

CGR-OJ- 065 - 2018-  
80112 -

2018EE0063422



Bogotá, D.C.,

Doctor  
HÉCTOR ROLANDO NORIEGA LEAL  
Subcontralor  
Contraloría Municipal de Bucaramanga  
Carrera 11 No. 34 – 52 Piso 4º  
Edificio de la Alcaldía Fase 2  
Bucaramanga, Santander

Referencia: Respuesta al radicado 2018ER0035089  
Tema: Daño fiscal. Pago de indemnizaciones sin justa causa en contratos de trabajadores oficiales.

Respetado doctor Noriega Leal:

Esta oficina recibió el oficio de referencia, por el cual formula consulta<sup>1</sup> jurídica, la cual se procede a absolver en la siguiente forma:

### 1. Antecedentes

Expone el peticionario que para dar claridad a algunas situaciones jurídicas que observa al realizar la actividad fiscal de los entes de control territorial requiere respuesta al siguiente interrogante:

“1. Incurrir una entidad pública en daño fiscal al reconocer indemnizaciones por terminaciones de contrato de trabajo sin justa causa cuando se logra determinar que existían razones justas para dar por terminado un contrato de trabajo evitando el pago de la indemnización?”

### 2. Alcance del concepto y competencia de la Oficina Jurídica

<sup>1</sup> Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Art. 14, numeral 2º, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015: “Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción.”

Los conceptos emitidos por la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República, son orientaciones de carácter general que no comprenden la solución directa de problemas específicos, ni el análisis de actuaciones particulares.

En cuanto a su alcance, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución<sup>2</sup> ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes, en materia de control fiscal.

Por lo anterior, la competencia de la Oficina Jurídica para absolver consultas se limita a aquellas que formulen las dependencias internas de la CGR, los empleados de las mismas y las entidades vigiladas *"sobre interpretación y aplicación de las disposiciones legales relativas al campo de actuación de la Contraloría General"*<sup>3</sup>, así como las formuladas por las contralorías territoriales *"respecto de la vigilancia de la gestión fiscal y las demás materias en que deban actuar en armonía con la Contraloría General"*<sup>4</sup> y las presentadas por la ciudadanía respecto de *"las consultas de orden jurídico que le sean formuladas a la Contraloría General de la República"*<sup>5</sup>.

En este orden, mediante su expedición se busca *"orientar a las dependencias de la Contraloría General de la República en la correcta aplicación de las normas que rigen para la vigilancia de la gestión fiscal"*<sup>6</sup> y *"asesorar jurídicamente a las entidades que ejercen el control fiscal en el nivel territorial y a los sujetos pasivos de vigilancia cuando éstos lo soliciten"*<sup>7</sup>.

Se aclara que no todos los conceptos implican la adopción de una doctrina e interpretación jurídica que comprometa la posición institucional de la Contraloría General de la República, porque de conformidad con el artículo 43, numeral 16<sup>8</sup> del Decreto Ley 267 de 2000, esta calidad sólo la tienen las posiciones jurídicas que hayan sido previamente coordinadas y con la(s) dependencia(s) implicada(s).

### 3. Precedente doctrinal de la Oficina Jurídica

---

<sup>2</sup> Art. 25 Ley 1755 de 2015

<sup>3</sup> Art. 43, numeral 4º del Decreto Ley 267 de 2000

<sup>4</sup> Art. 43, numeral 5º del Decreto Ley 267 de 2000

<sup>5</sup> Art. 43, numeral 12 del Decreto Ley 267 de 2000

<sup>6</sup> Art. 43, numeral 11 del Decreto Ley 267 de 2000

<sup>7</sup> Art. 43, numeral 14 del Decreto Ley 267 de 2000

<sup>8</sup> Art. 43 OFICINA JURÍDICA. Son funciones de la Oficina Jurídica: (...) 16. Coordinar con las dependencias la adopción de una doctrina e interpretación jurídica que comprometa la posición institucional de la Contraloría General de la República en todas aquellas materias que por su importancia ameriten dicho pronunciamiento o por implicar una nueva postura de naturaleza jurídica de cualquier orden.

Revisados los conceptos emitidos por la Oficina Jurídica no se observa estudios sobre el daño fiscal en el pago de indemnizaciones por terminación de contratos sin justa causa, cuando existen elementos para terminarlo por causa justificada, en razón a ello se revisará el asunto puesto a consideración como sigue a continuación.

#### 4. Consideraciones jurídicas

El interrogante planteado por el peticionario invita a resolver el siguiente asunto jurídico: ¿Existe daño al patrimonio público cuando se reconocen y pagan indemnizaciones por concepto de terminación de un contrato de trabajo sin justa causa, existiendo mérito para darlo por terminado? El presente problema jurídico se resolverá desarrollando los siguientes puntos: i) modalidades de vinculación en el sector público, ii) el contrato de trabajo y su terminación, iii) el pago de indemnizaciones en contratos de trabajo, iv) el daño fiscal y v) el daño fiscal ante el reconocimiento y pago de indemnizaciones en contratos administrativos laborales.

##### 4.1 Modalidades de vinculación en el sector público.

La Constitución Política establece en los artículos 123 y 125 que los empleos de los órganos y entidades del Estado son de carrera, excepto los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

La Ley 909 de 2004 "Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, la gerencia pública y se dictan otras disposiciones", determina que son empleos públicos: i) los empleos de carrera, ii) los empleos públicos de libre nombramiento y remoción, iii) los empleos de periodo fijo, y iv) los empleos temporales.

El Decreto 3135 de 1968 define a los empleados públicos y a los trabajadores oficiales así:

"Las personas que prestan sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales.

Las personas que presten sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado, son trabajadores oficiales; sin embargo los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o

confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan calidad de empleados públicos.”

Estas clasificaciones de empleos públicos cuentan con las siguientes formas de vinculación laboral: i) legal y reglamentaria, para empleados públicos, ii) contractual, para trabajadores oficiales. Ésta última diferente a los contratos de prestación de servicios, que no es vinculación laboral. Se celebran para cubrir actividades relacionadas con la administración y funcionamiento de los órganos o entidades del Estado, actividades que no pueden ser ejecutadas por la planta de personal.<sup>9</sup>

No obstante la anterior distinción, ésta no es absoluta. Así lo ha considerado el Consejo de Estado, veamos:

*“11. Tal y como lo manifestó esta Corporación en sentencia C-003/98, el constituyente siguió conservando la diferencia establecida por la jurisprudencia y la doctrina, anterior a 1991, entre los servidores del Estado. Por ejemplo, en los artículos 123 y 125, la Carta da un trato distinto a los trabajadores y a los empleados públicos. En efecto, en la primera de las disposiciones, claramente estipula que dentro del concepto genérico de servidores públicos estarán comprendidos “los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente”.*

*12. Pero de la Constitución no pueden extraerse los elementos conceptuales que permitan diferenciar definitivamente esas figuras, especialmente porque la misma Carta autoriza al legislador para que sea él quien determine cuál es el régimen aplicable a cada una de las distintas clases de servidores. De hecho, aunque el propio texto constitucional brinda algunos criterios básicos para su desarrollo, como sucede por ejemplo en el artículo 125 constitucional, en donde los trabajadores oficiales están excluidos del sistema de carrera administrativa, debe entenderse que los restantes elementos conceptuales pueden ser configurados por el legislador.*

*13. Por esta razón, resulta válido afirmar que es la ley el lugar idóneo en donde el concepto se llena de contenido y donde puede determinarse el régimen aplicable a cada uno de ellos. En este sentido, a través de la legislación podrán regularse distintamente los aspectos salariales, prestacionales, disciplinarios y laborales en general, para cada una de esas figuras. Obviamente la discrecionalidad del legislador para diferenciar a los empleados y trabajadores del Estado no es absoluta, especialmente porque en su ejercicio no puede desconocer los límites que impone la Constitución y los derechos fundamentales de las personas. La legislación*

---

<sup>9</sup> Artículo 32 de la Ley 80 de 1993

*sobre la materia en ningún caso podría ir en contravía de los principios mínimos fundamentales del trabajador, como la igualdad de oportunidades, la remuneración vital, la estabilidad, la favorabilidad y la primacía de la realidad sobre las formalidades, entre otros (artículo 53 C.N.).*<sup>10</sup>

En cuanto a *“las normas aplicables en materia de Administración de personal a los trabajadores oficiales son las contempladas en el Decreto 2127 de 1945, en complemento con lo que esté consagrado en el reglamento interno de trabajo, contrato y convención colectiva.”*<sup>11</sup>

#### 4.2 El contrato de trabajo y su terminación.

El Decreto 2127 de 1945 define el contrato de trabajo como *“la relación jurídica entre el trabajador y el patrono, en razón de la cual quedan obligados recíprocamente, el primero, a ejecutar una o varias obras o labores, o a prestar personalmente un servicio intelectual o material, en beneficio del segundo y bajo su continuada dependencia y este último a pagar a aquel cierta remuneración.”*<sup>12</sup>, e igualmente señaló que hay contrato de trabajo cuando concurren éstos tres elementos: *“a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo; b. La dependencia del trabajador respecto del patrono, que otorga a éste la facultad de imponerle un reglamento, darle órdenes y vigilar su cumplimiento, la cual debe ser prolongada, y no instantánea ni simplemente ocasional, c. El salario como retribución del servicio.”*<sup>13</sup>

Esta figura jurídica cuenta con una forma de terminación regular descrita en el artículo 47 del mismo decreto en mención. No obstante existir una terminación regular del contrato de trabajo, el Decreto 2127 de 1945 contempla una serie de eventos en los cuales tanto el trabajador, como el empleador pueden dar por terminada la relación laboral por justa causa,<sup>14</sup>

#### 4.3 Pago de indemnizaciones en contratos de trabajo.

Las terminaciones unilaterales en los contratos de trabajo sin justa causa, constituyen el fundamento jurídico para lograr una indemnización de perjuicios a cargo de la entidad contratante, así lo determina el Decreto 2127 de 1945 en el artículo 51: *“Fuera de los casos a que se refieren los artículos 16, 47, 48, 49 y 50,*

<sup>10</sup> Sentencia C-090 de 2002

<sup>11</sup> Cartilla Laboral Empleo, Situaciones Administrativas, Jornada Laboral y Retiro de Empleados del Sector Público. Departamento Administrativo de la Función Pública.

<sup>12</sup> Decreto 2127 de 1945 artículo 1º

<sup>13</sup> Decreto 2127 de 1945 artículo 2º

<sup>14</sup> Decreto 2127 de 1945 artículos 48, 49 y 50

*la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del patrono, dará derecho al trabajador a reclamar los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplirse el plazo pactado o presuntivo, además de la indemnización de perjuicios a que haya lugar.”<sup>15</sup>*

*También el Decreto 2127 de 1945 estableció que “Salvo estipulación expresa en contrario, no se considerará terminado en ningún caso el contrato de trabajo antes de que el patrono ponga a disposición del trabajador el valor de todos los salarios, prestaciones e indemnizaciones que le adeude, salvo las retenciones autorizadas por la ley o la convención; si no hubiere acuerdo respecto del monto de tal deuda, bastará que el patrono entregue o consigne la cuantía que confiese deber, mientras la justicia del trabajo decide la controversia.”<sup>16</sup>*

El Decreto 1083 de 2015 “Decreto Único Reglamentario del Sector Función Pública” cuyo objetivo fue compilar “en un solo cuerpo normativo los decretos reglamentarios vigentes de competencia del sector de la función pública (...)”<sup>17</sup>, estableció como disposición común a los empleados públicos y trabajadores oficiales la siguiente indemnización:

**“ARTÍCULO 2.2.31.3 Indemnización por despido.**

1. En el caso de despido sin el lleno de los requisitos exigidos en este Decreto, la trabajadora oficial tiene derecho a que la entidad, establecimiento o empresa donde prestaba sus servicios, le pague lo siguiente:

a. Una indemnización equivalente al salario de sesenta (60) días, que se liquidará con base en el último salario devengado por la empleada; y

b. La suma de dinero correspondiente a la licencia remunerada de ocho (8) semanas, si el despido impide el goce de dicha licencia.

2. Lo dispuesto en los literales anteriores es sin perjuicio de las demás indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar, conforme al vínculo jurídico existente con la empleada oficial al tiempo de su despido, y a lo que disponen las normas vigentes. (Decreto 1848 de 1969, art. 41)”

De conformidad con las normas en cita, existen varios tipos de indemnizaciones que pueden ser reconocidos a los servidores públicos vinculados por contrato de

<sup>15</sup> Decreto 2127 de 1945 artículo 51

<sup>16</sup> Decreto 2127 de 1945 artículo 52

<sup>17</sup> Artículo 2.1.1.1

trabajo por despido sin justa causa o sin el lleno de los requisitos legales, cada situación particular será analizada en la jurisdicción ordinaria laboral.

#### 4.4 El daño fiscal.

El daño fiscal es la lesión al patrimonio público caracterizada por el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, deterioro de bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, ocasionada por el ejercicio de una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente e inoportuna que no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado.<sup>18</sup>

La competencia de las contralorías frente al daño al patrimonio público es únicamente la que se derive de la gestión fiscal presuntamente irregular. Así lo expresó la honorable Corte Constitucional:

*“Cuando el daño fiscal sea consecuencia de la conducta de una persona que tenga la titularidad jurídica para manejar los fondos o bienes del Estado materia del detrimento, procederá la apertura del correspondiente proceso de responsabilidad fiscal, sea que su intervención haya sido directa o a guisa de contribución. En los demás casos, esto es, cuando el autor o partícipe del daño al patrimonio público no tiene poder jurídico para manejar los fondos o bienes del Estado afectados, el proceso atinente al resarcimiento del perjuicio causado será otro diferente, no el de responsabilidad fiscal. La responsabilidad fiscal únicamente se puede pregonar respecto de los servidores públicos y particulares que estén jurídicamente habilitados para ejercer gestión fiscal, es decir, que tengan poder decisorio sobre fondos o bienes del Estado puestos a su disposición. Advirtiendo que esa especial responsabilidad está referida exclusivamente a los fondos o bienes públicos que hallándose bajo el radio de acción del titular de la gestión fiscal, sufran detrimento en la forma y condiciones prescritos por la ley. La gestión fiscal está ligada siempre a unos bienes o fondos estatales inequívocamente estipulados bajo la titularidad administrativa o dispositiva de un servidor público o de un particular, concretamente identificados”<sup>19</sup>*

El legislador a fin de caracterizar el concepto de gestión fiscal, determinó en la Ley 610 de 2000 lo siguiente:

**“Artículo 3º.** Gestión fiscal. Para los efectos de la presente ley, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación,

<sup>18</sup> Ley 610 de 2000 artículo 6º

<sup>19</sup> Sentencia C-840/01 M.P. Jaime Araujo Rentería



administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales.” (Subrayado no es del texto)

Ilustrado lo anterior, se tiene que el daño fiscal debe ser ocasionado en ejercicio de una gestión fiscal, es decir, que quien realiza la gestión fiscal cuenta con un título habilitante que le otorgue la capacidad o el poder decisorio respecto de unos bienes o fondos públicos, y que los bienes deben hallarse bajo el radio de acción del titular de la gestión fiscal, de modo que pueda tener acceso efectivo sobre los mismos.

#### 4.5 El daño fiscal ante el reconocimiento y pago de indemnizaciones en contratos administrativos laborales.

Como ya se indicó, los trabajadores oficiales tienen derecho al reconocimiento de indemnizaciones por las situaciones jurídicas que plantea la norma, la cuestión ahora es, si el reconocimiento y pago de las mismas, ante una evidencia de razones<sup>20</sup> para terminarlo por justa causa, es constitutivo de daño fiscal.

Sobre el particular es de precisar que la determinación de la existencia o no de una justa causa para determinar una relación laboral corresponde en todo caso, establecerla – salvo hipótesis de conciliación pre o extrajudicial o transición- a un Juez de la República investido de competencia.

De manera que la decisión de la administración de terminar un contrato de trabajo mediando el pago de la indemnización por terminación sin justa causa, goza de presunción de acierto hasta tanto no sea objeto de revocatoria a través de los mecanismos antes señalados.

Con todo, si la indemnización es reconocida en sede judicial, mal podría hablarse del ejercicio de una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente e inoportuna que no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado por parte del gestor fiscal, cuando es el juez laboral competente a quién corresponde el análisis del caso y la determinación de la justa o in justa causa para terminar un contrato administrativo laboral.

Es propio también advertir, que la Oficina Jurídica se ha pronunciado en varios concepto acerca de la incompatibilidad existe entre el daño fiscal o el Proceso de

<sup>20</sup> Como lo expone el peticionario en su escrito de consulta

Responsabilidad Fiscal y la acción de repetición, se trae a colación solo uno de ellos:

“A pesar de las diferencias anotadas, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, consideró en concepto del 6 de abril de 2006, que el ejercicio de ambas acciones no podían ser concurrentes, simultáneos o alternativas, sin que exista prevalencia de una sobre la otra.

Se tiene por tanto, que para determinar la improcedencia de la acción fiscal, resulta necesario que esté claramente acreditado la existencia de un proceso judicial de repetición, o al menos, que se configuren los elementos de la responsabilidad personal del agente del Estado.”<sup>21</sup>

La lesión al patrimonio público debe encontrarse evidenciada con prueba cierta que sirva para inicio a la respectiva indagación o proceso de responsabilidad fiscal.

## 5. Conclusiones

El reconocimiento y pago de indemnizaciones a trabajadores oficiales por la terminación del contrato de trabajo sin justa causa en sede administrativa, sólo puede constituir un presuntos daño fiscal, si existen pruebas ciertas que permitan establecer, que el contrato debió ser terminado por justa causa en estricto cumplimiento a las disposiciones legales, colectivas y reglamentarias que exista para ello.

La indemnización a trabajadores oficiales en sede judicial tendrá otro tipo de medidas una vez determine el juez laboral competente si existió justa causa o no, corresponde al Comité de Conciliación analizar la procedencia de la acción de repetición.

Cordialmente;



IVÁN DARIO GUAUQUE TORRES  
Director Oficina Jurídica

Proyectó: Johana Milena Valenzuela Pardo  
Revisó: Pedro Pablo Padilla Castro  
Radicado: 2018ER0035089

Archivo: 80112-033 Conceptos Jurídicos.

<sup>21</sup> Concepto EE0084341 de 8 de julio de 2015