 CONCEJO DE BOGOTÁ, D.C.	PROCESO GESTIÓN JURÍDICA	CÓDIGO: GJR-FO-001
	CONCEPTO JURÍDICO	VERSIÓN: 01
		VIGENCIA: 13-Jun-2019
		PAGINA: PÁGINA 1 DE 7

CONCEPTO

PARA: **MILTON ALBERTO BELLO RODRÍGUEZ**
Director Financiero

DE: Director Jurídico

ASUNTO Saldo negativo cesantías retroactivas

CONCEJO DE BOGOTA 01-06-2023 04:28:52

Al Contestar Cite Este Nr.:2023IE8584 O 1 Fol:7 Anex:0

ORIGEN: Origen: Sd:79 - DIRECCION JURIDICA/FUENTES FERNANDEZ R

DESTINO: DIRECCION FINANCIERA/BELLO RODRIGUEZ MILTON ALBER

ASUNTO: 5. CONCEPTO SALDO NEGATIVO CESANTÍAS RETROACTIVAS

OBS: HMGJ-ALA

En cumplimiento de las funciones asignadas a esta dirección por el Acuerdo 492 de 2012 y el Manual Especifico de Funciones y Competencias Laborales del Concejo de Bogotá, D.C. atentamente resuelvo su consulta formulada mediante memorando IE-7069 del 8 de mayo de 2023.

1. SITUACIÓN PLANTEADA

Mediante el referido memorando, el Director Financiero de la Corporación, solicitó concepto jurídico sobre el procedimiento a seguir para el pago de la liquidación de las cesantías definitivas con régimen retroactivo de una funcionaria de carrera administrativa que, al momento de la liquidación final por retiro de la Corporación, arrojó saldos negativos en su contra, por consiguiente, determinar si es procedente solicitar la restitución de estos valores y descontarlos de la liquidación de prestaciones sociales.

2. PROBLEMA JURÍDICO

¿Cuándo en la liquidación definitiva de cesantías retroactivas existe saldo negativo, es procedente la restitución de dichos valores descontándolos de la liquidación de prestaciones sociales por retiro de la Corporación?


3. CONSIDERACIONES

3.1 De las normas que rigen el tema de las cesantías retroactivas.

En materia de cesantías, la Ley 65 de 1946 “por la cual se modifican las disposiciones sobre cesantía y jubilación y se dictan otras, en su artículo 1° estipula que:

Los asalariados de carácter permanente, al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del Poder Público, hállese o no escalafonados en la Carrera Administrativa, tendrán derecho al auxilio de cesantía por todo el tiempo trabajado continua o discontinuamente, a partir del 1o. de enero de 1942 en adelante, cualquiera que sea la causa del retiro.

Parágrafo. - *Extiéndese este beneficio a los trabajadores de los departamentos, intendencias y comisarías y municipios en los términos del artículo 22 de la Ley 6 de 1945, y*

 CONCEJO DE BOGOTÁ, D.C.	PROCESO GESTIÓN JURÍDICA	CÓDIGO: GJR-FO-001
	CONCEPTO JURÍDICO	VERSIÓN: 01
		VIGENCIA: 13-Jun-2019
		PAGINA: PÁGINA 2 DE 7

a los trabajadores particulares, de acuerdo con lo establecido en los artículos 12 y 36 de la misma Ley.

2

Por su parte, el Decreto 1160 de 1947 “Sobre auxilio de cesantía”, establece en su artículo sexto:

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 últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce (12) meses o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce (12) meses.

(...)

Para el caso de los servidores públicos del Distrito Capital, encontramos el artículo 129 del Decreto Ley 1421 de 1993¹ modificado por el artículo 13 de la Ley 2116 de 2021, reza que:

Los empleados públicos de Bogotá Distrito Capital tendrán un régimen salarial especial que determinará el Gobierno nacional dentro de los límites establecidos por la Ley 617 de 2000 y el Marco Fiscal de Mediano Plazo; en todo caso, en virtud del principio de progresividad laboral este régimen no podrá ser inferior al actualmente vigente.

El régimen salarial de los empleados y trabajadores del Distrito estará sujeto a la disponibilidad presupuestal y al Marco Fiscal de Mediano Plazo del Distrito Capital y deberá contar con previo concepto expedido por la Secretaría Distrital de Hacienda.


Posteriormente, la Ley 344 de 1996², expreso:

Artículo 13: Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, a partir de la publicación de la presente Ley, las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías:

- a) El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral;*
- b) Les serán aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a) del presente artículo”.*

¹ “Por el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá”.

² “Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones”

 CONCEJO DE BOGOTÁ, D.C.	PROCESO GESTIÓN JURÍDICA	CÓDIGO: GJR-FO-001
	CONCEPTO JURÍDICO	VERSIÓN: 01
		VIGENCIA: 13-Jun-2019
		PAGINA: PÁGINA 3 DE 7

(...)

3

Acorde a la Ley citada, encontramos que en el régimen retroactivo de cesantías, la característica de liquidación es que dicha prestación se cancela con base en el último salario devengado, o el promedio de lo percibido en el último año de servicios, en caso de que durante los últimos tres meses de trabajo el salario devengado haya tenido modificaciones, o con base en todo el tiempo si la vinculación hubiera sido inferior a un año, en forma retroactiva, sin lugar al reconocimiento de intereses.

3.2 Respecto a los saldos negativos por el pago parcial de las cesantías retroactivas.


Por regla general, el pago de las cesantías solo se hace al terminar la relación laboral, toda vez que es en ese momento que el empleado adquiere la calidad de cesante y puede exigir del empleador la liquidación y pago del derecho económico de esta prestación social.

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 prestación³. En estos eventos cuando el funcionario solicita las cesantías parciales, éstas se calculan y pagan con base en el cargo que ostentaba en ese momento, pero al momento de retirarse, al realizar el cálculo para pagar las cesantías definitivas, se toma como base el salario que recibía en ese momento, el cual puede ser inferior al que estaba cuando se le liquidó el pago parcial, generando con ello, un saldo negativo.

Particularmente, en el caso de los regímenes de cesantías con retroactividad, es factible que cuando un trabajador aumenta sus ingresos de manera temporal por alguna situación administrativa, solicite sus cesantías parciales aprovechando legítimamente el mayor valor que tendrá por las mismas y, en el caso de un retiro estando ya con el salario de su empleo de base, (valga decir antes de volver al punto de equilibrio entre el valor del pago de las cesantías parciales y las que cause con el salario normal) se genere un saldo negativo.

Teniendo en cuenta lo anterior, al funcionario con régimen retroactivo que solicita sus cesantías, fueran parciales o definitivas, se le calcula el valor con base en el último salario percibido, de conformidad con los anteriores factores, se multiplica por el número de años laborados y se descuentan las cesantías parciales ya pagadas, de tal forma que se configura la retroactividad en el pago, contrario sensu lo que sucede con el nuevo régimen en donde las cesantías se consignan de manera anual.

³ Tratándose del régimen de cesantías retroactivas ésta se encuentra regulado en el artículo 1° del Decreto 2755 de 1966

 CONCEJO DE BOGOTÁ, D.C.	PROCESO GESTIÓN JURÍDICA	CÓDIGO: GJR-FO-001
	CONCEPTO JURÍDICO	VERSIÓN: 01
		VIGENCIA: 13-Jun-2019
		PAGINA: PÁGINA 4 DE 7

Ahora bien, aunque esta Dirección no cuenta con la documentación necesaria para determinar la forma en la que se realizó la liquidación de las cesantías parciales objeto de la consulta, se parte del supuesto de la legalidad del procedimiento que dio como resultado el pago parcial en ese entonces. De igual manera, no se cuenta con información que dicha Resolución haya sido demandada o revocada por parte de autoridad competente, por lo que se presume su legalidad de conformidad con el artículo 88 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la cual generó en cabeza del funcionario un derecho adquirido toda vez que, se cumplió con los requisitos exigidos por la ley para obtener la liquidación de las cesantías parciales, por lo que éstas ingresan al patrimonio de la persona.

En cuanto a los pagos efectuados en exceso, el Consejo de Estado ha manifestado que no pueden unilateralmente recuperarse cuando fueron recibidos de buena fe, como principio fundamental del derecho, que exige una conducta recta u honesta en relación con las partes interesadas en un acto, contrato o proceso generando una confianza legítima. En efecto, en sentencia con radicado No. 73001-23-33-000-2015-00229-01(0913-17) y ponencia del Consejero Sandra Lisset Ibarra Vélez, la Sección Segunda del Consejo de Estado puntualizó:


La posición así fijada encuentra su razón de ser en el principio de la buena fe, que implica la convicción del ciudadano, en que el acto emanado de la administración está sujeto a legalidad y por ende no tiene que prever que sea susceptible de demanda judicial o revocatoria, pues existe una legítima confianza en la actuación pública dada precisamente por la presunción de legalidad de la que gozan los actos administrativos.

De acuerdo a lo anterior, tenemos que el principio de la buena fe incorpora una presunción legal, que admite prueba en contrario y por ello, le corresponde a quien lo echa de menos, probar que el peticionario actuó de mala fe. Por ello, en tratándose de un error de la administración al concederse el derecho a quien no reunía los requisitos legales, no puede la entidad alegar a su favor su propia culpa para tratar de recuperar un dinero que fue recibido por una persona de buena fe⁴.

Pero, distinta es la situación cuando el reconocimiento del derecho no deviene directamente del error de la administración, en cuyo caso, habrá que analizar situaciones particulares de los actos de los involucrados en la actuación, y la utilidad e incidencia en la producción de los actos definitivos que resolvieron la cuestión.

Conforme a la jurisprudencia en cita, no es dable para la administración alegar a su favor su propia culpa para recuperar un dinero que fue recibido por una persona de buena fe, debiendo desestimar mediante prueba en contrario que la actuación no devino

⁴ En este sentido, se pronunció recientemente la Sala en las sentencias del 17 de noviembre de 2016, exp. 2677-15, Consejero Ponente: César Palomino Cortés, y del 29 de junio de 2017, exp. 4321-2016, Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez

 CONCEJO DE BOGOTÁ, D.C.	PROCESO GESTIÓN JURÍDICA	CÓDIGO: GJR-FO-001
	CONCEPTO JURÍDICO	VERSIÓN: 01
		VIGENCIA: 13-Jun-2019
		PAGINA: PÁGINA 5 DE 7

directamente de un error, sino de una conducta de mala fe efectuada por quien resultó beneficiado.

5

Por consiguiente, se exige para la devolución de los dineros recibidos y no causados por parte de los particulares la demostración de su mala fe, estando la administración en la obligación de demandar su propio acto ante la imposibilidad de obtener el consentimiento del particular para revocarlo.


En relación con la improcedencia de recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe, la Corte Constitucional en la sentencia C-1049 de 2004 sostuvo que:

En el presente caso, la disposición acusada le otorga a la administración, la facultad de demandar “en cualquier tiempo” los actos administrativos mediante los cuales se reconozcan prestaciones periódicas, precisando que “no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe”. Quiere ello decir, que la norma acusada, en cuanto le concede a la administración tal facultad, no vulnera los principios de buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica, tal y como han sido entendidos por la Corte en múltiples fallos, por cuanto el legislador no está partiendo de la mala fe de los administrados, ni tampoco esta defraudando expectativas legítimas que a los mismos se les hubiesen creado. Se trata, simplemente de que ningún ciudadano puede esperar que, con el paso del tiempo, se regularice o se torne intocable una prestación económica que le ha sido otorgada en contra del ordenamiento jurídico y en deterioro del erario público. Ello indica entonces, que si bien el legislador debe actuar sin menoscabar los derechos legítimamente adquiridos, no está imposibilitado para permitir a la administración, de manera excepcional, demandar en cualquier tiempo su propio acto, cuando encuentre que éste se ha proferido contrariando el ordenamiento jurídico, ello con el fin de defender intereses superiores de la comunidad.

Cabe precisar, que la misma disposición ampara el principio de la buena fe cuando señala que “no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe”, con lo cual, el cargo de inconstitucionalidad no está llamado a prosperar ya que sería un contrasentido alegar vulneración del artículo 83 Superior cuando el mismo legislador expresamente acuerda plenos efectos jurídicos al mencionado principio constitucional.

En aplicación de este pronunciamiento, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, en sentencia del 23 de marzo de 2017 (radicación número 190012331000201200251 01), señaló que:

De acuerdo con lo anterior, la norma en comento establece una garantía para los principios de buena fe y confianza legítima de los particulares, pues la devolución de las sumas pagadas por prestaciones periódicas se condiciona a verificar que hayan mediado conductas reprochables encaminadas a defraudar a la administración en orden a obtener tales reconocimientos, de modo que si ello no se logra demostrar, no habrá lugar a ordenar reintegro alguno.

 CONCEJO DE BOGOTÁ, D.C.	PROCESO GESTIÓN JURÍDICA	CÓDIGO: GJR-FO-001
	CONCEPTO JURÍDICO	VERSIÓN: 01
		VIGENCIA: 13-Jun-2019
		PAGINA: PÁGINA 6 DE 7

El concepto de buena fe hace referencia al comportamiento leal y honesto que deben asumir los particulares y autoridades para mantener un orden justo y permitir el goce efectivo de los derechos y oportunidades de los asociados. Además, como se expresó previamente, por mandato Constitucional, se presume la buena fe de los particulares en sus relaciones con las autoridades del Estado, siendo deber de quien alegue la mala fe demostrar los hechos sobre los cuales se fundamenta.

De conformidad con lo antes señalado, esta Dirección encuentra que la legislación y la pacífica jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, impiden que la administración recupere prestaciones pagadas a los particulares de buena fe, no obstante, al imposibilitarse legalmente cobrar dicho mayor valor pagado por concepto de anticipito parcial de cesantías retroactivas, la Dirección Financiera deberá remitir copia de la actuación que dio origen a dichos pagos, a los entes, fiscal y disciplinario para que en el marco de sus competencias evalúen respectivamente, la conducta de los servidores públicos que intervinieron en dicho trámite y adelanten las investigaciones a que haya lugar.


De otro lado, teniendo en cuenta la situación particular que se presenta cuando el empleado es encargado en un empleo con mayor remuneración, en criterio del Departamento Administrativo de la Función Pública⁵, con el fin de evitar saldos negativos al momento de regresar al cargo del cual es titular y armonizando las disposiciones de liquidación de dicho régimen, cuando un empleado con régimen retroactivo de cesantías solicita anticipo sobre las mismas, es necesario que este salario se tenga en cuenta únicamente por el tiempo que ha ejercido el encargo y no por todo el tiempo que lleva vinculado a la administración.

De esta forma, por ejemplo, si el encargo se ejerció por los 2 últimos años y se pretenden liquidar 10 años, el salario del encargo se tiene en cuenta por 2 años y los otros 8 se liquidan con el último salario devengado por el servidor en el empleo del cual es titular. Este procedimiento, se considera, debe aplicarse para evitar saldos negativos a favor de la administración.

4. CONCLUSIONES

Conforme a lo anteriormente expuesto, si al momento de realizar la liquidación definitiva de las cesantías retroactivas se genera un saldo negativo como consecuencia de pagos parciales anteriores, no es procedente descontar dicha suma de la liquidación de los salarios y prestaciones sociales adeudadas al empleado, siempre y cuando haya sido recibido de buena fe, puesto que al tenor de lo establecido por el literal c) del numeral 1

⁵ Concepto 347981 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

 CONCEJO DE BOGOTÁ, D.C.	PROCESO GESTIÓN JURÍDICA	CÓDIGO: GJR-FO-001
	CONCEPTO JURÍDICO	VERSIÓN: 01
		VIGENCIA: 13-Jun-2019
		PAGINA: PÁGINA 7 DE 7

del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011⁶ y la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado no es viable recuperar prestaciones pagadas de buena fe.

7

Contrario sensu, si existen causales que demuestren la mala fe del servidor público a quien se le liquidó el anticipo de sus cesantías retroactivas, es necesario que la administración solicite la devolución al empleado o demandar su propio acto ante la imposibilidad de obtener el consentimiento del particular para revocarlo.

Finalmente, es procedente indicarle a la Dirección Financiera que el reconocimiento de las cesantías se realiza con base en el último salario realmente devengado, o el promedio de lo percibido en el último año de servicios, en caso de que durante los últimos tres meses de labores el salario devengado hubiera sufrido modificaciones; sin embargo, en caso que el funcionario se encuentre en un encargo con mayor salario y solicite el pago parcial de sus cesantías, el salario del encargo se debe tener en cuenta únicamente por el tiempo que ha ejercido el empleo bajo dicha figura y no por todo el tiempo que lleva vinculado a la administración. Este procedimiento, se considera, debe aplicarse precisamente para evitar saldos negativos a favor de la administración.

El presente concepto se expide sin perjuicio de las funciones asignadas a la dirección financiera de esta Corporación y en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015, según el cual los conceptos expedidos por las autoridades constituyen simplemente un criterio orientador, razón por la cual no son de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Cordialmente,



ROBERTO JOSÉ FUENTES FERNÁNDEZ
Director Jurídico

Proyectó: Henry Mauricio Guevara J. – Profesional Dirección Jurídica

⁶ ARTÍCULO 164. *Oportunidad para presentar la demanda.* La demanda deberá ser presentada:

1. En cualquier tiempo, cuando:

c) Se dirija contra actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas. Sin embargo, no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe;