

MEMORANDO

OAJ-004-2021

1900 - 202100000517

Medellín, 26 de enero de 2021|

PARA: Doctora LUZ AGUEDA CUERVO MARTÍNEZ
 Directora Administrativa de Talento Humano

DE: OFICINA ASESORA DE JURÍDICA

ASUNTO: Respuesta concepto jurídico sobre solicitud de anticipo de cesantías.

La Oficina Asesora de Jurídica de la Contraloría General de Medellín, procede a dar respuesta a la consulta de la referencia, elevada por usted, en los siguientes términos:

I. LA CONSULTA

A través de correo electrónico del 15 de enero de 2021, la Directora Administrativa de la Dirección de Talento Humano, efectúa a esta Oficina Asesora la solicitud de concepto jurídico, que a continuación se transcribe:

“Teniendo en cuenta el concepto anexo expedido por el DAFP en cuanto al pago de las cesantías de forma anticipada, es decir, antes del 31 de diciembre, solicito a la Oficina Asesora Jurídica emitir concepto sobre el tema, que permita fijar la posición de la Entidad al respecto, por cuanto aquí se vienen pagando de forma anticipada.”

A su solicitud de concepto, acompaño el Concepto 423091 del 27 de agosto de 2020, emitido por el Departamento Administrativo de la Función Pública.

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

2.1. Aspectos jurídicos sobre el régimen de cesantías anualizado / Precedente administrativo sobre el retiro de cesantías previa causación del derecho

Previo a emitir el concepto jurídico requerido, es pertinente señalar que el Decreto 2076 de 1967 por el cual se reglamenta el artículo 18 del Decreto Extraordinario 2351 de 1965 y el artículo 301 del Código Sustantivo del Trabajo, es aplicable a los trabajadores del sector privado. Para los empleados públicos, el régimen de cesantías anualizadas se encuentra reglamentado por 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”*, que señala:

"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;" (...).

El Decreto 1582 de 1998 *“Por el cual se reglamentan parcialmente los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5o. de la Ley 432 de 1998, en relación con los servidores públicos del nivel territorial y se adoptan otras disposiciones en esta materia”*, contempla:

"ARTÍCULO 1º. El régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5o. y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998."

De acuerdo con lo anterior los empleados vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 tendrán un régimen de cesantías anualizado, y los vinculados antes de esa fecha, pertenecerán al régimen retroactivo.

Por otra parte, la Ley 50 de 1990 “Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones”, señala:

“ARTICULO 99. El nuevo régimen especial del auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

(...)

3a. El valor liquidado por concepto de cesantía se consigna antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deber pagar un día de salario por cada día de retardo.”

Ahora bien, resulta oportuno traer a colación el **Concepto 175981 del 11 de mayo de 2020 del Departamento Administrativo de la Función Pública – DAFP**, en donde dicha autoridad respecto al reconocimiento anticipado de cesantías, indicó:

“Por lo anterior, la causación de las cesantías ocurre el 31 de diciembre de cada año y a partir de esta fecha, es que se configura jurídicamente la obligación o el derecho.”

Una vez causado el derecho el 31 de diciembre la entidad cuenta hasta el 15 de febrero del año siguiente para su respectiva consignación, en el respectivo fondo de cesantías.

*Por lo anterior, en concepto de esta Dirección **no es procedente que una entidad reconozca un derecho antes de que este se cause, por lo tanto, no es procedente autorizar el reconocimiento de un anticipo de cesantías, correspondiente a los meses de enero, febrero y marzo de 2020.***

2. La autorización del anticipo de cesantías, correspondientes a los meses de enero, febrero y marzo de 2020, ¿se debe realizar mediante acto administrativo?

*Conforme a lo indicado en la respuesta anterior **no es procedente que una entidad reconozca un derecho antes de que este se cause, por lo tanto, no es procedente autorizar el reconocimiento de un anticipo de cesantías, correspondiente a los meses de enero, febrero y marzo de 2020, razón por la cual no se debe proferir ningún acto administrativo;** de igual manera, una vez causadas será el fondo al cual este afiliado el empleado quien trámite la solicitud de anticipo.” (Resaltado y subrayado del Despacho)*

Es importante señalar, que las consideraciones en precedencia fueron reiteradas por ese mismo departamento en el **Concepto 423091 del 27 de agosto de 2020**, documento que se anexa a la solicitud del concepto requerido por la dependencia consultante, señalando nuevamente lo siguiente:

“Por lo anterior, la causación de las cesantías ocurre el 31 de diciembre de cada año y a partir de esta fecha, es que se configura jurídicamente la obligación o el derecho.

Una vez causado el derecho el 31 de diciembre la entidad cuenta hasta el 15 de febrero del año siguiente para su respectiva consignación, en el respectivo fondo de cesantías.

Conforme a lo anterior, en concepto de esta Dirección **no es procedente que una entidad reconozca un derecho antes de que este se cause, razón por la cual, no es posible el reconocimiento y pago de las cesantías correspondientes del mes de enero al mes de agosto de 2020, ya que las mismas deberán ser reconocidas una vez finalice el 31 de diciembre y consignadas a más tardar el 14 de febrero de la siguiente anualidad o antes en el evento en que el empleado se retire del servicio.**

Frente a su segundo interrogante le informo que no existe norma que permita el retiro de las cesantías antes de que las mismas se causen al 31 de diciembre.” (Resaltado y subrayado del Despacho)

III. LA OFICINA ASESORA JURÍDICA CONCEPTÚA

Bajo las anteriores consideraciones jurídicas, teniendo en cuenta además que el tema analizado tiene un precedente administrativo pacífico, y bajo la premisa de que en nuestro ordenamiento jurídico no existe norma o disposición legal que habilite a la entidad pública a autorizar el retiro de las cesantías previa causación de este derecho, esto es, una vez culminado el 31 de diciembre de cada anualidad, resulta **improcedente** el reconocimiento de dicho anticipo.

En este orden de ideas, y de conformidad con la legislación vigente que regula la fecha en que se causa o cristaliza el derecho al reconocimiento de las cesantías, esta Oficina Asesora de Jurídica conceptúa que, para la Contraloría General de Medellín, no le es viable desde una óptica legal pagar o reconocer en forma anticipada a un trabajador dicho auxilio sin que este derecho haya surgido efectivamente a la vida jurídica, lo cual tiene ocurrencia solo a partir del 31 de diciembre del año laborado, y llegada esta fecha, el empleado afiliado al Fondo de Cesantías podrá hacer uso del retiro de las sumas abonadas a su cuenta en los casos expresamente señalados en el artículo 102 de la Ley 50 de 1990¹.

¹ ARTÍCULO 102.- El trabajador afiliado a un Fondo de Cesantía sólo podrá retirar las sumas abonadas en su cuenta en los siguientes casos: **1.** Cuando termine el contrato de trabajo. En este evento la Sociedad Administradora entregará al trabajador las sumas a su favor dentro de los cinco (5) días siguientes a la presentación de la solicitud. **2.** En los eventos en que la legislación vigente autoriza la liquidación y pago de cesantía durante la vigencia del contrato de trabajo. El valor de la liquidación respectiva se descontará del saldo

El presente concepto se profiere en los términos del Artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en virtud del cual se entiende que los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento, constituyéndose simplemente en un criterio orientador. En este sentido, la Oficina Asesora de Jurídica no compromete su responsabilidad respecto a las determinaciones o decisiones que adopten los funcionarios y directivos en el marco del ejercicio de sus funciones y competencias establecidas por la Entidad.

Atentamente,



MARÍA ISABEL MORALES SÁNCHEZ
Jefe de Oficina Asesora Jurídica

Copia: William Andrés Estrada, Técnico Operativo
Claudia Liliana Salazar, Profesional Universitario
Carlos Mario Ruiz Vélez, Técnico Operativo

Anexo:

- Concepto 175981 del 11 de mayo de 2020 del Departamento Administrativo de la Función Pública – DAFP
- Concepto 423091 del 27 de agosto de 2020 del Departamento Administrativo de la Función Pública – DAFP

Proyectó: Jorge O.

del trabajador desde la fecha de la entrega efectiva. **3.** Para financiar los pagos por concepto de matrículas del trabajador, su cónyuge, compañera o compañero permanente y sus hijos, en entidades de educación superior reconocidas por el Estado. En tal caso el Fondo girará directamente a la entidad educativa y descontará el anticipo del saldo del trabajador, desde la fecha de la entrega efectiva. **PARÁGRAFO: (Adicionado parcialmente por la ley 1809 de 2016, art. 1) Ver Sentencia Corte Constitucional 584 de 1999**