



UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS

COJE

UNIVERSIDAD DISTRITAL FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS
División de Recursos Humanos

27 MAY 2009

Hora: *11:20*

No. de Folio: _____
Recibido por: _____
Resibido por: _____

000925

OJ- _____ - 09

Bogotá, D.C., **27 MAY 2009**

Doctor
JORGE ENRIQUE VERGARA VERGARA
Jefe División de Recursos Humanos
Universidad Distrital Francisco José de Caldas
Ciudad

REFERENCIA: Concepto Jurídico sobre retiro de cesantías parciales.

Respetado Doctor Vergara.

Teniendo en cuenta que esta Oficina tuvo conocimiento de la respuesta que la División de Recursos Humanos emitió mediante oficio DRHH – 1176 de 2009, en el que se trata el tema del retiro de cesantías parciales, me permito realizar las siguientes consideraciones:

1. Recuento normativo sobre el régimen de las cesantías.

El primer referente normativo que encontramos sobre el tema es la Ley 6 de 1945 que disponía:

"Artículo 1o. Los asalariados de carácter permanente, al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del Poder Público, hállese o no escalafonados en la Carrera Administrativa, tendrán derecho al auxilio de cesantía por todo el tiempo trabajado continua o discontinuamente, a partir del 1o. de enero de 1942 en adelante, cualquiera que sea la causa del retiro.

PARAGRAFO. Extiéndase este beneficio a los trabajadores de los Departamentos, Intendencias, comisarias y Municipios en los términos del artículo 22 de la Ley 6a. de 1945, y a los trabajadores particulares, de acuerdo con lo establecido en los artículos 12 y 36 de la misma Ley.

Artículo 2o. Para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, intendenciales, comisariales, municipales y particulares, se aplicarán las reglas indicadas en el Decreto 2567 del 31 de agosto de 1946, y su cómputo se hará teniendo en cuenta no sólo el salario fijo sino lo que se perciba a cualquier otro título y que implique directa o indirectamente retribución ordinaria y permanente de servicios, tales como la prima móvil, las bonificaciones, etc.

*2 / 11246
27-05-09
11:30*



UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS

"Artículo 17. Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones:

a) Auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio. Para la liquidación de este auxilio solamente se tendrá en cuenta el tiempo de servicios prestados con posterioridad al 1o. de enero de 1942."

Posteriormente, encontramos el Decreto 1160 de 1947 que dispuso:

"ARTÍCULO 6o. De conformidad con lo dispuesto por el Decreto número 2567, de 31 de agosto de 1946, para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, intendenciales, comisariales, municipales y particulares, se tomará como base el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres (3) últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce (12) meses o en todo el tiempo de servicio, si este fuere menor de doce (12) meses.

PARÁGRAFO 1o. Además, el cómputo se hará teniendo en cuenta no solo el salario fijo, sino todo lo que reciba el trabajador a cualquier otro título y que implique directa o indirectamente retribución ordinaria y permanente de servicios, tales como las primas, sobresueldos y bonificaciones, pero no las sumas que ocasionalmente se den por mera liberalidad del patrono.

Es entendido que en el caso de que el trabajador haya recibido primas o bonificaciones que no tengan el carácter de mensuales, el promedio de la remuneración se obtendrá dividiendo el monto de dichas primas percibidas en el último año de servicio, por doce (12), y sumando tal promedio a la última remuneración fija mensual.

En la misma forma se procederá cuando se trate de computar el valor de las horas suplementarias o extras trabajadas y de las comisiones o porcentajes eventuales, cuando no ha habido variaciones del salario fijo en los últimos tres meses. En tales casos se dividirá lo percibido por el trabajador por concepto del valor de tales horas, o de los porcentajes y comisiones, por doce, y el resultado se sumará al último sueldo fijo, para formar así el promedio que servirá de base a la liquidación.

PARÁGRAFO 2o. Los viáticos permanentes que se paguen a los trabajadores particulares son salario, siempre que se hayan cansado por un término no menor de seis meses en cada año, y se computarán para la liquidación del auxilio de cesantía en aquella parte de ellos destinada a proporcionar al empleado u obrero manutención o alojamiento, pero no en



UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS

la que sólo tenga por finalidad proporcionarle los medios de transporte a otro lugar.

Los viáticos que se otorguen a los empleados y obreros oficiales se entenderán como salario, para los mismos efectos, cuando se den en forma permanente, por medio de resolución especial, y siempre que la radicación se haga por un término no menor de seis (6) meses durante cada año."

De otra parte, el Decreto 1045 de 1978 expresó:

"Artículo 5o. DE LAS PRESTACIONES SOCIALES. Sin perjuicio de lo dispuesto en normas especiales, los organismos a que se refiere el artículo 2o. de este decreto o las entidades de previsión, según el caso, reconocerán y pagarán las siguientes prestaciones sociales:

i. Auxilio de cesantía:"

"Artículo 40. DEL AUXILIO DE CESANTIA. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía se estará a lo dispuesto en las normas legales o convencionales sobre la materia." (Subrayado y negrilla fuera de texto).UBI

Fue en 1990 cuando se modificó el Código Sustantivo del Trabajo mediante la expedición de la Ley 50 de 1990 que sobre el tema de las cesantías, dispuso:

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

1a. El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.

2a. El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.

3a. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará 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 deberá pagar un día de salario por cada día de retardo.



UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS

4a. Si al término de la relación laboral existieron saldos de cesantía a favor del trabajador que no hayan sido entregados al Fondo, el empleador se los pagará directamente con los intereses legales respectivos.

5a. Todo trabajador podrá trasladar su saldo de un fondo de cesantía a otro de la misma naturaleza. El Gobierno fijará el procedimiento que deba seguirse para el efecto.

6a. Los Fondos de Cesantía serán administrados por las sociedades cuya creación se autoriza, y cuyas características serán precisadas en los Decretos que dicte el Gobierno Nacional, en orden a:

a) Garantizar una pluralidad de alternativas institucionales para los trabajadores, en todo el territorio nacional;

b) Garantizar que la mayor parte de los recursos captados pueda orientarse hacia el financiamiento de actividades productivas.

7a. Todos los aspectos que no se modifiquen específicamente por esta Ley, continuarán regulados por las normas vigentes del régimen tradicional relativas al auxilio de cesantía.

PARAGRAFO. En el evento que los empleadores deban efectuar la liquidación y consignación de la cesantía a que se refiere este artículo y no existan suficientes Sociedades Administradoras de Fondos de Cesantía autorizadas para funcionar, el Gobierno Nacional podrá transitoriamente autorizar a otras entidades u ordenar a las instituciones financieras con participación estatal mayoritaria para que cumplan las funciones de Sociedades Administradoras de Fondos de Cesantía."

"ARTICULO 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 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



UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS

girará directamente a la entidad educativa y descontará el anticipo del saldo del trabajador, desde la fecha de la entrega efectiva." (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Para el caso de los servidores públicos, se encuentra lo dispuesto en la Ley 4 de 1992, que reza:

"Artículo 12. El régimen prestacional de los servidores públicos de las entidades territoriales será fijado por el Gobierno Nacional, con base en las normas, criterios y objetivos contenidos en la presente Ley.

En consecuencia, no podrán las corporaciones públicas territoriales arrogarse esta facultad." (Artículo declarado condicionalmente exequible C-315-95)

Para el caso del Distrito Capital, encontramos el Decreto Ley 1421/93 o Estatuto Orgánico de Bogotá que expresa:

"Artículo 129. SALARIOS Y PRESTACIONES. Regirán en el Distrito y sus entidades descentralizadas las disposiciones que se dicten en desarrollo del artículo 12 de la Ley 4ª de 1992.

Sin perjuicio de las disposiciones que conforme al inciso anterior dicte el Gobierno nacional, los empleados y trabajadores del Distrito y sus entidades descentralizadas podrán acogerse al régimen de cesantías fijado en la Ley 50 de 1990 y las disposiciones que la desarrollen o modifiquen." (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Posteriormente, la Ley 344 de 1996 expresó:

"Artículo 13º.- 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 Organos 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;

b) Les serán aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a) del presente artículo;



UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS

El Gobierno Nacional podrá establecer programas de incentivos con la finalidad de propiciar que los servidores públicos que en el momento de la publicación de la presente Ley tengan régimen de cesantías con retroactividad, se acojan a lo dispuesto en el presente artículo. Subrayado declarado Inexequible. [Sentencia C-428 de 1997]. Corte Constitucional.

Parágrafo.- El régimen de cesantías contenido en el presente artículo no se aplica al personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional. **Art. 13 declarado Exequible excepto el último inciso del literal b), que aparece subrayado. [Sentencia C-428 de 1997]. Corte Constitucional.**

Artículo 14°.- Las cesantías parciales o anticipos de cesantías de los servidores públicos, sólo podrán reconocerse, liquidarse y pagarse cuando exista apropiación presupuestal disponible para tal efecto, sin perjuicio que en los presupuestos públicos anuales se incluyan las apropiaciones legales para estos efectos y para reducir el rezago entre el monto de solicitudes y los reconocimientos y pagos, cuando existan. En este caso, el rezago deberá reducirse al menos en un 10% anual, hasta eliminarse. **Art. 14 declarado Exequible excepto las expresiones "reconocerse, liquidarse y" subrayados. [Sentencia C- 428 de 1997] [Sentencia T-206 de 1997] [Sentencia C-584 de 1997] [Sentencia C-061 de 1998]. Corte Constitucional**

Artículo 18°.- Los servidores públicos que sean encargados, por ausencia temporal del titular, para asumir empleos diferentes de aquellos para los cuales han sido nombrados, no tendrán derecho al pago de la remuneración señalada para el empleo que se desempeña temporalmente, mientras su titular la esté devengando.

De esta forma, se describe el escenario normativo que ha rodeado el tema de las cesantías en el ordenamiento colombiano.

2. De las cesantías parciales.

Sobre el tema, la Ley 1071 de 2006 en su artículo 3, dispone:

"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.



UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS

2. Para adelantar estudios ya sea del empleado, su cónyuge o compañero(a) permanente, o sus hijos.2

De otra parte, el artículo 6 de la Resolución 159 de 1992, expresó:

"En ningún caso se decretará cesantía parcial para adquisición o construcción de vivienda cuando el trabajador y su cónyuge o compañera (o) sean propietarios de casa de habitación, ni por valor superior al requerido para cualquiera de los fines previstos en la presente reglamentación." (Subrayado y negrillas fuera de texto)

Si bien es cierto, la ley no establece nada sobre la negación de las cesantías parciales cuando ya se cuenta con vivienda propia, la normatividad interna de la Universidad si lo establece, por lo que la citada resolución al encontrarse vigente en el ordenamiento jurídico tiene fuerza de ejecutoria y por lo tanto es de obligatorio cumplimiento.

Ahora bien, es importante analizar de fondo el por qué de esta disposición. En criterio de esta Oficina, la teleología de las normas que tratan el tema de las cesantías, radica en la necesidad que vio el legislador de salvaguardar las condiciones de los trabajadores en el país, de tal forma que en el momento que una persona pierde su trabajo, él y su familia tienen un ahorro de contingencia para subsistir mientras permanece cesante.

Nótese que las cesantías son un ahorro de emergencia que tiene el trabajador al momento de quedar sin empleo.

Ahora bien, en esa misma lógica, el legislador permitió que las cesantías sirvieran para mejorar el nivel de vida del trabajador y su familia por lo que permitió retiros parciales para estudio y adquisición de vivienda propia.

El espíritu de la norma apunta a mejorar las condiciones de vida del trabajador y su familia, cuando por ejemplo, no tiene vivienda propia, permitiendo que adquiera una con las cesantías.

En concepto de esta Oficina, las cesantías no están concebidas para enriquecer o lucrar al trabajador, sino para que sirvan de apoyo para el momento en el que quede sin trabajo o mejorar sus condiciones básicas de existencia mediante el estudio, adquisición de vivienda propia o mejoramiento de la ya adquirida. En todo caso, **LA VIVIENDA DEBE SER EL LUGAR DE DOMICILIO, RESIDENCIA Y HABITACIÓN DEL TRABAJADOR, ES DECIR, LA VIVIENDA QUE SE PRETENDE COMPRAR O MEJORAR DEBE SER PARA QUE EL TRABAJADOR HABITE ALLÍ O YA VIVA ALLÍ. POR LO ANTERIOR, NO SERÍA FACTIBLE EL PAGO DE CESANTÍAS**



UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS

PARCIALES PARA COMPRA DE UNA VIVIENDA EN LA QUE NO VA A HABITAR EL TRABAJADOR.

Lo anterior encuentra concordancia con lo expresado por el Ministerio de la Protección Social mediante concepto 0803 de 2005, en donde se indicó:

"Consideramos pertinente recordar que la legislación laboral ha dispuesto, en principio, la prohibición general para los empleadores de realizar pagos parciales de cesantía antes de la terminación del contrato de trabajo. No obstante, el artículo 254 del Código Sustantivo del Trabajo dispuso que se podrán hacer estos pagos en los casos expresamente autorizados.

El artículo 256 del mismo Código subrogado por el artículo 18 del Decreto 2351 de 1965 estableció que los trabajadores individualmente podrán exigir por parte del empleador el pago parcial de sus cesantías para la adquisición, mejora liberación de bienes raíces destinados a su vivienda. Por otra parte, el Decreto Reglamentario 2076 de 1967, fijó los requisitos para dicha liquidación,

Respecto a los trabajadores que a partir de la Ley 50 de 1990 se encuentran afiliados a los fondos de cesantías, el artículo 3 del Decreto 2795 de 1991, dispone lo relativo a los pagos parciales de cesantía, así:

"En el evento en el cual el trabajador desea la liquidación y el pago parcial de su cesantía para la adquisición, mejora o liberación de bienes raíces destinados a su vivienda, conforme al artículo 256 del Código Sustantivo del Trabajo, deberá darse cumplimiento a lo dispuesto en el Decreto 2076 de 1967 y demás normas concordantes que lo adicionen o reformen..."

Al remitirnos al Decreto 2076 de 1967, como lo ordena la norma transcrita, encontramos que el artículo 1°, establece que los empleadores están obligados a efectuar la liquidación y el pago parcial de cesantía que los trabajadores que lo soliciten en los eventos determinados en el artículo 2° de la misma norma.

Finalmente, se infiere de la normatividad señalada anteriormente que cuando hace relación a vivienda, se refiere a casa de habitación, y según el Diccionario Enciclopédico Larousse es "acción y efecto de habitar", por su parte habitar significa "vivir, morar", a su vez, morar se define como "residir" y finalmente residir es "tener el domicilio en un lugar"

Ahora bien, el Código Civil en su Capítulo II del Libro Primero señala en su artículo 76 que:



UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS

"El domicilio consiste en la residencia acompañada, real o presuntivamente del ánimo de permanecer en ella."

Por su parte, el artículo 78° indica que:

"El lugar donde un individuo está de asiento, o donde ejerce habitualmente su profesión u oficio, determina su domicilio o vecindad"

En conclusión, la vivienda a la cual hace referencia los artículos sobre el pago parcial de cesantías debe ser el lugar donde habita el trabajador, donde esté domiciliado, por lo cual en el caso en consulta no procedería la entrega parcial de la mencionada prestación para el fin que lo solicita la trabajadora." (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Nótese que el Ministerio de la Protección Social es enfático en relacionar el pago parcial de cesantías para la adquisición de inmuebles **DESTINADOS A LA VIVIENDA DEL TRABAJADOR**, por lo que se infiere que la que no sea para este fin, no podrá ser adquirida con cesantías parciales.

En efecto, así lo dispone el artículo 18 del Decreto 2351 de 1965:

Financiación de vivienda. 1. Los trabajadores individualmente, podrán exigir el pago parcial de su auxilio de cesantía para la adquisición, construcción, mejora o liberación de bienes raíces destinados a su vivienda, siempre que dicho pago se efectúe por un valor no mayor del requerido para tales efectos." (Subrayado y negrilla fuera de texto)

El artículo 1 del Decreto 2076 de 1967 reglamentario del artículo 18 del Decreto 2351 de 1965, repite la disposición antes señalada.

De la misma forma, el artículo 3 del Decreto 2795 de 1991, dispone:

"En el evento en el cual el trabajador desee la liquidación y el pago parcial de su cesantía para la adquisición, mejora o liberación de bienes raíces destinados a su vivienda, conforme al artículo 256 del Código Sustantivo del Trabajo, deberá darse cumplimiento a lo dispuesto por el Decreto reglamentario 2076 de 1967 y demás normas concordantes que lo adicionen o reformen. La Sociedad Administradora del Fondo de Cesantía correspondiente podrá verificar dicho cumplimiento dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la respectiva solicitud."

Se resalta que el texto del artículo 18 del Decreto 2351 de 1965 se repite en el artículo 256 del Código Sustantivo del Trabajo.



UNIVERSIDAD DISTRITAL
FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS

Por lo anterior, se reitera que el pago de cesantías parciales para adquisición de un inmueble por parte del trabajador, **DEBE TENER EN CUENTA SI ÉSTE SERÁ DESTINADO PARA SU VIVIENDA, ENTENDIDA ÉSTA COMO EL LUGAR EN EL QUE LA PERSONA HABITA O RESIDE CON EL ÁNIMO DE PERMANECE EN ÉL.**

No obstante lo anterior, si se considera que la Resolución 159 de 1992 es ilegal, siempre es viable controvertirla ante la jurisdicción administrativa.

3. Del caso concreto.

En el caso concreto se tiene que el señor MAYORGA manifiesta que la no procedencia de sus cesantías parciales al contar ya con vivienda propia, según lo dispuesto por la Resolución 159 de 1992, contraría las disposiciones legales sobre la materia.

Sobre el particular se debe indicar que, de conformidad con lo anteriormente mencionado, la teleología de las normas que establecen el régimen de cesantías apuntan a mejorar las condiciones del trabajador o a socorrerlo en caso de desempleo, por lo que la prohibición de contar con un bien inmueble propio destinado a la vivienda del trabajador plasmada en la Resolución 159 de 1992, tiene justificación y, además, tiene fuerza ejecutoria dado que no ha sido anulada ni suspendida por el juez contencioso administrativo; por lo tanto, **SE DEBE VERIFICAR SI EL INMUEBLE CON EL QUE ACTUALMENTE CUENTA EL TRABAJADOR ESTÁ DESTINADO PARA SU VIVIENDA O NO Y DE ALLÍ SI EL PAGO ES PROCEDENTE O NO DE CONFORMIDAD CON LO EXPRESADO EN ESTE ESCRITO.**

Este concepto se expide en los términos del Artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.

Cordialmente,


MANUEL ALEJANDRO MOLINA RUGE
Jefe Oficina Asesora Jurídica

C.C. PAULO HERNAN MAYORGA TORRES Celador Grado VII (T.O.)

Elaboró: Omar Barón, Abogado Oficina Asesora Jurídica