

110.022.2005

AUDITORIA GENERAL DE LA REPUBLICA

Al contestar cite N.U.R: **210-1-25825**, 07/03/2005 01:44 PM
Trámite: 435 - CONCEPTO
E-22380 Actividad: 01 INICIO, Folios: 1, Anexos: NO
Origen: CONTRALORIA DE BOGOTA
Destino: 210 AUDITORIA DELEGADA - ATENCION CIUDADANA



Auditoría General de la República
CORRESPONDENCIA RECIBIDA

Fecha: **07 MAR. 2005**
Hora: **1:36 pm**

FIRMA

1.

17200 - 5 5478

04 MAR. 2005

Doctor
ANTONIO MEDINA ROMERO
Auditor Delegado para la Vigilancia de la Gestión Fiscal
Auditoria General de la República
Carrera 10 A No. 17-18 Piso 9°

ASUNTO: Solicitud Concepto

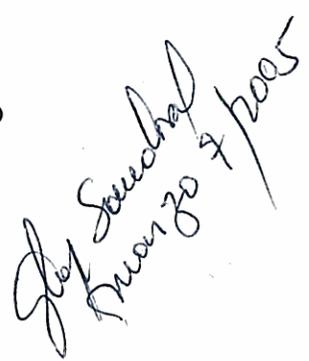
Con toda atención solicito se conceptúe sobre la siguiente situación administrativa:

Como consecuencia de la auditoria practicada por la Auditoria General de la República a la Contraloría de Bogotá en el año 2001, se abrió indagación preliminar por saldos negativos que se presentaron al cotejar el valor de los pagos por concepto de cesantías parciales contra el valor de las cesantías definitivas que se pagaron a ex funcionarios de la Entidad.

Teniendo en cuenta que en auto del mayo 6 de 2004, mediante el cual se archivó la indagación preliminar No. 212-032-03 contra sujetos indeterminados, afirma: "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"., solicito aclaración si debe la Contraloría de Bogotá iniciar las acciones necesarias para recuperar estos dineros o en su defecto debe asumir los saldos negativos.

Cordialmente,


DIANA ARENAS PEDRAZA
Directora Técnica de Talento Humano


Marzo 7 2005

3/03/05


2.
41
Para: Dra. Amparo

Departamento Administrativo de la Función Pública
02/10/2000 12:50:26 PM No. Rad.: 017894

Bogotá D.C.

No. Folios : 2

Doctor
ALVARO ERNESTO ANGARITA BARÓN
Secretario de Gobierno
Alcaldía Municipal de Chía
Carrera 11 No 11- 29
Chía, Cundinamarca

REFERENCIA: PRESTACIONES SOCIALES. LIQUIDACIÓN PARCIAL DE CESANTÍAS: Cual es el salario con el que se liquida cesantías parciales a una funcionaria de carrera administrativa que se encuentra desempeñando en comisión un cargo de libre nombramiento y remoción y a un funcionario que actualmente se encuentra encargado de un empleo de superior nivel. RAD 026542-00

Respetado doctor Angarita, cordial saludo:

En respuesta a su petición de la referencia me permito manifestarle:

El Decreto 1160 de 1947, sobre auxilio de cesantía, en sus artículos 1 y 6 dispone:

"Artículo 1. Los empleados y obreros al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del poder público, se hallen o no escalafonados en carrera administrativa, tiene derecho a un mes de sueldo por cada año de servicios continuos o discontinuos y proporcionalmente por las fracciones de año".

"Artículo 6. De conformidad con lo dispuesto por el Decreto 2567-del 31 de agosto de 1946, para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, intendencias, comisariales, municipales y particulares, se tomara 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 este fuere menor de doce (12) meses.

Conforme a lo expuesto, en concepto de esta Oficina Jurídica, desde el momento mismo en que un empleado público de carrera administrativa asume un cargo de libre nombramiento y remoción mediante la figura de la comisión, suspende la causación de derechos salariales y

Doctor

ALVARO ERNESTO ANGARITA BARÓN

Hoja 2

prestacionales del empleo del cual es titular y se hará beneficiario de todos los derechos del cargo de libre nombramiento y remoción en la forma que legalmente deban reconocerse.

De esta manera, durante el lapso en que un empleado de carrera desempeñe un cargo de libre nombramiento y remoción mediante la figura de la comisión, tiene derecho al reconocimiento de las cesantías con el salario del cargo de libre nombramiento y remoción.

Por lo tanto, si la comisión estuvo vigente durante los tres (3) últimos meses del año calendario respectivo (de octubre a diciembre) las cesantías deberán liquidarse teniendo en cuenta el sueldo del empleo de libre nombramiento y remoción. De lo contrario las cesantías deberán pagarse con el promedio mensual de todo el año de servicios.

Con relación al funcionario que se encuentra en encargo en concepto de esta oficina el empleado encargado tendrá derecho a que las prestaciones se le liquiden con el sueldo del encargo, siempre y cuando ellas se causen y se disfruten estando vigente el encargo, pues las normas sobre cesantías expresan que la base de liquidación será el sueldo que se devengue al momento de su causación. Esto en virtud que el encargado tiene derecho al sueldo señalado para el empleo que desempeña temporalmente, siempre que no debe ser percibido por su titular. Lo que no obsta para que durante su vigencia se reconozcan las prestaciones sociales que se causen, de esta manera, cuando el encargado tiene derecho a la diferencia salarial y las cesantías se causaron durante la vigencia del encargo, éstas deberán liquidarse teniendo en cuenta el sueldo del empleo sujeto a encargo.

Cordialmente,

Original firmado por
PATRICIO GAVIRIA PATIÑO

PATRICIO GAVIRIA PATIÑO

Jefe Oficina Jurídica

PGP/CMAL/1300/026542/27-09-00

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

AUDITORIA GENERAL DE LA REPUBLICA
Al contestar cite N.U.R: **100-1-25862**, 30/03/2005 10:51 AM
Trámite: 466 - DERECHO DE PETICION - INFORMACION Y SOLICITI
S-24542 Actividad: 07 RESPUESTA. Folios: 5. Anexos: NO
Origen: 110 OFICINA JURIDICA
Destino: CONTRALORIA DE BOGOTÁ
Copia A: 210 AUDITORIA DELEGADA. PARA LA VIGILANCIA DE LA

Doctora
DIANA ARENAS PEDRAZA
Directora Técnica de Talento Humano
Contraloría de Bogotá, D.C.
Carrera 35 No. 26 A 18 Piso 13
Bogotá, D.C.

CONTRALORIA DE BOGOTÁ

95252 2005MAR30 11:41

95252 2005MAR30 11:41

Ref. NUR 210-1-25825de 7 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 7 de marzo de los corrientes, se ha solicitado a esta Oficina emitir concepto sobre la siguiente situación administrativa:

"[. . .] Como consecuencia de la auditoria practicada por la Auditoria General de la República a la Contraloría de Bogotá en el año 2001, se abrió indagación preliminar por saldos negativos que se presentaron al cotejar el valor de los pagos por concepto de cesantías parciales contra el valor de las cesantías definitivas que se pagaron a ex funcionarios de la Entidad.

Teniendo en cuenta que en auto de 6 de mayo de 2004, mediante el cual se archivó la indagación preliminar No. 212-032-03 contra sujetos indeterminados, afirma: "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", solicito aclaración si debe la Contraloría de Bogotá iniciar las acciones necesarias para recuperar estos dineros o en su defecto debe asumir los saldos negativos."

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."

En esta posición se mantiene la Oficina Jurídica de la Auditoría General de la República y, según se ha podido constatar, es la que se asume institucionalmente por las demás dependencias de la entidad.

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 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.

En relación con la posibilidad de deducir responsabilidad fiscal por causa del reconocimiento y pago de cesantías parciales superiores a las cesantías definitivas que correspondían a funcionarios regidos por el sistema de cesantías retroactivas, esta Oficina en el concepto al que ya se hizo alusión, precisó:

“[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 grave¹.

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

Las voces utilizadas por la Ley (C.C. art. 63) para definir el dolo concuerdan con la noción doctrinaria que lo sitúa y lo destaca en cualquier pretensión de alcanzar un resultado contrario a derecho, caracterizada por la conciencia de quebrantar una obligación o de vulnerar un interés jurídico ajeno; el dolo se 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); [. .]²

¹ 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.

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 oportunidades³.

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 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

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

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

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 no puede tomarse como una modificación de la posición institucional que sobre el particular ha asumido la Oficina Jurídica de la Auditoría General de la República.

Sólo me resta resaltar que los conceptos que se emiten por parte de esta Oficina no tienen carácter obligatorio y, por tanto, corresponde a su Despacho sopesar las consideraciones expuestas por esta entidad y por otros organismos, para efectos de adoptar la decisión que corresponda en relación con los saldos negativos que presentan algunas de las cesantías definitivas canceladas a ex funcionarios de ese organismo de control fiscal.

Se aclara que este concepto también 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

Josef Saubal
 Mar 30 2005