

110.021.2005.

1.

**AUDITORIA GENERAL DE LA REPUBLICA**  
Al contestar cite N.U.R: **100-1-25852**, 09/03/2005 11:10 AM  
Trámite: 466 - DERECHO DE PETICION - INFORMACION Y SOLICIT  
E-22410 Actividad: 01 INICIO. Folios: 10, Anexos: NO  
Origen: FONDO DE AHORRO Y VIVIENDA DISTRITAL  
Destino: 100 AUDITOR GENERAL

FONDO DE  
AHORRO Y VIVIENDA  
ALCALDIA MAYOR DE BOGOTA

|  |                                   |          |
|--|-----------------------------------|----------|
| FONDO DE AHORRO Y VIVIENDA DISTRITAL - F |                                   |          |
| Al contestar                             | 567                               | Anexos * |
| Cite: 0                                  | DERECHOS DE PETICION              |          |
| Destinatari                              | CLARA EUGENIA LOPEZ OBREGON       |          |
| Entidad                                  | AUDITORIA GENERAL DE LA REPUBLICA |          |
| BOGOTA                                   | 08-Mar-2005                       | 3:52 pm  |

Bogotá, D.C., 04 de marzo de 2005

Doctora  
**CLARA EUGENIA LÓPEZ OBREGÓN**  
Auditora General  
**AUDITORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**  
Carrera 10 # 17 - 18 Piso 9  
Bogotá, D.C.

*Dr. Amparo*

Auditoría General de la República  
CORRESPONDENCIA RECIBIDA  
**09 MAR. 2005**  
Fecha: \_\_\_\_\_  
Hora: 11:00AM  
FIRMA

**ASUNTO:** DERECHO DE PETICIÓN  
SOLICITUD INFORMACIÓN - POSICIÓN DE LA AUDITORÍA FRENTE  
AL ANTICIPO DE CESANTÍAS EN RÉGIMEN DE RETROACTIVIDAD

Cordial saludo Doctora López Obregón.

Acudimos a su valiosa colaboración para que se informe con precisión la posición oficial de la Auditoría General de la República, como unificación de criterio institucional, en relación con el sustrato legal y doctrinario del "anticipo de cesantía" o "cesantía parcial", como quiera que en el año 2003 se produjo un concepto jurídico sobre el particular, pero en un Auto de Archivo de Indagación Preliminar del año 2004, el acervo argumental de la Auditoría General de la República cambió sustancialmente con un giro absoluto en la concepción técnica y jurídica de la referida prestación social, lo cual genera una gran incertidumbre, máxime cuando las directrices inicialmente señaladas por ese Organismo fueron adoptadas para las gestiones que adelanta este Fondo de Ahorro y Vivienda Distrital FAVIDI.

Si bien es cierto que por regla general los conceptos no son obligatorios ni de carácter vinculante, la contundencia jurídica y técnica del proferido por la Auditoría General de la República y que adelante analizaremos, generó claridad en el tema de anticipo de cesantía y en tal virtud varias entidades como la Contraloría de Bogotá, D.C., adecuaron los trámites para ajustarlos al marco legal pertinente, en tanto que el FAVIDI como entidad pagadora modificó el procedimiento para el pago de esa prestación social.

**I. NATURALEZA JURÍDICA DEL FAVIDI**

Mediante el Acuerdo 2 de 1977, expedido por el Concejo de Bogotá, D.C., fue creado el Fondo de Ahorro y Vivienda Distrital FAVIDI, como un establecimiento público del Distrito Capital.

*Bogotá sin indiferencia*

Los objetivos del FAVIDI están previstos en el artículo segundo del Acuerdo 2 de 1977, dentro de los cuales se destaca la función de entidad "pagadora" del auxilio de cesantía de los afiliados, quienes son funcionarios de las entidades distritales a su vez vinculadas con este Fondo.

Dentro de ese contexto, las entidades nominadoras de los distintos servidores públicos afiliados al FAVIDI, reconocen y liquidan el auxilio de cesantía, cuyo pago se efectúa por conducto de este Fondo.

---

## II. CONCEPTO OJ110 EMITIDO EL 19 DE MARZO DE 2003 POR LA AUDITORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Mediante el Memorando Interno NUR 211-3-13590 del 05 de febrero de 2003, el Director de Control Fiscal de la Auditoría General de la República le formuló una consulta al Director de la Oficina Jurídica de esa misma entidad, en relación con los pagos del auxilio de cesantía de los funcionarios de las Contralorías Distrital y General de la República.

En virtud de la precita solicitud, la Oficina Jurídica de la Auditoría General de la República expidió el Concepto OJ110 del 19 de marzo de 2003, en el cual se hace un completo análisis de la cesantía parcial o anticipo de cesantía, de suerte que contempla la posibilidad de generación de mayores valores pagados con respecto a esa prestación social, con la imperativa necesidad de evitarlos.

*A juicio de la Oficina Asesora Jurídica del FAVIDI, ese concepto es de la más alta idoneidad y calidad jurídica, como quiera que no sólo allega en forma sistemática el respetivo marco normativo, doctrinario y jurisprudencial, sino que mediante un análisis supremamente técnico ilustra el sustrato jurídico con el cual se estructura el auxilio de cesantía y su pago parcial, además de precisar el ámbito teleológico de esa prestación social.*

Dentro del contexto de ese concepto, se destacan varios análisis relevantes, como los que enseguida indicamos.

### a) Marco Conceptual del Auxilio de Cesantía:

El auxilio de cesantía se circunscribe dentro de las denominadas prestaciones sociales, las cuales no retribuyen propiamente la actividad desplegada por el trabajador, sino que cubren los riesgos o infortunios a que se puede ver enfrentado, lo cual, en el caso del auxilio de cesantía, corresponde a los riesgos de la desocupación, de la salud y de la vida que eventualmente conlleva la pérdida del empleo.

Etimológicamente, se tiene que cesantía proviene de la vos latina *cessare*, que significa terminar, acabar algo. En consecuencia, cesante es la calidad que se predica de la persona que deja de trabajar o se queda sin empleo.

El auxilio de cesantía por consiguiente se causa a la terminación de la relación laboral, momento en el cual se liquida por todo el tiempo trabajado a razón de un mes de sueldo por cada año de servicios continuos o discontinuos y proporcionalmente por las fracciones de año.

Para efectos de su liquidación, se tiene en cuenta el último salario fijo devengado, a menos que hubiere tenido variación en los tres 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 servicios, si éste fuere menor de doce meses.

#### **b) Momento Legal para el Pago del Auxilio de Cesantía**

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 adquiere la calidad de cesante y puede exigir al 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. En tratándose del régimen de cesantías retroactivas, el artículo 1 del Decreto 2755 de 1966 prevé los anticipos o liquidaciones parciales de cesantía para los siguientes eventos: adquisición de casa de habitación; 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, para reparaciones y ampliaciones de su casa de habitación, o la de su cónyuge.

Tenemos entonces que el auxilio de cesantía, por regla general, se paga a la terminación de la relación laboral, sin perjuicio de la posibilidad que existe de obtener un anticipo de esa prestación social, que se ha denominado también "*cesantía parcial*".

#### **c) Sustrato Jurídico del Anticipo de Cesantía o Cesantía Parcial**

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 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 constituye un pago de lo no debido y su valor ha de quedar a cargo del 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.

Resulta pues de especial relevancia, diferenciar los conceptos de cesantía parcial y de cesantía definitiva.

La cesantía parcial no puede ser considerada, es sí misma, como una prestación independiente como quiera que 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 realidad lo que ocurre es que se producen pagos anticipados de cesantías de los cuales debe llevarse un registro con cargo a la prestación que se afecta.

#### **d) Saldos Negativos en Materia del Anticipo de Cesantía**

En el evento en que la suma entregada por concepto de cesantía parcial, 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.

Cuando una persona recibe el pago de sus cesantías parciales debe ser 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 mayor valor reconocido (mayor valor por concepto de cesantías parciales) no constituye un derecho en su favor y, por tanto, puede ser obligado a su reintegro.

Las diferencias en los valores liquidados pueden tener origen también en situaciones administrativas como el encargo que se otorga a un empleado para ocupar uno de superior jerarquía cuando este 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. En virtud de las diferencias que pueden presentarse en la remuneración reconocida para los diferentes cargos, puede ocurrir que el valor de la cesantía parcial reconocida al encargado supere el que finalmente corresponda al trabajador por concepto de cesantía definitiva.

Estas aclaraciones son determinantes, toda vez que puede pensarse, con base en principios que protegen al trabajador, que tales pagos ingresan legítimamente al patrimonio del trabajador y por ende no deben ser retornados.

Sin ignorar la importancia de los postulados que protegen al trabajador, que fundan la institucionalidad del Estado de Derecho y que merecen el mayor respeto y reconocimiento, no puede la administración mantener la irregularidad de los pagos de cesantía que ha generado saldos en rojo, o si ello ocurre, es necesaria su recuperación.

Los mayores valores recibidos por determinados trabajadores, por concepto de anticipo de cesantía frente a la liquidación definitiva, no pueden concebirse como un fenómeno propio

del sistema de retroactividad de las cesantías, toda vez que tal posición desvirtúa el trasfondo de esa figura.

Una situación como la planteada, conduce entre otras cosas a una iniquidad, toda vez que los trabajadores que no tienen la oportunidad de acceder temporalmente a cargos que aumenten sustancialmente sus asignaciones se verían en desigualdad frente a quienes obtuvieron un encargo, no obstante tratarse de una misma prestación.

El retiro parcial de cesantías es una opción que le permite al trabajador reunir recursos para suplir ciertas necesidades vitales, pero en el entendido de que las sumas anticipadas no están por fuera de la prestación que a ello habilita.

---

### III. ALGUNAS ACTUACIONES SURTIDAS CON BASE EN EL PRECITADO CONCEPTO DE LA AUDITORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Sin desconocer que los conceptos *per se* no son obligatorios, el proferido por la Auditoría General de la República y que venimos analizando hasta ahora, tiene tanto asidero técnico y jurídico, con unas premisas tan inequívocas y técnicamente expuestas, que se evidenció en varias instancias la necesidad de ajustar el marco de reconocimiento, liquidación y pago del auxilio de cesantía, especialmente en materia del anticipo de esa prestación social, dentro de lo cual se destacan las decisiones adoptadas en la Contraloría de Bogotá, D.C. y en el FAVIDI.

#### a.) En la Contraloría de Bogotá, D.C.:

La Contraloría de Bogotá, D.C., mediante la Comunicación Interna 15000 632 del 22 de septiembre de 2003 de la respectiva Oficina Asesora Jurídica y la Circular Interna No. 15000 0664 del 1 de octubre de 2003 del Contralor de Bogotá, D.C., estableció varias medidas en orden a no generar mayores valores pagados y zanjar las irregularidades que en materia del anticipo de cesantía se han presentado. De toda la argumentación contenida en esas actuaciones, se puede destacar el siguiente acápite consignado en la precitada Circular del Órgano de Control en comentario:

*"Por ello, es importante tener en cuenta que las cesantías parciales, constituyen un anticipo y como tal, no conceden derechos definitivos. Tienen un carácter provisional, sujeto a ser descontado de la liquidación final que se realice al momento del retiro, de tal forma que, de haberse cancelado una suma superior a la que termine correspondiendo como cesantías definitivas, la diferencia deberá ser reintegrada a la Entidad"*

(...)

*Por lo anterior, la Contraloría de Bogotá D.C., se abstendrá de tramitar cesantías parciales a los funcionarios que, además de conservar su régimen retroactivo, las soliciten para ser calculadas sobre un salario base diferente al cargo del cual son titulares, ya que implica disponer del presupuesto sobre una base provisional y futura, no consolidada, que altera el resultado definitivo".*

**b.) En el Fondo de Ahorro y Vivienda Distrital FAVIDI:**

El FAVIDI en condición de entidad pagadora, ha reglamentado el trámite para el desembolso de los valores del auxilio de cesantía liquidados por los respectivos nominadores de los afiliados.

Con ocasión de la gestión asignada al Fondo de Ahorro y Vivienda Distrital FAVIDI, en virtud de lo dispuesto en el Acuerdo 02 de 1977 expedido por el Concejo de Bogotá, D.C., le corresponde a la entidad tomar las medidas necesarias tendientes a preservar el patrimonio distrital y fue así como la Junta Directiva emitió la Resolución 15 del 30 de diciembre de 2003, por la cual se reglamentó el trámite para el pago de cesantías a servidores públicos de las entidades afiliadas.

Según ese marco normativo y los preceptos de raigambre constitucional que imponen la protección del sagrado erario Distrital y la preferencia del interés general, el FAVIDI ajustó la estructura de pago del auxilio de cesantía definitiva, así como de los anticipos, en el entendido de que este Fondo es una entidad pagadora y no liquidadora de esa prestación social.

El FAVIDI entonces solicitó a los respectivos nominadores, encargados de la liquidación del auxilio de cesantía, la verificación de los montos a pagar, a fin de evitar la configuración de saldos en rojo.

En mérito de lo expuesto, esta entidad efectuó el pago de las cesantías hasta la concurrencia del valor disponible al momento del pago, de acuerdo con la información remitida por las respectivas entidades nominadoras.

No obstante lo indicado, para efectos de viabilidad del pago de las cesantías parciales liquidadas dentro del marco legal pertinente y radicadas en el FAVIDI con fecha anterior a la vigencia del acto administrativo en comento, la Junta Directiva de esta entidad expidió la Resolución 09 del 25 de octubre de 2004, por la cual se modificó el parágrafo transitorio del artículo 8º de la Resolución 15 de 2003.

El nuevo parágrafo transitorio previsto en la Resolución 09 de 2004, está dirigido a todas las solicitudes de cesantía parcial "radicadas" en el FAVIDI antes de la vigencia de la Resolución 15 de 2003, esto es, antes del 1 de enero de 2004.

En virtud de esa Resolución 09 de 2004, los funcionarios que radicaron sus formularios de cesantía (que constituyen los actos administrativos expedidos por los nominadores) con una liquidación efectuada correctamente por el respectivo nominador antes de la vigencia del Decreto Nacional 1919 de 2002, pueden contar con el pago correspondiente de conformidad con lo liquidado para el efecto.

Las liquidaciones que los nominadores hayan efectuado en vigencia del Decreto Nacional 1919 de 2002, tendrán que ajustarse al mismo, no por discreción o liberalidad del FAVIDI ni de determinada entidad, sino por ministerio jurídico que debe ser observado.

Respecto de las solicitudes de cesantía parcial liquidadas a partir del 1 de septiembre de 2002, el respectivo nominador deberá verificar y confirmar por escrito que la liquidación del caso se encuentra ajustada a los factores expresamente dispuestos en el Decreto 1919 de 2002, con las correcciones pertinentes cuando a ello haya lugar.

Surtidos los pagos correspondientes, cuando se generen montos que excedan el valor de lo disponible, las entidades nominadoras de acuerdo con la información que les reportará el FAVIDI, tomarán las medidas que correspondan frente a las sumas que resulten por concepto de cesantía definitiva, al momento del retiro del servidor público.

---

**IV. AUTO DE ARCHIVO DE INDAGACIÓN PRELIMINAR DEL 6 DE MAYO DE  
2004 - INDAGACIÓN PRELIMINAR 212 – 032 - 03  
AUDITORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**

La Dirección de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva de la Auditoría General de la República, profirió el Auto de Archivo de Indagación Preliminar del 6 de mayo de 2004 - indagación preliminar 212 – 032 – 03, el cual fue confirmado por la Auditoría Delegada para la Vigilancia de la Gestión Fiscal de esa misma entidad, en Grado de Consulta, el 27 de mayo de 2004.

En ese auto se exponen muchos argumentos en relación con la cesantía parcial, con una posición diametralmente opuesta a la asumida por la Oficina Jurídica de la Auditoría General de la República en el Concepto Jurídico OJ110, emitido el 19 de marzo de 2003, respecto del mismo tema.

Entre las varias reflexiones que hace la Dirección de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva de la Auditoría General de la República, en el Auto de Archivo de Indagación Preliminar del 6 de mayo de 2004 - indagación preliminar 212 – 032 – 03, ratificado en Grado de Consulta, es del caso destacar las siguientes:

*(...) En la mayoría de los casos, los funcionarios a quienes se les liquidó, reconoció y pagó cesantías parciales durante la vigencia 2001, su salario varió en los últimos tres meses, razón por la cual la liquidación se efectuó por el promedio de lo devengado en los últimos doce meses y de otra parte, se tuvo en cuenta factores reconocidos por la ley para los servidores del Distrito, como quinquenio e indemnización de vacaciones o vacaciones en dinero. (...)*



FONDO DE  
AHORRO Y VIVIENDA

ALCALDIA MAYOR DE BOGOTÁ

(...) Las diferencias que se presentaron entre las cesantías pagadas y las acumuladas y entre las parciales y las definitivas, se generó como consecuencia del sistema legal y reglamentario vigente para la época, que no permitió que los funcionarios encargados de su liquidación y reconocimiento y pago las limitaran arbitrariamente.(...)

(...) Es evidente que la preceptiva legal, para el caso de los regímenes antiguos, contemplaba unos factores estándares de los cuales se deducía el cálculo actuarial de las cesantías, el mismo derecho laboral admite el acaecimiento de situaciones que puedan generar un aumento en la remuneración, situación que indefectiblemente beneficia al trabajador, al aumentar el ingreso base de liquidación de cesantías parciales (verbigracia, una comisión de servicios por un tiempo determinado, que acarrea un aumento de salarios y de factores salariales o encargo en un mejor puesto).(...)

(...) El auxilio de cesantías es un derecho, que como tal conlleva el reconocimiento y la protección irrestricta del estado.

Los parámetros de causación de este auxilio son variables, y pueden depender de la coyuntura laboral del trabajador en un momento determinado, lo que quiere decir que así como en un año puede tener ingresos altos que necesariamente influyen en la liquidación de las cesantías, en otro pueden bajar notoriamente.

Entonces, es potestativo del trabajador bajo estas circunstancias, si lo considera solicitar la liquidación parcial de su cesantía.

El derecho laboral se caracteriza por su carácter garantista, razón por la cual no le es dable al Estado desconocer derechos de los trabajadores.

Eventualmente, cuando culmine el vínculo laboral entre el trabajador y patrono, y se le liquiden las cesantías definitivas, resultando una cifra menor (negativa contablemente), debido, como es evidente, a la retrotracción de la situación del trabajador al estado anterior (volviendo el servidor público al momento previo a la comisión, supuesto que le generó un "ingreso adicional), no es procedente aceptar la tesis consistente en que el funcionario le debe a la administración una suma por concepto de "mayor valor de cesantías pagadas", pues es reconocido por la ley, la jurisprudencia y la doctrina que a un trabajador no se le puede descontar ni compensar por sumas válidamente causadas.

Del estudio y análisis del expediente, se colige que la liquidación de las cesantías, en el momento específico fueron legalmente tramitadas, y por ende su pago se efectuó en debida forma.

Que a posteriori el valor de las mismas haya disminuido no es síntoma de ilegalidad, ni mucho menos de gestión fiscal antieconómica, ineficiente, ineficaz e inequitativa. Es meramente un hecho que obedece, en lo que atañe a su causación, a unos fenómenos inconstantes, modificables por la variabilidad de las circunstancias en que puede estar inmerso un trabajador en un interregno de tiempo determinado.

No podemos desconocer que existe un ingrediente axiológico, elemento materializado en el aprovechamiento, por parte del trabajador, de su transitorio aumento de ingresos, al solicitar la liquidación de cesantías parciales.

Empero, la reserva mental es un aspecto intratable por el derecho, precisamente por su naturaleza difusa e ilusoria, perteneciente más a la psique del individuo, y cuya regulación excede de acción del ordenamiento jurídico.(...)

(...) además, al continuar los servidores públicos de la Contraloría de Bogotá vinculados con la entidad, sus cesantías van acreciendo, lo que implica la disminución de la diferencia entre la cesantía

acumulada y lo pactado parcialmente; y, así lo declaró la doctora Myriam Céspedes respecto de los funcionarios relacionados en el Cuadro Anexo No. 2 del hallazgo, visto a folio 6 del expediente, citando nombres y cifras. (...)

---

## V. EL PROBLEMA

Respecto del Auto de Archivo de Indagación Preliminar del 6 de mayo de 2004 - indagación preliminar 212 – 032 – 03, proferido por la Dirección de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva de la Auditoría General de la República y ratificado en Grado de Consulta, no se cuestiona la decisión de absolución en materia de responsabilidad de los funcionarios que tuvieron que ver con el trámite de cesantías, como quiera que el carácter aleatorio de las decisiones normativas puede generar situaciones con efectos ajenos a los agentes que intervienen en los trámites del caso.

De cancelarse por concepto de cesantías parciales una suma superior a la que corresponde por concepto de cesantías definitivas, “con observancia plena del ordenamiento jurídico”, el pago en exceso no es 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 a favor del empleado, pues estos sólo se consolidan en el momento en que se practica la liquidación de las cesantías definitivas.

Luego no es la decisión lo que preocupa en el caso *sub examine*, además que obviamente no le corresponde a esta entidad hacer pronunciamientos sobre ese particular; lo que sí genera un verdadero problema es todo el acervo argumental contenido en la parte motiva del Auto de Archivo de Indagación Preliminar del 6 de mayo de 2004 - indagación preliminar 212 – 032 – 03, proferido por la Dirección de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva de la Auditoría General de la República y ratificado en Grado de Consulta.

En esa citada parte motiva, los argumentos son inequívocamente contrarios a los planteados por la Oficina Jurídica de la Auditoría General de la República en el Concepto OJ110, emitido el 19 de marzo de 2003.

Así las cosas, en principio se tiene que una es la posición de la Oficina Jurídica de la Auditoría General de la República y otra la que tienen la Dirección de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, así como la Auditoría Delegada para la Vigilancia de la Gestión Fiscal de esa misma entidad, respecto de la cesantía parcial y la posibilidad de configuración de saldos negativos o mayores valores pagados por ese concepto.

**VI. SOLICITUD**

En mérito de lo expuesto, solicitamos respetuosamente su colaboración para que se nos ilustre en relación con la posición oficial que tiene la Auditoría General de la República respecto de la cesantía parcial y la existencia o configuración de saldos negativos o mayores valores pagados por ese concepto.

Agradecemos de antemano su amable atención sobre el particular, habida cuenta que el tema es determinante para la gestión institucional que de suyo le corresponde a este establecimiento público del orden distrital.

Cordial Saludo,

  
GLORIA CARRILLO URRUTIA  
Jefa Oficina Asesora Jurídica del FAVIDI

Preparó: Alexander Chrome Soto

AA.

*Vence/sobrevivido  
Evaluado  
30 de marzo*

**AUDITORIA GENERAL DE LA REPUBLICA**

Al contestar cite N.U.R: 100-1-25852, 03/11/2005 03:14 PM  
Trámite: 466 · DERECHO DE PETICION · INFORMACION Y SOLICITUD DE COPIAS  
I-24445 Actividad: 05 TRASLADO, Folios: 1, Anexos: NO  
Origen: 100 AUDITOR GENERAL  
Destino: 110 OFICINA JURIDICA  
Copia A: NO

AUDITORIA GENERAL  
DE LA REPUBLICA

**MEMORANDO INTERNO**

*Dobles  
Hacer 19/05*

Bogotá - Distrito Capital

100-1-25852

**PARA:** MARIA AMPARO QUINTERO ARTURO, Director Oficina Juridica

**DE:** ALBERTO CAMILO SUAREZ DE LA CRUZ, Auditor General

**REFERENCIA:** RESPUESTA A: RESPUESTA A: DERECHO DE PETICION\*POSICION DE LA AGR FRENTE AL ANTICIPO DE CESANTIAS EN REGIMEN DE RETROACTIVIDAD\*, NUR:100-1-25852/466/05

Para lo de su competencia.

Cordialmente,

**ALBERTO CAMILO SUAREZ DE LA CRUZ**

**Anexos:**

**C.C.:**

**Redactó:** ACS

12

Devolver Copia Firmada

Bogotá D.C., 30 de marzo de 2005  
OJ110-435

**AUDITORIA GENERAL DE LA REPUBLICA**  
Al contestar cite N.U.F.: **100-1-25852**, 30/03/2005 10:50 AM  
Trámite: 466 - DERECHO DE PETICION - INFORMACION Y SOLICIT  
S-24541 Actividad: 07 RESPUESTA. Folios: 5. Anexos: NO  
Origen: 110 OFICINA JURIDICA  
Destino: FONDO DE AHORRO Y VIVIENDA - FAVIDI -  
Copia A: 210 AUDITORIA DELEGADA PARA LA VIGILANCIA DE LA

Doctora  
**GLORIA CARRILLO URRUTIA**  
Jefa Oficina Asesora Jurídica  
**FONDO DE AHORRO Y VIVIENDA -FAVIDI-**  
Carrera 35 No. 26 A18  
Bogotá, D.C.



Ref. NUR 100-1-25852 de 9 de marzo de 2005

Apreciada Doctora,

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 4 de marzo de los corrientes, radicado ante esta entidad el día 9 del mismo mes, se ha solicitado a esta entidad

*"[q]ue se informe con precisión la posición oficial de la Auditoría General de la República, como unificación de criterio institucional, en relación con el sustrato legal y doctrinario del "anticipo de cesantía" o "cesantía parcial", como quiera que en el año 2003 se produjo un concepto jurídico sobre el particular, pero en un Auto de Archivo de Indagación Preliminar del año 2004, el acervo argumental de la Auditoría General de la República cambió sustancialmente con un giro absoluto en la concepción técnica y jurídica de la referida prestación social, lo cual genera una gran incertidumbre, máxime cuando las directrices inicialmente señaladas por ese Organismo fueron adoptadas para las gestiones que adelanta este Fondo de Ahorro y Vivienda Distrital FAVIDI.*

*Si bien es cierto que por regla general los conceptos no son obligatorios ni de carácter vinculante, la contundencia jurídica y técnica del proferido por la Auditoría General de la República y que adelante analizaremos, generó claridad en el tema del anticipo de cesantía y en tal virtud varias entidades como la Contraloría de Bogotá, D.C., adecuaron los trámites para ajustarlos al marco legal pertinente, en tanto que el FAVIDI como entidad pagadora modificó el procedimiento para el pago de esa prestación social.*

*[. . .] solicitamos respetuosamente su colaboración para que se nos ilustre en relación con la posición oficial que tiene la Auditoría General de la República respecto de la cesantía parcial y la existencia o configuración de saldos negativos o mayores valores pagados por este concepto.*

*Gloria Carrillo Urrutia  
marzo 30 2005*

FONDO DE AHORRO Y VIVIENDA DISTRIAL  
División de Información  
**RECEBIDO**  
Fecha 30 MAR 2005

Carrera 10a. No. 17-18 Piso 9o  
PBX: 3 18 68 00 Fax: 3 18 67 90  
Línea 9800 910205 A.A. 12346  
Santa Fe de Bogotá D.C. Colombia

Agradecemos de antemano su amable atención sobre el particular, habida cuenta que el tema es determinante para la gestión institucional que de suyo le corresponde a este establecimiento público del orden distrital."

## 2.- FUNDAMENTOS.-

Como bien se afirma en su solicitud, desde el día 19 de marzo de 2003 esta Oficina indicó que en los eventos en que se presentaran pagos en exceso por concepto de cesantías parciales, frente a las que realmente corresponde reconocer en forma definitiva a los servidores públicos sujetos al régimen de cesantías retroactivas, es preciso tener en cuenta que,

*"[e]l 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 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.*

*[ . . . ] 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." –Se destaca y subraya por fuera del texto original-*

Esta posición, ha sido y es, la posición oficial de la Auditoría General de la República en relación con el tema y, constituye el criterio a la luz del cual se analiza el pago de cesantías parciales y definitivas de funcionarios con régimen de cesantías retroactivas en las labores de auditoria que realiza la AGR sobre sus vigilados.

En relación con el auto de mayo 6 de 2004 que genera sus inquietudes, es necesario precisar que no se puede descontextualizar el párrafo que es citado en su escrito y que forma parte de una decisión de archivo de un proceso de responsabilidad fiscal. Dicho proceso fue archivado en consideración a que en el caso analizado no se estructuraban los elementos



AUDITORÍA GENERAL  
DE LA REPÚBLICA

que permiten deducir responsabilidad fiscal a cargo de los encargados de la liquidación y pago de las cesantías parciales y definitivas reconocidas a algunos ex funcionarios de la Contraloría de Bogotá.

La decisión de archivo se fundó en la imposibilidad de imputar la conducta a título de dolo o culpa grave, debido a que se pudo establecer que los funcionarios investigados habían realizado las liquidaciones de las cesantías dentro de los parámetros legales.

Lo anterior, teniendo en cuenta que el en concepto emitido por esta Oficina en el año 2003, se indicó:

*"[e]n 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 grave<sup>1</sup>.*

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

---

<sup>1</sup> 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.



AUDITORÍA GENERAL  
DE LA REPÚBLICA

que permiten deducir responsabilidad fiscal a cargo de los encargados de la liquidación y pago de las cesantías parciales y definitivas reconocidas a algunos ex funcionarios de la Contraloría de Bogotá.

La decisión de archivo se fundó en la imposibilidad de imputar la conducta a título de dolo o culpa grave, debido a que se pudo establecer que los funcionarios investigados habían realizado las liquidaciones de las cesantías dentro de los parámetros legales.

Lo anterior, teniendo en cuenta que el en concepto emitido por esta Oficina en el año 2003, se indicó:

*"[e]n 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 grave<sup>1</sup>.*

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

---

<sup>1</sup> 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.



AUDITORÍA GENERAL  
DE LA REPÚBLICA

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 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 frente de eventos imprevisibles (C.C. art. 1616); [ . . . ]<sup>2</sup>

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 el trabajador en esas condiciones, como bien lo ha reconocido la Corte Constitucional en sede de tutela en reiteradas oportunidades<sup>3</sup>.

**No obstante lo anterior, en los eventos en que sea posible demostrar que el encargo se ha producido con fines ajenos a los previstos en la Ley y para favorecer a personas determinadas que solicitaron sus cesantías parciales para fines no previstos en la norma, incluso presentando**

<sup>2</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de 9 de agosto de 1949. Cita tomada del Código Civil y Legislación Complementaria de editorial Legis.

<sup>3</sup> Por ejemplo, se pueden consultar las sentencias T-418 de 1996, T-228 de 1997, T-039 y 091 de 1999.

documentos falsos, ya no será posible afirmar que en el trámite se actuó de buena fe y conforme a derecho, sino en forma dolosa, lo que permitirá ubicarse en el tema del dolo y, por ende, promover la acción de responsabilidad fiscal, entre otras, para que tanto el ordenador del gasto como la persona beneficiada con el pago que con su actuación determinó la ocurrencia del detrimento (pago en exceso) reintegren al Estado el saldo que en su favor se ha consolidado. Las pruebas testimoniales y documentales que en este sentido se obtengan adquieren gran valor.” –Resaltado y subrayado por fuera del texto original-



Ahora, en el caso analizado por la Dirección de Responsabilidad Fiscal de la Auditoría Delegada para la Vigilancia de la Gestión Fiscal, se pudo establecer que las cesantías parciales canceladas en un valor superior al que correspondía por concepto de cesantías definitivas, fue el resultado de la aplicación de la normatividad vigente y que ello no fue consecuencia del indebido favorecimiento o de conducta fraudulenta que permitiera endilgar responsabilidad fiscal a título de dolo o de culpa grave, a quienes participaron en el proceso de liquidación y pago de dichas sumas; de allí que fuera procedente la decisión de archivo.

Dentro de este contexto es posible inferir que la apreciación hecha en el auto que llama la atención de ese Despacho, no constituyó la razón de la decisión, ya que ésta se fundó en la ausencia de uno de los elementos de la responsabilidad fiscal, razón por la cual, es preciso entender que tal afirmación se hizo como un comentario al margen que no puede calificarse o erigirse como una modificación de la posición institucional que sobre el particular ha asumido la Auditoría General de la República.

Sólo me resta resaltar que este concepto se emite dentro de los parámetros establecidos en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo y no tiene fuerza vinculante frente a los sujetos de vigilancia de la Auditoría General de la República.

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

Atentamente,

**AMPARO QUINTERO ARTURO**  
Directora Oficina Jurídica

c.c. Auditor Delegado para la Vigilancia de la Gestión Fiscal  
Grupo de Atención Ciudadana  
DPA