

**Función Pública**

Concepto 087271 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000087271

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000087271

Fecha: 22/02/2022 05:55:46 p.m.

Referencia: PRESTACIONES SOCIALES ¿¿ Auxilio de Cesantías. ¿Es procedente el reconocimiento y pago de un anticipo de cesantías a un empleado que se encuentra privado de la libertad? Radicación No. 20229000064522 del 03 de febrero de 2022.

Acuso recibo de la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si procedente el reconocimiento y pago de un anticipo de cesantías a un empleado que se encuentra privado de la libertad, me permito informarle que:

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

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.

Para adelantar estudios ya sea del empleado, su cónyuge o compañero(a) permanente, o sus hijos.

ARTÍCULO 4. 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 informársele 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, la norma 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.

Ahora bien, en relación a la retención de esta prestación, el Decreto 1045 de 1978 en su artículo 42 previó la posibilidad de que la administración pudiera retener las cesantías de los empleados públicos cuando éstos hubieren sido "(...) destituidos por faltas disciplinarias que puedan llegar a constituir peculado, concusión, cohecho o negociaciones incompatibles con el ejercicio de las funciones públicas, (...) mientras

no se les dicte auto de cesación de todo procedimiento, auto de sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria

(...)”.

La norma en cuestión fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia [C-398](#) de 2002, bajo el argumento de que la misma tenía un carácter claramente sustantivo por imponer una limitación a los derechos del trabajador, con lo cual se excedieron las facultades otorgadas al Presidente de la República y por ello deviene en inconstitucional. Al respecto consideró que:

"(...) (E)s claro, que con base en esa facultad el ejecutivo estaba habilitado para adoptar medidas de carácter estrictamente procedimental, que sirvieran para el efectivo y regular cumplimiento de la normativa sustancial relacionada con las asignaciones y prestaciones sociales creadas y consignadas en la ley; se trataba de una competencia que no trascendía lo meramente organizacional y que como tal carecía de elementos sobre los cuales el ejecutivo pudiera sustentar la competencia que requería para crear una contribución de carácter parafiscal"

(resaltado fuera de texto).

Resulta claro entonces que el Presidente no podía expedir normas sustantivas como la demandada. En efecto, ésta establece como sanción accesoria la retención prolongada de la prestación social del auxilio de la cesantía cuando el empleado público destituido no logra demostrar que ha cesado todo procedimiento en su contra, ha sido sobreseído definitivamente o ha sido absuelto mediante sentencia definitiva. Tal norma tiene un carácter claramente sustantivo por imponer una limitación a los derechos del trabajador, con lo cual se excedieron las facultades otorgadas al Presidente de la República y dicha norma deviene en inconstitucional.

(...)”.

El artículo 12 de la Ley 48 de 1981 estableció el procedimiento en caso de que la entidad decida retener el auxilio de las cesantías, adicionalmente dispuso que se aplicaría lo previsto en los artículos 10 y 11 ibídem en lo relacionado con el plazo para la devolución y la sanción por su incumplimiento.

Esta Corporación al pronunciarse sobre la demanda de nulidad que contra del artículo 3 del Decreto [2712](#) del 30 de diciembre de 1999, proferido por el Presidente de la República, el cual regulaba un tema muy similar al que ahora nos convoca, expuso lo siguiente:

“Constituye una medida razonable que se mantenga en suspenso el pago del auxilio de cesantía a determinados servidores públicos cuando haya elementos de juicio para creer que han cometido delitos contra la administración pública. La administración debe contar con medios para resarcir en algo la lesión producida a sus bienes, en caso de infracción penal, con mayor razón cuando el ejercicio de la facultad ocurre luego de haberse dictado medida de destitución por la comisión de faltas disciplinarias que puedan llegar a constituir delito contra la administración pública. Esto es, la administración adopta una medida sobre la base del agotamiento previo de un proceso disciplinario que, se entiende, ha sido adelantado con las garantías debidas.

Visto 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.

Por lo anterior, y dando respuesta a su interrogante, esta Dirección Jurídica considera que la administración puede válida y jurídicamente retener las cesantías del trabajador no sólo cuando sea destituido como consecuencia de un proceso disciplinario sino, también, cuando existan serios elementos de juicio derivados de la conducta del servidor público que lleve objetivamente a la entidad territorial a concluir que se pudo haber cometido alguno de los delitos contra la administración pública.

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.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyecto: Sandra Barriga Moreno

Revisó: Harold Herreño

Aprobó: Dr. Armando López Cortes

11.602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

“(…) 3. Corte Constitucional, Sentencia C-105 de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz. En esta oportunidad la Corte declaró inexecutable el artículo 27 del Decreto Ley 1045 de 1978 por exceder el marco fijado por el legislador a las facultades extraordinarias otorgadas en la Ley 5a. de 1978. Dicha norma versaba sobre el descuento de tres de los quince días de prima de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional a favor de Promotora de Vacaciones y Recreación Social (Prosocial), con el fin de que el servidor público obtuviera bajos costos en sus planes vacacionales. A juicio de la Corte, la mencionada norma estableció una contribución parafiscal para cuya creación el legislador no autorizó en forma expresa al Presidente de la República, por lo que el Gobierno Nacional excedió el límite material de las atribuciones que le fueron otorgadas por el legislador a través de la ley 5a. de 1978.

(…)”.

“(…) ARTÍCULO 10.El auxilio de cesantía a cargo del Fondo de Ahorro deberá ser pagado dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha en la cual el Fondo haya aceptado del beneficiario la solicitud debidamente diligenciada acompañada de los documentos exigidos en sus reglamentos. Para los fines previstos en este artículo el precitado Fondo entregará a cada una de las entidades a él vinculadas, para su conocimiento y el de sus servidores, un reglamento para el pago del auxilio de cesantía. Dicho reglamento deberá contener la especificación de los documentos exigidos al funcionario o a la entidad para el pago de la prestación (…)”.

“(…) ARTÍCULO 11.Salvo en los casos de retención autorizados por ley o válidamente convenidos por las partes, si vencido el plazo previsto en el artículo anterior el Fondo Nacional de Ahorro no cancela la cesantía, pagará al empleado o trabajador, a título de indemnización y por una sola vez sobre el capital exceptuando los intereses, una suma adicional, la cual equivaldrá a un dos por ciento (2%) sobre el monto que ha debido pagarse oportunamente al solicitante, calculado por cada mes o fracción de mes que dure el retardo, sin que el afiliado o el Fondo puedan exigir de la respectiva entidad empleadora suma alguna por dicho concepto.

(…)”.

Consejo de Estado, Sección Segunda. Sent. del 17 de noviembre de 2005. Radicación número: 11001-03-25-000-2003-00441-01(6175-03). C.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante.

“(…) Artículo 3.-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.

(…)”.

Fecha y hora de creación: 2026-01-29 22:21:28