



Función Pública

Concepto 115211 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública

20196000115211

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20196000115211

Fecha: 15/04/2019 05:06:46 p.m.

Bogotá D.C.,

Ref.: PRESTACIONES SOCIALES. CESANTIAS. El tiempo del servicio militar obligatorio se debe computar para el reconocimiento de pensión y cesantías? Rad. 2019-206-009158-2 del 11 de marzo de 2019.

En atención a su consulta de la referencia, relacionada con el trámite que se debe seguir, para que se reconozca el tiempo del servicio militar obligatorio a efectos del reconocimiento y pago de pensión y cesantías; y si es procedente el reconocimiento de la prima de antigüedad en el nivel territorial, me permito manifestarle lo siguiente:

La Ley 2 de 1945 solo consagró el benéfico del doble de tiempo para los oficiales, como se desprende de la ubicación del art. 47, dentro de la Sección II, "Del retiro de Oficiales y sus prestaciones, Cap I. , en tanto que las Prestaciones Sociales de los soldados de las fuerzas Militares están reguladas en la SECCION IV, arts. 60 a 64, que no consagra tal beneficio en su favor.

Frente al tiempo de servicio militar obligatorio para efectos de obtención de cesantías, y pensión de vejez, la Ley 48 de 1993, señala:

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

a. 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 procedente 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....

V. 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...."

Por lo tanto la Ley 48 de 1993 reconoce el tiempo del servicio militar para cómputo a efectos de reconocimiento de cesantías, pensión y prima de antigüedad, siempre y cuando el derecho no haya prescrito y el empleado tenga derecho a este reconocimiento en caso de la prima de antigüedad.

Con respecto a la prima de antigüedad, hay que tener en cuenta que el Decreto 230 de 1975, estableció los incrementos de salario por antigüedad para los empleados de los establecimientos públicos del orden nacional, consistente en devengar la asignación establecida en cada una de las columnas de los "periodos de antigüedad" de la escala de remuneración, de acuerdo a la antigüedad en el servicio.

Así, al momento del ingreso al servicio el empleado tenía derecho a percibir la asignación de la columna denominada "sueldo básico". Al cumplir un año de servicios, el empleado adquiría el derecho a devengar la asignación fijada en la primera columna de los "periodos de antigüedad", esto es, el sueldo básico incrementado en un porcentaje. Al cumplir otro año de servicios, el empleado devengaba lo determinado en la segunda columna, y así sucesivamente.

Posteriormente, el Decreto 540 de 1977 creó una nueva escala de remuneración, que consistía en una columna que fija los grados salariales y cinco columnas más que establecían la asignación de los empleados, de acuerdo a la antigüedad.

Finalmente, el Decreto 1042 de 1978 suprimió los incrementos de salario por antigüedad; sin embargo, conforme al artículo 49 del citado decreto, las personas que percibían las asignaciones correspondientes a las columnas tres y cuatro de la escala salarial del decreto 540 de 1977, conservan dichos beneficios, así:

“ARTICULO 49. DE LOS INCREMENTOS DE SALARIO POR ANTIGÜEDAD. <Modificado por los Decretos anuales salariales> Las personas que a la fecha de expedición de este Decreto estén recibiendo asignaciones correspondientes a la 3a o 4a columna salarial del Decreto 540 de 1977, por razón de los incrementos de antigüedad establecidos en disposiciones legales anteriores, continuarán recibiendo, hasta la fecha en la cual se produzca su retiro del respectivo organismo, la diferencia entre el sueldo básico fijado para su empleo en la segunda columna de dicho Decreto y el de la tercera o cuarta columna, según el caso.

Los incrementos salariales de que trata este artículo no se perderán cuando los funcionarios cambien de empleo dentro del mismo organismo, trátese de nuevo nombramiento, ascenso, traslado o encargo.

-

<Inciso 3o. modificado por el artículo 1 del Decreto 420 de 1978. El nuevo texto es el siguiente:> El retiro de un organismo oficial no implicará la pérdida de los incrementos salariales por antigüedad cuando el respectivo funcionario se vincule, sin solución de continuidad, a cualquiera de los organismos que integran la rama ejecutiva de poder público en el orden nacional.

PARÁGRAFO. Cuando el organismo tenga un sistema especial de remuneración que dé tratamiento diferente a los incrementos de salario por antigüedad, el funcionario tendrá derecho únicamente a los incrementos que dispongan las normas propias del organismo al cual se vincula.

Para efectos de lo dispuesto en el inciso anterior, se entenderá que no hay solución de continuidad si entre el retiro y la fecha de la nueva posesión no transcurrieren más de quince días hábiles.

-

Los funcionarios que perciban incrementos de remuneración por concepto de antigüedad deberán manifestar esta circunstancia al hacer su solicitud de empleo en otra entidad oficial.” (Negrita y subrayado fuera del texto)

“ARTÍCULO 97º.- De los incrementos por antigüedad. De acuerdo con el artículo 49 de este Decreto, los empleados que estuvieran percibiendo remuneraciones de la tercera o cuarta columna de la escala salarial fijada en el Decreto 540 de 1977, por efecto de los incrementos establecidos en disposiciones anteriores, continuarán recibiendo la diferencia entre tales remuneraciones y el salario fijado para su cargo en la segunda columna de dicha escala hasta la fecha en que se retiren del servicio, aunque cambien de empleo ya sea por razón de nuevo nombramiento, ascenso, traslado o encargo. En caso de cambio de entidad se aplicará lo dispuesto en el artículo 49.”

En este orden de ideas, las primas de antigüedad quedaron circunscritas a los antiguos empleados del nivel nacional que a 7 de junio de 1978 estuvieran percibiendo asignaciones correspondientes a la tercera o cuarta columna salarial del Decreto 540 de 1977.

De conformidad con lo expuesto se procede a dar respuesta a cada uno de sus interrogantes, de la siguiente forma:

1, 2, 3 y 4 El tiempo doble solo se reconoce de conformidad con la Ley 2 de 1945, a los oficiales.

5 y 6-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.

En el evento que el peticionario no haya ejercido con anterioridad otro cargo público, estaría en término para reclamar el auxilio de cesantía por el periodo del servicio militar, que corresponde a un salario mínimo, cuando se trata de cesantías anualizadas.

7 . En cuanto al reconocimiento del tiempo de servicio militar a efectos de obtener la pensión, 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 el funcionario y la obligación de efectuar la apropiación correspondiente, es responsabilidad del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Para mayor 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,

JOSE FERNANDO CEBALLOS ARROYAVE

Director Jurídico (E)

Proyecto: Isabel Avellaneda.

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-09-30 14:24:57