

Profesor
IVÁN ULISES SAURI
Alcalde de Capira
E. S. D.

A continuación, le expresamos nuestro criterio legal sobre la Consulta Jurídica que tuvo a bien elevar a esta Procuraduría de la Administración.

Antes de emitir el criterio de este Despacho sobre el tema consultado, esbozaremos algunas consideraciones al respecto.

En primer lugar, debemos indicar que el Manual de Clasificaciones Presupuestarias del Gasto Público, que utiliza el Ministerio de Planificación y Política Económica y la Contraloría General de la República, define los Gastos de Representación de la siguiente manera:

"Gastos de Representación fijo.

Son remuneraciones adicionales al sueldo fijo que perciben determinados funcionarios, por motivos del cargo que desempeñan. Se establece de acuerdo con la disposición legal que señala los funcionarios que tienen derecho a percibir esta remuneración y su correspondiente monto".

De esta definición podemos extraer que los Gastos de Representación, constituyen una remuneración adicional al sueldo fijo que perciben determinados funcionarios, esta remuneración se da por motivos del cargo que desempeñan y son establecidas conforme la normativa que señalen los funcionarios que tienen derecho a las mismas.

Doctrinalmente, De Pina, define los Gastos de Representación, así:

"Gastos de Representación. Cantidad que, aparte de sus sueldos, perciben determinados funcionarios, para que atiendan a los desembolsos que se ven obligados hacer por razón de sus cargos" (De Pina, Rafael. Diccionario de Derecho. Edit. Porrúa. Sexta Edición. México. 1977. p.227".

Tal como podemos apreciar de la definición transcrita, los Gastos de Representación no constituyen sueldos, sino que son asignaciones aparte del sueldo que, perciben ciertos servidores públicos en razón de sus cargos y para atender con el debido decoro los gastos que surgen en razón de los mismos.

Este Despacho en reiteradas ocasiones ha externado el concepto que le merece el término Gastos de Representación, atendiendo para ello, la doctrina más autorizada, la jurisprudencia y sobre todo la legislación aplicable. Así, por el ejemplo, hemos sostenido que los Gastos de Representación son sumas complementarias al salario asignadas por la Ley a ciertos funcionarios por razón del cargo que ocupan. Esta asignación adicional tiene la finalidad de permitir al funcionario hacer frente a las erogaciones necesarias para mantener el decoro y la dignidad de estos altos cargos (C-224/87). Por eso

se ha afirmado que los mismos se otorgan a los cargos y no a los servidores o dicho de otra forma, estos van vinculados al ejercicio directo del cargo oficial previsto en la Ley (C-021/88).

Los dictámenes emitidos por este Despacho, se han fundamentado en la Ley Presupuestaria que regía en el momento, en las que por regla general la titularidad del funcionario que ocupa el cargo beneficiado con gastos de representación, ha sido uno de los elementos constantes y uniformes en los últimos años.

La Ley N°.32 de 30 de diciembre de 1994, por la cual se dicta el Presupuesto General del Estado para la vigencia fiscal de 1995, en el artículo 172, sostenía lo que a continuación transcribimos:

"ARTÍCULO 172. Sólo tendrán derecho a Gastos de Representación los funcionarios que ocupen como titulares, los cargos de Presidente de la República, Vicepresidente de la República, Ministros y Viceministros de Estado, Secretarios Generales, Legisladores, ... y todos aquellos cargos que por Ley tengan derecho, siempre que el Presupuesto vigente prevea las asignaciones correspondientes ..."

La Ley N°.51 de 11 de diciembre de 1995, mediante la cual se aprueba el Presupuesto General del Estado, para la vigencia fiscal de 1996, en su artículo 165, disponía:

"ARTÍCULO 165. Gastos de Representación.

Sólo tendrán derecho a Gastos de Representación los funcionarios que ocupen como titulares los cargos de: Presidente de la República; Vicepresidente de la República; Ministros y Viceministros de Estado; Secretarios Generales; ... y aquellos cargos que por Ley tengan derecho, siempre que en el Presupuesto se provea la correspondiente asignación. Los gastos de representación se pagarán a los funcionarios mientras ejerzan sus respectivos cargos. ...".

La Ley 65 de 24 de diciembre de 1996, a través de la cual se aprueba el Presupuesto General del Estado para la vigencia fiscal del presente año, en su artículo 171, señala:

"ARTÍCULO 171. Gastos de Representación.

Sólo tendrán derecho a Gastos de Representación los funcionarios que ocupen como titulares los cargos de: Presidente de la República; Vicepresidente de la República; Ministros y Viceministros de Estado; Secretarios Generales; Legisladores; y Secretario y Subsecretario General de la Asamblea Legislativa; ... y aquellos cargos que por Ley tengan derecho, siempre que en el Presupuesto se provea la correspondiente asignación. Los Gastos de Representación se pagarán a los funcionarios mientras ejerzan sus respectivos cargos. ...".

De las normas anteriormente copiadas, se desprende que los requisitos que deben cumplirse para hacer efectivo los Gastos de Representación a los funcionarios públicos, son los siguientes:

- 1.- Los Gastos de Representación constituyen un derecho reconocido a quienes ejerzan, en calidad de titular, alguno de los cargos mencionados en dicha norma;
- 2.- La asignación correspondiente a estos gastos debe ser incluido en el respectivo Presupuesto;
- 3.- La Ley expresamente debe contemplar el cargo a ser ocupado por el servidor público;
- 4.- Los Gastos, sólo pueden ser pagados a los funcionarios mientras ejerzan el cargo.

Adicional a ello, se establece que los Gastos de Representación no podrán ser incrementados en relación a la asignación original, ni crearse para cargos que no estén expresamente contemplados en la Ley.

Tal como se ha podido notar, tanto la Ley de Presupuesto del Estado, como el Manual de Clasificaciones Presupuestarias del Gasto Público, establecen como principio general, que los Gastos de Representación se pagarán con motivo del cargo desempeñado, lo que significa que el derecho al pago de Gastos de Representación está vinculado directamente con el desempeño de las funciones que corresponden al cargo, para el cual dicha asignación fue establecida. Este criterio es avalado por la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, en Fallo de 22 de mayo de 1992.

Ahora bien, en lo que respecta a su primera interrogante que señala: "hasta donde es procedente este descuento retroactivo debido que no fue responsabilidad de la Administración el que no se haya realizado estos descuentos ya que debe ser el auditor quien debía estar al tanto que esto no sucediera pues en materia fiscal es a ellos quien le

coresponde hacer que se cumpla la ley o decreto que nos ocupa", debemos señalar lo siguiente:

En materia de obligaciones, nuestro ordenamiento jurídico, regula las normas de forzoso cumplimiento a toda la sociedad; así tenemos que el artículo 1 del Código Civil dispone lo siguiente:

"Art.1.- La Ley obliga tanto a los nacionales como a los extranjeros residentes o transeúntes en el territorio de la República; y una vez promulgada, la ignorancia de ella no sirve de excusa". (El subrayado es nuestro).

De la transcripción anterior, se desprende de manera clara y concisa, la obligación que tienen todas las personas de cumplir y hacer cumplir las leyes.

En este sentido, todos somos responsables cuando por omisión negamos el acatamiento de un precepto previamente establecido; con ello no pretendemos responsabilizar a nadie, no obstante, advertimos que todas las instancias (Control Fiscal, la Tesorería y, la Alcaldía), deben cumplir y hacer cumplir, lo establecido en el artículo 40, último párrafo, del

Decreto Ejecutivo 170 de 1993, por el cual se reglamentan las disposiciones del Impuesto sobre la Renta contenidas en el Código Fiscal y se deroga el Decreto 60 de 28 de junio de 1965.

En consecuencia, el cumplimiento de lo dispuesto en el ut supra citado artículo es en general, para todas y cada una de las instancias que de una u otra forma estén involucradas.

En lo que respecta a si es procedente este descuento de manera retroactiva, debemos indicarle al señor Alcalde que en el caso que nos ocupa, no estamos en presencia de la figura jurídica, conocida como la RETROACTIVIDAD DE LA LEY. En este caso lo que ha sucedido, es que se dejó de efectuar el respectivo descuento del 5%, generando con ello una morosidad al fisco nacional, que de una u otra forma deberá ser cancelada, dentro del marco de lo legal.

Dentro de este mismo contexto, usted nos pregunta que hasta dónde es procedente este descuento retroactivo; pues bien, debemos informarle que en este caso en particular, no se ha dado el fenómeno de la retroactividad y, pasamos a explicar porqué.

Una ligera noción del vocablo retroactivo, nos hace pensar que el mismo se refiere a acciones que se han de aplicar, obrar o que van a tener fuerza sobre hechos pasados; pero, para mayor certeza jurídica, nos remitiremos a lo que de su significado nos comenta el jurista GUILLERMO CABANELLAS, en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo VII, pág. 221. Veamos:

"RETROACTIVIDAD. Efecto, eficacia de un hecho o disposición presente sobre el pasado.// Por autoridad de

Derecho o hecho, extenderse una ley a hechos anteriores a su promulgación. ..."

Por todo lo anteriormente expuesto, debemos indicarle al señor Alcalde que de procederse a efectuar los respectivos descuentos dejados de cobrar, esto no significaría que se estarían cobrando de manera retroactiva, toda vez que, el Decreto Ejecutivo N°.170 de 1993, había sido

promulgado antes que se diera esta situación, razón por la cual, el mismo tenía plena vigencia, pero no se hizo efectivo tal y como lo dispone la ley y, no se están vulnerando derechos adquiridos.

En cuanto a su segunda interrogante, este Despacho es del criterio jurídico, que el cobro dejado de percibir, se deberá efectuar desde el mismo momento en que se generó la obligación y por la autoridad competente, independientemente de quien sea; dejarlo de hacer, podría significar en un momento determinado el incumplimiento en los deberes como servidores públicos

Como respuesta a su tercera y última interrogante, le indicamos que todo impuesto sobre la renta tiene como destino único y final, las arcas nacionales del erario público; y, este descuento se declara como un impuesto.
En estos términos esperamos haber atendido debidamente sus solicitud.

ALMA MONTENEGRO DE FLETCHER
Procuradora de la Administración