

 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

1

PARA: MILTON JAVIER LATORRE
Director Financiero

DE: Director Jurídico

ASUNTO Concepto sobre liquidación definitiva de cesantías retroactivas con saldo negativo

En cumplimiento de las funciones asignadas en el Acuerdo 492 de 2012 y el Manual Especifico de Funciones y Competencias Laborales del Concejo de Bogotá, me permito emitir concepto jurídico respecto a la solicitud de la referencia, en los siguientes términos:

1. SITUACIÓN PLANTEADA

Mediante memorando 2019IE-13618 del 30 de septiembre, el Director Financiero de la Corporación, solicitó concepto jurídico sobre el procedimiento a seguir en el pago de la liquidación de las cesantías definitivas con régimen retroactivo de un funcionario de carrera administrativa que era titular del empleo de conductor y que se encontraba en una situación administrativa de encargo cuando solicitó anticipos de sus cesantías, y que posteriormente se le concedió una comisión para ocupar un cargo de libre nombramiento y remoción en otra entidad y estando allí presento renuncia a su cargo del cual era titular en el Concejo de Bogotá, D.C. Por lo anterior, al momento de la liquidación final por retiro de la Corporación, arrojó saldos negativos en su contra.

2. PROBLEMA JURÍDICO

¿Qué procedimiento debe aplicar la Dirección Financiera de la Corporación en el pago de la liquidación definitiva de cesantías retroactivas, cuando existe saldo negativo?

3. CONSIDERACIONES

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

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 1º estipula que:

CONCEJO DE BOGOTA 15-10-2019 09:35:16 Al Contestar Cite Este Nr.:2019IE14286 O 1 Fol:4 Anex:0 ORIGEN: Origen: Sd:640 - DIRECCION JURIDICA/MOGOLLON ZUNIGA ARLEZ DO DESTINO: DIRECCION FINANCIERA/LATORRE MARIÑO MILTON JAVIER ASUNTO: CONCEPTO SOBRE LIQ CESANTIAS RETROACTIVAS CON SALD OBS: PROY HENRY GUEVARA
--

 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

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

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 Decreto Ley 1421 de 1993 “Por el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá, que en su artículo 129, reza:

“SALARIOS Y PRESTACIONES: Regirán en el Distrito y sus entidades descentralizadas las disposiciones que se dicten en desarrollo del artículo 12 de la Ley 4a de 1992.

Sin perjuicio de las disposiciones que conforme al inciso anterior dicte el Gobierno nacional, los empleados y trabajadores del Distrito y sus entidades descentralizadas podrán acogerse al régimen de cesantías fijado en la Ley 50 de 1991 y las disposiciones que la desarrollen o modifiquen”.

Posteriormente, la Ley 344 de 1996 “Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones”, expreso:

CONCEJO DE BOGOTA 15-10-2019 09:35:16 Al Contestar Cite Este Nr.:2019IE14286 O 1 Fol:4 Anex:0 ORIGEN: Origen: Sd:640 - DIRECCION JURIDICA/MOGOLLON ZUNIGA ARLEZ DO DESTINO: DIRECCION FINANCIERA/LATORRE MARINO MILTON JAVIER ASUNTO: CONCEPTO SOBRE LIQ CESANTIAS RETROACTIVAS CON SALD OBS: PROY HENRY GUEVARA
--

 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

"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".

Artículo 18: Los servidores públicos que sean encargados, por ausencia temporal del titular, para asumir empleos diferentes de aquellos para los cuales han sido nombrados, no tendrán derecho al pago de la remuneración señalada para el empleo que se desempeña temporalmente, mientras su titular la esté devengando".

3.2 Del encargo

La figura del encargo la reguló inicialmente el Decreto 2400 de 1968, al dictar las normas sobre la administración de personal y dispuso en su artículo 23:

"Los empleados podrán ser encargados para asumir parcial o totalmente las funciones de empleos diferentes de aquellos para los cuales han sido nombrados, por ausencia temporal o definitiva del titular. Cuando se trate de ausencia temporal el encargo podrá conferirse hasta por el término de aquella y en caso de vacante definitiva hasta por un plazo máximo de tres (3) meses. Vencido este término el encargado cesará automáticamente en el ejercicio de tales funciones y el empleo deberá proveerse de acuerdo con los procedimientos normales"

Posteriormente el Decreto 1950 de 1973 "Por el cual se reglamentan los Decretos- Leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil", estableció:

"Artículo 34º Hay encargo cuando se designa temporalmente a un empleado para asumir, total o parcialmente, las funciones de otro empleo vacante por falta temporal o definitiva de su titular, desvinculándose o no de las propias de su cargo (hoy artículo 2.2.5.5.41 del Decreto 648 de 2017)

 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

Artículo 37º.- El empleado encargado tendrá derecho al sueldo de ingreso señalado para el empleo que desempeña temporalmente, siempre que no deba ser percibido por su titular". (hoy artículo 2.2.5.5.44 del Decreto 648 de 2017)

Finalmente el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”, modificado por el artículo 1 de la Ley 1960 de 2019, establece:

“Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados en estos si acreditan los requisitos para su ejercicio, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, no han sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño es sobresaliente”

3.3 De la liquidación de las cesantías retroactivos cuando el empleado se encuentra en encargo

Respecto a los regímenes de cesantías que contempla nuestra legislación, y para el caso que nos ocupa, tenemos el retroactivo, el cual se caracteriza por su reconocimiento 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, o con base en todo el tiempo si la vinculación hubiera sido inferior a un año, en forma retroactiva, sin lugar a intereses, con fundamento en lo establecido en los artículos 17 de la Ley 6ª de 1945, 1º del Decreto 2767 de 1945, 1º y 2º de la Ley 65 de 1946, 2º y 6º del Decreto 1160 de 1947 y 2º del Decreto 1252 de 2002, lo cual es aplicable a aquellos trabajadores del orden territorial vinculados antes del 30 de diciembre de 1996¹

Teniendo en cuenta la situación particular que se presenta **cuando el empleado es encargado** en un empleo con mayor remuneración, siguiendo los criterios del Departamento Administrativo de la Función Pública, con el fin de evitar saldos negativos para el empleado al momento de regresar al empleo del cual es titular y armonizando las disposiciones de liquidación de dicho régimen, la administración debe tener en cuenta el salario del encargo sólo por el tiempo servido y el resto del tiempo con el salario del empleo del cual es titular².

Ahora bien, es necesario enfatizar que al ser nombrado por encargo un empleado en otro empleo en vigencia del régimen retroactivo de cesantías, queda sometido a este régimen por el tiempo del encargo, y si bien se ha generado un cambio en la remuneración que

¹ Concepto 62721 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública

² Conceptos 84681 y 33121 de 2013 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 5 DE 7

percibe, la misma no es de carácter definitivo, por cuanto el encargo que ejerce es de carácter temporal y el empleado no deja de ser titular del empleo en el cual se posesionó³.

De esta forma, como se mencionó anteriormente, cuando un empleado con régimen retroactivo de cesantías solicita anticipo sobre las mismas, es necesario que este salario se tenga en cuenta 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 un término de los dos últimos años y se pretenden liquidar 10 años, el salario del encargo se tiene en cuenta por los dos años y los otros ocho se tienen en cuenta con el último salario devengado por el servidor en su empleo del cual es titular. Este procedimiento, se considera, debe aplicarse para evitar saldos negativos a favor de la administración⁴.

3.4 Anticipo de las Cesantías y liquidación definitiva.

Por regla general, el pago de las cesantías solo se paga 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 que en su favor ha establecido la legislación.

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 esta, el artículo 1° del Decreto 2755 de 1966, establece que:

“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 su 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.

c). Para reparaciones y ampliaciones de su casa de habitación, o de la de su cónyuge”.

³ Concepto 140011 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública

⁴ Conceptos 84681 de 2013, 18791 de 2014 y 128171, 160151 de 2019 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 6 DE 7

En estos eventos se aplica 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 que por conceptos de cesantías definitivas se deban cancelar en el momento de producirse el retiro, estas se descuentan de la nueva liquidación final practicada y el valor que arroja la operación matemática determina el saldo pendiente de pago 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 cesantías, la diferencia constituirá un pago de lo no debido y su valor deberá ser reintegrado por el exfuncionario, 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 entregado⁵.

De cancelarse por concepto de cesantías parciales una suma superior a la que corresponda 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 fe, 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 definitivas⁶.

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 solo 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 a su favor, por tanto, debe reintegrarlos.

En efecto, respecto al tema en discusión es importante resaltar que la cesantía parcial no puede ser considerada como una prestación independiente pues se haya supeditada a la prestación de la que forma parte que es, precisamente la cesantía. De allí la denominación "*cesantía parcial*", tiende a crear el equívoco de su independencia de lo principal, 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,

⁵ Concepto OJ110 del 19 de marzo de 2003 Auditoría General de la República

⁶ Circular interna No. 15000 0664 del 1 de octubre de 2003 – Contraloría de Bogotá, D.C.,

 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

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 relación⁷.

4. CONCLUSIONES

Al momento de la liquidación y pago de las cesantías definitivas en el régimen retroactivo, debe tenerse en cuenta el último salario devengado por el funcionario en el Concejo de Bogotá, D.C., que para el caso concreto, se encontraba en una situación administrativa de encargo, el cual mantuvo hasta el último día en que se le concedió la comisión para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción en otra entidad, y estando en dicha comisión, presentó renuncia a su cargo de carrera administrativa.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Dirección Financiará al momento de liquidar las cesantías definitivas y determinar que existe un saldo a favor del Concejo de Bogotá, D.C., el mayor valor cancelado constituye un pago de lo no debido, que deberá ser reintegrado por su beneficiario, para lo cual se deberá aplicar el procedimiento de cobro persuasivo por mayores valores pagados.

Este concepto se emite bajo el alcance previsto en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015 por lo que no es de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Cordialmente,


 ARLEZ MOGOLLÓN ZUÑIGA
 Director Técnico jurídico

Proyectó: Henry Mauricio Guevara J. – Profesional Dirección Jurídica

⁷ Concepto OJ110 del 19 de marzo de 2003 Auditoría General de la República