



Concepto 145781 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000145781

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000145781

Fecha: 13/04/2022 08:07:16 a.m.

Bogotá

Referencia: PRESTACIONES SOCIALES - Auxilio de Cesantías. Uso indebido de las cesantías. Radicación No. 20229000112242 del 7 de marzo de 2022.

Acuso recibo de la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta en relación al uso indebido de un anticipo de las cesantías, me permito informarle que:

El Decreto [2755](#) de 1966, "Por el cual se reglamenta el parágrafo 3° del artículo 13 de la Ley [6](#) de 1945 en cuanto a la cesantía parcial de los trabajadores oficiales (empleados y obreros), norma que se encuentra vigente, en su artículo 1, señala;

ARTÍCULO 1°. Los anticipos o liquidaciones parciales de cesantía para los trabajadores oficiales (empleados y obreros) solamente se decretarán en los siguientes casos:

- a). Para la adquisición de su casa de habitación;
- b). Para la 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.
- c). Para reparaciones y ampliaciones de su casa de habitación, o de la de su cónyuge.

ARTÍCULO 2°. Es procedente decretar la cesantía parcial cuando se satisfagan los siguientes requisitos:

- a). Modificado por el artículo 1, Decreto [888 de 1991](#). El nuevo texto es el siguiente: Para la adquisición de su casa de habitación el trabajador deberá presentar ante la entidad de previsión social o entidad pagadora de prestaciones sociales, el contrato de promesa de compraventa extendido en forma legal y debidamente autenticado ante notario público y certificado original del Registrador de Instrumentos Públicos sobre propiedad y libertad del inmueble materia del contrato.

Con base en estos documentos, la respectiva entidad de previsión social o pagadora de prestaciones sociales hará el reconocimiento de la cesantía parcial y exigirá para su pago al vendedor del inmueble la presentación de la correspondiente cuenta de cobro acompañada de copia de la escritura pública debidamente registrada, documentos que se incorporarán al expediente, previos los controles fiscales."

Es importante señalar que una vez revisado el texto de dicha norma, se pudo comprobar que el mismo, sólo ha sufrido modificaciones por el Decreto [888](#) de 1991, "Por el cual se modifica el literal a) del artículo 2° del Decreto [2755](#) de 1966."

De igual manera, la Ley 1071 de 2006, "Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación", señala como causales para el retiro de cesantías, los siguientes:

«ARTÍCULO 3o. RETIRO PARCIAL DE CESANTÍAS. Todos los funcionarios a los que hace referencia el artículo 2 de la presente norma podrán solicitar el retiro de sus cesantías parciales en los siguientes casos:

1. Para la compra y adquisición de vivienda, construcción, reparación y ampliación de la misma y liberación de gravámenes del inmueble, contraídos por el empleado o su cónyuge o compañero(a) permanente.
2. Para adelantar estudios ya sea del empleado, su cónyuge o compañero(a) permanente, o sus hijos.

ARTÍCULO 4o TÉRMINOS. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.

PARÁGRAFO. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informarse al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes.

Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo. [...]»

Así las cosas, las normas contempla que las cesantías podrán ser solicitadas de manera anticipada para los usos establecidos en la norma tales como compra y adquisición de vivienda, construcción, reparación y ampliación de esta y liberación de gravámenes del inmueble, contraídos por el empleado o su cónyuge o compañero(a) permanente y para adelantar estudios ya sea del empleado, su cónyuge o compañero(a) permanente.

Por otro lado, se debe dar aplicación a lo establecido por el Consejo de Estado, al indicar que los pagos efectuados consecuencia de un error no pueden unilateralmente recuperarse cuando fueron recibidos o entregados de buena fe, como principio fundamental del derecho, que exige una conducta recta u honesta en relación con las partes interesadas en un acto, contrato o proceso generando una confianza legítima. En efecto, en sentencia con radicado No. 73001-23-33-000-2015-00229-01(0913-17) y ponencia del Consejero Sandra Lissette Ibarra Vélez, la Sección Segunda del Consejo de Estado puntualizó:

"La posición así fijada encuentra su razón de ser en el principio de la buena fe, que implica la convicción del ciudadano, en que el acto emanado de la administración está sujeto a legalidad y por ende no tiene que prever que sea susceptible de demanda judicial o revocatoria, pues existe una legítima confianza en la actuación pública dada precisamente por la presunción de legalidad de la que gozan los actos administrativos.

De acuerdo a lo anterior, tenemos que el principio de la buena fe incorpora una presunción legal, que admite prueba en contrario y por ello, le corresponde a quien lo echa de menos, probar que el peticionario actuó de mala fe. Por ello, en tratándose de un error de la administración al concederse el derecho a quien no reunía los requisitos legales, no puede la entidad alegar a su favor su propia culpa para tratar de recuperar un dinero que fue recibido por una persona de buena fe¹.

Pero, distinta es la situación cuando el reconocimiento del derecho no deviene directamente del error de la administración, en cuyo caso, habrá que analizar situaciones particulares de los actos de los involucrados en la actuación, y la utilidad e incidencia en la producción de los actos definitivos que resolvieron la cuestión. (Subrayado fuera de texto).

Conforme a la jurisprudencia en cita, no es dable para la administración alegar a su favor su propia culpa para recuperar un dinero que fue reconocido debiendo desestimar mediante prueba en concreto que la actuación no devino directamente de un error, sino de una conducta de mala fe efectuada por quien resultó beneficiado.

Por consiguiente, la entidad si lo considera pertinente podrá exigir la devolución de los dineros recibidos por parte de los particulares la demostración de su mala fe, estando la administración en la obligación de demandar su propio acto ante la imposibilidad de obtener el consentimiento del particular para revocarlo.

En los términos anteriormente expuestos, esta Dirección Jurídica considera que corresponde a la administración determinar si el reconocimiento del pago de un anticipo de cesantías fue recibido de mala fe del beneficiado, ya sea, por ejemplo, por inducir al error a la administración como

resultado de la utilización de un documento falso o fraudulento.

En todo caso las acciones administrativas y/o judiciales que se emprenda para recuperar los recursos pagados a los servidores, deben efectuarse en 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.

Por tanto, y de conformidad con la consulta, el Decreto 2755 de 1966, es claro en determinar que la entidad pagadora deberá requerir el contrato promesa de compraventa, certificado de tradición y libertad y la cuenta de cobro con la correspondiente escritura pública debidamente registrada, con el fin de realizar el reconocimiento de la prestación.

Así las cosas, la norma contempla que las cesantías podrán ser retiradas para los usos establecidos en la norma, la obligación del empleador recae en realizar pagos de cesantías cuando se cumple con los requisitos contemplados en la ley,.

En cuanto a la comisión de algún tipo de delitos será la Fiscalía General de la Nación la entidad encargada de determinar la posible ocurrencia.

La obligación del empleador es consignar oportunamente el valor de esta prestación al Fondo de Cesantías al que se encuentra afiliado el empleado y es el fondo quien validará el cumplimiento de los requisitos para el desembolso del anticipo solicitado; para el caso en estudio la compra de un inmueble.

Por último es de anotar que el auxilio de cesantías “se concibe como un derecho del trabajador de creación legal, originado en los servicios subordinados que se prestan al empleador, que tiene como objeto básico y primordial cubrir el infortunio en que aquél se puede ver enfrentado por desocupación, al perder su empleo, sin perjuicio del pago de avances para las finalidades establecidas en el ordenamiento jurídico; desde esta perspectiva, es un ahorro que constituye una prestación social²” a favor del empleado.

Para más información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link [/eva/es/gestor-normativo](#) podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido emitidos por esta Dirección Jurídica.

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

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyecto: Sandra Barriga Moreno

Revisó; Harold Herreño

Aprobó: Dr. Armando López Cortes

11.602.8.4

¹En este sentido, se pronunció recientemente la Sala en las sentencias del 17 de noviembre de 2016, exp. 2677-15, Consejero Ponente: César Palomino Cortés, y del 29 de junio de 2017, exp. 4321-2016, Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

²CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Consejero ponente: FLAVIO AUGUSTO RODRÍGUEZ ARCE. Radicación número: 1448 del 22 de agosto 2002.

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 13:48:39