



Concepto 250471 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000250471

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000250471

Fecha: 21/06/2023 10:52:41 a.m.

Bogotá

Ref.: PRESTACIONES SOCIALES. CESANTIAS. ¿Se le debe tener cuenta el tiempo de Servicio Militar al momento de realizar la liquidación de cesantías? Rad. 20232060302012 del 25 de mayo 2023.

En atención a la petición de la referencia, en la cual consulta si a los trabajadores de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios mixtas, se les debe tener cuenta el tiempo de Servicio Militar consagrado en la Ley a las liquidaciones de, me permito manifestarle lo siguiente:

Sea lo primero señalar que a este Departamento Administrativo de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016¹, le compete formular las políticas generales de Administración Pública, en especial en materias relacionadas con empleo público, la gestión del talento humano, la gerencia pública, el desempeño de las funciones públicas por los particulares, la organización administrativa del Estado, la planeación y la gestión, el control interno, la participación ciudadana, la transparencia en la gestión pública y el servicio al ciudadano, razón por la cual no es de nuestra competencia intervenir en situaciones internas de las entidades, actuar como ente de control, investigación, ni señalar los procedimientos a seguir en caso de que se presenten anomalías.

La resolución de los casos particulares, como resulta apenas obvio, corresponderá en todos los casos a la autoridad empleadora y nominadora, en cuanto es la instancia que conoce de manera cierta y documentada la situación particular de su personal, 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 en el mundo del derecho.

Frente al tiempo de servicio militar obligatorio para efectos de obtención de cesantías, y pensión de vejez, la Ley 48 de 1993², señalaba:

«ARTÍCULO 40. AL TÉRMINO DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MILITAR. Todo colombiano que haya prestado el servicio militar obligatorio, tendrá los siguientes derechos:

En las entidades del Estado de cualquier orden el tiempo de servicio militar le será computado para efectos de cesantía, pensión de jubilación de vejez y prima de antigüedad en los términos de la ley.»

Sobre el alcance de esta disposición el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero ponente: Flavio Augusto Rodríguez, en concepto de fecha 24 de julio de dos mil dos (2002) bajo el Radicación número: 11001-03-06-000-2001-01397-00(1397) señaló lo siguiente:

«...A juicio de la Sala, este precepto rige tanto para quienes prestaron el servicio militar antes de la vigencia de la ley 48 de 1993, como para quienes lo prestaron después, habida cuenta que la norma no condiciona su aplicabilidad a ninguna circunstancia temporal y se refiere de modo genérico a "...todo colombiano que lo haya prestado...", conclusión que fluye del giro empleado y, además, porque la única condición exigida por el legislador para proceder al reconocimiento de los derechos consagrados en el artículo 40 es la de que el conscripto ingrese a la administración pública en cualquiera de sus órdenes, razón por la cual la efectividad del beneficio opera de forma automática una vez se haga precedente computar el tiempo para efectos del reconocimiento de la pensión en el sector oficial - de jubilación o de vejez, atendiendo al régimen que corresponda -, o cuando se haga exigible la prestación, como en el caso de la cesantía...»

« ..En este caso las entidades se encuentran en la obligación de reconocer tales beneficios por el ingreso de personas que prestaron el servicio militar sin estar vinculadas laboralmente a ellas. Como la ley no les asigna los recursos para efectuar los pagos respectivos - la pensión está sujeta a un régimen especial -, puesto que no se prestó en ellas efectivamente servicio alguno, a juicio de la Sala la obligada a efectuar las apropiaciones suficientes es la Nación por conducto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público ...

...En estas condiciones, a efectos de resolver los cuestionamientos planteados, habrá de tenerse en cuenta el régimen de cesantías que cobija a cada servidor público en particular, esto es si se está frente a un sistema de cesantías retroactivo (v.gr. los empleados antiguos de la rama judicial y de la Procuraduría General de la Nación), o si por el contrario, se está en presencia del sistema de liquidación y reconocimiento anual. En el primer caso para la liquidación, por mandato legal, se acumula el tiempo de prestación del servicio militar y se tiene en cuenta al último sueldo. Cosa diferente ocurre con el segundo evento, pues allí las cesantías se liquidan y reconocen anualmente. En este caso, deberá pagarse con base en el salario mínimo legal mensual vigente al momento del reconocimiento. Además, en caso de acumularse tiempo en el servicio activo con el de prestación del servicio militar, en un mismo año, el valor de la cesantía se liquida por el promedio de lo devengado....

Prescripción de derechos.

Con relación a la prescripción de los derechos prestacionales, el artículo 41 del decreto 3135 de 1968, señala que "Las sanciones que emanen de los derechos consagrados en este decreto prescribirán en tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual."

En el caso sometido a consideración, la prescripción no puede operar tomando en cuenta la fecha en que se terminó de prestar el servicio militar, por cuanto ello equivaldría a no darle un efecto útil, completo y efectivo al artículo 40 de la ley 48 de 1993. De manera que en este evento la prescripción estará atada a la fecha en que la cesantía se haya hecho exigible. Sin embargo, en el caso de quienes prestaron servicio militar sin estar vinculados, el término de prescripción trienal se cuenta a partir de la fecha de la incorporación a la administración pública.

En materia pensional la obligación se hace exigible no al vencimiento de la prestación del servicio militar, sino cuando se causa el derecho, para cuyo cómputo se toma en cuenta el cumplimiento del deber constitucional mencionado, según el régimen pensional al cual se encuentra afiliado. Debe advertirse que el derecho pensional no prescribe, pero sí las mesadas pensionales....»

Ahora bien, la Ley 1861 de 2017, Por la cual se reglamenta el servicio de reclutamiento, control de reservas y la movilización", establece:

«ARTÍCULO 45. Derechos al término de la prestación del servicio militar'. Todo colombiano que haya prestado el servicio militar obligatorio, tendrá los siguientes derechos:

En las entidades del Estado de cualquier orden el tiempo de servicio militar le será computado para efectos de cesantía, pensión de jubilación de vejez, pensión de invalidez, asignación de retiro y prima de antigüedad en los términos de la ley.

Los fondos privados computarán el tiempo de servicio militar para efectos de pensión de jubilación de vejez y pensión de invalidez.[....]»

«Artículo 81. Vigencia. La presente ley rige a partir de su promulgación, y modifica los artículos 1º, 6º y 7º de la Ley 1184 de 2008, y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, en especial, la Ley 2ª de 1977, Decreto 750 de 1977, Capítulo IX Ley 4ª de 1991, Decreto 2853 de 1991, artículo 102 de la Ley 99 de 1993, Ley 48ª de 1993 y Decreto 2048 de 1993, artículo 41 de la Ley 181 de 1995, artículo 111 del Decreto-ley 2150 de 1995, artículo 13 de la Ley 418 de 1997 prorrogado y modificado por el artículo 2º de la Ley 548 de 1999, así como el artículo 2º de la Ley 1738 de 2014. (negrilla nuestra)

El artículo 40 de la Ley 48 de 1993, tuvo vigencia hasta la promulgación de la Ley 1861 de 2017, en cuyo artículo 45 está incluido el mismo texto del artículo 48 de la Ley 48 de 1993.

Por lo tanto, para el reconocimiento de las cesantías, en primer lugar, debe verificarse que la persona no haya desempeñado ningún otro cargo público dentro del término establecido entre la fecha en que terminó la prestación del servicio militar y la fecha reportada como posesión en el respectivo cargo, a efectos de verificar que no haya ocurrido la prescripción del derecho, lo cual ocurre a los tres años contados a partir de la fecha de la posesión en un cargo público de cualquier orden.

Como se observa y en criterio de esta Dirección Jurídica la Ley 48 de 1993 reconoce el tiempo del servicio militar para cómputo a efectos de reconocimiento de cesantías, siempre y cuando el derecho no haya prescrito.

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 <https://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 imparte en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyecto: Sandra Barriga Moreno

Revisó: Maia Borja

Aprobó: Dr. Armando López Cortes

11.602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 *Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Función Pública*

2 *"Por la cual se reglamenta el servicio de Reclutamiento y Movilización".*

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 13:48:31