del Decreto 2400 de 1968 dejó en claro que "las personas a quienes el gobierno o las corporaciones públicas confieran su representación en las juntas directivas de los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, o los miembros de juntas, consejos o comisiones no tienen por ese solo hecho el carácter de funcionarios públicos".

En ese mismo sentido, para los miembros de las juntas o consejos del orden departamental, el artículo 298 del Decreto 1222 de 1986, dispuso que "no tienen por este hecho la calidad de empleados públicos". Y, el artículo 162 del Decreto 1333 de 1986 -Código de Régimen Municipal-, dispuso que "los miembros de las juntas directivas aunque ejercen funciones públicas, no adquieren por ese solo hecho la calidad de empleados públicos".

Pero, además, se tiene que el artículo 74 de la Ley 489 de 1998 es claro en señalar que "los particulares miembros de los consejos directivos o asesores de los establecimientos públicos, aunque ejercen funciones públicas, no adquieren por ese solo hecho la calidad de empleados públicos...".

De lo anterior se infiere que las juntas directivas de una entidad están integradas por empleados públicos y particulares, estos últimos, aunque ejercen funciones públicas, no adquieren por ese solo hecho la calidad de empleados públicos, simplemente ostentan una condición de representación.

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 7° del Decreto 1876 de 1994 "*Por el cual se reglamentan los artículos 96, 97 y 98 del Decreto Ley 1298 de 1994 en lo relacionado con las Empresas Sociales del Estado*", la Junta Directiva de una Empresa Social del Estado está conformada por: (i) El Jefe de la Administración Departamental, Distrital o Local o su delegado y por el Director de Salud de la entidad territorial respectiva o su delegado, (ii) Dos representantes del sector científico de la Salud, uno de ellos hace parte del personal profesional de la institución, y (iii) Dos representantes de la comunidad.

En ese orden de ideas, y teniendo en cuenta la normativa antes indicada, esta Dirección Jurídica considera que cuando las sesiones de una junta directiva de una entidad deban llevarse a cabo en sitio diferente al municipio donde está localizada la entidad, en desarrollo de comisiones de servicio dentro del país, a los miembros de la junta directiva que tengan la calidad de empleados públicos, como es el caso del jefe de la administración territorial o su delegado, el Director de salud de la entidad territorial y el profesional que representa el sector científico en la ESE, se les deberán reconocer viáticos, los cuales están dirigidos a cubrir los gastos de manutención y alojamiento.

Igualmente, me permito manifestarle que los organismos y entidades son los encargados de fijar el valor de los viáticos, teniendo en cuenta aspectos como la asignación básica mensual del empleado, la naturaleza de los asuntos que le sean confiados, las condiciones de la comisión y el costo de vida del lugar o sitio donde deba llevarse a cabo la labor. En todo caso se deberá respetar lo establecido en las normas por el gobierno.

Frente a los miembros particulares de una junta directiva, no es viable jurídicamente la aprobación de viáticos, debido a que la situación administrativa de la comisión que da lugar al reconocimiento de tales emolumentos, sólo se predica de los empleados públicos.

No obstante, el Decreto 1876 de 1994, respecto de los miembros de la junta directiva que no son servidores públicos establece lo siguiente:

ARTÍCULO 8.- Requisitos para los miembros de las Juntas Directivas. Para poder ser miembro de las Juntas Directivas de las Empresas Sociales de Salud se deben reunir los siguientes requisitos:

(...)

PARÁGRAFO. La entidad territorial respectiva, a la cual está adscrita la Empresa Social del Estado, fijará los honorarios por asistencia a cada sesión de la Junta Directiva, para los miembros de la misma que no sean servidores públicos. En ningún caso dichos honorarios podrán ser superior a medio salario mínimo mensual por sesión, sin perjuicio de reconocer en cuenta separada, los gastos de desplazamiento de sus integrantes a que haya lugar." (Subrayado y Negrilla fuera del texto)

En ese sentido, ésta Dirección Jurídica concluye que tratándose de los servidores públicos vinculados a la ESE que fueron elegidos como miembros de su Junta Directiva, esto es el jefe de la entidad territorial, uno de los representantes del sector científico y el Director de Salud de la entidad territorial respectiva o su delegado, es procedente que la Empresa Social del Estado les reconozca los viáticos que hubiere lugar, cuando la sesión de la junta directiva se realice en una sede diferente a la habitual de la ESE, los cuales están dirigidos a cubrir los gastos de manutención y alojamiento.

En todo caso, para la asistencia a dichas sesiones, deberá mediar acto administrativo que otorga comisión de servicios de conformidad con lo indicado en el presente concepto.

Finalmente, frente a los miembros de la Junta Directiva de la ESE que no son servidores públicos como en el caso que consulta, es decir los representantes de la comunidad o de los usuarios, esta Dirección Jurídica considera que no es procedente el reconocimiento de viáticos a su favor.

Para mayor información 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

Proyecto Ma. Camila Bonilla G.

Reviso: Harold I. Herreño

Aprobó: Armando López C

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 13:54:43