



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
HACIENDA

Secretaría de Hacienda

Copia 1547

SECRETARIA DISTRITAL DE HACIENDA 11-05-2009 06:28:22

Al Contestar Cite Este Nr.:2009IE14478 O 1 Fol:9 Anex:0

ORIGEN: Origen: Sd:80 - DIRECCION JURIDICA/TORRES DE CRISTANCH
DESTINO: Destino: DIRECCION DISTRITAL DE TESORERIA/FLOREZ ESPINOZA
ASUNTO: Asunto: COMENDATARIOS CONCEPTO EMITIDO POR LA DRA. DOLLY PEDRAZA
OBS: Obs.:

MEMORANDO

Fecha:

80

PARA: IVÁN FERNANDO FLÓREZ ESPINOSA
Tesorero Distrital

DE: VIRGINIA TORRES DE CRISTANCHO
Directora Jurídica

ASUNTO: Comentarios concepto emitido por la Dra. Dolly Pedraza –contratación
pago de nómina

En atención a su comunicación radicada bajo el N° 2009IE10387, mediante la cual solicita se revise el concepto jurídico 2009IE2141 del 30 de enero de 2009, emitido por este Despacho, teniendo en cuenta el concepto realizado por la Dra Dolly Pedraza de Arenas, en el marco de l proceso de subasta para la contratación de una institución financiera que realice el pago de la nómina de los servidores públicos de la Administración Central Distrital, se presenta los siguientes comentarios:

ANTECEDENTES

Con ocasión del proceso de contratación atrás señalado, el Tesorero Distrital solicitó a la firma Palacios Lleras concepto jurídico con el fin de que se pronunciara sí a través de un contrato para el pago de nómina es posible que la Secretaría Distrital de Hacienda otorgue al banco exclusividad en el pago, adicionalmente si es posible que ofrezca exclusividad en el identificador de descuento.

A continuación se transcribe las respuestas dadas por la Dra. Pedraza a dichas inquietudes:

Frente a la primera inquietud señala que *“Si es jurídicamente posible. No existe norma positiva que lo prohíba y el desarrollo jurisprudencial ha aceptado la razonabilidad de que el empleador pague a través de entidades bancarias por él mismo seleccionadas.*

Respecto del abono en cuenta, por no existir un consenso en la jurisprudencia, es

*Recibido
11/5/09*



Carrera 30 N° 25 – 90
PBX: 369 2700 - Información Línea 195
www.haciendabogota.gov.co





ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
HACIENDA

Secretaría de Hacienda

aconsejable que se otorgue libertad a los empleados para abrir cuenta en el banco seleccionado, e independientemente de que se le puede incentivar a hacerlo a través de beneficios que otorgue el banco, si es su decisión no abrir la cuenta en dicho banco, debe dársele la posibilidad de cobrar sus emolumentos por ventanilla”.

En cuanto a la segunda inquietud, expresa que *“Los habilitados, cajeros y pagadores no pueden negarse a efectuar los descuentos que hemos llamado obligatorios toda vez que esta es una función que les ha sido impuesta y deben cumplir por disposición de la ley.*

Tampoco puede negarse a realizar los descuentos autorizados por la ley, so pena de desconocer derechos que fueron otorgados por el legislativo a los acreedores privilegiados.

En relación con los demás descuentos que autorice el empleado, los habilitados, cajeros y pagadores tienen facultad discrecional de restringirlos si a su juicio es oportuno y conveniente, teniendo en cuenta que la decisión debe ser razonable y orientada a fines de interés público, como pueden ser la mejor prestación de la función pagadora de que pueden beneficiarse todos los empleados, o la protección al goce efectivo del salario, razones de modernización empresarial, por ejemplo.

Ni el empleado tiene derecho a exigir la aceptación de todas sus órdenes de descuento, ni los acreedores a exigir les sean otorgados código de descuento. Sin embargo la razonabilidad de la medida podrá ser examinada por el juez contencioso o constitucional y su solidez puede servir de sustento para desvirtuar cargos eventuales de discriminación respecto de los acreedores (sic) se sientan afectados”. (Resaltado fuera de texto)

SUSTENTO LEGAL Y CONSIDERACIONES JURÍDICAS

A la luz de la normatividad vigente, una vez realizado un estudio exhaustivo del concepto se advierte coincidencias respecto del sustento legal frente a los diversos conceptos¹ emitidos por este Despacho, pero se discrepa totalmente respecto de las consideraciones y conclusiones a las que llega la Consultora en el segundo planteamiento.

1. Otorgar exclusividad en el pago de nómina

La posición de este Despacho manifestada en varias oportunidades al Tesorero Distrital resulta coincidente con lo expresado por la Consultora, es viable desde el punto de vista

¹ Concepto N° 055 del 10 de julio de 2003, Concepto 2008IE39761 del 12 de noviembre de 2008, Concepto 2009IE2141 del 30 de enero de 2009.



Carrera 30 N° 25 – 90
PBX: 369 2700 - Información Línea 195
www.haciendabogota.gov.co

1542



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
HACIENDA

Secretaría de Hacienda

jurídico, a través de un proceso de selección otorgar a una institución financiera la exclusividad del pago de la nómina de los servidores públicos de la Administración Central Distrital, bajo el entendido que la exclusividad de pago de nómina se refiere al acceso directo de la nómina por parte de la institución financiera ganadora, producto de las condiciones financieras más favorables plasmadas en el respectivo documento técnico.

No obstante, el servidor público puede invocar la libertad derivada de las normas vigentes para escoger el medio de pago que él considere conveniente, en ese sentido la Administración al negociar con la institución financiera debe hacer el contrato sumamente atractivo para los servidores, de tal manera que estos se acojan al contrato suscrito con la institución financiera seleccionada.

La jurisprudencia ha encontrado procedente que el empleador pague la nómina a través de entidades bancarias, la forma de pago adoptada no vulnera ningún derecho fundamental porque “(...) *una cosa es la manera de hacerle llegar al asalariado el sueldo y otra muy distinta impedirle a él que disponga de la retribución recibida. Por supuesto que todo esto debe manejarse sin que se ocasione algún abuso que torne difícil la recepción del salario*”².(Resaltado fuera de texto)

2. Descuentos aplicables al salario amparados por la ley

Ahora bien, en cuanto al segundo planteamiento sí es posible otorgar a la institución financiera seleccionada la exclusividad del identificador de descuento, al respecto se estima que no obstante tener coincidencia en cuanto al fundamento legal se disiente totalmente con la posición adoptada por la Consultora, como pasa a argumentarse.

La Consultora destaca la diferencia que existe entre los descuentos obligatorios, los autorizados expresamente por la ley a favor de organismos y entidades, frente a los demás descuentos que puede autorizar el empleado, toda vez que mientras los dos primeros constituyen un deber del empleador impuesto por la ley, señala que **los últimos carecen de norma impositiva.**

Adicionalmente, menciona la Consultora que no existe norma alguna que confiera el derecho del empleado a exigir a su pagador que asuma el pago de la totalidad de sus deudas, ni precepto legal que imponga a la administración empleadora el deber de asumir tal responsabilidad, por cuanto es facultad discrecional del empleador acceder a las solicitudes que para tal efecto presenten sus empleados, atendiendo sus posibilidades, las

² Sentencia T-014 de 1995



Carrera 30 N° 25 – 90
PBX: 369 2700 - Información Línea 195
www.haciendabogota.gov.co



2



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
HACIENDA

Secretaría de Hacienda

circunstancias de oportunidad y conveniencia y las limitaciones dispuestas por la ley.

Al respecto conviene citar el Convenio 85³ de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo –OIT- en lo que tiene que ver con la protección del salario en su artículo 6º dispone que:“(…) **se deberá prohibir que los empleadores limiten en forma alguna la libertad del trabajador de disponer de su salario y en el artículo 8º señala: “(…)1. Los descuentos de los salarios solamente se deberán permitir de acuerdo con las condiciones y dentro de los límites fijados por la legislación nacional, un contrato colectivo o un laudo arbitral.**

2. Se deberá indicar a los trabajadores, en la forma que la autoridad competente considere más apropiada, las condiciones y los límites que hayan de observarse para poder efectuar dichos Descuentos”.

Teniendo en cuenta tal recomendación, la Corte Constitucional en Sentencia C-710 del 9 de diciembre de 1996 estableció que el objeto de una política que limite, entre otros, los descuentos sobre el salario es la de garantizar la manutención del trabajador y la de su familia, pero sin coartar el derecho a que se le efectúen descuentos y la obligación recíproca del patrono como obligación de hacerlo **siempre y cuando medie autorización escrita del empleado**, precedido de una serie de requisitos, que se erigen para proteger al empleado de abusos contra sus derechos.

Se reconoce, entonces, que sobre el salario pueden realizarse algunos descuentos. Sin embargo, estos deben responder a criterios que no desconozcan el derecho del empleado. La interpretación de la jurisprudencia va encaminada a brindarle protección al empleado **frente a los abusos y prácticas ilegales de los empleadores**, que podrían deducir y retener sumas que, si bien adeuda el trabajador, no puede compensar, en razón de la protección especial de que gozan el salario y las prestaciones.

Se discrepa de la Consultora cuando afirma que los únicos descuentos amparados por la ley son los descuentos obligatorios y los autorizados por la ley, dejando a la discrecionalidad del empleador los demás autorizados por el empleado.

Se recuerda que el artículo 12 del Decreto Ley 3135 de 1968, “*Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales*”, reglamentado a través del Decreto 1848 de 1969, en el Capítulo XVI “Protección del salario” (artículos 93 y 94) desarrolla el tema, estableciendo una prohibición para los habilitados, cajeros y pagadores de descontar suma alguna de los salarios de los empleados públicos y

³ Entrada en vigor: 24:09:1952. Este Convenio ha sido parcialmente revisado en 1992 por el Convenio. 173



Carrera 30 N° 25 – 90
PBX: 369 2700 - Información Línea 195
www.haciendabogota.gov.co



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

HACIENDA

Secretaría de Hacienda

trabajadores oficiales, salvo los siguientes casos:

- 1- Descuentos provenientes de un mandato judicial que así lo ordene.
- 2- Aportes para la entidad de previsión social a la cual esté afiliado el empleado oficial, cubrimiento deudas y aportes a cooperativas de las cuales sea socio el empleado oficial, pago de sanciones pecuniarias impuestas al empleado oficial, cubrimiento de deudas de consumo contraídas con almacenes y servicios de las cajas de subsidio familiar.
- 3- **Cuando lo autorice por escrito el empleado oficial para cada caso, a menos que la deducción afecte el salario mínimo legal o la parte inembargable del salario ordinario, casos estos en los cuales no podrá hacerse la deducción solicitada**

De lo anterior es forzoso concluir que la ley de manera expresa ampara todos aquellos descuentos que han sido autorizados por escrito por el empleado. Por ello mal podría afirmar la Consultora que dichos descuentos escapan a la tutela de la norma. De las normas citadas deviene un derecho que tiene el empleado a que se le deduzca, retenga o compense una suma del monto de su salario y prestaciones en dinero, siempre y cuando medie autorización previa escrita de este para cada caso, dentro de los límites que señala la ley, derecho que se ve reflejado en la potestad que tiene todo trabajador de disponer de su salario tal y como lo señaló la Corte Constitucional en fallo antes citado.

En concepto emitido por este Despacho bajo el número 2003IE16943 memorando 060 del 22 de julio de 2003 se concluyó que a la luz de la normatividad vigente estas no diferenciaban o determinaban la posibilidad de realizar el descuento teniendo en cuenta la naturaleza de la persona jurídica, sino que por el contrario, se desprendía del derecho que le correspondía al servidor público de pagar sus obligaciones a través de su cuenta de nómina.

De igual manera, en reiterada jurisprudencia⁴ de las Altas Cortes se afirma que “(...) *El trabajador puede autorizar globalmente a su patrono para ciertos descuentos cuando el género de actividades que sean objeto del contrato de trabajo o la forma de retribución estipulada los hagan indispensables para el desarrollo normal de la relación de servicio, o cuando menos, útiles para los intereses del trabajador.*

(...) el documento de autorización debe ser claro y expreso en sus términos respecto de la naturaleza específica de los descuentos que comprende y de las oportunidades o motivos en que puede procederse a ello.”⁵

⁴ Sentencia de casación N° 7469 de julio 5 de 1995, Corte Suprema de Justicia

⁵ Sentencia CSJ, Casación Laboral, Febrero 2/77



Carrera 30 N° 25 – 90
PBX: 369 2700 - Información Línea 195
www.haciendabogota.gov.co





ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
HACIENDA

Secretaría de Hacienda

De lo anterior se colige que, la misma norma que ampara los descuentos obligatorios y autorizados por la ley cobija de manera expresa los demás descuentos autorizados por escrito por el empleado, siempre y cuando se conserve los límites legales. La obligación legal de los pagadores integra los demás descuentos autorizados por el empleado.

Ahora bien, si bien es cierto la norma cobija los demás descuentos autorizados por el servidor, mal podría afirmarse, como lo señala la Consultora, que los habilitados, cajeros y pagadores *“tienen facultad discrecional de restringirlos si a su juicio es oportuno y conveniente, teniendo en cuenta que la decisión debe ser razonable y orientada a fines de interés público”*⁶. No se olvide que la función administrativa, como aproximación al concepto sustancial del derecho, está sometida al respeto y acatamiento del bloque de legalidad. Aunado, tanto al principio de la responsabilidad las personas vinculadas a los organismos públicos frente al ordenamiento jurídico y de manera personal cuando se desborden los parámetros definidos para el ejercicio de sus funciones; como al principio de la prevalencia y el respeto a los derechos fundamentales.

Cuando entre en conflicto los intereses del Estado con los derechos fundamentales de los particulares deberán prevalecer estos últimos en la medida que su preservación constituye la finalidad primordial del ejercicio del poder público.

Por lo anterior, sería a todas luces equivocado aceptar que el descuento del salario del servidor público cae bajo la órbita de la discrecionalidad del empleador (Administración), quedaría así sin piso las normas especiales que protegen al servidor, normas laborales que son de orden público que le permite la percepción oportuna y efectiva de su remuneración por la labor ejecutada. Es obvio que en la relación laboral existe un vínculo, la Administración ejerce una posición dominante y el servidor se encuentra en una situación de subordinación y debilidad económica, pero ello no implica que tenga absoluto poder decisorio, sobre la forma como ha de pagarle la remuneración a su servidor y los descuentos que podría realizar con cargo a su salario.

Teniendo en cuenta las referidas consideraciones, la obligación legal a cargo de los habilitados, cajeros y pagadores para realizar descuentos de los servidores no está fundamentada en la discrecionalidad de los mismos.

Es claro para este Despacho y así se asume que también lo es para la Consultora el principio según el cual a los particulares se le confiere un amplio margen de iniciativa, al paso que los servidores públicos deben ceñirse estrictamente a lo autorizado por la

⁶ Argumentación Consultora





ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
HACIENDA

Secretaría de Hacienda

Constitución y la ley, principio recogido en el texto constitucional (artículo 6°) que consagra: *“Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”*.

Mientras los particulares puedan hacer todo aquello que no les está expresamente prohibido por la Constitución y la ley, los servidores públicos tan sólo pueden hacer lo que estrictamente les está permitido por ellas, quien está detentando el poder necesita estar legitimado en sus actos, y eso opera por medio de autorización legal.

La Corte Constitucional⁷ en reiterados pronunciamientos se ha referido al deber que todo servidor público tiene de ejercer sus funciones con estricta sujeción a la Constitución y a la ley, y le prohíbe lo que no le ha sido atribuido en forma explícita.

Se retorna al principio de legalidad inicialmente tratado, toda actuación de la Administración no puede sujetarse a la “facultad discrecional” cuando su actuación está limitada por la ley, no es una concesión el ejercicio de sus funciones para poder realizarla de manera ilimitada, pues su consagración es expresa y restrictiva.

Para este Despacho es claro que las precitadas normas al señalar las situaciones en las cuales el patrono puede deducir y retener parte de la remuneración del servidor con el fin de protegerlo de abusos contra sus derechos en los cuales de manera expresa se refiere a los descuentos obligatorios y descuentos autorizados por la ley, no se puede excluir de manera tajante aquellos que han sido autorizados expresamente por el servidor, si bien es cierto la norma objeto de estudio son normas de obligación y de prohibición que impone deberes a alguien, en este caso al patrono, *“(…) ante deberes específicos de sujetos determinados se puede decir que tienen derecho quienes son beneficiarios del comportamiento que constituye el contenido de la obligación (…) tiene un derecho no meramente quien se beneficia de la obligación ajena sino que además puede exigir institucionalmente su cumplimiento”*⁸.

Ahora bien, los descuentos por nómina responden a obligaciones comerciales o financieras adquiridas por los funcionarios activos, se considera que el profesionalismo y transparencia de la actividad de aprobación de créditos o servicios de la entidad en cuyo favor se pretendan los descuentos, constituyen los factores determinantes para la eventual aceptación de la entidad y la asignación de un identificador de descuento. El identificador

⁷ Sentencia C-417 de 1993, M. P. José Gregorio Hernández, Sentencia C-337 del 19 de agosto de 1993, expediente D-296, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa,

⁸ Capella, Juan Ramón, “Elementos de análisis jurídico”, editorial Trotta, 4° Edición 2004



Carrera 30 N° 25 – 90
PBX: 369 2700 - Información Línea 195
www.haciendabogota.gov.co





ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.
HACIENDA

Secretaría de Hacienda

de descuento por nómina asignado, solo podrá ser utilizado para aplicar libranzas o descuentos con cargo a la nómina de funcionarios activos de la entidad.

CONCLUSIÓN

De las consideraciones precedentes se puede concluir que frente al primer planteamiento es posible a través de un proceso de selección que la Secretaría Distrital de Hacienda otorgue al banco exclusividad **en el pago de nómina**, No obstante, el servidor público puede invocar la libertad derivada de las normas vigentes para escoger el medio de pago que él considere conveniente, en ese sentido la Administración al negociar con la institución financiera debe hacer el contrato sumamente atractivo para los servidores, de tal manera que estos se acojan al contrato suscrito con la institución financiera seleccionada.

En cuanto al segundo planteamiento este Despacho considera improcedente ofrecer exclusividad **en el identificador de descuento** a la institución financiera ganadora, toda vez que la ley le concede un derecho al empleado a autorizar por escrito descuentos a su salario dentro de los límites legales, no sólo los obligatorios y autorizados por la ley, sino también aquellos que no estén en esas categorías, con ello la jurisprudencia ha interpretado que la norma quiso brindarle protección al empleado frente a los abusos y prácticas ilegales de los empleadores, que podrían deducir y retener sumas que, si bien adeuda el empleado, no puede compensar, en razón de la protección especial de que gozan el salario y las prestaciones.

De lo anterior se desprende una consecuencia ineluctable, la ley de manera expresa ampara todos aquellos descuentos que han sido autorizados por escrito por el empleado. Por ello mal podría afirmar la Consultora que dichos descuentos escapan a la tutela de la norma.

Consecuente con lo anterior, sería a todas luces equivocado aceptar que el descuento del salario del servidor público cae bajo la órbita de la discrecionalidad del empleador (Administración), quedaría así sin piso las normas especiales que protegen al servidor, normas laborales que son de orden público que le permite la percepción oportuna y efectiva de su remuneración por la labor ejecutada y la libre disposición de ella.

Es innegable para los habilitados, cajeros, pagadores y todos aquellos servidores que participan del pago de la nómina y en el giro de los descuentos el principal deber de los servidores públicos consistente en el cumplimiento estricto de la Constitución y la ley, y le prohíbe lo que no le ha sido atribuido en forma explícita.



Carrera 30 N° 25 – 90
PBX: 369 2700 - Información Línea 195
www.haciendabogota.gov.co



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

HACIENDA

Secretaría de Hacienda

Las actuaciones perfectamente definidas por la ley no pueden sujetarse a la “*facultad discrecional*” cuando su actuación está limitada por la misma, no es una concesión el ejercicio de sus funciones para poder realizarla de manera ilimitada, pues su consagración es expresa y restrictiva.

Finalmente, es importante tener en cuenta un hecho jurídico relevante como es la reglamentación para el otorgamiento de los identificadores de descuento (Resoluciones N° SDH- 000091 y 000143 de 2009), que si bien son actos de carácter general, en la medida que se asignan los identificadores de descuento a la persona jurídica que cumple con los requisitos allí señalados, se torna en un derecho particular y concreto que no es posible revocar sin la aquiescencia del particular.

Por todo lo expuesto este Despacho confirma en su integridad el contenido del concepto emitido el 30 de enero de 2009 y los anteriores relacionados con el tema, proferidos en virtud de la facultad conferida por el Decreto 545 de 2006, con su carácter prevalente, sobre las materias de su competencia, como es el caso objeto de revisión.

Por último y en caso de persistir el Despacho a su cargo la viabilidad de otorgar la exclusividad del identificador del descuento a una institución financiera, dentro del proceso selección del pago de nómina, de conformidad con el Decreto 581 de 2007 deberá elevarse la correspondiente consulta a la Dirección Jurídica Distrital de la Alcaldía Mayor, con el fin de que esta dirima la disparidad de conceptos jurídicos.

Cordialmente,

ORIGINAL FIRMADO POR
Virginia Torres de Cristancho

VIRGINIA TORRES DE CRISTANCHO
Directora Jurídica

Proyectó: Clara Lucía Morales Posso
Revisó: Fabiola Ocampo Santa

ISO 9001: 2000
BUREAU VERITAS
Certification
N° 215807



Carrera 30 N° 25 – 90
PBX: 369 2700 - Información Línea 195
www.haciendabogota.gov.co

9

BOGOTÁ POSITIVA
GOBIERNO DE LA CIUDAD

35-f.01
V.4