



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20186000149421

Fecha: 21/06/2018 06:16:10 p.m.

Bogotá D.C.

Señora:

REF. REMUNERACIÓN. Gastos de representación. Pago de lo no debido RAD. 20182060150392 de fecha 6 de junio de 2018.

Respetada señora:

En atención a su oficio de la referencia, remitido a esta Entidad por el Ministerio de Comercio Industria y Turismo, mediante el cual consulta sobre gastos de representación, me permito manifestarle lo siguiente:

1. El Decreto 309 de 2018, por el cual se fijan los límites máximos salariales de los Gobernadores, Alcaldes y empleados públicos de las entidades territoriales y se dictan disposiciones en materia prestacional, señala frente al monto máximo del salario mensual de los gobernadores y alcaldes lo siguiente:

"ARTÍCULO 1. Monto máximo del salario mensual de los Gobernadores y Alcaldes. El monto máximo que podrán autorizar las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales y Distritales como salario mensual de los Gobernadores y Alcaldes estará constituido por la asignación básica mensual y los gastos de representación, y en ningún caso podrán superar el límite máximo salarial mensual, fijado en el presente Decreto.

El salario mensual de los Contralores y Personeros Municipales y Distritales no podrá ser superior al cien por ciento (100%) del salario mensual del Gobernador o Alcalde".

En los términos de las disposiciones transcritas, en el orden territorial los únicos servidores públicos que tienen derecho a gastos de representación son los gobernadores y alcaldes, los cuales hacen parte de su salario mensual y son autorizados por las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales en la Ordenanza o Acuerdo según se trate del Gobernador o del Alcalde, mediante los cuales se fijan las escalas salariales de los empleados departamentales y municipales.

Sólo el Gobierno Nacional se encuentra constitucionalmente facultado para establecer elementos o factores salariales, tanto a nivel nacional como a nivel territorial, de conformidad



con los parámetros generales fijados por el Congreso de la República, en observancia de lo que consagra el artículo 150 numeral 19 literal e) de la Carta Política.

Ninguna autoridad podrá establecer o modificar el régimen salarial, ni autorizar o fijar asignaciones básicas mensuales que superen los límites máximo señalados en el citado Decreto, en concordancia con lo establecido en los artículos 10 y 12 de la Ley 4ª de 1992, y cualquier disposición en contrario carecerá de efectos y no creará derechos adquiridos.

Dentro de las competencias de las entidades territoriales no se encuentra la de crear elementos salariales como es el caso de los gastos de representación para los empleados públicos distintos a los Gobernadores y Alcaldes.

Es de anotar que tampoco las Asambleas Departamentales o Concejos Municipales, tienen competencia para crear elementos o factores salariales.

2. De otra parte, frente al pago de lo no debido, la Corte Suprema de Justicia, mediante Sentencia de Noviembre 15 de 1991, se pronunció en los siguientes términos:

"Bien se sabe que el pago de lo no debido constituye en el fondo una aplicación concreta y particular del principio universalmente admitido del enriquecimiento injusto, y se haya perfectamente regulado por el ordenamiento jurídico Colombiano, dentro del título que el Código Civil denomina de los Cuasicontratos. La Corte ha admitido expresamente que la actuación de repetición por el pago de lo no debido constituye una especie de género de enriquecimiento injusto, solo que por aparecer el disciplinado en la ley, se tiene una precisión acerca de los límites necesarios que moldean su ámbito de acción, conociéndose perfectamente cuales son sus elementos estructurales o axiológicos.

Así, de manera general puede señalarse que está habilitado para la repetición quien demuestre que hizo un pago al demandado, sin ninguna razón jurídica que lo justifique, ni siquiera la preexistencia de una obligación meramente natural..."

"Compendiando lo anterior, ha de decirse que el buen suceso de la acción de repetición del pago indebido, requiere básicamente de los siguientes elementos:

"a. Existir un pago del demandante al demandado.

"b. Que dicho pago carezca de todo fundamento jurídico real o presunto.

"c. Que el pago obedezca a un error de quien lo hace, aún cuando el error sea de derecho". (Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con la Corte Suprema de Justicia, la acción de repetición del pago indebido, requiere que exista un pago del demandante al demandado; que dicho pago carezca de todo fundamento jurídico real o presunto, y que el pago obedezca a un error de quien lo hace, ya sea error de hecho o de derecho.

Sobre el no reconocimiento de salarios a servidores por servicios no prestados, la Corte Constitucional en la sentencia C-1369 del 11 de octubre de 2000, Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell, señaló:

"- Ciertamente el no pago de salarios a los trabajadores durante el periodo de la huelga los priva de unos ingresos económicos que los afectan tanto en lo personal como en lo familiar, con las consiguientes repercusiones sociales y políticas. Sin embargo, a juicio de la Corte, ello se justifica constitucionalmente por las siguientes razones:

a) El pago de salarios tiene como causa la prestación del servicio por los trabajadores. Por consiguiente, dada la naturaleza sinalagmática del contrato laboral, el cumplimiento de dicha prestación hace exigible a su vez el cumplimiento de la obligación del empleador de pagar aquéllos. El pago de salarios, sin la contraprestación de la prestación de servicios al empleador, puede configurar un enriquecimiento ilícito a favor de los trabajadores.

Si bien la falta de prestación del servicio no resulta de una omisión deliberada e individual de los trabajadores, sino que obedece a la consecuencia de una decisión y acción colectivas, de la cual no debe hacerse responsable individualmente a los trabajadores sino a la organización sindical, lo cierto es que si el trabajador puede no serle imputable el hecho de la huelga, tampoco, en principio, puede atribuírsele al empleador. En estas circunstancias, el derecho de huelga que se puede ejercer a través de la organización sindical y que determina la solidaridad de los trabajadores para cesar en el ejercicio de la actividad laboral no debe, en justicia, repercutir exclusivamente en la lesión del patrimonio del empleador y en la afectación de su derecho a la libertad de empresa.” (Subrayado fuera de texto)

Frente a los descuentos al servidor de aquellos pagos sin justa causa, la misma Corporación en sentencia T-1059 del 5 de octubre de 2001, Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería, dispuso:

“El Decreto 1647 de 1967, en su artículo 1º establece que los pagos por sueldo o cualquier otra forma de remuneración a los empleados públicos y a los trabajadores oficiales, serán por servicios rendidos.

A su vez el artículo 2º ibidem señala que los funcionarios que deban certificar los servicios rendidos por los servidores públicos, estarán obligados a ordenar el descuento de todo día no trabajado sin la correspondiente justificación legal.

Norma que impone a la administración la obligación de descontar del salario de la actora, o más bien, de abstenerse de pagar el valor del salario equivalente a los días no laborados, pues de pagarlos estaría permitiendo que se enriqueciera sin justa causa en perjuicio de la misma administración pública, además de incumplir con el deber de todo servidor público de hacer cumplir la Constitución y la leyes, incurriendo presuntamente en la falta disciplinaria prevista en el Código Único Disciplinario, artículo 40 de la ley 200 de 1995.

La remuneración a que tiene derecho el servidor público como retribución por sus servicios personales, en razón a un vínculo legal y reglamentario existente entre éste y el Estado, presupone el correlativo deber de prestar efectivamente el servicio, de acuerdo a las normas legales y reglamentarias que rigen la administración del personal al servicio del Estado. Por lo tanto, no existe en cabeza del servidor público el derecho a la remuneración por los días no laborados sin justificación legal y por ende, tampoco surge para el Estado la obligación de pagarlos. De hacerlo se incurriría en presuntas responsabilidades penales y disciplinarias, procediendo el descuento o reintegro de las sumas canceladas por servicios no rendidos, por resultar contrario a derecho.

Operativamente el pago del salario a los servidores públicos se realiza a través de una nómina suscrita por los funcionarios competentes en cada entidad y acorde a lo dispuesto en el artículo 2º del Decreto 1647 de 1967, debe el funcionario a quien corresponda certificar que los servicios se prestaron efectivamente, producir y comunicar la novedad relacionada con la ausencia y por ende el descuento por días no laborados sin justificación legal. Pues, no existe causa legal para su pago.

En el Decreto aludido, no se observa la exigencia de formalidad sustancial o procedimiento especial para aplicar el descuento o no pago que procede ipso jure, cuandoquiera que un servidor público no presta el servicio a que se encuentra obligado sin justificación de ley.

(...)

Ahora, considera esta Sala que la aplicación del Decreto 1647 de 1967 no requiere de proceso disciplinario previo, pues la norma no establece una responsabilidad disciplinaria para el servidor público, pero, si ordena aplicar de plano y en forma inmediata el descuento o no pago de días no laborados sin justificación legal. Por lo tanto, no se trata de una pena o sanción, sino simplemente es la consecuencia que deviene ante la

ocurrencia del presupuesto de hecho de la norma. No prestación del servicio por ausencia al trabajo sin justificación legal, luego, procede el pago de salario por falta de causa que genere dicha obligación.

Desde el punto de vista probatorio tenemos que es un deber u obligación del servidor público asistir al sitio de trabajo y cumplir con las funciones que le han sido asignadas al cargo, dentro del horario y jornada laboral pre-establecidos; por lo tanto, ante la verificación de la no asistencia sin justa causa (supuesto normativo), debe proceder a ordenar el descuento (efecto jurídico), a menos que el servidor público demuestre que el motivo de la ausencia constituye "justa causa" a fin de que se extingan los efectos jurídicos de la norma.

Lo anterior, sin perjuicio de que además del no pago, la administración inicie el respectivo proceso disciplinario por las presuntas faltas disciplinarias que puedan derivarse y que haya podido incurrir el servidor público con su conducta omisiva, imponiendo las sanciones disciplinarias a que haya lugar.

Esto, en razón a que la ley contempla, como deberes de los servidores públicos, entre otros: "Dedicar la totalidad del tiempo remuneratorio del trabajo al desempeño de las funciones que les han sido encomendadas"; "Realizar personalmente las tareas que le sean confiadas..."; "Cumplir con eficiencia, diligencia e imparcialidad el servicio que le sea encomendado y abstenerse de cualquier acto u omisión que cause la suspensión o perturbación de un servicio esencial...". (Decreto 2261/79, Ley 115/94 y Ley 200 de 1995). (Subrayado fuera de texto)

Respecto al pago de lo debido, la misma Corte, en la sentencia T-129 del 23 de febrero de 2010, Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao Pérez, señaló:

"De allí que la actora se cica en el terreno del "pago de lo no debido" con amparo en el artículo 2313 del Código Civil, según el cual quien paga una deuda inexistente o que no es suya, creyéndola erradamente propia, paga lo que no debe y tiene derecho a repetir del acreedor lo dado o su equivalente pecuniario debidamente actualizado de manera que en los términos de los artículos 2312 y 2319 del Código Civil, quien ha recibido dinero que no se le debía está obligado a devolverlo, acompañando de los intereses corrientes en caso de haberlo recibido mala fe, la cual en este caso aparece evidente en la renuencia a exhibir los soportes de la obligación que se imputaba a la tutelante."

De acuerdo con las sentencias anteriormente transcritas, puede inferirse que resulta improcedente reconocer y pagar elementos salariales y prestaciones sin justificación legal, toda vez que ello impediría permitir un enriquecimiento sin causa a favor del servidor, en detrimento de la administración pública. El enriquecimiento sin causa a favor del servidor conlleva a la subsecuente devolución a la Administración del pago de no debido.

Recordemos que el enriquecimiento sin causa se produce siempre que un patrimonio recibe un aumento, positivo o negativo, a expensas de otro, sin una causa jurídica que los justifique. Sin embargo, si se ha hecho un pago por error, quien lo hace tiene derecho a repetir lo pagado. El que ha recibido el pago está obligado a la restitución del bien, así como haya recibido de buena fe, pues esta última circunstancia no lo exonera de su obligación de restituirlo. La buena fe lo exime del pago de intereses en favor de quien pagó por error.

De otra parte, la Ley 78 de 2002¹ señala:

"ARTÍCULO 35. PROHIBICIONES. A todo servidor público le está prohibido 311
(...)

¹ "Por la cual se expide el Código Disciplinario Único",

15. *Ordenar el pago o percibir remuneración oficial por servicios no prestados, o por cuantía superior a la legal, o reconocer y cancelar pensiones irregularmente reconocidas, o efectuar avances prohibidos por la ley o los reglamentos.* (Subrayado fuera de texto)

Conforme la norma disciplinaria vigente, a todo servidor público le está prohibido, entre otras conductas, el percibir remuneración oficial por servicios no prestados, o por cuantía superior a la legal.

De otra parte, es importante señalar que el Consejo de Estado² en sentencia dictada el 8 de febrero de 2011, señaló respecto del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, que son restricciones fijadas por el constituyente o el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas, ello quiere decir, que tienen un carácter prohibitivo, y por consiguiente, estas son taxativas, es decir, están expresamente consagradas en la Constitución o en la ley y su interpretación es restrictiva, razón por la cual no procede la aplicación analógica ni extensiva de las mismas.

Así las cosas, esta Dirección considera que no es procedente que se le reconozcan gastos de representación a secretario de despacho, por cuanto como se señaló, sólo tienen derecho a ese emolumento los gobernadores y alcaldes. En ese sentido, el que ha recibido el pago está obligado a la restitución del bien, así lo haya recibido de buena fe, pues esta última circunstancia no lo exonera de su obligación de restituirlo.

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,



MONICA LILIANA HERRERA MEDINA
Asesora con Funciones de la Dirección Jurídica

C.C. LUIS HENRY MOYA MORENO
Consejero
Consejo Técnico de la Contaduría Pública
Calle 28 No. 13ª - 15

Fgomez MLHM

12802.8:4

² Sentencia proferida dentro del Expediente N°: 11001-03-15-000-2010-00990-00(PI) Demandante: Cesar Julio Gordillo Núñez.

