



Función Pública

Concepto 177251 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000177251

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000177251

Fecha: 20/05/2021 04:18:47 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: REMUNERACIÓN - Salarios. Radicado: 20212060426812 del 12 de mayo de 2021.

En atención a la comunicación de referencia, en la cual expone que un empleado de una entidad territorial quien se encontraba nombrado en el cargo de Secretario de Planeación y Obras Públicas, fue retirado del servicio el 03 de enero de esta anualidad, al cual le adeudan salario correspondiente al mes de diciembre del año inmediatamente anterior y la liquidación de sus prestaciones sociales, consultando sobre la procedibilidad del reconocimiento y pago de la indemnización prevista en el Artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, me permito indicarle lo siguiente:

Previo a entrar ahondar la normatividad aplicable a su consulta en concreto, es preciso mencionar que de acuerdo con lo preceptuado en el Decreto 430 de 2016, este Departamento Administrativo no se encuentra facultado para pronunciarse sobre situaciones internas de las entidades, dirimir conflictos, declarar derechos o deberes de los servidores públicos, competencia que se encuentra en cabeza de la autoridad empleadora o nominadora, en cuanto es la instancia que conoce de manera cierta y documentada la situación particular de su personal y, además, en desarrollo de los principios de la especialización presupuestal y de la autonomía administrativa, constituye el único órgano llamado a producir una declaración de voluntad con efectos vinculantes.

Ahora bien, con respecto al tiempo que dispone la ley para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de un empleado que fue declarado insubsistente, en lo que concierne al pago de la prestación social de cesantías definitivas, la Ley 1071 de 2006¹, consagra que 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.

Dispone la misma norma en su Artículo 5°, que la entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.

En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos al beneficiario, un día de salario por cada día en mora hasta que se haga efectivo el pago de estas, para lo cual solo bastará

acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este Artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este.

Para las demás prestaciones sociales, no existe una norma que disponga un término para su liquidación y pago.

Sin embargo, la Corte Constitucional en reiteradas jurisprudencias se ha pronunciado sobre la importancia del pago oportuno de los salarios y prestaciones sociales de los empleados, así lo concluyó esta Corporación mediante sentencia² en los siguientes términos, a saber:

“De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el derecho de todos los trabajadores al pago oportuno de su remuneración salarial es una garantía que no se agota en la simple enunciación de un deber surgido de la relación laboral, sino que se trata de un verdadero derecho fundamental. La cumplida cancelación del salario está íntimamente ligada a la protección de valores y principios básicos del ordenamiento jurídico, que velan por la igualdad de los ciudadanos, el ideal de un orden justo, el reconocimiento de la dignidad humana, el mínimo material sobre el cual puede concretarse el libre desarrollo de la personalidad, y se realiza el amparo de la familia como institución básica de la sociedad. No puede olvidarse que la figura de la retribución salarial está directamente relacionada con la satisfacción del derecho fundamental de las personas a la subsistencia, reconocido por la Corte Constitucional como emanación de las garantías a la vida, a la salud, al trabajo, y a la seguridad social. Además, no puede perderse de vista que, como la mayoría de garantías laborales, el pago oportuno de los salarios es un derecho que no se agota en la satisfacción de las necesidades de mera subsistencia biológica del individuo, pues debe permitir el ejercicio y realización de los valores y propósitos de vida individuales y su falta compromete el logro de las aspiraciones legítimas del grupo familiar que depende económicamente del trabajador. Alrededor del trabajo se desarrolla una compleja dinámica social que está ligada a la realización de proyectos de vida digna y desarrollo, tanto individuales como colectivos que, por estar garantizados por la Carta Política como fundamento del orden justo, deben ponderarse al momento de estudiar cada caso particular.” (Subrayado fuera de texto)

En el mismo sentido, esta Corporación en sentencia³ de tutela se retomaron precisiones de pronunciamientos anteriores con respecto al pago oportuno de salarios, a saber:

“a) El derecho de los trabajadores al pago oportuno de los salarios no sólo es una garantía constitucional (art. 53) sino que es un derecho fundamental, como quiera que deriva directamente de los derechos a la vida, salud y al trabajo. (Sentencias T-089 de 1999, T-211, T-213 de 1998, T-234 de 1997 y T-426 de 1992).

b) Para la protección judicial del derecho al pago oportuno, el concepto de salario debe entenderse en un sentido genérico, pues lo integran “todas las sumas que sean generadas en virtud de la labor desarrollada por el trabajador, sin importar las modalidades o denominaciones que puedan asignarles la ley o las partes contratantes”.

c) Por regla general, el derecho al pago oportuno del salario debe reclamarse ante la jurisdicción laboral. Sin embargo, excepcionalmente este derecho puede protegerse por medio de la acción de tutela, pues “la no cancelación de los salarios a un trabajador por parte de su empleador, configura un perjuicio irremediable que, como se ha anotado, pone en peligro el derecho fundamental a la subsistencia”. (Sentencias T-144 de 1999, T-210 de 1998, T-01 de 1997, T-527 de 1997, T-063 de 1995). (...)

j) La situación económica del empleador, sea este público o privado, no es un motivo justificado para incumplir el deber legal y constitucional de pagar oportunamente los salarios de los trabajadores. No obstante, si la deudora es una entidad pública, la orden del juez de tutela “deberá ser que, en un término razonable fijado por el juez, se cree una partida presupuestal, si no existiere, o se realicen las operaciones necesarias para obtener los fondos, bajo el entendido de que los créditos laborales vinculados al mínimo vital, gozan de prelación constitucional”. Sentencias T-015 de 1995, T-146 de 1996, T-220 de 1998..” (Subrayado fuera del texto)

Por último, en sentencia⁴ de tutela la misma corporación se pronunció concluyendo lo siguiente con respecto al pago oportuno de los salarios y su protección por parte del Estado, a saber:

“En relación con el derecho fundamental al pago oportuno de los salarios^[1], derivado directamente del derecho a la subsistencia, las medidas de

protección judicial que el Estado ofrece a los ciudadanos debe garantizar que en un plazo razonable se haga efectivo el pago. Superado dicho término razonable, además de la restricción a la libertad que se deriva de la imposibilidad de realizar el proyecto de vida por la mora en recibir los recursos, se impone a la persona una carga exorbitante, que implica un incumplimiento del deber estatal de protección.” (Subrayado fuera del texto)

La Corte es enfática en concluir que, el pago oportuno de los salarios no solo es una garantía de rango constitucional, sino que se constituye como un derecho fundamental pues se encuentra conexas con el derecho a la vida, salud y al trabajo, sin embargo, en aquellas situaciones donde el deudor del pago de la nómina es una entidad pública, aunque no es un motivo justificado para incumplir el deber legal y constitucional de pagar oportunamente los salarios a los trabajadores, se deberá crear una partida presupuestal o realizar una operación necesaria para obtener los fondos, que cubran los créditos laborales al mínimo vital, que se encuentra en una prelación constitucional.

En ese entendido, la Corte Constitucional considera que el pago de salarios adeudados debe garantizarse en un plazo razonable para hacerse efectivo, donde una vez el plazo superó dicho plazo razonable, además de la restricción a la libertad del trabajador por la imposibilidad de ejecutar su proyecto de vida por la mora en recibir sus recursos, se le impone una carga exorbitante, que implica un incumplimiento del deber estatal de protección.

En consecuencia, en criterio de esta Dirección Jurídica, la entidad, debe ser lo más diligente posible con la liquidación y pago de valores que correspondan al finalizar la relación laboral con los servidores, dándose un plazo moderado para tal fin, evitando en lo posible, que no se ocasione un perjuicio o se ponga en riesgo el mínimo vital de los mismos y sus familias, teniendo en cuenta su nueva situación de desempleados.

Entretanto, en relación al pago de la indemnización dispuesta en el 65 del Código Sustantivo del Trabajo a un empleado que se encontraba como titular del empleo Secretario de Planeación y Obras Públicas, es importante primero, abordar el Decreto 785 de 2005, que dispuso en su Artículo 20, que el empleo de Secretario Ejecutivo del Despacho del alcalde es un empleo del nivel asistencial identificado con código 438, en tal sentido, es pertinente indicar que de conformidad con lo previsto en el Artículo 5º de la Ley 909 de 2004⁵, el empleo de secretario de despacho en las entidades del orden territorial es considerado como de libre nombramiento y remoción.

En efecto, con respecto a la provisión y la declaratoria de insubsistencia en un cargo de libre nombramiento y remoción, en la ley en comento se establece lo siguiente respectivamente:

“ARTÍCULO 23. Clases de nombramientos. Los nombramientos serán ordinarios, en período de prueba o en ascenso, sin perjuicio de lo que dispongan las normas sobre las carreras especiales.

Los empleos de libre nombramiento y remoción serán provistos por nombramiento ordinario, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del empleo y el procedimiento establecido en esta ley. (...)

“ARTÍCULO 41. CAUSALES DE RETIRO DEL SERVICIO. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:

a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción; (...)

PARÁGRAFO 2o. Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado.

La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado”. (Negrilla y subrayado fuera del texto).

En ese entendido, los empleos de libre nombramiento y remoción serán provistos mediante nombramiento ordinario, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos para su desempeño, y aquellos servidores que los ocupen, podrán ser removidos por voluntad discrecional del nominador u empleador y posteriormente declararse la insubsistencia del nombramiento mediante acto administrativo no motivado, por la especial confianza que caracteriza el ejercicio de estos empleos.

Así entonces, abordando a su consulta en concreto, como bien se expuso en precedencia, los empleos de libre nombramiento y remoción se caracterizan por la discrecionalidad con que cuenta el nominador para remover y declarar la insubsistencia de quienes ocupan su titularidad, sin que requiera acto administrativo motivado, por lo tanto, para declarar la insubsistencia de quienes ocupan la titularidad de estos empleos no se requiere mediar renuncia y se encuentra en potestad del alcalde municipal declarar la insubsistencia de los mismos.

En consecuencia, y para dar respuesta a su consulta, en criterio de esta Dirección Jurídica, quien se encontraba nombrado en un empleo de libre nombramiento y remoción dentro de una entidad territorial respectiva, podrá ser removido del mismo sin necesidad de mediar el empleador o nominador acto administrativo motivado, toda vez que estos empleos por requerir entre otras, de la dirección, conducción y orientación institucional, de especial confianza por el manejo de bienes, dineros y/o valores del Estado, su declaratoria de insubsistencia y precedente retiro del servicio es discrecional.

Por lo tanto, la persona que se encontraba nombrada en el empleo de Secretario de Planeación y Obras Públicas provisto mediante nombramiento ordinario por una relación legal y reglamentaria con la administración pública tiene derecho a percibir una remuneración y unas prestaciones sociales prescritas por la ley, sin que para el efecto sea de su aplicación la indemnización prevista en el Código Sustantivo del Trabajo, toda vez que esta normativa solo es de aplicación para las relaciones laborales regidas por el derecho privado.

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

Proyectó: Valeria B.

Revisó: José Fernando Ceballos Arroyave.

Aprobó: Armando López Cortes.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. *“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.”*

2. Corte Constitucional, Sala Plena, 9 de diciembre de 1999, Referencia: Expedientes acumulados T-218550 T-229080 T-233549 T-233551 T-233586 T-233681 T-233709 T-237521, Consejero Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

3. Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión, 11 de julio de 2000, Referencia: expedientes T-300708 y 300711 acumulados, Consejero Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

4. Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, 31 de enero de 2001, Referencia: expediente T-367844, Consejera Ponente: Martha Victoria Sáchica Méndez.

5. *“Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.”*

Fecha y hora de creación: 2025-03-03 01:30:36