



Función Pública

Concepto 262791 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000262791

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000262791

Fecha: 22/07/2021 05:54:32 p.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA: PRESTACIONES SOCIALES. Retención de dineros adeudados por apropiación irregular de recursos. RAD. 20219000512182 del 13 de julio de 2021.

Me refiero a su comunicación, radicada en esta dependencia el 13 de julio de 2021, mediante la cual consulta si es posible que una entidad retenga los dineros que debían entregarse por concepto de prestaciones sociales adeudadas al momento de la terminación del vínculo laboral con un funcionario de quien se encontró probada una apropiación irregular de recursos.

En atención a la misma, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

En primer lugar, es importante señalar que a este Departamento Administrativo de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016, le compete formular las políticas generales de Administración Pública, en especial en materias relacionadas con empleo público, la gestión del talento humano, la gerencia pública, el desempeño de las funciones públicas por los particulares, la organización administrativa del Estado, la planeación y la gestión, el control interno, la participación ciudadana, la transparencia en la gestión pública y el servicio al ciudadano, razón por la cual no es de nuestra competencia intervenir y/o definir situaciones particulares de las entidades, su estructura o funcionamiento.

Sobre los descuentos para los empleados públicos y trabajadores oficiales, el Decreto Ley 3135 de 1968¹ en su Artículo 12, dispuso:

"Los habilitados, cajeros y pagadores no pueden deducir suma alguna de los sueldos de los empleados y trabajadores sin mandamiento judicial o sin orden escrita del trabajador, a menos que se trate de cuotas sindicales, de previsión social, de cooperativas o de sanción disciplinaria conforme a los reglamentos.

No se puede cumplir la deducción ordenada por el empleado o trabajador cuando afecte el salario mínimo legal o la parte inembargable del salario.

Es embargable hasta la mitad del salario para el pago de las pensiones alimenticias de que trata el Artículo 411 del Código Civil, y de las demás obligaciones que para la protección de la mujer o de los hijos establece la ley. En los demás casos, sólo es embargable la quinta parte del exceso del respectivo salario mínimo legal" (Subrayado y Negrilla fuera de texto)

Por su parte, el Decreto 1848 de 1969, por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968, establece:

"ARTÍCULO 93. "DESCUENTOS PROHIBIDOS. Queda prohibido a los habilitados, cajeros y pagadores, deducir suma alguna de los salarios que

corresponden a los empleados oficiales.

Dichas deducciones sólo podrán efectuarse en los siguientes casos:

- a) Cuando exista un mandamiento judicial que así lo ordene en cada caso particular, con indicación precisa de la cantidad que debe retenerse y su destinación; y
- b) Cuando lo autorice por escrito el empleado oficial para cada caso, a menos que la deducción afecte el salario mínimo legal o la parte inembargable del salario ordinario, casos estos en los cuales no podrá hacerse la deducción solicitada."

ARTÍCULO 94. DEDUCCIONES PERMITIDAS. Quedan autorizados los habilitados, cajeros y pagadores, para deducir de los salarios las sumas destinadas a lo siguiente:

- a. A cuotas sindicales, conforme a los trámites legales respectivos.
- b. A los aportes para la entidad de previsión social a la cual esté afiliado el empleado oficial.
- c. A cubrir deudas y aportes a cooperativas de las cuales sea socio el empleado oficial, dentro de los límites legales.
- d. A satisfacer el valor de sanciones pecuniarias impuestas al empleado oficial, con sujeción a los procedimientos que regulen esta especie de sanción disciplinaria, y
- e. A cubrir deudas de consumo contraídas con almacenes y servicios de las cajas de subsidio familiar, en la proporción establecida para las cooperativas.

ARTÍCULO 95. INEMBARGABILIDAD DEL SALARIO MÍNIMO LEGAL. No es embargable el salario mínimo legal, excepto en los casos a que se refiere el Artículo siguiente.

ARTÍCULO 96. INEMBARGABILIDAD PARCIAL DEL SALARIO.

1. Es embargable hasta la mitad del salario para el pago de las pensiones alimenticias que se deban conforme a lo dispuesto en el Artículo 411 del Código Civil, lo mismo que para satisfacer las obligaciones impuestas por la Ley para la protección de la mujer y de los hijos.
2. En los demás casos, solamente es embargable la quinta parte de lo que exceda del valor del respectivo salario mínimo legal.

En este sentido, la Ley 79 de 1988, "Por la cual se actualiza la Legislación Cooperativa" señala:

"ARTÍCULO 142. Toda persona, empresa o entidad pública o privada estará obligada a deducir y retener de cualquier cantidad que haya de pagar a sus trabajadores o pensionados, las sumas que estos adeuden a la cooperativa, y que la obligación conste en libranza, títulos valores, o cualquier otro documento suscrito por el deudor, quien para el efecto deberá dar su consentimiento previo.

PARÁGRAFO. Las personas, empresas o entidades obligadas a retener deben entregar las sumas retenidas a la cooperativa, simultáneamente con el pago que hace el trabajador o pensionado. Si por su culpa no lo hicieren, serán responsables ante la cooperativa de su omisión y quedarán solidariamente deudoras ante ésta de las sumas dejadas de retener o entregar, junto con los intereses de la obligación contraía por el deudor.

ARTÍCULO 143. Para los efectos del Artículo anterior, prestará mérito ejecutivo la relación de asociados deudores, con la prueba de haber sido entregada para el descuento con antelación de por lo menos diez días hábiles.

ARTÍCULO 144. Las deducciones en favor de las cooperativas tendrán prelación sobre cualquier otro descuento por obligaciones civiles, salvo las judiciales por alimentos." (Negrilla nuestra)

Sobre el tema, la Corte Constitucional mediante sentencia T-1015 del 30 de noviembre de 2006, Magistrado P. Dr. Alvaro Tafur Galvis, señaló lo siguiente:

"De acuerdo con lo expuesto, tanto el Código Sustantivo del Trabajo como el Decreto 3135 de 1968 reglamentado por el Decreto 1848 de 1969 establecen dos límites básicos para los descuentos autorizados por el trabajador (privado u oficial) o por el empleado público:

- (i) el salario mínimo legal; y

(ii) aquello que afecte la parte inembargable del salario, frente a lo cual las mismas normas establecen que solamente es embargable la quinta parte de lo que excede el salario mínimo legal.

De conformidad con las normas en cita se establece que los empleadores no pueden deducir suma alguna de los sueldos de los empleados y trabajadores sin mandamiento judicial o sin orden escrita del trabajador, a menos que se trate de cuotas sindicales, de previsión social, de cooperativas o de sanción disciplinaria conforme a los reglamentos.

Adicionalmente, existen dos límites básicos para los descuentos autorizados por el trabajador o por el empleado público, a saber:

a. El salario mínimo legal; y

b. Aquello que afecte la parte inembargable del salario, frente a lo cual las mismas normas establecen que solamente es embargable la quinta parte de lo que excede el salario mínimo legal.

Por otra parte, el Decreto ley 1481 de 1989, modificado por la Ley 1391 de 2010 menciona en sus Artículos 55 y 56 la obligación de efectuar y entregar retenciones a los trabajadores o pensionados que adeuden al fondo de empleados y fijan el límite para hacerlo:

ARTÍCULO 55. OBLIGACIÓN DE EFECTUAR Y ENTREGAR RETENCIONES. Toda persona natural, empresa o entidad pública o privada estará obligada a deducir o retener, de cualquier cantidad que deba pagar a sus trabajadores o pensionados, las sumas que éstos adeuden al fondo de empleados, que consten en los estatutos, reglamentos, libranzas, pagarés o cualquier otro documento firmado por el asociado deudor, quien para el efecto deberá dar su consentimiento previo.

Las sumas retenidas en favor de los fondos deberán ser entregadas a éstos en las mismas fechas en que se efectúen los pagos respectivos a los trabajadores o pensionados. Si por culpa del retenedor no lo hicieren, serán responsables ante los fondos de su omisión y quedarán solidariamente con el empleado deudores ante aquellos de las sumas dejadas de entregar, junto con los intereses de la obligación contraída por el deudor.

(...)

ARTÍCULO 56. LÍMITES DE RETENCIÓN. Las obligaciones de retención a que se refiere el Artículo inmediatamente anterior no tendrán límite frente a las cesantías, primas y demás bonificaciones especiales, ocasionales o permanentes, que se causen en favor del trabajador, todas las cuales podrán gravarse por el asociado en favor del fondo de empleados y como garantía de las obligaciones contraídas para con éste.

La retención sobre salarios podrá efectuarse a condición de que con éste y los demás descuentos permitidos por la ley laboral, no se afecte el ingreso efectivo del trabajador y pueda recibir no menos del cincuenta por ciento (50%) del salario.

De acuerdo con lo anterior, las entidades públicas podrán retener la totalidad de las cesantías, primas y demás bonificaciones del empleado público, en las condiciones establecidas en el precitado Artículo; es decir, las que el empleado ha gravado a favor del fondo de empleados; nótese que no se contempla que la administración retenga las cesantías de un empleado público, en virtud de pagos no debidos que la entidad ha realizado a favor del empleado público o como resultado de un proceso disciplinario o penal en su contra.

En contraste, el Decreto 2712 de 1999, señala:

“ARTÍCULO 3º.- Retención y Pérdida del Auxilio de Cesantía. Los empleados públicos y trabajadores oficiales del orden territorial destituidos por faltas disciplinarias que puedan llegar a constituirse en delito contra la administración pública, de conformidad con el Libro Segundo, Título III del Código Penal, no podrán recibir el auxilio de cesantía mientras no se les dicte resolución de preclusión de la instrucción, o auto de cesación de todo procedimiento, o sentencia absolutoria.

El cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite perderán el derecho a recibir el auxilio de cesantía, cuando con anterioridad al deceso se hubiera disuelto la sociedad conyugal de conformidad con el Artículo 1820 del Código Civil, cuando no acrediten que estuvieron haciendo vida marital con el causante hasta su muerte o cuando no se pueda comprobar la existencia de sociedad conyugal de hecho vigente al día de la muerte del beneficiario."

Conforme a lo anterior, es pertinente retener las cesantías en el evento que se adelante un proceso judicial contra el ex servidor con ocasión de un delito contra la administración.

En ese sentido el Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, consejero ponente Dr. Gerardo Arenas Monsalve, en sentencia 1872-07, del 08 de Abril de 2010, estableció:

"El Gobierno Nacional expidió el Decreto 2712 de 1999 que en su Artículo 3º previó medidas para proteger a la administración, permitiéndole efectuar la retención de las cesantías del servidor que es destituido como consecuencia de un proceso disciplinario cuando su conducta pueda llegar a constituir alguno de los tipos penales contemplados en el Título XV del Código Penal, de los delitos contra la administración pública. De acuerdo con lo anterior, el fin de la norma es preservar el interés general cuando la conducta del funcionario afecta el erario público pues, de esta manera, la administración puede contar con mecanismos jurídicos para asegurar que parte de lo que le fue sustraído ilegalmente retorne al patrimonio del Estado, porque al empleador estatal no sólo le asiste el derecho a defender el patrimonio público sino que, correlativamente, tiene el deber legal de hacerlo para garantizar la moralidad administrativa..."

Es necesario precisar que en el evento que las cesantías no estén siendo administradas directamente por la entidad, sino por un Fondo de Cesantías, se considera posible hacer el requerimiento necesario a dicho fondo, con el fin de retener las cesantías de conformidad con las normas sobre la materia, y teniendo en cuenta el delito declarado mediante sentencia y la búsqueda de resarcimiento de perjuicios a favor de la administración.

De lo anteriormente expuesto, en criterio de esta Dirección Jurídica no es viable la retención de las prestaciones sociales adeudadas al momento de la terminación del vínculo laboral con un funcionario de quien se encontró probada una apropiación irregular de recursos, salvo que así lo disponga una decisión judicial debidamente notificada a la entidad o que haya sido autorizado de manera expresa por el servidor público. En el caso de que la retención que se pretenda sea sólo sobre las cesantías, se deberá llevar a cabo en los términos indicados por el Consejo de Estado.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público, las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos; así como la normatividad que ha emitido el Gobierno Nacional a propósito de la emergencia ocasionada por el Covid - 19, me permito indicar que en el link [/eva/es/gestor-normativo](#) y <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/index.html> podrá encontrar conceptos y normativa relacionados con el tema.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el Artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Oscar Mauricio Ceballos M.

Aprobó: Armando López

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

1. por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado, y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 13:53:51