

CONCEPTO 71056 DE 2018

(noviembre 30)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA

PARA: XXXXXXXXXXXXXXXX

DE: Coordinador Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa

ASUNTO: Descuentos por préstamos de calamidad doméstica no podrán afectar el salario mínimo o la parte inembargable del salario.

Mediante comunicación de fecha 13 de noviembre de 2018 con número de radicación 8-2018-066479 solicita el siguiente concepto jurídico sobre la inclusión de dos puntos al procedimiento de préstamos por cobrar a funcionarios de la entidad:

- “1. Dentro de los procedimientos de calamidad doméstica, se encuentra el análisis de capacidad de pago, sin embargo en el considerando del acuerdo 5 de 2012, se establece:

Pero existen Decreto 994 de 2003, dos pronunciamientos del Ministerio de Trabajo al SENA y la jurisprudencia constitucional que indican que el mínimo vital es un derecho fundamental y que no se puede afectar.

Análisis del mínimo vital.

El encargado de salarios de la Regional o el grupo de salarios en Dirección General o quien haga su vez en el Centro de Formación, realiza un análisis sobre la afectación del mínimo vital del que se refiere la consulta proferida por el Ministerio de Trabajo No 00046877 de 20 marzo de 2014 dirigida al Sena sobre la legitimidad de descontar los valores pagados sin afectar el mínimo vital; en este análisis se debe considerar los descuentos que a la fecha tenga el funcionario tanto obligatorios como voluntarios, constatando los compromisos financieros y que puedan afectar el posterior recaudo. El análisis se debe efectuar sobre la base de salario, sin tener en cuenta encargos.

Igualmente el grupo de salarios verifica las prestaciones sociales que posea el funcionario, estimando el mejor valor de las primas de servicio dentro de los siguientes cuarenta y ocho (48) meses ajustando con el factor de proyección del promedio de los salarios.

Constatará además el tiempo de servicio del servidor público que solicita el préstamo de calamidad doméstica; si dicho funcionario se encuentra dentro de los próximos años cerca de su pensión, el grupo de salarios proyecta la posible pensión en valor y en tiempo y de su mínimo vital.

Este análisis será soporte para el análisis de la capacidad de pago: cubrir la deuda del préstamo ya sea por calamidad doméstica o préstamo educativo; causándole la menor afectación posible a sus ingresos mensuales pero a su vez cubriendo totalmente la deuda.

La necesidad de incorporar este paso dentro del procedimiento se hace para asegurar que los dineros prestados a los funcionarios sean recaudados en el futuro; actualmente contamos con

casos como:

2. Se estiman las deducciones obligatorias y voluntarias.

3. Se divide (la resta del valor del préstamo por calamidad doméstica menos el valor presente de las primas de servicio) entre el mínimo vital hallado, que indicaría el posible número de meses a cobrar; este valor no puede ser superior a 48 meses, de ser así se debe negar el préstamo. (para el caso de calamidad doméstica es de 48 meses)

La necesidad de incorporar este paso dentro del procedimiento se hace para asegurar que los dineros prestados a los funcionarios sean recaudados en el futuro; actualmente contamos con casos como:

2. Dentro del procedimiento de cuentas por cobrar por calamidad doméstica, préstamos educativos, préstamos de vivienda y préstamos sobre el ahorro estipulamos que:

- Se le hace el análisis de la capacidad de pago sin tener en cuenta el mínimo vital cumpliendo el acuerdo, pero al momento de hacerle el descuento por nómina de las cuotas pactadas, no se le puede deducir el valor acordado en el acuerdo de pago en el préstamo concedido al funcionario

Al hacer el análisis, el préstamo no se podrá conceder si el plazo del préstamo cubre parte del tiempo de pensión y al pasar a condición de pensionado se desmejora su condición de ingresos por mesada pensional hasta el punto de no poder cubrir con las condiciones de pago y sin afectar el mínimo vital.

2. Dentro del procedimiento de cuentas por cobrar por calamidad doméstica, préstamos educativos, préstamos de vivienda y préstamos sobre el ahorro estipulamos que:

"El sena constatará el tiempo de servicios del servidor público, los compromisos financieros que lo afecten y las prestaciones sociales que posee, en general su capacidad de pago; verificará además la relación entre los documentos que presenta como soporte de la solicitud y el hecho invocado como causal..."

¿Podemos hacer la siguiente afirmación (subrayada) dentro del procedimiento, sin entrar en controversia?

Al hacer el análisis, el préstamo no se podrá conceder si el plazo del préstamo cubre parte del tiempo de pensión y al pasar a condición de pensionado se desmejora su condición de ingresos por mesada pensional hasta el punto de no poder cubrir con las condiciones de pago y sin afectar el mínimo vital.

Este punto anterior que queremos incorporar a los procedimientos de préstamos por cobrar, no se encuentra estipulado dentro de los acuerdos del Sena, sin embargo nos basamos en el hecho de que los acuerdos si estipulan lo siguiente: (parágrafo artículo [2](#) del acuerdo 5 de 2012)

"El sena constatará el tiempo de servicios del servidor público, los compromisos financieros que lo afecten y las prestaciones sociales que posee, en general su capacidad de pago; verificará además la relación entre los documentos que presenta como soporte de la solicitud y el hecho invocado como causal..."

A pesar que los acuerdos permiten utilizar la liquidación cuando la persona se retira de la Entidad para cubrir el saldo pendiente de pago por el préstamo asignado, con frecuencia vemos

la imposibilidad de recuperar algunos recursos por un mal análisis de la capacidad de pago; este procedimiento que venimos estructurando nos dará herramientas para mejorar los procesos de asignación de préstamos y la recuperación de la cartera”

“ARTÍCULO 12. Deducciones y retenciones. Los habilitados, cajeros y pagadores no pueden deducir suma alguna de los sueldos de los empleados y trabajadores sin mandamiento judicial o sin orden escrita del trabajador, a menos que se trate de cuotas sindicales, de previsión social, de cooperativas o de sanción disciplinaria conforme a los reglamentos.

Los conceptos emitidos por la Dirección Jurídica del SENA son orientaciones de carácter general que no comprenden la solución directa de problemas específicos ni el análisis de actuaciones particulares. En cuanto a su alcance, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución, ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes.

PRECEDENTES NORMATIVOS

1 . En relación con los descuentos sobre el salario de los servidores públicos, el 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” en su artículo 12 dispuso:

“ARTÍCULO 12. Deducciones y retenciones. Los habilitados, cajeros y pagadores no pueden deducir suma alguna de los sueldos de los empleados y trabajadores sin mandamiento judicial o sin orden escrita del trabajador, a menos que se trate de cuotas sindicales, de previsión social, de cooperativas o de sanción disciplinaria conforme a los reglamentos.

No se puede cumplir la deducción ordenada por el empleado o trabajador cuando afecte el salario mínimo legal o la parte inembargable del salario.

Es embargable hasta la mitad del salario para el pago de las pensiones alimenticias de que trata el artículo [411](#) del Código Civil y de las demás obligaciones que para la protección de la mujer o de los hijos establece la ley. En los demás casos, sólo es embargable la quinta parte del exceso del respectivo salario mínimo legal.” (...)” (Subrayas y negrillas fuera de texto).

Por su parte, el Decreto reglamentario 1848 de 1969 establece:

“Artículo 93o.- Descuentos prohibidos. Queda prohibido a los habilitados, cajeros y pagadores, deducir suma alguna de los salarios que corresponden a los empleados oficiales.

Dichas deducciones solo podrán efectuarse en los siguientes casos:

- a) Cuando exista un mandamiento judicial que así lo ordene en cada caso particular, con indicación precisa de la cantidad que debe retenerse y su destinación; y
- b) 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.

“Artículo 94o.- Deducciones permitidas. Quedan autorizados los habilitados, cajeros y pagadores, para deducir de los salarios las sumas destinadas a lo siguiente:

- a. A cuotas sindicales, conforme a los trámites legales respectivos.
- b. A los aportes para la entidad de previsión social a la cual esté afiliado el empleado oficial.
- c. A cubrir deudas y aportes a cooperativas de las cuales sea socio el empleado oficial, dentro de los límites legales.

“ARTÍCULO [149](#). Descuentos prohibidos.

2. En los demás casos, solamente es embargable la quinta parte de lo que exceda el valor del respectivo salario mínimo legal”.

2o. La Ley [1429](#) de 2010 “Por la cual se expide la Ley de Formalización y Generación de Empleo”, respecto de los descuentos prohibidos estableció:

“ARTÍCULO [149](#). Descuentos prohibidos.

(...)

2. Tampoco se puede efectuar la retención o deducción sin mandamiento judicial, aunque exista orden escrita del trabajador, cuando quiera que se afecte el salario mínimo legal o convencional o la parte del salario declarada inembargable por la ley...”

Sobre el tema, la Corte Constitucional mediante sentencia T-1015 del 30 de noviembre de 2006, Magistrado P. Dr. Alvaro Tafur Galvis, señaló lo siguiente:

“De acuerdo con lo expuesto, tanto el Código Sustantivo del Trabajo como el Decreto 3135 de 1968 –reglamentado por el Decreto 1848 de 1969– establecen dos límites básicos para los descuentos autorizados por el trabajador (privado u oficial) o por el empleado público:

(i) el salario mínimo legal; y

(ii) aquello que afecte la parte inembargable del salario, frente a lo cual las mismas normas establecen que solamente es embargable la quinta parte de lo que excede el salario mínimo legal.

Parágrafo. La posibilidad de adquirir productos y servicios financieros o bienes y servicios de cualquier naturaleza a través de libranza no constituye necesariamente, a cargo del operador la obligación de otorgarlos, sino que estarán sujetos a la capacidad de endeudamiento del solicitante y a las políticas comerciales del operador.

Como ya se dijo, se trata de normas de orden público que el empleador debe observar obligatoriamente y de las cuales los terceros interesados no pueden derivar ningún derecho más allá de lo que ellas permiten, de modo que si por cualquier circunstancia el límite legal impide hacer los descuentos autorizados por el trabajador para cumplir sus compromisos patrimoniales, los acreedores estarán en posibilidad de acudir a las autoridades judiciales competentes y hacer valer sus derechos de acuerdo con las normas sustanciales y de procedimiento vigentes. Porque ni siquiera con autorización expresa del trabajador, el empleador podrá practicar, ni los terceros exigir, descuentos directos al salario más allá de lo permitido por la ley, (...) (Subrayado nuestro)

(...)

“Artículo 1o. El artículo 3o del Decreto 1073 de 2002 quedará así:

Artículo 3o. Monto. En cuanto al monto del descuento se aplicarán las normas que para el efecto se aplican a los salarios.

Los descuentos realizados sobre el valor neto de la mesada pensional, esto es, descontando el aporte para salud y a las Cajas de Compensación Familiar, incluyendo los permitidos por la ley laboral, podrán efectuarse a condición de que el beneficiario reciba efectivamente no menos del cincuenta por ciento (50%) de la mesada pensional.

Los embargos por pensiones alimenticias o créditos a favor de cooperativas o fondos de empleados, no podrán exceder el 50% de la mesada pensional.

ANÁLISIS

Parágrafo. Lo dispuesto en el presente artículo no se aplica, en caso de pensiones compartidas, si se trata de descuentos efectuados por la institución pagadora diferente al Instituto de Seguros Sociales, para que el pensionado reintegre a la administradora de pensiones o a la institución pagadora, mayores valores pagados a él”.

4o. La Ley 527 de 2012, modificada por la Ley [1902](#) de 2018, estableció:

“Artículo 1o. Objeto de la libranza o descuento directo. El objeto de la libranza es posibilitar la adquisición de productos y servicios financieros o bienes y servicios de cualquier naturaleza, acreditados con el salario, los pagos u honorarios o la pensión, siempre que medie autorización expresa de descuento dada al empleador o entidad pagadora, quien en virtud de la suscripción de la libranza o descuento directo otorgada por el asalariado, contratista o pensionado, estará obligada a girar los recursos directamente a la entidad pagadora.

Parágrafo. La posibilidad de adquirir productos y servicios financieros o bienes y servicios de cualquier naturaleza a través de libranza no constituye necesariamente, a cargo del operador la obligación de otorgarlos, sino que estarán sujetos a la capacidad de endeudamiento del solicitante y a las políticas comerciales del operador.

(...)

“Artículo 3o. Condiciones del crédito a través de libranza o descuento directo. Para poder acceder a cualquier tipo de producto, bien o servicio a través de la modalidad de libranza o descuento directo se deben cumplir las siguientes condiciones:

Empero, es embargable hasta la mitad del salario para el pago de las pensiones alimenticias de que trata el artículo [411](#) del Código Civil y de las demás obligaciones que para la protección de la mujer o de los hijos establece la ley. “En los demás casos, sólo es embargable la quinta parte del exceso del respectivo salario mínimo legal.”

5. Que la libranza o descuento directo se efectúe, siempre y cuando el asalariado o pensionado no reciba menos del cincuenta por ciento (50%) del neto de su salario o pensión, después de los descuentos de ley. Las deducciones o retenciones que realice el empleador o entidad pagadora, que tengan por objeto operaciones de libranza o descuento directo, quedarán exceptuadas de la restricción contemplada en el numeral segundo del artículo [149](#) del Código Sustantivo del Trabajo”.

5o. La CONVENCIÓN COLECTIVA DE TRABAJO suscrita entre el SENA y el Sindicato de

Trabajadores Oficiales del SENA – SINTRASENA para el período 2003 – 2004 prevé en el artículo 33:

“ARTÍCULO 33. PRÉSTAMOS POR CALAMIDAD DOMÉSTICAA.

En caso de enfermedad del cónyuge, compañero o compañera permanente del trabajador o pensionado, de los hijos de éste, los padres y hermanos, siempre y cuando dependan económicamente de él y que exijan un gasto urgente e inmediato del trabajador para atenderlos, así como también los casos de incendio, robo y daños en la vivienda, retenciones o compensaciones para amortizar el préstamo, aunque haya de afectarse el salario mínimo o la parte inembargable o aunque el total de la deuda supere el monto del salario en cuatro (4) meses...”

ANÁLISIS

En virtud de las normas atrás invocadas, encontramos:

(i) Para el caso de los pensionados, el Decreto 994 de 2003, que modificó el Decreto 1073 de 2002, dispone que los descuentos que se realicen sobre el valor neto de la mesada pensional, podrán efectuarse a condición de que el beneficiario reciba efectivamente no menos del cincuenta por ciento (50%) de la mesada pensional, una vez efectuadas las deducciones relacionadas con aportes al sistema de salud y a las cajas de compensación familiar.

Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia T - 664 de 2008 expresó:

“ (...) Tanto la jurisprudencia del Consejo de Estado, como la de la Corte Constitucional, avalan la posibilidad de efectuar descuentos sobre las mesadas pensionales siempre que se cumplan con unas condiciones como son: (i) el límite máximo de descuento permitido a las mesadas pensionales por todo concepto, corresponde al 50% de la misma previas deducciones; (ii) como resultado de los descuentos un pensionado no podrá recibir una mesada inferior al salario mínimo; (ii) este derecho constituye una garantía al mínimo vital de los pensionados y de sus familias, que les permita percibir los recursos necesarios para subsistir de acuerdo con sus condiciones sociales, económicas y personales, en tanto él ha visto disminuida su capacidad de trabajo; y (iv) esta es una garantía que se encuentra en íntima relación con derechos como la dignidad humana, el trabajo y la seguridad social”.

Conviene indicar que si bien el fallo de tutela tiene efectos inter partes, no puede soslayarse la aplicación del precedente jurisprudencial para casos similares en que se vislumbre la vulneración de derechos fundamentales.

(ii) Para el caso de los servidores públicos (empleados públicos y trabajadores oficiales), el Decreto ley 3135 de 1968 y su Decreto reglamentario 1848 de 1969 establecen que el empleador no puede deducir ni retener suma alguna sobre el salario o las prestaciones frente a la cual no exista mandamiento judicial o que el trabajador expresa y claramente no lo haya autorizado.

Las normas invocadas prevén que no se puede deducir suma alguna de los sueldos de los empleados y trabajadores sin mandamiento judicial o sin orden escrita del trabajador, a menos que se trate de cuotas sindicales, de previsión social, de cooperativas o de sanción disciplinaria conforme con las normas que regulan la materia.

CONCLUSIÓN

En caso de que el empleado tenga comprometida a favor de terceros sumas de dineros y sobrevenga un embargo judicial con el que se supera el porcentaje máximo a descontar, la administración deberá dar cumplimiento a la orden judicial de embargo y suspender los descuentos que a favor de terceros haya autorizado el empleado.

En consecuencia, no podrá cumplir la deducción ordenada por el empleado o trabajador cuando afecte el salario mínimo legal o la parte inembargable del salario.

Ahora bien, conforme con el numeral 5o del artículo 3o de la Ley 1527 del 2012 se podrán efectuar descuentos de hasta el 50% del salario o de la mesada pensional, después de haberse efectuado los descuentos de ley, si se trata de operaciones de libranza o descuento directo, permitiendo que se afecte el salario mínimo o la parte del salario declarada inembargable y sin la necesidad de una orden judicial.

Ahora bien, en la parte motiva del Acuerdo [5](#) de 2012 se señala:

“(…) Que el artículo [44](#) del Decreto 1014 de 1978, establece que ‘El SENA podrá hacer préstamos por calamidad doméstica, entendiéndose por ésta: incendios, robos y daños graves en la vivienda del empleado, la grave enfermedad del cónyuge y de los hijos del empleado casado o de los padres del empleado soltero, que exijan un gasto urgente e inmediato por parte del empleado para atenderlos y que afecten gravemente la estabilidad de la economía familiar. // El SENA deducirá las sumas destinadas a la amortización del préstamo previa autorización del empleado. Dichos préstamos podrán hacerse aunque haya de afectarse el salario mínimo o la parte inembargable o aunque el total de la deuda supere el monto del salario en tres meses. // Los préstamos serán autorizados mediante Resolución expedida por el Director General o su delegado. En esta Resolución deberá fijarse la cuota objeto de deducción por parte del SENA y el plazo para la amortización gradual de la deuda. En ningún caso se cobrarán intereses por concepto de estos préstamos’…”.

No obstante lo anterior, lo establecido en el Decreto [1014](#) de 1978 y en el Acuerdo [5](#) de 2012 del Consejo Directivo del SENA no puede contrariar normas de carácter superior como es el Decreto 3135 de 1968, norma con fuerza material de ley, así como la Ley [1429](#) de 2010, razón por la cual los descuentos o deducciones que se hagan a los empleados públicos y trabajadores oficiales por concepto de préstamos de calamidad doméstica no podrán afectar el salario mínimo o la parte inembargable del salario.

Es decir, tal como lo ha sostenido la jurisprudencia constitucional, “ni siquiera con autorización expresa del trabajador, el empleador podrá practicar, ni los terceros exigir, descuentos directos al salario más allá de lo permitido por la ley” (Ver Sentencia T - 664 de 2008).

Cordial saludo,

Como puede apreciarse, para el caso de préstamos por calamidad doméstica de trabajadores oficiales o pensionados, en principio el SENA, en tanto empleador está obligado a cumplir con lo pactado en la Convención Colectiva de Trabajo, pues podría incurrir en la “responsabilidad que su incumplimiento entraña”, conforme con el artículo [468](#) del Código Sustantivo del Trabajo.

Coordinador

En efecto, la Corte Constitucional en sede de tutela ha señalado que “En tratándose de los

descuentos efectuados sobre los salarios y pensiones, y las medidas cautelares que puedan recaer sobre dichas prestaciones, la jurisprudencia constitucional ha precisado que ellos son permitidos, siempre y cuando respeten la regulación especial en la materia, y no sobrepasen los topes máximos previstos en ella.

La Corte Constitucional tiene dicho que se trata de normas de orden público que el pagador debe observar obligatoriamente y de las cuales los terceros interesados no pueden derivar ningún derecho más allá de lo que ellas permiten, de modo que si por cualquier circunstancia el límite legal impide hacer los descuentos autorizados por el pensionado para cumplir sus compromisos patrimoniales, los acreedores estarán en posibilidad de acudir a las autoridades judiciales competentes y hacer valer sus derechos de acuerdo con las normas sustanciales y de procedimiento vigentes. Porque ni siquiera con autorización expresa del mismo pensionado, el pagador podrá practicar, ni los terceros exigir, descuentos directos a la mesada pensional más allá de lo permitido por la ley. Por ende, esa libertad de disposición salarial no es absoluta ya que debe ajustarse a otros derechos, también de rango constitucional como son la protección a la familia, de los menores y de los ancianos...”. (Sentencia T – 512 de 2009)

CONCLUSIÓN

De lo antes expuesto se puede concluir que sólo podrán efectuarse descuentos de los salarios y prestaciones de los servidores públicos cuando exista un mandamiento judicial que así lo ordene y, cuando lo autorice expresamente el servidor público, observando en todo caso las normas que señalan los límites de los mismos, por tratarse de normas de orden público. (Corte Constitucional - Sentencia T-1015 de 2006)

En suma, para efectos de los descuentos a los servidores públicos y pensionados debe tenerse en cuenta lo siguiente:

i) No es posible afectar el salario mínimo, si con ello se afecta el mínimo vital; ii) Debe evaluarse en cada caso concreto los hechos particulares del respectivo caso; iii) El límite general de descuentos autorizados por el servidor público es el salario mínimo o la parte del salario declarada inembargable por la ley; iv) Las deducciones en favor de cooperativas tienen prelación sobre cualquier otro descuento por obligaciones civiles, excepto las judiciales por alimentos.

Para la aplicación y ejecución de las normas legales y reglamentarias relacionadas con el límite de embargabilidad y deducciones de los salarios de los servidores públicos y de las mesadas pensionales, deberá tenerse en cuenta la capacidad de endeudamiento correspondiente que señale el monto hasta el cual es posible efectuar descuentos por nómina al servidor público o pensionado cuando medie autorización escrita y expresa de la persona.

Para determinar la capacidad de endeudamiento del servidor público se tendrá en cuenta la remuneración mensual fija, los descuentos de ley (seguridad social, retención en la fuente, fondo de fondo de solidaridad), el salario mínimo legal mensual vigente y la 1/5 parte que excede del salario mínimo legal mensual vigente.

Para el caso de los pensionados, como ya se señaló, sólo podrá descontarse hasta el 50% del valor neto de la mesada pensional, una vez se hayan efectuado los descuentos legales obligatorios.

Por consiguiente, los puntos proyectados del manual de procedimiento de préstamos por cobrar no podrán desconocer las previsiones legales y jurisprudenciales antes indicadas, pues en el caso

del Decreto 3135 de 1968, norma con fuerza material de ley, y de la Ley [1429](#) de 2010, no pueden ser modificadas por normas de inferior jerarquía como sería el caso del Decreto [1014](#) de 1978 y el Acuerdo [5](#) de 2012 del Consejo Directivo del SENA, las cuales se tornan inaplicables. Igual acontece con el artículo 33 de la Convención Colectiva de Trabajo en cuanto vulneraría derechos de estirpe constitucional, como antes se indicó.

El presente concepto se rinde de conformidad con el alcance dispuesto en el artículo [28](#) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, incorporado por la Ley [1755](#) de 2015. Lo anterior no sin advertir, que el mismo se encuentra sujeto a las modificaciones legales y jurisprudenciales que se expidan y acojan dentro del asunto.

Cordial saludo,

Carlos Emilio Burbano Barrera

Coordinador Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa
Dirección Jurídica - Dirección General



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma del Sena

ISSN Pendiente

Última actualización: 20 de abril de 2024 - (Diario Oficial No. 52.716 - 3 de abril de 2024)

