

Bogotá D.C., 22 de octubre de 2015.

PARA: CLAUDIA ISABEL VICTORIA NIÑO IZQUIERDO
Secretaria General
Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

DE: LIFE ARMANDO DELGADO MENDOZA.
Jefe Oficina Asesora Jurídica.
Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

ASUNTO: Concepto jurídico.

Respetada Doctora Claudia Isabel:

En atención a su solicitud de concepto, a través de la cual requiere revisar si es viable el reconocimiento y pago de viáticos de un funcionario que debe desplazarse del lugar de trabajo y residencia para cumplir con la designación de perito que le realizara otra entidad pública, me permito informarle:

I. PROBLEMA JURÍDICO:

En el presente caso, se suscita el siguiente problema jurídico a resolver, así:

¿Es viable jurídicamente reconocer y ordenar el pago de viáticos a funcionarios que deban atender diligencias judiciales que se originen en la labor pericial mientras se encontraban vinculados a otra entidad pública?

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

Previo a emitir el concepto solicitado, debe advertirse que conforme a lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 8 del Acuerdo 08 del 19 de junio de 2012, la Oficina Jurídica del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, tiene asignada como función emitir conceptos jurídicos referidos a los aspectos propios de la entidad (medicina legal y ciencias forenses) que sean solicitados por las diferentes dependencias del Instituto.

1. Naturaleza Jurídica del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses

Con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses se instituye como establecimiento público del orden nacional adscrito a la Fiscalía General de la Nación, reconociéndole autonomía administrativa; personería jurídica y patrimonio independiente, características propias de los establecimientos públicos.

Así mismo, le fijó la función principal de prestar auxilio y soporte técnico y científico a la administración de justicia en todo el territorio nacional, en lo concerniente a medicina legal y las ciencias forenses (artículos 160 del decreto 2699 de 1991 y 48 del decreto 261 de 2000), bajo el entendido que, dotado de autonomía administrativa, patrimonial y con personería jurídica distinta de la Nación, se facilitarían la labor técnica de este ente: reconociéndose

entonces, la importancia de su tarea como auxiliar en la adecuada, pronta y recta administración de justicia.

No obstante lo anterior, pese a que el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, sea un establecimiento público con las características de éstos, no está adscrito a ningún organismo principal de la rama ejecutiva, entiéndase Ministerio o Departamento Administrativo, **sino a uno de la rama judicial: la Fiscalía General de la Nación, por disposición expresa del Constituyente** (artículo 27 Transitorio).

Al respecto la H. Corte Constitucional en sentencia de Constitucionalidad C- 1505/00 señaló:

(...)

*“La adscripción que en tal sentido hizo el Constituyente, excluye entonces a ese Instituto de la esfera propia de la rama ejecutiva del poder público, pues, por decisión del constituyente, **ese Instituto hace parte de la rama judicial**, en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, como expresamente quedó establecido en el artículo 27 transitorio de la Constitución, en orden a lograr un mejor desempeño de su misión, pero bajo la coordinación del órgano que, en razón de su función principal, requiere en grado sumo de la labor técnica-científica que presta el Instituto, órgano que no es otro que la Fiscalía General de la Nación.*

La razón para que el Constituyente hubiera adoptado tal decisión salta a la vista: la función que está llamado a cumplir uno y otro ente, puesto que si a la Fiscalía General de la Nación se le asignó la labor de investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los jueces y tribunales competentes (artículo 234 de la Constitución Política) y al Instituto la de prestar auxilio y soporte técnico a la administración de justicia, en lo concerniente a medicina legal y ciencias forenses, resulta lógico que estos entes trabajen en coordinación para que el primero de ellos pueda efectuar en debida forma y con buen éxito su tarea, en aras de una adecuada y recta administración de justicia, como lo exige la Constitución”.

(...)

En virtud de lo anterior, esta oficina no se encuentra de acuerdo con el concepto emitido por el Departamento Administrativo de la Función Pública, por dos razones fundamentalmente:

- A) Se invocan como fundamentos de derecho normas aplicables a la rama ejecutiva, y como ya se señaló, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses es un establecimiento público adscrito a la Fiscalía General de la Nación y por tanto, hace parte de la Rama judicial, por lo que debe aplicarse lo dispuesto en la Ley 270 de 1996 y no normas tales como:
- **Decreto 1042 de 1978**, el cual *“establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los **ministerios, 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”.*

- **Decreto 1083 de 2015**, el cual se refiere a temas relacionados con Empleo Público, Organización Administrativa, Control Interno y Racionalización de Trámites **de Rama Ejecutiva del Poder Público**.
-
- B) El concepto se refiere a particulares que cumplen transitoriamente funciones públicas en condición de auxiliares de la justicia, sin embargo, de la información recibida se desprende que la consulta se hace frente a la solicitud realizada por el Dr. GERMAN CANO MONTAÑO quien fue citado por un despacho judicial para ser interrogado por un caso que le fue asignado mientras se encontraba vinculado a la Defensoría del Pueblo Regional Valle en el cargo de Profesional Especializado en Criminalística Grado 18, por lo que el contexto fáctico analizado por el Departamento Administrativo de la Función Pública no se ajusta a la situación que se pretende aclarar.

2. De la Comisión de Servicios y causación de viáticos en el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

Para entrar a analizar el tema, nos remitiremos al artículo 136 de la Ley 270 de 1996, que a su tenor literal dispone:

“COMISIÓN DE SERVICIOS. La comisión de servicio, se confiere por el superior, bien para ejercer las funciones **propias del empleo en lugar diferente al de la sede**, o para cumplir **ciertas misiones, como asistir a reuniones, conferencias o seminarios, o realizar visitas de observación que interesen a la Administración de Justicia Puede dar lugar al pago de viáticos** y gastos de transporte, conforme a las disposiciones legales y reglamentarias sobre la materia, aunque la comisión sea fuera del territorio nacional”. (Negrita fuera de texto).

En virtud de lo anterior, se tiene que la forma de que un funcionario o empleado público genere el reconocimiento y pago de viáticos requiere que previo a ello exista una comisión de servicios, en los términos del artículo 136 y Subsiguientes de la Ley 270 de 1996

En ese sentido, el H. Consejo de Estado frente al tema de pago de viáticos y gastos de viaje se pronunció en Sentencia de 19 de abril de 2007, Radicación No. 25000-23-25-000-1998-02115-01(3549-04), Actor: Julio Álvarez, M.P. Jesús María Lemus Bustamante, señalando lo que sigue:

*“(…) En nuestro ordenamiento jurídico el viático es considerado como un estipendio, un factor salarial, que tiene por finalidad cubrir los gastos de manutención, alojamiento y transporte en **que incurre el servidor público por el cumplimiento de sus funciones fuera de su sede habitual de trabajo**, sin sufrir por ello mengua en su patrimonio. Así los viáticos tienden a compensar los gastos que causa a un empleado o trabajador el desplazamiento temporal del lugar donde trabaja para ir a otro sitio donde tiene que soportar costos adicionales de alojamiento y alimentación principalmente. (...)” (Negrita fuera de texto).*

Por su parte, la Corte Constitucional en Sentencia C-108 de 1995, dispuso: “Los viáticos tienen una razón de ser: y demás gastos necesarios y proporcionados para

que el **trabajador pueda desarrollar adecuadamente su misión laboral**, sin sufrir por ello mengua en su patrimonio". (Negrita fuera de texto).

(...)

"No es justo, jurídicamente hablando, que el trabajador se vea impelido a asumir gastos de **operatividad laboral que por su naturaleza corresponde sufragar al empleador**. Cada quien debe hacer y pagar lo suyo; la labor hacia un fin beneficia al empleador, aunque sea ejecutada por el trabajador; en tal sentido aquel está obligado a facilitar la tarea del ejecutante, de lo contrario la situación desfavorece al trabajador, lo cual contradice el espíritu de la Carta, que garantiza el trabajo y sus garantías esenciales, dentro de las que se **encuentran los viáticos** como parte del salario. El trabajador aporta su fuerza de trabajo, la cual en justicia debe ser remunerada; no regala su capacidad laboral, ni tiene por qué afectarla en sentido adverso para desarrollarla". (Negrita fuera de texto)

En conclusión, **la administración debe facilitar los medios para que el funcionario cumpla adecuadamente las labores a realizar en la comisión**, por lo que con anterioridad al inicio de la comisión de servicios se debe pagar el valor correspondiente a los viáticos, con el fin que los empleados puedan sufragar los gastos que esta implica".

Como soporte de ello se trae a colación, lo dispuesto en sentencia del 31 de enero de 2012, radicado No. 58018 proferida por la H. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal – Sala Sección de Tutelas, en la que se confirmó la decisión de primera instancia proferida por el Tribunal Superior de Cali que negó el amparo solicitado por el ex servidor Juan Guillermo Zapata, sustentado en lo siguiente:

(...) De manera que aunque el doctor JUAN GUILLERMO ZAPATA JARAMILLO ya no se encuentre adscrito al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, la obligación de rendir cada uno de los dictámenes como testigo perito dimana del hecho de haber realizado el informe pericial cuando se encontraba vinculado a dicha entidad, en tanto sólo podrán ser sustentados por quien previamente los rindió, independientemente de la vinculación laboral que el declarante ostente al momento de ser requerido por las autoridades para tales efectos. (...)

En línea con lo expresado, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 18 del Estatuto Orgánico de Presupuesto en su artículo 18, el cual a su tenor literal dispone:

"ARTÍCULO 18. Especialización. Las apropiaciones deben referirse en cada órgano de la administración **a su objeto y funciones**, y se ejecutarán estrictamente conforme al fin para el cual fueron programadas (L. 38/89, art. 14; L. 179/94, art. 55, inc. 3º)". Negrita fuera de texto.

Así las cosas, resulta concluyente que los gastos en que incurra el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses deben referirse al objeto y funciones que le fueron asignadas por la ley a la entidad, dejando por fuera cualquier situación que no se enmarque dentro de ese contexto.

En virtud de lo anterior, la comisión de servicios está dada para que el funcionario o empleado público cumpla con las **funciones propias del cargo** en una sede diferente a su lugar habitual de trabajo, lo que daría lugar al reconocimiento y pago de viáticos en los términos dispuestos en la Resolución No, 000486 del 24 de junio de 2015.

Consecuencia de lo anterior, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses no debe pagar viáticos para que el perito atienda una diligencia que se origina de cuando laboraba para otra entidad.

C) CONCLUSIÓN

De los anteriores argumentos, se puede colegir que:

1. Esta Oficina considera que el concepto emitido por el Departamento Administrativo de la Función Pública no se ajusta a la situación fáctica del Dr. Germán Cano Montaña.
2. No es procedente el reconocimiento y pago de viáticos a un funcionario del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, sin que exista nexo causal entre el objeto de la comisión y las funciones del cargo.

Absueltos los interrogantes objeto de su consulta, es importante manifestarle que esta Oficina queda atenta a suministrar información adicional, de ser requerida, relacionada con el tema.

En los anteriores términos, queda resuelta su petición de conformidad con lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 1755 de 2015.

Cordialmente,



Life Armando Delgado Mendoza.

Jefe Oficina Jurídica.

Proyecto: Andrea Patiño Pinilla – Profesional Universitario.

Radicado Interno 1840- 15/09/2015.