



Función Pública

Concepto 235751 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000235751

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000235751

Fecha: 03/07/2021 05:13:10 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: PRESTACIONES SOCIALES – Auxilio de Cesantías. ¿Cuál es el procedimiento cuando la entidad al realizar una verificación de la liquidación de cesantías retroactivas se encuentra con saldos negativos? Radicación No. 20212060468502 del 9 de junio de 2021.

Acuso recibo de la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta sobre el procedimiento cuando la entidad al realizar una verificación de la liquidación de cesantías retroactivas se encuentra con saldos negativos, me permito informarle que:

Respecto a los saldos negativos, el Consejo de Estado estableció que los pagos efectuados de más administración no pueden unilateralmente recuperarse cuando fueron recibidos 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 Lisset 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 con 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 recibido por una persona de buena fe, 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, se exige para la devolución de los dineros recibidos y no causados 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 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, esta Dirección Jurídica considera que de acuerdo con los hechos relacionados en su consulta en los que indica que no existió mala fe por parte del empleado público ni por parte de la administración y teniendo en cuenta que al momento de realizar la liquidación definitiva arroja como resultado un mayor valor, es necesario que se solicite la devolución al empleado por cuanto se incurriría en un pago de lo no debido, pues adolece de causa legal toda vez que no nace la obligación.

Veamos, sobre el pago de lo no debido, la Corte Suprema de Justicia mediante Sentencia de noviembre 15 de 1991, se pronunció en los siguientes términos:

«Bien se sabe que el pago de lo no debido constituye en el fondo una aplicación concreta y particular del principio universalmente admitido del enriquecimiento injusto, y se haya perfectamente regulado por el ordenamiento jurídico colombiano, dentro del título que el Código Civil denomina de los Cuasicontratos. La Corte ha admitido expresamente que la actuación de repetición por el pago de lo no debido constituye una especie de género de enriquecimiento injusto, solo que por aparecer el disciplinado en la ley, se tiene una precisión acerca de los límites necesarios que moldean su ámbito de acción, conociéndose perfectamente cuáles son sus elementos estructurales o axiológicos.

Así, de manera general puede señalarse que está habilitado para la repetición quien demuestre que hizo un pago al demandado, sin ninguna razón jurídica que lo justifique, ni siquiera la preexistencia de una obligación meramente natural...»

«Compendiando lo anterior, ha de decirse que el buen suceso de la acción de repetición del pago indebido requiere básicamente de los siguientes elementos:

“a. Existir un pago del demandante al demandado.

“b. Que dicho pago carezca de todo fundamento jurídico real o presunto.

“c. Que el pago obedezca a un error de quien lo hace, aún cuando el error sea de derecho». (destacado fuera de texto)

De acuerdo con la Corte Suprema de Justicia, la acción de repetición del pago indebido requiere que, exista un pago del demandante al demandado; que dicho pago carezca de todo fundamento jurídico real o presunto, y que el pago obedezca a un error de quien lo hace, ya sea error de hecho o de derecho.

Por otro lado, frente a los descuentos al servidor de aquellos pagos sin justa causa, la misma Corporación en sentencia T-1059 del 5 de octubre de 2001, Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería, dispuso:

«El Decreto 1647 de 1967, en su Artículo 1º establece que los pagos por sueldo o cualquier otra forma de remuneración a los empleados públicos y a los trabajadores oficiales, serán por servicios rendidos.

A su vez el Artículo 2º ibídem señala que los funcionarios que deban certificar los servicios rendidos por los servidores públicos estarán obligados a ordenar el descuento de todo día no trabajado sin la correspondiente justificación legal.

Norma que impone a la administración la obligación de descontar del salario de la actora, o más bien, de abstenerse de pagar el valor del salario equivalente a los días no laborados, pues de pagarlos estaría permitiendo que se enriqueciera sin justa causa en perjuicio de la misma administración pública, además de incumplir con el deber de todo servidor público de hacer cumplir la Constitución y la leyes, incurriendo presuntamente en la falta disciplinaria prevista en el Código Único Disciplinario, Artículo 40 de la ley 200 de 1995.

La remuneración a que tiene derecho el servidor público como retribución por sus servicios personales, en razón a un vínculo legal y

reglamentario existente entre éste y el Estado, presupone el correlativo deber de prestar efectivamente el servicio, de acuerdo con las normas legales y reglamentarias que rigen la administración del personal al servicio del Estado. Por lo tanto, no existe en cabeza del servidor público el derecho a la remuneración por los días no laborados sin justificación legal y, por ende, tampoco surge para el Estado la obligación de pagarlos. De hacerlo se incurriría en presuntas responsabilidades penales y disciplinarias, procediendo el descuento o reintegro de las sumas canceladas por servicios no rendidos, por resultar contrario a derecho.

[...]

Ahora, considera esta Sala que la aplicación del Decreto 1647 de 1967 no requiere de proceso disciplinario previo, pues la norma no establece una responsabilidad disciplinaria para el servidor público, pero, sí ordena aplicar de plano y en forma inmediata el descuento o no pago de días no laborados sin justificación legal. Por lo tanto, no se trata de una pena o sanción, sino simplemente es la consecuencia que deviene ante la ocurrencia del presupuesto de hecho de la norma. No prestación del servicio por ausencia al trabajo sin justificación legal, luego, no procede el pago de salario por falta de causa que genere dicha obligación.

Desde el punto de vista probatorio tenemos que es un deber u obligación del servidor público asistir al sitio de trabajo y cumplir con las funciones que le han sido asignadas al cargo, dentro del horario y jornada laboral pre-establecidos; por lo tanto, ante la verificación de la no asistencia sin justa causa (supuesto normativo), debe proceder a ordenar el descuento (efecto jurídico), a menos que el servidor público demuestre que el motivo de la ausencia constituye “justa causa” a fin de que se extingan los efectos jurídicos de la norma.

Lo anterior, sin perjuicio de que además del no pago, la administración inicie el respectivo proceso disciplinario por las presuntas faltas disciplinarias que puedan derivarse y en que haya podido incurrir el servidor público con su conducta omisiva, imponiendo las sanciones disciplinarias a que haya lugar.

Esto, en razón a que la ley contempla, como deberes de los servidores públicos, entre otros: “Dedicar la totalidad del tiempo reglamentario del trabajo al desempeño de las funciones que les han sido encomendadas”; “Realizar personalmente las tareas que le sean confiadas...”; “Cumplir con eficiencia, diligencia e imparcialidad el servicio que le sea encomendado y abstenerse de cualquier acto u omisión que cause la suspensión o perturbación de un servicio esencial...”. (Decreto 2277/79, Ley 115/94 y Ley 200 de 1995). (Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con las sentencias anteriormente transcritas, puede inferirse que resulta improcedente reconocer y pagar elementos salariales y prestacionales sin justificación legal, toda vez que ello implicaría permitir un enriquecimiento sin causa a favor del servidor, en detrimento de la administración pública. El enriquecimiento sin causa a favor del servidor conlleva a la subsecuente devolución a la administración del pago de no debido.

Recordemos que el enriquecimiento sin causa se produce siempre que un patrimonio recibe un aumento, positivo o negativo, a expensas de otro, sin una causa jurídica que los justifique. Sin embargo, si se ha hecho un pago por error, quien lo hace tiene derecho a repetir lo pagado. El que ha recibido el pago está obligado a la restitución del bien, así lo haya recibido de buena fe, pues esta última circunstancia no lo exonera de su obligación de restituirlo. La buena fe lo exime del pago de intereses en favor de quien pagó por error.

De otra parte, la Ley 1952 de 2019, “por medio de la cual se expide el Código General Disciplinario, se derogan la Ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la Ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario”, señala:

«ARTÍCULO 39 PROHIBICIONES. A todo servidor público le está prohibido:

[...]

14. Ordenar el pago o percibir remuneración oficial por servicios no prestados, o por cuantía superior a la legal, o reconocer y cancelar pensiones irregularmente reconocidas, o efectuar avances prohibidos por la ley o los reglamentos.»

Conforme la norma disciplinaria vigente, a todo servidor público le está prohibido, entre otras conductas, el percibir remuneración oficial por servicios no prestados, o por cuantía superior a la legal.

En consecuencia, en criterio de esta Dirección Jurídica se considera que, si la administración realizó el pago de una prestación social o elemento salarial el cual no tenía derecho el empleado público, la entidad deberá solicitar autorización del servidor público para descontar los valores a los que haya lugar, en tanto que no es procedente descontarlos en forma automática u oficiosa por parte de la entidad. Si el funcionario no accede al descuento, entonces será necesario acudir a la jurisdicción contenciosa para recuperar dichos valores, o a través de una conciliación.

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 <http://www.funcionpublica.gov.co/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.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyecto: Sandra Barriga Moreno

Revisó Aprobó: Dr. Armando López Cortes

11.602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. En 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.

Fecha y hora de creación: 2025-06-17 10:43:42