



Al contestar por favor cite estos datos:
Radicado No.: 20196000076341
Fecha: 12-03-2019 10:04 a.m.

Bogotá D.C.

Señor,

Bogotá

REFERENCIA: PRESTACIONES SOCIALES. Cesantías retroactivas en comisión y encargo
RADICACION. 2019-206-003749-2 del 04/02/2019.

Respetado Señor:

Acuso recibo de su comunicación de la referencia, mediante la cual solicita concepto sobre la forma de liquidar cesantías retroactivas cuando un empleado está en comisión o encargado de otro empleo.

Al respecto, me permito manifestarle que esta Dirección Jurídica ya se ha pronunciado sobre el tema y, como consecuencia de ello, se remite el concepto con radicado No. 20136000084681 del 30 de mayo de 2013, en el cual se concluye:

«Teniendo en cuenta la situación particular que se presenta cuando el empleado es encargado en un empleo con mayor remuneración, en criterio de esta Dirección y tal como se ha señalado en diversas oportunidades, 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 titular.

De esta forma, esta Dirección jurídica ha conceptuado en numerosas oportunidades que 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 administración.[...]

Teniendo en cuenta lo señalado concluimos:

1. Las cesantías durante el tiempo que se ejerció el empleo de libre nombramiento y remoción deberá ser reconocido en el régimen anualizado.



2. En razón a que la comisión para ejercer empleos de libre nombramiento y remoción es una figura creada por la norma, no existe fundamento para que el empleado que perciba cesantías anualizadas durante el tiempo que dura la misma, sea afectado su derecho a seguir percibiendo las cesantías en régimen retroactivo, una vez retorne al empleo del cual es titular.

En el mencionado concepto se cita el Decreto 1160 de 1947, que en cuanto al auxilio de cesantías, señala en el artículo 6º:

«Artículo 6º. "De conformidad con lo dispuesto por el decreto número 2567, del 31 de agosto de 1946, para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, 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 (12) meses o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce (12) meses.

(...)

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 de 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 de 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.»

De conformidad con la disposición transcrita, en criterio de esta Dirección Jurídica, cuando un empleado con régimen de cesantías retroactivas es encargado en un empleo con mayor remuneración, la administración debe tener en cuenta el salario del encargo solo por el tiempo servido en éste y el resto del tiempo con el salario del empleo de que es titular.

Lo anterior se hace necesario para evitar saldos negativos para el empleado al momento de regresar al empleo de que es titular.

En cuanto a la posibilidad de reintegro de sumas recibidas demás, debe tenerse en cuenta que La Corte Suprema de Justicia, mediante Sentencia de noviembre 15 de 1991, se pronunció en los siguientes términos:

«Bien se sabe que el pago de lo no debido constituye en el fondo una aplicación concreta y particular del principio universalmente admitido del enriquecimiento injusto, y se haya perfectamente regulado por el ordenamiento jurídico colombiano, dentro del título que el Código Civil denomina de los Cuasicontratos. La Corte ha admitido expresamente que la actuación de repetición por el pago de lo no debido constituye una especie de género de enriquecimiento injusto, solo que por aparecer el disciplinado en la ley, se tiene una precisión acerca de los límites necesarios que moldean su ámbito de acción, conociéndose perfectamente cuáles son sus elementos estructurales o axiológicos.

Así, de manera general puede señalarse que está habilitado para la repetición quien demuestre que hizo un pago al demandado, sin ninguna razón jurídica que lo justifique, ni siquiera la preexistencia de una obligación meramente natural...»

*Compendiando lo anterior, ha de decirse que el buen suceso de la acción de repetición del pago indebido, requiere básicamente de los siguientes elementos:

- a. Existir un pago del demandante al demandado.
- b. Que dicho pago carezca de todo fundamento jurídico real o presunto.
- c. Que el pago obedezca a un error de quien lo hace, aún cuando el error sea de derecho». (Subrayado fuera de texto)



De acuerdo con la Corte Suprema de Justicia, la acción de repetición del pago indebido, requiere que exista un pago del demandante al demandado; que dicho pago carezca de todo fundamento jurídico real o presunto, y que el pago obedezca a un error de quien lo hace, ya sea error de hecho o de derecho.

Sobre el reconocimiento de salarios a servidores por servicios no prestados, la Corte Constitucional en la sentencia C-1369 del 11 de octubre de 2000, Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell, señaló:

«- Ciertamente el no pago de salarios a los trabajadores durante el periodo de la huelga los priva de unos ingresos económicos que los afectan tanto en lo personal como en lo familiar, con las consiguientes repercusiones sociales y políticas. Sin embargo, a juicio de la Corte, ello se justifica constitucionalmente por las siguientes razones:

a) El pago de salarios tiene como causa la prestación del servicio por los trabajadores. Por consiguiente, dada la naturaleza sinalagmática del contrato laboral, el cumplimiento de dicha prestación hace exigible a su vez el cumplimiento de la obligación del empleador de pagar aquéllos. El pago de salarios, sin la contraprestación de la prestación de servicios al empleador, puede configurar un enriquecimiento ilícito a favor de los trabajadores.

Si bien la falta de prestación del servicio no resulta de una omisión deliberada e individual de los trabajadores, sino que obedece a la consecuencia de una decisión y acción colectivas, de la cual no debe hacerse responsable individualmente a los trabajadores sino a la organización sindical, lo cierto es que si al trabajador puede no serle imputable el hecho de la huelga, tampoco, en principio, puede atribuirsele al empleador. En estas circunstancias, el derecho de huelga que se puede ejercer a través de la organización sindical y que determina la solidaridad de los trabajadores para cesar en el ejercicio de la actividad laboral no debe, en justicia, repercutir exclusivamente en la lesión del patrimonio del empleador y en la afectación de su derecho a la libertad de empresa.» (Subrayado fuera de texto)

Frente a los descuentos al servidor de aquellos pagos sin justa causa, la misma Corporación en sentencia T-1059 del 5 de octubre de 2001, Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería, dispuso:

«El Decreto 1647 de 1967, en su artículo 1º establece que los pagos por sueldo o cualquier otra forma de remuneración a los empleados públicos y a los trabajadores oficiales, serán por servicios rendidos.

A su vez el artículo 2º ibídem señala que los funcionarios que deban certificar los servicios rendidos por los servidores públicos, estarán obligados a ordenar el descuento de todo día no trabajado sin la correspondiente justificación legal.

Norma que impone a la administración la obligación de descontar del salario de la actora, o más bien, de abstenerse de pagar el valor del salario equivalente a los días no laborados, pues de pagarlos estaría permitiendo que se enriqueciera sin justa causa en perjuicio de la misma administración pública, además de incumplir con el deber de todo servidor público de hacer cumplir la Constitución y la leyes, incurriendo presuntamente en la falta disciplinaria prevista en el Código Único Disciplinario, artículo 40 de la ley 200 de 1995.

La remuneración a que tiene derecho el servidor público como retribución por sus servicios personales, en razón a un vínculo legal y reglamentario existente entre éste y el Estado, presupone el correlativo deber de prestar efectivamente el servicio, de acuerdo a las normas legales y reglamentarias que rigen la administración del personal al servicio del Estado. Por lo tanto, no existe en cabeza del servidor público el derecho a la remuneración por los días no laborados sin justificación legal y por ende, tampoco surge para el Estado la obligación de pagarlos. De hacerlo se incuriría en presuntas responsabilidades penales y disciplinarias, procediendo el descuento o reintegro de las sumas canceladas por servicios no rendidos, por resultar contrario a derecho.

Operativamente el pago del salario a los servidores públicos se realiza a través de una nómina suscrita por los funcionarios competentes en cada entidad y acorde a lo dispuesto en el artículo 2º del Decreto 1647 de 1967, debe el funcionario a quien corresponda certificar que los servicios se prestaron efectivamente, producir y comunicar la novedad relacionada con la ausencia y por ende el descuento por días no laborados sin justificación legal. Pues, no existe causa legal para su pago.



El servicio público
es de todos

Función
Pública

En el Decreto aludido, no se observa la exigencia de formalidad sustancial o procedimiento especial para aplicar el descuento o no pago que procede ipso jure, cuandoquiera que un servidor público no presta el servicio a que se encuentra obligado sin justificación de ley.

[...]

Ahora, considera esta Sala que la aplicación del Decreto 1647 de 1967 no requiere de proceso disciplinario previo, pues la norma no establece una responsabilidad disciplinaria para el servidor público, pero, si ordena aplicar de plano y en forma inmediata el descuento o no pago de días no laborados sin justificación legal. Por lo tanto, no se trata de una pena o sanción, sino simplemente es la consecuencia que deviene ante la ocurrencia del presupuesto de hecho de la norma. No prestación del servicio por ausencia al trabajo sin justificación legal, luego, no procede el pago de salario por falta de causa que genere dicha obligación.

Desde el punto de vista probatorio tenemos que es un deber u obligación del servidor público asistir al sitio de trabajo y cumplir con las funciones que le han sido asignadas al cargo, dentro del horario y jornada laboral pre-establecidos; por lo tanto, ante la verificación de la no asistencia sin justa causa (supuesto normativo), debe proceder a ordenar el descuento (efecto jurídico), a menos que el servidor público demuestre que el motivo de la ausencia constituye "justa causa" a fin de que se extingan los efectos jurídicos de la norma.

Lo anterior, sin perjuicio de que además del no pago, la administración inicie el respectivo proceso disciplinario por las presuntas faltas disciplinarias que puedan derivarse y en que haya podido incurrir el servidor público con su conducta omisiva, imponiendo las sanciones disciplinarias a que haya lugar.

Esto, en razón a que la ley contempla, como deberes de los servidores públicos, entre otros: "Dedicar la totalidad del tiempo reglamentario del trabajo al desempeño de las funciones que les han sido encomendadas"; "Realizar personalmente las tareas que le sean confiadas..."; "Cumplir con eficiencia, diligencia e imparcialidad el servicio que le sea encomendado y abstenerse de cualquier acto u omisión que cause la suspensión o perturbación de un servicio esencial...". (Decreto 2277/79, Ley 115/94 y Ley 200 de 1995). (Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con las sentencias anteriormente transcritas, puede inferirse que resulta improcedente reconocer y pagar elementos salariales y prestacionales sin justificación legal, toda vez que ello implicaría permitir un enriquecimiento sin causa a favor del servidor, en detrimento de la administración pública. El enriquecimiento sin causa a favor del servidor conlleva a la subsecuente devolución a la administración del pago de no debido.

Recordemos que el enriquecimiento sin causa se produce siempre que un patrimonio recibe un aumento, positivo o negativo, a expensas de otro, sin una causa jurídica que los justifique. Sin embargo, si se ha hecho un pago por error, quien lo hace tiene derecho a repetir lo pagado. El que ha recibido el pago está obligado a la restitución del bien, así lo haya recibido de buena fe, pues esta última circunstancia no lo exonera de su obligación de restituirlo. La buena fe lo exime del pago de intereses en favor de quien pagó por error.

De otra parte, la Ley 734 de 2002¹ señala:

«ARTÍCULO 35. PROHIBICIONES. A todo servidor público le está prohibido:

[...]

15. Ordenar el pago o percibir remuneración oficial por servicios no prestados, o por cuantía superior a la legal, o reconocer y cancelar pensiones irregularmente reconocidas, o efectuar avances prohibidos por la ley o los reglamentos.»

Conforme la norma disciplinaria vigente, a todo servidor público le está prohibido, entre otras conductas, el percibir remuneración oficial por servicios no prestados, o por cuantía superior a la legal.

¹ "Por la cual se expide el Código Disciplinario Único".



De acuerdo con la jurisprudencia citada, el pago de lo no debido, se configura cuando al servidor público no le correspondía recibir una prestación que no tenía respaldo jurídico.

Se considera que, si se constituye un pago recibido de buena fe, no exonera al servidor de devolverlo por cuanto es un pago que se efectuó por fuera de la ley; de no hacerlo, constituye falta disciplinaria de acuerdo con el artículo 35 de la Ley 734 de 2002.

Frente a las acciones administrativas y/o judiciales que deben emprenderse para recuperar los recursos pagados a los servidores, en criterio de esta Dirección debe darse cumplimiento a un procedimiento administrativo que garantice el debido proceso del interesado, tal como lo establece el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Título III: Procedimiento Administrativo General).

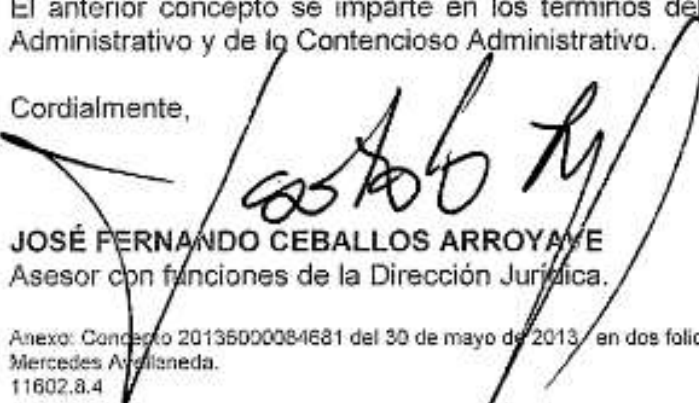
Lo anterior implica que al iniciarse de oficio la actuación administrativa debe informársele a la persona del inicio de la misma mediante comunicación, darle la oportunidad de controvertir la decisión, de pedir y aportar pruebas, para finalmente expedir el correspondiente acto administrativo, debidamente motivado. Si existe saldo a favor de la administración, en la parte resolutive del citado acto deberá indicarse el plazo máximo con que cuenta el interesado para devolver el pago de lo no debido, plazo dentro del cual la Administración procederá a efectuar el descuento correspondiente.

De igual manera, para efectuar los descuentos correspondientes, es necesario que la entidad solicite autorización del empleado, en tanto que no es procedente descontarlo en forma automática u oficiosa por parte de la entidad. Si el empleado no accede al reintegro del valor, entonces será necesario acudir a la jurisdicción contenciosa para recuperar dicho valor y reportar la situación al Grupo de Control Interno Disciplinario

Por último, me permito indicarle que para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web www.funcionpublica.gov.co/eva en el link "Gestor Normativo" donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

El anterior concepto se imparte en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,



JOSÉ FERNANDO CEBALLOS ARROYAVE
Asesor con funciones de la Dirección Jurídica.

Anexo: Concepto 20136000084681 del 30 de mayo de 2013, en dos folios.
Mercedes Arsalaneda.
11602.8.4