

26 de junio de 1996.

Licenciado
RICARDO MARTINELLI
Director General de la Caja
de Seguro Social
E.S.D.

Estimado señor Director:

Nos es grato referirnos a su atenta Nota No. D.G. 476-96, de 1 de junio de 1996, a través de la cual solicita a este Despacho opinión jurídica sobre el tema de salarios vencidos. La pregunta específica es la siguiente:

"Es o nó (sic) procedente o jurídicamente viable que la Caja de Seguro Social reconozca y pague salarios caídos o dejados de percibir a aquellos de sus servidores que habiendo sido destituidos (sic) de sus respectivos cargos, posteriormente sean restituidos (sic) a los mismos, ya sea en cumplimiento de fallo jurisdiccional o de decisión administrativa interna?".

Vale destacar que la solicitada consulta cumple el requisito establecido en el artículo 346, numeral 6, del Código Judicial, y en virtud de ello se ha adjuntado el criterio legal que abriga el Departamento de Asesoría Jurídica adscrito a la primera entidad de seguridad social.

El dictamen de los asesores de la Caja de Seguro Social niega la procedencia de este pago, y se funda en la Constitución y en los precedentes jurisprudenciales de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, para impedir que se sufraguen salarios caídos o vencidos, previo reconocimiento de los mismos, a las personas que fueron destituidas y después reintegradas vía sentencia de la justicia contencioso administrativa o por una decisión interna de la institución. De esas premisas derivan los mencionados letrados que "...el pago de salarios caídos a favor de los servidores públicos destituidos (sic) y posteriormente reintegrados a sus cargos, únicamente procede cuando una ley vigente y aplicable al

caso así lo disponga expresamente" (Ver documento adjunto de 7 de marzo de 1996).

Con estos juicios coincidimos e importa recordar que en el año 1987, la Procuraduría de la Administración mediante Nota No. 102 de 26 de junio respondió varias interrogantes incoadas por el entonces Director General de esa institución Carlos A. Velarde, sobre el pago de salarios vencidos a funcionarios no amparados por la Ley 4 de 1961 (antigua Ley de Carrera Administrativa) luego de haber sido sometidos a una "investigación o destitución"; también se hicieron otros cuestionamientos que no es el caso mencionar.

La consulta citada es importante pues permite aclarar que antes existía un Reglamento sobre "Procedimiento de Investigación y sanciones que deben imponerse a los funcionarios profesionales de los Seguros Sociales y funcionarios administrativos amparados por la estabilidad" (aprobado por Resolución No. 469 de 1968), instrumento que en su artículo 9 preceptuaba que: "En casos de que la Junta Directiva o la Sala Tercera de la Honorable Corte Suprema de Justicia resuelva, por virtud de la apelación o el recurso respectivo, que no hay mérito suficiente para la destitución, el Director General repondrá a éste el sueldo que dejó de percibir durante el término de su separación".

Como se observa, esta norma permitía a los Directivos de la Institución pagar remuneraciones en concepto de salarios vencidos, conforme a los supuestos que ella claramente detallaba; sin embargo, en la actualidad dicho Reglamento no tiene validez técnico-jurídica porque fue derogado con la entrada en vigencia, en el año 1977, del Reglamento de Personal de la Caja de Seguro Social (Resolución No. 768, de 16 de marzo de 1977). Esto ha sido reconocido por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia proferida el 10 de junio de 1994. De esta suerte se desprende que ahora no existe siquiera un acto administrativo que consagre el derecho de las personas reintegradas a la Caja de Seguro Social a ser compensadas mediante el pago de salarios caídos cuando ha quedado comprobado su no incursión en faltas administrativas imputadas, o bien a quienes se les ha proseguido un proceso penal que los exime de este tipo de responsabilidad.

No dudamos que en este asunto que concierne a los salarios vencidos está presente en su contenido un elemento de conciencia, de equidad, de justicia debida, porque podríamos concebir -sin ser infundado ese pensamiento- que estaríamos sancionando doblemente a la persona que no obstante haber sido exculpada de toda responsabilidad atravesando todo el procedimiento "necesario" para arribar a esa conclusión, ya en la esfera penal, ya en la esfera administrativa, por lo cual mereció ser reintegrado; pero que no tiene derecho, al no consagrarlo una Ley Formal, a percibir los

salarios no devengados por causas ajenas a su voluntad que resultaron injustificadas. La tendencia en este sentido es corregir esta anomalía o vacío en un número plural de leyes orgánicas de distintas entidades públicas, ya que no existe uniformidad en lo que a este aspecto se refiere. Existen ciertas normas como la Ley 47 de 1946, Orgánica de Educación, modificada por la 34 de 1995, que contempla el pago de salarios dejados de percibir (Art. 142). La Ley 9 de 1994, sobre Carrera Administrativa, aplicable supletoriamente a las distintas entidades públicas de acuerdo lo dispone su artículo 5, prevé el pago de este rubro en el artículo 134, que a la letra preceptúa:

"Artículo 134: El servidor público reintegrado tendrá derecho a los salarios dejados de percibir desde su separación del cargo o desde su destitución y hasta el momento en que se haga efectivo su reintegro, y deberá ocupar el mismo cargo salvo que éste acepte otro análogo en jerarquía, funciones y remuneración"
(Destaca la Procuraduría).

Esta norma es de suma importancia y si bien es cierto como lo tiene dicho la Sala Tercera, la incorporación de manera progresiva, de las distintas entidades del Estado al régimen de carrera administrativa, formalmente se debe realizar por medio de "Acuerdo" expedido por el Consejo de Gabinete, una vez opere esta inserción conforme al programa secuencial previsto en el artículo 198 de la citada Ley, no hay duda de la legitimidad de este derecho, salvo que una ley especial excluya el goce del mismo en determinada Institución, lo cual es por motivos de equidad improbable.

El esbozo anterior no nos impide reconocer que actualmente el fundamento de la improcedencia del pago de salarios caídos estriba en nuestro ordenamiento jurídico en el capital principio de legalidad contenido en los artículos 17 y 18 de la Constitución Política, y de manera especial, aludiendo a la materia que concierne al régimen de los funcionarios públicos, en el artículo 297 de ese Estatuto Superior. Veamos:

"Artículo 17. Las autoridades de la República están instituidas para proteger en su vida, honra y bienes a los nacionales dondequiera se encuentren y a los extranjeros que estén bajo su jurisdicción; asegurar la efectividad de los derechos y deberes individuales y sociales, y cumplir y hacer cumplir la Constitución y la Ley.

Artículo 18. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infracción de la Constitución o de la Ley, Los servidores públicos lo son por esas mismas causas y también por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de éstas".

Estas normas expresan el sometimiento de la voluntad de los servidores del Estado a los preceptos Constitucionales y Legales. Es por esto que a la materia de salarios caídos también le es aplicable lo que dispone de forma especial la Constitución en su artículo 297, contenido dentro de los "Principios Básicos de la Administración de Personal", según el cual "Los deberes y derechos de los servidores públicos, así como los principios para los nombramientos, ascensos, suspensiones, traslados, destituciones, cesantía y jubilaciones serán determinados por la Ley...". Esta es una reserva legal que tiene que desarrollar el legislador a través de una Ley y precisamente la Ley 9, de 20 de agosto de 1994, se encarga de ello con la falencia de que aún no se han adoptado los mecanismos para que esta Ley no únicamente cuente con validez técnico jurídica o vigencia, sino con eficacia, es decir, que se cumpla en la práctica.

La Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo ha reconocido en reiteradas ocasiones este principio de legalidad, y que sólo es procedente el pago de salarios caídos ante la estipulación expresa de una Ley formal en tal sentido. Bástenos citar sobre estos aspectos -aplicación del artículo 297 constitucional, reserva legal y principio de legalidad- lo siguiente:

"...en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 297 de la Constitución Nacional, los derechos de los servidores públicos para que puedan ser reconocidos deben ser contemplados en una Ley Formal, que los fije, determine y regule.

En consecuencia, el pago de los salarios caídos para que pueda hacerse valer, deber (sic) ser reconocido a través de Leyes con carácter general o específico, que otorguen al servidor público tal prerrogativa, por lo que la viabilidad de toda pretensión que en relación a este punto intente hacerse efectiva contra el Estado, sólo prosperará en el caso de que exista una norma con rango de ley formal aplicable de manera directa al caso, que lo haya dispuesto de manera expresa" (Sentencia de 30 de junio

de 1994, Registro Judicial, p. 152).

En virtud de todo lo expresado, somos de la opinión que el reconocimiento y posterior pago de salarios caídos a personas reintegradas en virtud de una resolución del Tribunal competente o por razón de una acción de personal efectuada por la entidad que usted dirige, no es procedente si no lo dispone expresamente una Ley formal, esto es, el instrumento jurídico emanado del Organó Legislativo a través de la Asamblea Legislativa.

Hasta tanto no sea viable el cumplimiento de la Ley de Carrera Administrativa, y la incorporación de las respectivas dependencias de la Caja de Seguro Social al régimen de carrera administrativa, el derecho consagrado en el artículo 134 de esa excerta no puede ser aplicado por las autoridades de esa Institución.

En espera de haber proveído adecuada respuesta a su interesante cuestionamiento, quedamos de usted con expresiones de consideración y aprecio.

Leda. ALMA MONTENEGRO DE FLETCHER
Procuradora de la Administración

AMdeF/17/cch.