



Función Pública

Concepto 23681 de 2014 Departamento Administrativo de la Función Pública

20146000023681

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20146000023681

Fecha: 18/02/2014 10:53:19 a.m.

Bogotá, D.C.,

REF: PRESTACIONES SOCIALES: ¿La sanción moratoria de que trata la Ley 244 de 1995 y 344 de 1996 se debe indexar? ¿El no pago oportuno de la prima de servicios da lugar a sanción moratoria? Radicado: 20142060002542 del 9 de enero de 2014.

Respecto al interrogante planteado en el asunto de la referencia en el cual solicita se indique si la sanción moratoria señalada en la Ley 244 de 1995 y 344 de 1996 se indexan, me permito informarle:

Establece la Ley 244 de 1995, Por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones:

ARTÍCULO 1°. <Artículo subrogado por el artículo 4° de la Ley 1071 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> 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.

ARTÍCULO 2°. <Artículo subrogado por el artículo 5° de la Ley 1071 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> 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.

PARÁGRAFO. 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 de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas,

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.

La norma transcrita contempla términos perentorios para constituir a la administración en mora cuando no realiza en forma oportuna el pago cesantías, lo que trae como consecuencia una sanción pecuniaria para las entidades obligadas a su reconocimiento y pago, sin que contemple la Ley la obligación de indexar la suma de dinero cuando dentro de los plazos establecidos no se realizar el pago de dicha prestación social.

Sobre la indexación la Corte Suprema de Justicia, después de la Constitución de 1991, dijo:

« Es viable aplicar entonces la indexación o corrección monetaria en relación con aquellas prestaciones que no tengan otro tipo de compensación de perjuicios por la mora o que no reciban reajuste en relación con el costo de vida, conforme a lo dicho antes, pues es obvio que de no ser así el trabajador estaría afectado en sus ingresos patrimoniales al recibir al cabo del tiempo el pago de una obligación en cantidad que resulta en la mayoría de las veces irrisoria por la permanente devaluación de la moneda en nuestro país, originándose de esa manera el rompimiento de la coordinación o «equilibrio» económico entre empleadores y trabajadores que es uno de los fines primordiales del derecho del trabajo».

De lo expuesto por la H. Corte se concluye que la indexación se aplica para aquellas prestaciones que no tengan otro tipo de compensación de perjuicios por la mora. El párrafo del artículo 2° de la Ley 244 de 1995 establece que, en caso de mora en el pago de las cesantías la entidad deberá reconocer y pagar un día de salario por cada día de retardo hasta que se realice el pago efectivo de la misma, es decir, que la norma establece una compensación de perjuicios por la mora, lo que no haría viable en este caso aplicar la indexación.

Ahora bien, respecto a la indexación de la sanción moratoria de la Ley 344 de 1996 “*por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones*”, me permito informarle que la citada norma estableció un régimen de liquidación anual de cesantías para aquellos empleados públicos que se vinculen a los órganos y entidades del Estado, sin establecer la misma algún tipo de sanción al cual debamos referirnos a efectos de puntualizar su inquietud.

Frente al interrogante de si existe sanción moratoria por el no pago de la prima de servicio, me permito en primer lugar aclarar que, a partir de la vigencia del Decreto 1919 de 2002, todos los empleados públicos vinculados o que se vinculen a las entidades del sector central y descentralizado de la Rama Ejecutiva de los niveles Departamental, Distrital y Municipal, a las Asambleas Departamentales, a los Concejos Distritales y Municipales, a las Contralorías territoriales, a las Personerías Distritales y Municipales, a las Veedurías, así como el personal administrativo de empleados públicos de las Juntas Administrativas Locales, de las Instituciones de Educación Superior, de las Instituciones de Educación Primaria, Secundaria y media vocacional, gozarán del régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Públicos del Orden Nacional.

Ahora bien, la prima de servicios prestados es un elemento de salario consagrado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional en el Decreto 1042 de 1978.

Así lo consideró el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil¹ ante la Consulta presentada por este Departamento Administrativo:

“En el caso de las autoridades públicas el deber de obediencia al ordenamiento jurídico constituye además el fundamento para el ejercicio de las competencias, de acuerdo con lo previsto en el artículo 121 de la Carta, según el cual “Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”, lo que hace que la competencia sea un presupuesto de validez de los actos que se profieren, de manera que si una autoridad pública expide un acto sin ser titular de ella, éste sería nulo.

“En tal sentido, encontrándose vigente el decreto ley 1042 de 1978 que contempla los elementos salariales para los empleados públicos del orden nacional, no podrían los entes territoriales asumir una competencia de la que carecen y hacer extensivo a sus servidores tales elementos.

“Con base en las anteriores consideraciones la Sala, RESPONDE:

“1. ¿Deben los entes territoriales reconocer y pagar los elementos de salario contemplados en el Decreto 1042 de 1978 a sus empleados públicos?”

“El decreto ley 1042 de 1978 se encuentra vigente, pero en cuanto sólo contempla los elementos salariales para los empleados públicos del orden nacional, su regulación sobre este respecto no puede hacerse extensiva a los servidores públicos del orden territorial”. (Subrayado fuera del texto).

En igual sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia C 402 de 2013², en la cual resolvió la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1º, 31, 45, 50, 51, 58 y 62 (parciales), del Decreto 1042 de 1978, señalando lo siguiente:

“Conforme a la línea jurisprudencial de esta Corporación, la determinación del régimen salarial de los servidores públicos del orden territorial responde a una fórmula de armonización entre el principio del Estado Unitario y el grado de autonomía que la Constitución reconoce a las entidades locales. A partir de ese marco, el Congreso y el Gobierno fijan los criterios y objetivos generales a los que se sujetan las entidades territoriales para el ejercicio de sus competencias, de raigambre constitucional, para la fijación de las escalas salariales y los emolumentos de los cargos adscritos a ellas. De esta manera, cada entidad territorial está investida de la facultad de determinar los aspectos concretos de su régimen salarial, que respondan a las particularidades del ejercicio de la función pública en cada departamento, municipio o distrito, así como las variables presupuestales, la estructura institucional de la entidad territorial, el nivel de especialización profesional requerida, etc.

“A juicio de la Corte, no es de recibo la tesis del actor, según la cual, el régimen salarial de los servidores públicos adscritos a la Rama Ejecutiva debe estar contenido en un solo estatuto, promulgado por el Gobierno en desarrollo de la ley marco fijada por el Congreso. De ser así, se vaciaría de contenido las competencias de las entidades territoriales en esta materia, a partir de una maximización del principio del Estado unitario y en abierta contradicción con la eficacia del grado de autonomía que la Constitución reconoce a las mencionadas entidades. Además, desde el punto de vista foral, exigir que el Decreto acusado tenga alcance no solo para los servidores públicos del orden nacional, sino también para aquellos adscritos al nivel territorial, configuraría un exceso en el ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas para la expedición del Decreto 1042 de 1978.

“En consecuencia, tanto a partir de la Constitución derogada como de la Carta Política vigente, el Gobierno tenía vedado extender el campo de regulación a la determinación del régimen salarial de los servidores públicos de la Rama Ejecutiva del nivel territorial. Además, dicha extensión no puede llevarse válidamente a cabo de acuerdo al parámetro constitucional vigente, merced del grado de autonomía anteriormente explicado. En esa medida, si el primer problema jurídico materia de decisión debe resolverse de manera negativa, no están los presupuestos para entrar a dilucidar el segundo problema, relativo a la presunta vulneración del principio de igualdad, en tanto su supuesto metodológico es la existencia de un mandato constitucional de regulación uniforme del régimen salarial que sirviera como criterio de comparación entre los servidores del nivel nacional y del territorial. Como ese mandato no concurre en la Carta Política, dicho juicio no podía llevarse a cabo. Por ende, se impuso la declaratoria de exequibilidad de los apartes normativos acusados, por el cargo analizado en esa sentencia.”

Con el precitado fallo se reafirma que los efectos del Decreto 1042 de 1978 no se extienden a los servidores públicos de las entidades territoriales, y por lo tanto, los concejos municipales y las asambleas departamentales no tienen competencia para crear elementos salariales como la Prima de Servicios. De esta forma, queda claro que los elementos de salario consagrados para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional en el Decreto 1042 de 1978 como por ejemplo la prima de servicios, no se constituye como un derecho de los mismos en el orden territorial, por cuanto el campo de aplicación del Decreto 1042 no se ha extendido a los empleados de ese nivel.

Ahora bien, el artículo 58 del decreto 1042 de 1978, establece la fecha en que se debe pagar la prima de servicios, al señalar:

“ARTÍCULO 58.- La prima de servicio. Los funcionarios a quienes se aplica el presente Decreto tendrán derecho a una prima de servicio anual equivalente a quince días de remuneración, que se pagará en los primeros quince días del mes de julio de cada año

Si bien la ley no señala que se deba reconocer por el no pago oportuno de la prima de servicios una sanción pecuniaria a cargo de la entidad obligada a realizarlo, se considera procedente acudir al pronunciamiento del Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, quien se pronunció en segunda instancia el 11 de marzo de 2010 dentro del proceso con radicado No. [41001-23-31-000-1998-00792-01\(0792-06\)](#), al señalar:

“En principio, resultaría inequitativo e injusto para los empleados públicos que habiéndose desvinculado de la entidad, en este caso en los años de 1993, 1994 y 1995, no se haya efectuado el pago a pesar de haber transcurrido más de un (1) año desde cuando se causó el derecho prestacional, pues entregarles una suma nominal devaluada, años después, implicaría desde luego un enriquecimiento sin causa para el Estado y un empobrecimiento correlativo para aquellos.

“El anterior criterio ha sido reiterado por la Corte Constitucional en diferentes pronunciamientos. Así, en sentencia SU-400 del 28 de agosto de 1997 la Sala Plena de esa Corporación expresó:

‘(...) La Corte Constitucional en sentencia T-418 de 9 de septiembre de 1996, dejó en claro que los obligados al pago de salarios, prestaciones y pensiones deben asumir, además el cubrimiento íntegro de las sumas correspondientes a la actualización de los valores que hayan venido reteniendo a los trabajadores, desde el momento en que adquirieron el derecho al pago hasta el instante en que éste se produzca efectivamente.

Tal actualización según lo destacó la Sala Plena en Sentencia [C-448](#) de 1996 desarrolla principios claros constitucionales, en especial el que surge del artículo 53 C.P., a cuyo tenor la remuneración debe ser móvil, a fin de proteger el poder adquisitivo de los trabajadores, lo cual se logra normalmente mediante la indexación de las sumas adeudadas, para que éstas no se deterioren en los términos reales con el paso del tiempo, sin detrimento de los cargos que pueda hacerse a la entidad incumplida en cuanto a la indemnización de otros perjuicios que su ineficiencia y demora puedan generar al afectado.”.

“En tal caso, al ordenarse el ajuste de tales valores se previene la devaluación de la moneda, con lo cual se pretende justamente que el restablecimiento represente el valor real tomando como base el momento en que se adquiere al derecho y el momento de su pago efectivo.

Conforme a lo anotado, es claro que el llamado a reconocer y pagar las cesantías, lo debe hacer dentro de los plazos establecidos por la ley, pero, el reconocimiento de la indexación por el no pago oportuno de salarios y prestaciones, será competencia de los Jueces de la República definirlo.

-

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente

CLAUDIA PATRICIA HERNÁNDEZ LEÓN

Directora Jurídica

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

¹. Radicación 1.956 del diez (10) de septiembre de 2009, Número Único 11001-03-06-000-2009-00038-00, Referencia: Función Pública. Aplicación del decreto 1042 de 1978 a los empleados públicos del nivel territorial. Excepción de inconstitucionalidad.

² Sala Plena de la Corte Constitucional, Ref. Expediente D-9388; Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

Jaime Jiménez/JFCA/CPHL

600.4.8.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 04:07:46