



205

Bogotá D.C., 19 de marzo de 2003
OJ110

110.012.2003

Devolver Copia Firmada

PARA: Dr. ENRIQUE GUERRERO RAMÍREZ
Director de Control Fiscal

DE: JUAN FERNANDO ROMERO TOBÓN
Director Oficina Jurídica

REFERENCIA: NUR 211-3-13590 de 5 de febrero de 2003

Solicitud de Concepto - Cesantías parciales y definitivas: liquidación y pago, diferencias que pueden presentarse con ocasión a su reconocimiento, procedimiento para la recuperación de los mayores valores pagados

Apreciado Doctor,

Por medio de la presente, y en desarrollo de la función de conceptualización asignada a esta dependencia, me permito efectuar las siguientes reflexiones en relación con las inquietudes planteadas en el oficio de la referencia.

1.- LA CONSULTA.-

En su escrito de fecha 5 de febrero de los corrientes, se ha solicitado a esta Oficina emitir concepto,

[. . .] sobre los factores y pagos de las cesantías parciales y definitivas de los funcionarios de las Contralorías Distrital y General de la República, aspectos de los cuales usted tiene conocimiento. Igualmente estudiar la viabilidad de demandar el concepto jurídico del 20 de abril de 1998 emitido por la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República, el cual llegó anexo a la respuesta al informe preliminar de auditoría por la vigencia 2001.

En el concepto al cual se hace referencia en su consulta, la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República concluye que no es procedente exigir la devolución del mayor valor pagado a un empleado por concepto de cesantías, en los eventos en que la liquidación parcial ha sido superior a la definitiva, siempre que en la determinación del valor a pagar se haya observado el procedimiento y los factores establecidos por el legislador; para esa Oficina el mayor valor tiene

concepto 110.012.2003

Meli
19/03
25

origen en circunstancias ajenas a la voluntad del interesado y, por tanto, no se puede concebir su devolución.

En la parte final del referido concepto se advierte que las conclusiones arrojadas por el estudio realizado tienen carácter obligatorio para los funcionarios de la Contraloría General, en virtud a lo establecido en el artículo 40 del Decreto 937 de 1976.

2.- FUNDAMENTOS.-

Para efecto de absolver las inquietudes planteadas por usted, esta dependencia se permite efectuar el siguiente análisis:

- 1.- Toda persona que desarrolla una labor en favor de otra de manera subordinada y dependiente, y, cumpliendo un horario de trabajo, tiene derecho al reconocimiento y pago de una suma de dinero en contraprestación al servicio prestado. En nuestra legislación ese pago recibe la denominación de salario. Adicionalmente, y atendiendo a que ese concepto no incluye otras situaciones que se producen durante la relación laboral, las luchas obreras dieron lugar a un régimen más garantista que cubriera otro cúmulo de circunstancias que ampararan tanto al trabajador como a su familia. Obviamente, ello implicaba reconocer que el trabajo no era una mercancía y que, como tal, no puede resumirse en el "valor" de su energía, máxime cuando ya se había hecho alusión al concepto de plusvalía, ese mayor valor de la fuerza laboral y del cual se apropia el capitalista.

De allí que el salario no limita la serie de reconocimientos que tiene a su cargo el patrono, aunque las actuales regulaciones¹ vayan restringiendo, de una manera avasallante tales derechos, al salario (salario integral, limitación en las negociaciones colectivas, ridiculización de las convenciones, globalización y costos laborales), en general, la "deslaboración" de la relación laboral.

De este modo, en el derecho laboral hizo curso el concepto de prestación social que, como bien lo ha indicado la jurisprudencia:

¹ Ley 50 de 1990 y recientemente, la Ley 789 de 2003.

como son las que se originan con ocasión a un accidente de trabajo, una enfermedad profesional o de las que corresponden a la ruptura unilateral sin justa causa del contrato de trabajo.³

² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia de 12 de febrero de 1993. Magistrado Ponente Dr. Hugo Suescún Pujoes.

En la actualidad en el sector público es posible diferenciar dos sistemas de liquidación del auxilio de cesantía: el tradicional, conocido como régimen de cesantías retroactivas y, el sistema de liquidación anual o definitiva⁴.

El primero de ellos fue creado por la Ley 6ª de 1945, que en su artículo 17 estableció:

Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones:

- a) Auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio. Para la liquidación de este auxilio sólo se tendrá en cuenta el tiempo de servicios prestados con posterioridad al 1º de enero de 1942.

Se le denomina régimen de cesantías retroactivas porque para su liquidación se tienen en cuenta el total de años laborados. De allí que, por regla general, el valor del auxilio de cesantía sea el resultado de multiplicar el número de años laborados por el último salario devengado; la excepción la constituye el servicio prestado durante una fracción del año, caso en el cual se liquida en forma proporcional al número de meses o de días efectivamente trabajados.

Al respecto cabe indicar que en los Decretos 2567 de 1946 y 1160 de 1947 se estableció el procedimiento para la liquidación de la cesantía retroactivas de los empleados públicos. Cobra especial importancia para absolver uno de los interrogantes planteados a este Despacho lo previsto en los artículos 6º y 13 del Decreto 1160 de 1947, que establecieron:

³ DERECHO LABORAL COLOMBIANO. Domingo Campos Rivera. Editorial Temis. Bogotá 1981. Tercera Edición.

⁴ En el sector privado, con ocasión a la expedición de la Ley 50 de 1990 se generaron tres sistemas de liquidación para el reconocimiento del auxilio de cesantía: 1) el tradicional o de cesantías retroactivas de acuerdo con el cual se reconoce un mes de salario por cada año de servicio y proporcionalmente por fracción que se paga a la terminación del contrato de trabajo y en los casos autorizados de liquidación parcial; 2) el sistema de liquidación anual y definitiva que obliga a reconocer un mes de salario por cada año de servicio y proporcional por fracción y que se cancela en forma definitiva a 31 de diciembre de cada año o en el momento en que la persona se retira de manera definitiva y proporcional; y 3) el sistema de salario integral en el que se entiende que el valor de las cesantías hace parte de la suma entregada al trabajador por concepto de salario.

Artículo 6º.- De conformidad con lo dispuesto por el Decreto 2567 de 31 de agosto de 1946, para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, intendenciales, comisariales, municipales y particulares, se tomará como base el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres (3) últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce meses o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce meses.

Parágrafo 1º.- Además, el cómputo se hará teniendo en cuenta no sólo el salario fijo, sino todo lo que reciba el trabajador a cualquier otro título y que implique directa o indirectamente retribución ordinaria y permanente de servicios, tales como las primas, sobresueldos y bonificaciones; pero no las sumas que se den por mera liberalidad del patrono.

Es entendido que en el caso de que el trabajador haya recibido primas o bonificaciones que no tengan el carácter de mensuales, el promedio de la remuneración se obtendrá dividiendo el monto dichas primas percibidas en el último año de servicio, por doce (12), y sumando tal promedio a la última remuneración fija mensual.

En la misma forma se procederá cuando se trate de computar el valor de las horas suplementarias o extras trabajadas y de las comisiones o porcentajes eventuales, cuando no ha habido variaciones del salario fijo en los últimos tres meses. En tales casos, se dividirá lo percibido por el trabajador por concepto del valor de tales horas, o de los porcentajes y comisiones, por doce, y el resultado se sumará al último sueldo fijo, para formar así el promedio que servirá de base a la liquidación.

Parágrafo 2º.- [. . .] Los viáticos permanentes que se paguen a los empleados y obreros oficiales se entenderán como salario, para los mismos efectos, cuando se den en forma permanente, por medio de resolución especial, y siempre que la radicación se haga por un término no menor de seis (6) meses durante cada año.

[. . .] **Artículo 13.-** Las disposiciones del presente decreto, tanto en lo que se refiere a los trabajadores del servicio oficial como a los de las empresas particulares, sólo le serán aplicables mientras no existan normas legales de carácter especial, o estipulaciones contractuales, que les concedan derechos más amplios o que regulen su situación jurídica en lo referente al auxilio de cesantía de una manera más favorable.

Estos artículos se deben leer en concordancia con lo establecido en el artículo 45 del Decreto Ley 1045 de 1978, en el cual se prevé:

[. . .] **Artículo 45.- De los factores de salario para la liquidación de cesantías y pensiones.-** Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieren derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario:

- a) La asignación básica mensual;
- b) Los gastos de representación y la prima técnica;
- c) Los dominicales y feriados;
- d) Las horas extras;
- e) Los auxilios de alimentación y transporte;
- f) La prima de navidad;
- g) La bonificación por servicios prestados;
- h) La prima de servicios;
- i) Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;
- j) Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto Ley 710 de 1978;
- k) La prima de vacaciones;
- l) El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, y
- ll) Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968.

A diferencia del anterior, en el régimen de cesantías anual y definitivo el empleado tiene derecho a que se le reconozca un mes de salario por cada año de trabajo, pero la liquidación se produce en forma anual y el valor que ésta arroja se considera definitivo en relación con la respectiva vigencia. Así mismo, en su liquidación se tiene en cuenta si la persona no ha trabajado durante todo el año, los meses o días efectivamente laborados para efectos de realizar el cálculo en forma proporcional, tal y como lo dispone el artículo 29 del Decreto 3118 de 26 de diciembre de 1968 que establece:

Artículo 29.- Salario Base.- Para efectuar las liquidaciones de que trata el artículo 27⁵, se tomará como base el salario promedio mensual devengado por el trabajador en los últimos tres meses de cada año.

En caso de salario variable, se tomará como base el promedio de lo devengado en el año respectivo o en el tiempo servido, si éste fuere menor de un año.

⁵ El artículo 27 de ese Decreto establece la liquidación anual de cesantías con carácter definitivo.

Se aclara que en el régimen de cesantías anual y definitivo el salario base de liquidación se encuentra conformado por los mismos factores relacionados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 ya transcrito, así como por los demás que determine el régimen especial expedido para cada uno de estos organismos, con la excepción hecha por el Decreto 1252 de 2000.

En la actual Constitución, el régimen salarial y prestacional de las personas que prestan sus servicios al Estado es definido por el legislador y el ejecutivo.

En vigencia de la Carta de 1886, el artículo 76 asignaba al Congreso fijar las escalas de remuneración de las distintas clases de empleos y el régimen de sus prestaciones sociales y el artículo 120 asignaba al Presidente de la República, fijar las asignaciones según los niveles de empleo y las escalas de remuneración previstas por el Congreso. La gran mayoría de normas expedidas en materia prestacional al amparo de este régimen constitucional

El artículo 28 regula la liquidación en año de retiro.

fueron adoptadas por el Gobierno Nacional en ejercicio de facultades extraordinarias y todo beneficio de carácter económico que fue reconocido a los empleados públicos, se produjo en norma con fuerza de ley.

Con ocasión a la expedición de la Carta Política de 1991 estas competencias varían. De conformidad con lo establecido en los literales e) y f) del numeral 19 del artículo 150, corresponde al Congreso expedir la ley marco que fije las normas generales, objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la fuerza pública, así como el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales. En complemento a lo anterior, el numeral 14 del artículo 189 de la Carta establece que le corresponde al Presidente de la República fijar sus dotaciones y emolumentos.

En el caso de la Contraloría General de la República se debe aclarar que desde su creación se propugnó porque contara con un régimen de personal especial. Ello condujo a que se reconocieran, además de la retribución ordinaria y de las prestaciones sociales que fueron reconocidas para los empleados del sector público, beneficios económicos especiales como la prima de carestía, la prima de alta gestión y otros de similar naturaleza.

En tratándose de la prestación social conocida como "auxilio de cesantías" hoy en día se aplican los dos regímenes anteriormente enunciados, dependiendo de la fecha de vinculación del funcionario, así:

3.1.- El régimen de cesantías retroactivas a quienes hubieren ingresado con anterioridad a la expedición de la Ley 33 de 1985. En estos eventos la liquidación de sus cesantías parciales y definitivas se realiza de conformidad con lo establecido en la Ley 6ª de 1945, el Decreto 2567 de 1946, el Decreto 1160 de 1947, y, el Decreto Ley 929 de 11 de mayo de 1976, normas que conformaban el régimen especial de la Contraloría General en esta materia.

3.2.- El régimen de cesantías anual y definitivo que se aplica a quienes hubieren ingresado con posterioridad al 29 de enero de 1985 y que, por disposición del artículo de 7º de la Ley 33 de 1985, debieron ser asumidas por la Contraloría General de la República. El referido artículo establece:

197

Artículo 7º.- Las entidades que en la actualidad pagan cesantías a través de la Caja Nacional de Previsión, asumirán directamente el pago de dicha prestación a partir del 1º de enero de 1985. Sin embargo, la Caja pagará cesantías a los empleados oficiales de dichas entidades hasta la concurrencia del valor de las transferencias que éstas hubieran efectuado.

Quienes ingresen a la Rama Jurisdiccional, el Ministerio Público, la Contraloría General de la República, la Registraduría Nacional del Estado Civil y las notarias, se registrarán por las normas del Decreto Extraordinario 3118 de 1968 y las que lo adicionen y reglamenten, en lo relacionado con la liquidación y el pago de cesantías.

En virtud a lo establecido en este artículo, hasta el año 1993 la Contraloría asumió directamente la liquidación y pago de las cesantías de sus funcionarios. Con ocasión a la expedición de la Ley 106 de 1993, se asignó la función pagadora al Fondo de Bienestar Social de esa entidad, quedando a cargo de la Contraloría General la liquidación de los valores que deben ser girados por el Fondo siempre que exista la correspondiente disponibilidad presupuestal. En la normatividad vigente la liquidación y pago de cesantías se viene realizando en la forma antes transcrita.

En relación con los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación de las cesantías el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 ya transcrito, así como por los demás que beneficios económicos que les hayan sido reconocidos en el régimen especial y que constituyan salario.

En el caso de la Contraloría Distrital, el Decreto 1421 del 21 de julio de 1993 "[P]or el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá" señala, en su artículo 129 que registrarán en el Distrito y sus entidades descentralizadas las disposiciones que se dicten en desarrollo de la Ley 4ª de 1992.

En la citada Ley marco se estableció que el régimen prestacional de los servidores públicos de las entidades territoriales sería el fijado por el Gobierno Nacional y en desarrollo de esas facultades, el Gobierno expidió los Decretos 1133 y 1808, ambos de 1994, que en lo pertinente establecen:

Decreto 1333 de 1º de junio de 1994

Artículo 1º. Las personas que se vinculen al servicio público en el Distrito Capital y sus entidades descentralizadas a partir de la vigencia del presente decreto y que conforme a las disposiciones vigentes tengan el carácter de

17

empleados públicos, gozarán del régimen prestacional señalado para los empleados públicos de la rama ejecutiva del poder público.

Artículo 2°. Las personas que se hubieren vinculado como empleados públicos o trabajadores oficiales al Distrito Capital y a sus entidades descentralizadas antes de la vigencia de este decreto continuarán gozando de las prestaciones que se les venían reconociendo y pagando.

Decreto 1808 de 3 de agosto de 1994

Artículo 2°.- Las personas que se hubieren vinculado como empleados públicos o trabajadores oficiales al Distrito Capital y a sus entidades descentralizadas antes de la vigencia de este decreto continuarán gozando de las prestaciones que se les venían reconociendo y pagando.

Lo señalado en el inciso anterior se aplicará a los empleados públicos que continúan desempeñando los cargos que ocupan a la fecha de la vigencia de este decreto u otros empleos cuando a ellos se acceda por motivo de incorporación o de ascenso como resultado de un proceso de selección, como para los trabajadores oficiales mientras mantengan esta calidad

De los apartes transcritos se deduce que a partir de la entrada en vigencia del Decreto 1133 de 1° de junio de 1994 se presentó un cambio en el régimen prestacional para las personas que se vincularan al servicio público del Distrito Capital y de sus entidades descentralizadas, a quienes se les aplica el régimen prestacional previsto para los empleados públicos de la rama ejecutiva del poder público, lo que significa que a partir de esa fecha, en materia de cesantías, empezó a operar el régimen de liquidación anual y definitiva para cuya definición se deben tener en cuenta los factores de salario establecidos en disposiciones el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

Así mismo, de conformidad con lo previsto en el artículo 1° del Decreto 1808 de 3 de agosto de 1994, que modificó el artículo 2° del Decreto 3133 de ese mismo año, los empleados públicos o trabajadores oficiales del Distrito Capital y de sus entidades descentralizadas que se hubieren vinculado antes de la entrada en vigencia del Decreto 1133, continúan gozando de las prestaciones que se les venían reconociendo y pagando (dentro de ellas el régimen de cesantías retroactivas), no sólo cuando permanezcan desempeñando los cargos para los que fueron nombrados o cuando conserven la calidad de trabajadores oficiales, sino adicionalmente cuando se produzca el cambio de empleo como consecuencia de incorporación o ascenso. En estos eventos los factores de salario que se deben tener en cuenta para efectos de la liquidación de cesantías son los que se venían

reconociendo en el régimen especial anterior, siempre que hubiesen tenido fuente legal, es decir, en norma expedida por el Congreso o por el Presidente en ejercicio de precisas facultades extraordinarias, pues como bien lo ha reconocido el Consejo de Estado, en su Sala de Consulta y Servicio Civil:

[. . .] la remisión a las prestaciones que se venían reconociendo y pagando a quienes estaban vinculados al Distrito Capital con anterioridad a la expedición del decreto 1808 de 1994, son aquellas contenidas en disposiciones de orden legal, dado que ni en vigencia de la anterior Carta Política, ni bajo la actual, es competencia de las autoridades territoriales el ejercicio de funciones relacionadas con prestaciones sociales, atribuciones éstas que no son delegables en las corporaciones públicas y que por prohibición constitucional, no pueden arrojárselas.

[. . .] Se entiende que el régimen prestacional anterior es el reconocido legalmente, pues como se señaló, mediante actos como ordenanzas o acuerdos no es posible regular prestaciones sociales, salvo que ellas contemplen algunas que previamente tuvieran amparo en la misma ley, en cuyo caso su eficacia tiene fundamento en ésta última.⁷

En relación con las normas especiales que constituyen el régimen de prestaciones sociales en el Distrito y que se aplican a la Contraloría Distrital, esa misma Corporación tuvo oportunidad de precisar en un concepto anterior que,

[. . .] a) las personas que, como empleados oficiales, se hayan vinculado al servicio del Distrito Capital de Bogotá y de sus entidades descentralizadas antes del 4 de agosto de 1994, fecha en que entró en vigencia del decreto 1808 del mismo año, tienen derecho a percibir las prestaciones sociales "que se les venían reconociendo y pagando".

Las prestaciones sociales de los mencionados servidores públicos están reguladas por las leyes 6ª de 1945, 64 y 65 de 1946, 72 de 1947, 4ª y 171 de 1961, 12 de 1975, 4ª de 1976, 33 de 1985, 71 de 1988 y 100 de 1993 y demás leyes y decretos que las adicionan y reforman. Esto sin perjuicio de que existan convenciones colectivas de trabajo vigentes que reconozcan a los trabajadores oficiales prestaciones sociales superiores al mínimo dispuesto por el ordenamiento jurídico.

⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto No. 1317 de 14 de diciembre de 2000. Consejero Ponente Dr. Luis Camilo Osorio Isaza.

b) Las personas que, como empleados, se han vinculado al Distrito Capital de Bogotá y a sus entidades descentralizadas desde el 4 de agosto de 1994, o que lleguen a vincularse a esas entidades, tienen derecho a percibir prestaciones sociales correspondientes "a los empleados públicos de la rama ejecutiva del poder público" (artículos 1° del decreto 1133 y 1° del decreto 1808 de 1.994), prescritas, sobre todo, por los decretos leyes 3118 y 3135 de 1968 y 1045 de 1978 y por las leyes y decretos que los adicionan y reforman.

c) Las personas que se vinculen al Distrito Capital de Bogotá y a sus entidades descentralizadas desde el 4 de agosto de 1994 como trabajadores oficiales tienen derecho a las prestaciones sociales que han regido en el Distrito Capital de Bogotá, particularmente a las reguladas por las leyes 6ª de 1945, 64 y 65 de 1946, 72 de 1947, 4ª y 171 de 1961, 12 de 1975, 4ª de 1976, 33 de 1985, 71 de 1988 y 100 de 1993 y demás leyes y decretos que las adicionan y reforman. Además, les es aplicable el artículo 4° del decreto reglamentario 2127 de 1945 y pueden percibir prestaciones sociales que excedan las mínimas prescritas por el ordenamiento jurídico con fundamento en convenciones colectivas de trabajo vigentes.

La Sala considera que esta conclusión se deduce de considerar que el artículo 1° del decreto 1133 de 1994 sólo prescribe las prestaciones sociales de las personas que, como empleados, se vinculen al Distrito Capital de Bogotá y a sus entidades descentralizadas desde el 4 de agosto de 1994 (artículos 1° del decreto 1133 y 1° del decreto 1808 de 1994), sin que regule las prestaciones de los trabajadores oficiales que se vinculen al Distrito Capital de Bogotá y a sus entidades descentralizadas desde la fecha indicada.

d) Los principios expuestos, según el artículo 3° del decreto 1133 de 1994, deben aplicarse sin perjuicio de lo dispuesto por la ley 100 de 1993 sobre las prestaciones sociales de los empleados y trabajadores oficiales vinculados o que se vinculen al servicio del Distrito Capital y a sus entidades descentralizadas, particularmente en lo referente a las pensiones de jubilación, invalidez y de sobrevivientes, régimen que se aplicará gradualmente.

[. . .] La Sala agrega que mediante actos locales, ordenanzas, acuerdos o decretos, jurídicamente no es posible regular las prestaciones sociales porque, de conformidad con los artículos 150, ordinal 19, letra e) y f), de la Constitución y 12 de la ley 4ª de 1992, esta materia es de la exclusiva competencia del gobierno nacional, con fundamento en la correspondiente ley marco". (destaca).⁸

4.- Ahora bien, por regla general, el auxilio de cesantía sólo se paga al terminar la relación laboral, toda vez que es en ese momento que el empleado

⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto No. 675 de 17 de marzo de 1995.

adquiere la calidad de cesante y puede exigir del empleador la liquidación y pago del derecho económico que en su favor ha establecido la legislación⁹.

No obstante lo anterior, el legislador ha establecido eventos en que el empleador puede hacer entrega parcial de tal suma a título de anticipo, es decir, con antelación a la fecha en que se origine el deber de cancelar la prestación. Tratándose del régimen de cesantías retroactivas establece el artículo 1º del Decreto 2755 de 1966¹⁰ lo siguiente:

Artículo 1º.- Los anticipos o liquidaciones parciales de cesantía para los trabajadores oficiales (empleados y obreros) solamente se decretarán en los siguientes casos:

- a) Para la adquisición de casa de habitación;
- b) Para la liberación de gravámenes hipotecarios que afecten la casa de habitación de su propiedad, o de su cónyuge, y se hayan constituido para satisfacer el pago total o parcial del precio de la misma, y,
- c) Para reparaciones y ampliaciones de su casa de habitación, o la de su cónyuge.¹¹

En estos eventos se aplican los mismos criterios y factores para la liquidación de las cesantías definitivas y se hace entrega del valor que requiera el empleado conforme a los documentos que debe allegar con la solicitud.

En el régimen de cesantías retroactivas, el pago que se hace por concepto de cesantías parciales constituye un anticipo sobre el valor que habrá de liquidarse al momento del retiro. Por tratarse de un anticipo sobre el pago

⁹ Tanto en el sector público como en el privado está prohibido, salvo en los casos autorizados por la Ley, hacer pagos parciales de las cesantías si no ha terminado la relación laboral; en el sector privado cualquier pago hecho en desconocimiento de esta prohibición da lugar a la pérdida de la suma pagada y que no se pueda repetir lo pagado en términos de lo establecido en el artículo 254 del Código Sustantivo del Trabajo.

¹⁰ Tanto en la Contraloría General de la República como en la Contraloría Distrital, el reconocimiento del derecho a la liquidación de las cesantías parciales parte de los mismos supuestos, que actualmente cobijan también los eventos en que el empleado requiera ese valor para el pago de sus gastos de educación.

¹¹ Sobre este particular también se puede consultar el Decreto Reglamentario 888 de 1991. La cita se ha tomado del Régimen del Empleado Oficial de editorial Legis.

que por concepto de cesantías definitivas se deben cancelar en el momento de producirse el retiro, éstas se descuentan de la nueva liquidación final practicada y el valor que arroja la operación matemática determina el saldo pendiente de pago a cargo del empleador.

Ahora bien, en el evento en que la suma entregada por este concepto con posterioridad supere la que efectivamente le corresponde al trabajador como auxilio de cesantía, la diferencia constituirá un pago de lo no debido y su valor deberá ser reintegrado por el ex funcionario, pues resulta incontrovertible que la suma efectivamente adeudada por la entidad estatal está constituida por el valor que arroja la liquidación final, deducidos los valores que a título de anticipo se hubieren entregado.

De cancelarse por concepto de cesantías parciales una suma superior a la que corresponde por concepto de cesantías definitivas observando plenamente el ordenamiento jurídico, es necesario tener en cuenta que en ese evento, el pago en exceso no fue producto del error de la administración, del cual se beneficia el trabajador que actúa de buena fe¹², sino de una liquidación que por ser provisional no concede derechos definitivos en favor del empleado pues estos solo se consolidan en el momento en que se practica la liquidación de las cesantías definitivas. Adicionalmente, y como bien lo ha precisado la Corte Constitucional,

[. . .] Es cierto que en algunos casos la buena fe es creadora de derechos. Pero ello sucede siempre en eventos en los que está presente una buena fe exenta de toda culpa, en virtud de la presencia de la figura del error común. Es decir, la persona que procedió de buena fe, no tuvo a su alcance ningún medio jurídico para informarse de que el derecho que pretendía adquirir, no podía ser objeto de adquisición de la manera por ella pretendida, que era estimada conforme a derecho.¹³

¹² En los eventos en que el pago en exceso tiene origen en un error de la administración y el empleado ha actuado de buena fe, no es procedente solicitar el reintegro de lo indebidamente cancelado salvo que se cuente con autorización expresa del beneficiado o que exista sentencia judicial que defina la acción de lesividad promovida por la administración en contra de su propio acto.

¹³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-401 de 23 de agosto de 1996. Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa.

En el supuesto analizado es claro que cuando una persona recibe el pago de sus cesantías parciales es consciente de que ellas constituyen un anticipo sobre el valor de las cesantías definitivas y que el derecho a una liquidación definitiva sólo se consolida en el momento en que se produce el retiro de la entidad, de donde es claro que en estos eventos la persona está informada de que el valor que es reconocido (mayor valor por concepto de cesantías parciales) no constituye un derecho en su favor y, por tanto, puede ser obligado a su reintegro.

Tal y como se precisa en el concepto emitido por la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República, las diferencias en los valores liquidados pueden tener origen en situaciones administrativas como el encargo que se otorga a un empleado para ocupar uno de superior jerarquía cuando éste se encuentra vacante en forma definitiva. En esos eventos, el trabajador encargado tiene derecho a recibir la remuneración prevista para ese empleo y por ello, ver mejorada su situación salarial. Debido a que esta clase de encargos pueden otorgarse por más de tres meses¹⁴, bien puede

¹⁴ De conformidad con lo establecido en el artículo 10 de la Ley 443 de 1998 "El término de duración del encargo y del nombramiento provisional, cuando se trate de vacancia definitiva no podrá exceder de cuatro (4) meses; cuando la vacancia sea el resultado del ascenso con período de prueba, de un empleado de carrera, el encargo o el nombramiento provisional tendrán la duración de dicho período más el tiempo necesario para determinar la superación del mismo.[. . .]" Por su parte, en relación con la remuneración que se puede percibir durante el encargo ha indicado la Corte Constitucional en sentencia C-428 de 4 de septiembre de 1997: "[. . .] Ahora bien, si el encargo opera para un empleado público y tiene por finalidad que éste asuma total o parcialmente las funciones de empleos diferentes de aquel para el cual ha sido nombrado por ausencia temporal o definitiva de su titular, resulta pertinente determinar cuál de estas situaciones se presenta. Si se trata de una ausencia temporal, como la planteada en la norma que se analiza, el encargo se conferirá por el término de la misma; y si se trata de ausencia definitiva, el encargo no podrá exceder de tres meses. En este último caso -ausencia definitiva-, el empleado encargado tiene derecho a recibir el sueldo correspondiente al empleo para el cual ha sido encargado, pues por tratarse de vacancia definitiva de su titular, éste ha dejado de ocupar el cargo y, por tanto, también ha dejado de recibir el sueldo correspondiente. Tratándose de ausencia temporal, la cual genera el encargo temporal, la misma es por esencia transitoria y, por tanto, el encargo durará, como máximo, el término dispuesto para la ausencia definitiva cual es, según la norma anteriormente citada, de tres (3) meses. Obsérvese, que la ausencia temporal del empleado supone de todas maneras su vinculación en el cargo del cual es titular, aún cuando circunstancias de orden administrativo o de otro orden, no le permitan, transitoriamente, estar al frente del mismo. Por tanto, el hecho de seguir vinculado a su cargo original lo habilita para continuar recibiendo la correspondiente remuneración y las prestaciones sociales a que tenga derecho; de allí que el empleado encargado no pueda recibir la remuneración del empleo para el cual ha sido asignado provisionalmente, pues ello supondría una doble carga prestacional para la Administración pública por un mismo empleo y, además, una doble remuneración para el encargado, quien, dada la naturaleza excepcional y transitoria del encargo, en ningún momento deja de recibir el salario correspondiente al empleo que originalmente desempeña y al cual regresará luego de cumplido el encargo. En efecto, el empleado público, al variar su situación

ocurrir que en el cuarto mes de su ejercicio el empleado requiera sus cesantías para adquisición de vivienda, reparaciones locativas, etc., y solicite su liquidación y pago. En virtud a las diferencias que pueden presentarse en la remuneración reconocida para los diferentes cargos¹⁵, puede ocurrir que el valor de la cesantía parcial reconocida al encargado supere el que finalmente corresponda al trabajador por concepto de cesantía definitiva. Dentro de ese escenario nos ubicamos para efectos de absolver uno de los interrogantes planteados, vale decir, el mayor valor cancelado por concepto de cesantías parciales constituye un pago de lo no debido que deberá ser reintegrado por su beneficiario a la entidad que haya efectuado la erogación.

Aquí se exige una necesaria precisión pues puede pensarse, en virtud de una serie de principios que protegen al trabajador de raigambre constitucional, que tales pagos ingresan legítimamente al patrimonio del trabajador y por ende no deben ser retornados. Esta dependencia no ignora la importancia de estos postulados ni la relevancia que tienen dentro de nuestro ordenamiento jurídico, pues encuentra en ellos un vértice imprescriptible de la institucionalidad. El respeto al trabajo es, pues, un valor fundante de nuestro Estado social de derecho y en cuanto tal, merece un profundo respeto y un reconocimiento que debe ir más allá de la retórica. Ello no implica que en este caso se estén ignorando tales principios, como de una manera rápida así pareciera.

En efecto, respecto al tema en discusión es importante diferenciar los conceptos de cesantía parcial y de cesantía definitiva. El primero de ellos no puede ser considerado, en sí mismo, como una prestación independiente pues se haya supeditada a la prestación de la que forma parte que es, precisamente, la cesantía. De allí que la denominación "cesantía parcial" tiende a crear el equívoco de su independencia de lo principal tanto como agregar a la cesantía la locución "definitiva". En verdad, lo que ocurre es que se producen pagos anticipados de cesantías de las cuales debe llevarse un registro con cargo a la prestación que se afecta. De allí que sea posible,

Administrativa en aquella denominada encargo, tendrá derecho a recibir la remuneración del empleo en el cual ha sido encargado, "...siempre que no sea percibido por su titular" (art. 37 D.R. 1950 de 1973)."

Generalmente el salario del cargo del que se es titular es inferior al que le corresponde al empleo del cual se es encargado.

conforme a las circunstancias planteadas, entender que existen unas sumas, pagadas de más, pues la cesantía es una sola y un producto del cual solo se sabrá su monto al final de la relación. Ello no inhibe para que convencionalmente, y cuando a ello haya lugar, se expidan regulaciones diferentes.

Es cierto, entonces, que el retiro parcial de cesantías es una opción que le permite al trabajador aunar recursos para suplir ciertas de las necesidades vitales, pero también lo es que las sumas anticipadas no se entienden fuera de la prestación que a ello habilita.

De este modo, en criterio de esta Oficina, afirmar que la situación en comento constituye "un fenómeno propio a la retroactividad de las cesantías" desvirtúa el transfondo en ella existente y parece dejar a la errancia su resolución adobada con un dejo de resignación. Basta recordar que una situación como la planteada conduce a una iniquidad que parece no tener fuente legal, para el caso, el resto de trabajadores que no tienen la oportunidad de acceder temporalmente a cargos que tripliquen sus asignaciones se verían en desigualdad frente a quienes obtuvieron un encargo, no obstante tratarse de una misma prestación. Ello, sin embargo, no debe ser entendido como una patente para pregonar por una igualación de salarios y prestaciones hacia la baja o, eventualmente, a considerar que las causas del desempleo están en las remuneraciones de los empleados, ergo, su solución sería la rebaja de salarios a puntos insostenibles.

Esta Oficina discrepa de una manera tajante de esas tesis y entiende que las mismas contravienen, flagrantemente, la protección especial al trabajo encubierto en un falso dilema y una lógica perversa: el costo de la globalización en las espaldas del trabajador. De allí que se plantee, de forma por demás injusta, un enfrentamiento entre el desempleado y el asalariado, desviando así el real problema de esta materia.

Finalmente, no cree esta dependencia que en el caso sub examine exista duda hermeneútica que deba absolverse a favor del trabajador.

- 5.- De lo anterior surge un nuevo interrogante ¿cuál es el procedimiento que se debe observar para efectos de obtener el reintegro de la suma indebidamente cancelada?

Es necesario aclarar que en nuestro ordenamiento jurídico el legislador no ha establecido procedimiento especial que permita recuperar los mayores valores pagados por concepto de cesantías parciales y aunque se podría pensar en la posibilidad de deducir responsabilidad fiscal, penal o disciplinaria a cargo de quien realizó la liquidación y de quien recibió el pago, para este Despacho, en principio, ello no resulta procedente.

En el supuesto analizado se parte de la premisa que tanto el liquidador como el beneficiario del pago han observado las exigencias establecidas por el legislador para la liquidación de las cesantías parciales y, si con posterioridad, se advierte que la suma entregada excedió el valor al cual tenía derecho el empleado, ello no opera por voluntad de quienes han intervenido en la actuación, sino como un efecto que genera la aplicación de las normas. Es más, la misma obedece a una situación incierta como es el tiempo que dura la relación laboral.

En estos términos, es claro que tal efecto no opera como consecuencia de una conducta jurídicamente reprochable, pues quienes intervienen en la actuación lo hacen conforme a derecho. Pretender que se deduzcan consecuencias jurídicas como las enunciadas a cargo de quienes intervienen en el trámite de liquidación de cesantías parciales conllevaría la aplicación del principio de responsabilidad objetiva, que en estas materias se encuentra proscrito.

En materia de responsabilidad fiscal por ejemplo, la Corte ya ha tenido oportunidad de precisar que esta clase de consecuencias jurídicas solo se pueden predicar del gestor fiscal o quien ha contribuido en la ocurrencia del detrimento (mayor valor pagado) cuando éste ha actuado con dolo o con culpa grave¹⁶.

En relación con el concepto de dolo se ha indicado por parte de la jurisprudencia:

Las voces utilizadas por la Ley (C.C. art. 63) para definir el dolo concuerdan con la noción doctrinaria que lo sitúa y lo destaca en cualquier pretensión de alcanzar un resultado contrario a derecho, caracterizada por la conciencia de quebrantar una obligación o de vulnerar un interés jurídico ajeno; el dolo se

¹⁶ Es de recordar que mediante sentencia C-619 de 8 de agosto de 2002 la Corte Constitucional declaró inexecutable el grado de culpa leve en materia de responsabilidad fiscal. En la sentencia actuaron como ponentes los Dres. Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil.

constituye, pues, por la intención maliciosa, al paso que la culpa, según el mismo precepto y la concepción universal acerca de ella, se configura sobre la falta de diligencia o de cuidado, la imprevisión, la negligencia, la imprudencia.

De esas características sustanciales surgen, como es obvio, las consecuencias legales respectivas; el dolo generalmente no se presume (C.C. art. 1516), ni su tratamiento legal puede ser modificado por voluntad individual, salvo la condonación del pretérito (C.C. art. 1522), acarrea en todos los casos sanciones civiles de igual intensidad y agrava la situación del deudor enfrente de eventos imprevisibles (C.C. art. 1616); [...]¹⁷

Por su parte, en términos de lo establecido en el artículo 63 del Código Civil la culpa grave consiste en “[. . .]no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios”, lo que en materia civil se equipara al dolo.

Cuando una persona es encargada para ocupar un cargo que se encuentra vacante en forma definitiva, con el derecho a percibir la remuneración correspondiente a ese cargo, no le es posible prever a la terminación del encargo, por cuanto tiempo más durará su vínculo con la administración; incluso, puede ocurrir que la terminación del vínculo se presente encontrándose la persona encargada, pero en éste último caso no habrá lugar a diferencia alguna entre la cesantía parcial y la definitiva si el encargado ha ocupado el puesto mejor remunerado por un lapso superior a tres meses, toda vez que el último salario será el que sirva de base para la liquidación de las cesantías definitivas.

Lo anterior impide situarse en los contornos del dolo o de la culpa grave, menos aún, cuando la norma reconoce la posibilidad de solicitar el pago de las cesantías parciales sin establecer una limitante para su reconocimiento distinto de la verificación de los supuestos contemplados en la norma, esto es, que la persona requiera los recursos para la adquisición de vivienda, pago del precio de inmueble de su propiedad, realización de reparaciones locativas o cancelación de estudios realizados por el empleado. Si estos supuestos se dan y existe la correspondiente disponibilidad presupuestal, no hay lugar a negar el pago de las cesantías parciales al cual tiene derecho

¹⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de 9 de agosto de 1949. Cita tomada del Código Civil y Legislación Complementaria de editorial Legis.

caducará al cabo de cuatro (4) meses, contados a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto, según el caso. Sin embargo, los actos que reconozcan prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo por la administración o por los interesados, pero no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe."

²⁰ Según lo indicado en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, por la expresión "periódico" debe entenderse el fenómeno que se repite permanentemente y con cierta regularidad, que se repite con frecuencia y a intervalos de tiempo. Tal característica no puede predicarse del auxilio de cesantía que se reconoce con retroactividad, toda vez que el derecho al reconocimiento y pago de esta prestación social solo procede cuando se presenta la terminación del vínculo laboral; cosa distinta es que en su liquidación se tengan en cuenta el número de años laborados y por cada uno de ellos se tenga derecho al reconocimiento de un mes de salario.

- 6.- En el concepto proferido por la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República de fecha 28 de abril de 1988 se afirma que, en virtud a lo establecido en el artículo 40 del Decreto 937 de 1976, los conceptos que emita ese despacho son de carácter obligatorio.

No obstante que el Decreto 937 de 1976 fue derogado por la Ley 106 de 1993, como lo aclaró el Decreto 658 de marzo 24 de 1994²¹, y que con posterioridad las normas que han definido la estructura y funciones de la Contraloría General de la República no hacen mención al carácter obligatorio de los conceptos emitidos por la Oficina Jurídica de esa entidad, es necesario tener en cuenta las precisiones que ha formulado la Corte Constitucional en relación con los efectos jurídicos que pueden producir los conceptos emitidos por las autoridades y las condiciones que deben reunir para que se consideren obligatorios. Así, en sentencia C-487 de 1996, la referida Corporación ha indicado:

2.1. Los conceptos de la administración.

La actividad administrativa, dirigida al cumplimiento de los cometidos estatales propios del Estado Social de Derecho, con arreglo al ordenamiento jurídico, exige la actuación de la administración, mediante la utilización de variadas formas o medios de actuación, materiales y jurídicos, que constituyen instrumentos para lograr la realización y satisfacción concreta de los intereses públicos y sociales.

El acto administrativo, constituye el modo de actuación jurídica ordinaria de la administración, y se manifiesta a través de las declaraciones unilaterales, creadores de situaciones jurídicas generales, objetivas y abstractas, o subjetivas particulares y concretas que reconocen derechos o imponen obligaciones a los administrados.

No obstante, existe una variedad de actos que aun cuando expresan un juicio, deseo o querer de la Administración, no tienen el alcance ni el efecto de un acto administrativo, porque como lo advierte George Vedel, no contienen formal ni materialmente una decisión, ya que al adoptarlos aquélla no tuvo en la mira generar efectos en la órbita jurídica de las personas, tal como sucede, por ejemplo, con los actos que sólo tienen un valor indicativo (anuncio de un proyecto), los actos preparatorios de la decisión administrativa (dictámenes, informes), etc.²² y,

²¹ En los artículos 1º y 2º del Decreto 658 de 1994 se establece: "Artículo 1o.- Aclárase el artículo 151 de la Ley 106 de 1993, en el sentido de señalar como expresamente derogado el Decreto 937 de 1976 y no el 930 de 1976 como se hizo constar. Artículo 2o.- El presente Decreto se entenderá incorporado al artículo 151 de la Ley 106 de 1993 y rige a partir de la fecha de su publicación."

Ponente Antonio Barrera Carbonell

3.- CONCLUSIONES.-

Con fundamento en las consideraciones anteriormente expuestas, esta Oficina responde a los interrogantes planteados en los siguientes términos:

- 3.1.- Los factores que se deben tener en cuenta para efectos de la liquidación y pago de cesantías parciales y definitivas son los establecidos en las normas vigentes al momento de producirse su liquidación, siempre que dichos conceptos hayan sido contemplados por el legislador como factores de salario para dichos efectos. En cada caso procede verificar cual es el régimen al cual se encuentra sujeto el funcionario y los factores de salario establecidos en la ley.
- 3.2.- Al liquidarse las cesantías definitivas y determinarse que existe un saldo a favor de la entidad que tiene origen en los pagos de cesantías parciales, el mayor valor cancelado constituye un pago de lo no debido que deberá ser reintegrado por su beneficiario al organismo que haya efectuado la erogación.
- 3.3.- El concepto que se adjunta a la consulta conserva su carácter obligatorio y es susceptible de ser cuestionado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo en ejercicio de la acción de nulidad.

Sólo resta puntualizar que este concepto se emite dentro de los parámetros establecidos en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.

Confiando en que la inquietud planteada haya sido absuelta, me suscribo de usted,

Atentamente,

Original Firmado Por:
Juan Fernando Romero Tobón.

JUAN FERNANDO ROMERO TOBÓN

c.c. Auditor Delegado
Grupo de Atención Ciudadana
DPA

²⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia de 26 de octubre de 1995. Expediente No. 3088. Consejero Ponente Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz.