

 CONCEJO DE BOGOTÁ, D.C.	PROCESO GESTIÓN JURÍDICA	CÓDIGO: GJR-FO-001
	CONCEPTO JURÍDICO	VERSIÓN: 01
		VIGENCIA: 13-Jun-2019
		PÁGINA 1 DE 7

CONCEPTO

PARA: MILTÓN JAVIER MARIÑO LATORRE
 Director Financiera

DE: Director Jurídico

ASUNTO: RECONOCIMIENTO RETROACTIVO DE TIEMPO DE SERVICIO MILITAR PARA EFECTOS DE LA PRIMA DE ANTIGÜEDAD

En cumplimiento de las funciones asignadas en el Acuerdo 492 de 2012 y el Manual Especifico de Funciones y Competencias Laborales del Concejo de Bogotá, me permito emitir concepto jurídico respecto a la solicitud de la referencia, en los siguientes términos:

1. SITUACIÓN PLANTEADA

Mediante memorando con radicado 2019IE7864 la Dirección Financiera solicita concepto jurídico sobre el reconocimiento y pago de la prima de antigüedad a un funcionario que cumplió 4 años de servicio en la Corporación el 4 de febrero de 2019, fecha a partir de la cual se le comenzó a reconocer y pagar la prima de antigüedad, pero que el pasado 10 de mayo solicitó que se le reconociera dicha prima desde el 4 de febrero de 2018, es decir cuando cumplió 3 años de servicio, que sumados al año de servicio militar, completaría los 4 años exigidos por el Acuerdo Distrital 6 de 1986 para empezar a efectuarle el reconocimiento de la prima de antigüedad desde tal fecha. En concreto plantea los siguientes interrogantes:

"¿Sería procedente, teniendo el derecho, reconocer la prima de antigüedad con retroactividad como lo solicita el servidor público?"

"¿Se debe aplicar el artículo 45 de la Ley 1861 de 2017 en concordancia con el artículo 40 de la Ley 48 de 1993, es decir, al cumplir los tres (3) años de servicio en la Corporación, más un (1) año de servicio militar, para el reconocimiento de la prestación social automáticamente, o debe mediar solicitud del funcionario para proceder al reconocimiento de la misma?"



CONCEJO DE BOGOTÁ 28-06-2019 10:45:14
 Al Contestar Cite Este Nr.:2019IE9347 O 1 Fol:1 Anex:0
ORIGEN: Origen Sd 367 - DIRECCION JURIDICA/MOGOLLON ZUNIGA ARLEZ DO
DESTINO: DIRECCION FINANCIERA/LATORRE MARIÑO MILTON JAVIER
ASUNTO: CONCEPTO SOBRE PRIMA DE ANTIGUEDAD
OBS: PROY CESAR DELGADO

 CONCEJO DE BOGOTÁ, D.C.	PROCESO GESTIÓN JURÍDICA	CÓDIGO: GJR-FO-001
	CONCEPTO JURÍDICO	VERSIÓN: 01
		VIGENCIA: 13-Jun-2019
		PÁGINA 2 DE 7

2. PROBLEMA JURÍDICO

Se determinará si es procedente el reconocimiento y pago retroactivo de la prima de antigüedad a aquellos servidores que prestaron el servicio militar, a quienes la Corporación no se las reconoció al cumplir 3 años de servicio en la administración.

3. CONSIDERACIONES

A efectos de dar respuesta al problema jurídico planteado se abordarán los siguientes temas: i) Regulación de la prima de antigüedad, ii) Tiempo de servicio militar para cómputo de la prima de antigüedad y iii) Prescripción de derechos laborales.

i) Regulación de la prima de antigüedad:

La prima de antigüedad fue establecida mediante el Acuerdo Distrital 6 de 1986 que dispuso:

"Artículo 10. A partir del primero (1) de enero de mil novecientos ochenta y siete (1987) la Administración Distrital pagará a los empleados de las dependencias de que trata el artículo primero una prima de antigüedad así:

- *Más de cuatro (4) y hasta nueve (9) años consecutivos en la administración Central, el 3% de la asignación básica mensual.*
- *Más de nueve (9) y hasta catorce (14) años consecutivos en la Administración Central, el 5% de la asignación básica mensual.*
- *Más de catorce (14) años consecutivos en la Administración Central, el 7% de la asignación mensual.*

PARÁGRAFO. La prima de que trata este Artículo no excluye la aplicación de las ya existentes."

Dado que el artículo que se acaba de citar estableció la prima de antigüedad para los empleados de las dependencias indicadas en el artículo 11 de esa misma norma, es decir, para los empleados de Alcaldía Mayor, Secretarías y Departamentos Administrativos, Personería, Contraloría y Tesorería, debe tenerse en cuenta que en aquel entonces el Acuerdo 6 de 1985² contemplaba al Concejo de Bogotá como parte de la administración central, estatus que fue posteriormente ratificado por el párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo 5 de 1988, en los siguientes términos:

"Párrafo 1. La Administración Central comprende: El Concejo la Personería, la Contraloría y la Tesorería, la Alcaldía Mayor, las Secretarías, el Servicio de Salud de Bogotá, los Departamentos Administrativos y los Fondos Rotatorios de estas dependencias."

¹ Artículo 1. La clasificación, remuneración y nomenclatura que por el presente Acuerdo se establece para la vigencia presupuestal de 1987, regirá para los empleados públicos que se desempeñan en las distintas series, clases y grados de empleos de la Alcaldía Mayor, Secretarías y Departamentos Administrativos. La Personería, Contraloría, y Tesorería conservan la nomenclatura vigente.

² Artículo 3. Administración Central. La expresión "Administración Central" comprende: el Concejo y sus organismos, la Personería, la Contraloría y la Tesorería, la Alcaldía Mayor, las Secretarías, los Departamentos Administrativos y los Fondos Rotatorios de estas dependencias.

 CONCEJO DE BOGOTÁ, D.C.	PROCESO GESTIÓN JURÍDICA	CÓDIGO: GJR-FO-001
	CONCEPTO JURÍDICO	VERSIÓN: 01
		VIGENCIA: 13-Jun-2019
		PÁGINA 3 DE 7

De acuerdo a lo anterior, la prima de antigüedad se calcula por años consecutivos de servicio en la administración central, dentro de la que se incluye al Concejo de Bogotá, y se liquida de manera automática sobre la asignación básica mensual, a la cual se le aplica el porcentaje de 3%, 5% y 7%, dependiendo del tiempo de servicio que se lleve en la administración.

ii) Tiempo de servicio militar para cómputo de la prima de antigüedad:

El artículo 216 de la Constitución Política establece que *"La Ley determinará las condiciones que en todo tiempo eximen del servicio militar y las prerrogativas por la prestación del mismo."* En desarrollo de este mandato constitucional, en el Título V de la Ley 48 de 1993³ se regularon los derechos, prerrogativas y estímulos de los colombianos, durante y después de la prestación del servicio militar.

Sobre esto último, se dispuso:

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; (...) (Subrayado fuera de texto).

No obstante, conviene precisar que esta disposición legal no constituye la génesis de la concesión de este tipo de derechos a los colombianos que prestaron el servicio militar, pues el artículo 101⁴ del Decreto 1950 de 1973 ya contenía una regulación similar.

Como bien puede deducirse de lo antes señalado, el computo del tiempo de servicio militar para efectos de cesantía, pensión y prima de antigüedad, es un derecho concedido por el legislador a los colombianos que prestaron el servicio militar.

Este derecho, concedido mediante Ley de la República a los colombianos que prestaron el servicio militar, como lo señaló la Corte Constitucional⁵ al revisar otro artículo de la Ley 48 de 1993, *"... es justo, pues se premia a las personas que le han prestado un servicio al país. Los altos valores fundantes del Estado colombiano, consagrados en el Preámbulo y los artículos iniciales de la Carta, encuentran expresión en esta norma. Si un colombiano le ha prestado servicio al país, tiene derecho a gozar de prerrogativas..."*

³ La ley 48 de 1993 fue derogada por la Ley 1861 de 2017, sin embargo, el artículo 45 de esta última contiene una regulación similar:

Artículo 45. Derechos 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, pensión de invalidez, asignación de retiro y prima de antigüedad en los términos de la ley, (...)

⁴ Artículo 101. El tiempo de servicio militar será tenido en cuenta para efectos de cesantía, pensión de jubilación o de vejez y prima de antigüedad, en los términos de la ley.

⁵ Sentencia C-058 de 1994.

 CONCEJO DE BOGOTÁ, D.C.	PROCESO GESTIÓN JURÍDICA	CÓDIGO: GJR-FO-001
	CONCEPTO JURÍDICO	VERSIÓN: 01
		VIGENCIA: 13-Jun-2019
		PÁGINA 4 DE 7

A este respecto, han de tenerse en cuenta los eventuales tiempos a reconocer por este concepto de acuerdo a lo dispuesto por el legislador. La derogada Ley 48 de 1993⁶ estableció el tiempo de servicio militar de acuerdo a la modalidad de prestación, así: a) soldado regular, de 18 a 24 meses; b) soldado bachiller, durante 12 meses; c) auxiliar de policía bachiller, durante 12 meses y d) soldado campesino, de 12 hasta 18 meses. Por su parte, la vigente Ley 1861 de 2017⁷ señala que el servicio militar obligatorio tendrá una duración de 18 meses, salvo para los bachilleres para los que será de 12 meses.

Para el caso de la prima de antigüedad, las entidades del Estado en las que exista este elemento salarial, tienen el deber de incluir el tiempo de servicio militar para efectos del cómputo del tiempo de servicio exigido para su reconocimiento, pues al tratarse de un derecho de los reservistas que se hace exigible en el ejercicio de la función pública, correlativamente constituye una obligación para las entidades estatales, que como el Concejo de Bogotá, tienen a su cargo administración de personal.

iii) Prescripción de derechos laborales.

La figura jurídica de la prescripción en materia laboral tiene su regulación propia en el derecho privado en los artículos 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social⁸ y 488 del Código Sustantivo del Trabajo⁹, que al respecto señalan:

"Artículo 151. Prescripción. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible."

"Artículo 488. Regla General. Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto."

No obstante, tratarse de regulaciones contenidas en estatutos, en principio aplicables a los trabajadores del sector privado, la jurisprudencia de las altas cortes ha sido unánime en señalar que tal término de prescripción también cubre a los trabajadores del sector público, dado el contenido comprensivo del término "leyes sociales". En efecto la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 14 de agosto de 2012, proferida dentro de la radicación 41.522, señaló:

"Ahora bien, la precisión normativa precedente impone aclarar que también es acertado elucidar el asunto en los términos del artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, porque tal y como lo explica la jurisprudencia de la Corte Constitucional¹ y la del Consejo de Estado², cuando esa disposición se refiere a la prescripción trienal de los derechos que emanen de las "leyes sociales", debe entenderse que cubre también a los servidores públicos, pese a que su régimen laboral esté previsto en sus propios estatutos, porque esas leyes, - las sociales-, abarcan el tema laboral, sin importar el status de trabajador oficial o de empleado público."

⁶ Artículo 13.

⁷ Artículo 13.

⁸ Decreto Ley 2158 de 1948.

⁹ Decreto Ley 2663 de 1950.

 CONCEJO DE BOGOTÁ, D.C.	PROCESO GESTIÓN JURÍDICA	CÓDIGO: GJR-FO-001
	CONCEPTO JURÍDICO	VERSIÓN: 01
		VIGENCIA: 13-Jun-2019
		PÁGINA 5 DE 7

En efecto, dijo la Corte Constitucional en la sentencia C-745 del 6 de octubre de 1999, en referencia al artículo 4º del C.S.T. de cuyo contenido emana que las disposiciones contenidas en esa codificación no se aplican a los servidores públicos, concretamente en lo que al fenómeno de la prescripción corresponde, lo siguiente:

«(...) Sin embargo, ese razonamiento no es de recibo, como quiera que el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral expresamente señala el término de prescripción para 'las acciones que emanen de las leyes sociales'. Así pues, las leyes sociales no sólo son aquellas que rigen relaciones entre particulares, sino que son las normas que regulan el tema laboral, por lo que es una denominación referida a la relación de subordinación entre patrono y trabajador y no a su status.

"En efecto, la interpretación que, en reiteradas oportunidades, ha realizado el Consejo de Estado, también sostiene que el término de prescripción para el cobro de salarios e indemnizaciones por accidentes de trabajo para los trabajadores al servicio del Estado es el que consagran los artículos 488 del CST, 151 del CPL y 41 del Decreto 3135 de 1968, esto es, un término de tres años para todos los casos, pues 'la prescripción establecida en el citado artículo 151 [del Código de Procedimiento Laboral] se refiere a las acciones que emanen de las leyes sociales, en un sentido general, lo que quiere decir que comprende no sólo las acciones que se refieren a los trabajadores particulares sino también a los que amparan a los servidores oficiales».

Aclarada la aplicación de la prescripción trienal a los derechos laborales de los servidores públicos, no puede perderse de vista que al igual que toda prescripción, esta solo empieza a correr una vez el derecho es exigible, así mismo, su interrupción se produce por un término igual a partir de la presentación de la correspondiente reclamación¹⁰.

En ese escenario, el reconocimiento del tiempo del servicio militar para efectos de la prima de antigüedad "... 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."¹¹.

4. CONCLUSIONES

Bajo las anteriores consideraciones, esta Dirección procede a atender las respuestas formuladas, así:

¿Sería procedente, teniendo el derecho, reconocer la prima de antigüedad con retroactividad como lo solicita el servidor público?

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda. Radicación: 150012333000201300718 01 (1218-2015) Sentencia 00718 del 2 de febrero de 2017.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Radicación: 11001-03-06-000-2001-01397-00(1397). Concepto del 24 de julio de 2002.

 CONCEJO DE BOGOTÁ, D.C.	PROCESO GESTIÓN JURÍDICA	CÓDIGO: GJR-FO-001
	CONCEPTO JURÍDICO	VERSIÓN: 01
		VIGENCIA: 13-Jun-2019
		PÁGINA 6 DE 7

Las entidades estatales están en la obligación de tener en cuenta el tiempo de servicio militar para efectos del cómputo del tiempo de servicio exigido para el reconocimiento de la prima de antigüedad, siempre y cuando sobre dicho derecho, establecido en el literal a) del artículo 40 de la Ley 48 de 1993 (hoy literal a) del artículo 45 de la Ley 1861 de 2017), no haya operado el fenómeno jurídico de la prescripción, el cual comienza a correr a partir del ingreso del reservista a la administración pública. En todo caso no puede perderse de vista el tiempo efectivo de prestación del servicio militar, que de acuerdo a la época en que se cumplió con esta obligación legal puede ir de 12 a 24 meses, dependiendo de la modalidad del servicio.

En el caso del funcionario que prestó el servicio militar por 12 meses, esto le da el derecho al reconocimiento de la prima de antigüedad al cumplir 3 años de servicio, por lo que es a partir de esa fecha, momento en el que adquiere el derecho¹², cuando comienza a correr el término de los 3 años de prescripción, luego el funcionario tendrá hasta el día anterior a cuando cumpla 6 años de servicio, para solicitar que se le tenga en cuenta su tiempo de servicio militar para la prima de antigüedad, so pena de que le prescriba su derecho. En todo caso la administración deberá reconocerle la prima de antigüedad de manera retroactiva, desde cuando el funcionario adquirió el derecho, sin perjuicio de que la solicitud sea posterior.

¿Se debe aplicar el artículo 45 de la Ley 1861 de 2017 en concordancia con el artículo 40 de la Ley 48 de 1993, es decir, al cumplir los tres (3) años de servicio en la Corporación, más un (1) año de servicio militar, para el reconocimiento de la prestación social automáticamente, o debe mediar solicitud del funcionario para proceder al reconocimiento de la misma?

Dado que fue el legislador en desarrollo del artículo 216 constitucional, quien consagró como un derecho de aquellas personas que prestan el servicio militar que el tiempo de servicio militar les sea computado en todas las entidades del Estado de cualquier orden, para efectos de, entre otros, la prima de antigüedad, se trata de una obligación en cabeza de todas las entidades en las que existe este elemento salarial, quienes deben reconocerle automáticamente este derecho, pues al tratarse de un tiempo computable para la prima de antigüedad, debe seguir la misma suerte de esa prestación, la cual se reconoce por la administración sin que medie solicitud del funcionario. Desde luego que para que ello ocurra, la administración debe contar con la respectiva libreta militar de primera clase¹³

¹² Tratándose de modalidades del servicio militar que tienen un tiempo de prestación superior a 12 meses, el momento en el que se adquiere el derecho a la prima de antigüedad, si se trata de servicio militar de 18 meses, será a los 2,5 años de ingreso a la administración pública o los 2 años, si es servicio militar de 24 meses. Desde luego que en esos casos, será a partir de esas fechas en que comienza el término de prescripción.

¹³ Ley 1861 de 2017. Artículo 36. *Tarjeta de Reservista Militar o Policial de Primera Clase.* Es el documento con el cual se comprueba que el ciudadano definió su situación militar mediante la prestación del servicio militar obligatorio en las Fuerzas Militares o la Policía Nacional, o por haber aprobado las fases de instrucción en los Establecimientos Educativos con orientación militar o policial. La tarjeta de reservista de primera clase será expedida por la Dirección de Reclutamiento y Control Reservas de cada Fuerza.

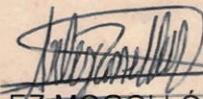
 CONCEJO DE BOGOTÁ, D.C.	PROCESO GESTIÓN JURÍDICA	CÓDIGO: GJR-FO-001
	CONCEPTO JURÍDICO	VERSIÓN: 01
		VIGENCIA: 13-Jun-2019
		PÁGINA 7 DE 7

donde consta la modalidad del servicio, documento legalmente exigible para ocupar cargos públicos al ser demostrativo de la definición de la situación militar¹⁴.

Así las cosas, para el caso concreto, el reconocimiento de la prima de antigüedad se debió efectuar cuando el funcionario cumplió 3 años ininterrumpidos de servicio, deber que obvió la administración, pues solo lo hizo cuando cumplió 4 años de servicio, por lo que, dada la solicitud oportuna del funcionario, es viable efectuar el reconocimiento y pago retroactivo de la prima de antigüedad desde el 4 de febrero de 2018¹⁵.

Este concepto se emite bajo el alcance previsto en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015 por lo que no es de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Cordialmente,



ARLEZ MOGOLLÓN ZUÑIGA
Director Jurídico

Proyectó: Ángel Borda - Asesor de Mesa 

¹⁴ Ibid. Artículo 42. Acreditación de la situación militar para el trabajo. La situación militar se deberá acreditar para ejercer cargos públicos, trabajar en el sector privado y celebrar contratos de prestación de servicios como persona natural con cualquier entidad de derecho público.

Sin perjuicio de la obligación anterior, las entidades públicas o privadas no podrán exigir al ciudadano la presentación de la tarjeta militar para ingresar a un empleo. Las personas declaradas no aptas, exentas o que hayan superado la edad máxima de incorporación a filas podrán acceder a un empleo sin haber definido su situación militar. Sin embargo, a partir de la fecha de su vinculación laboral estas personas tendrán un lapso de dieciocho (18) meses para definir su situación militar. En todo caso, no se podrán contabilizar dentro de los dieciocho (18) meses, las demoras que no le sean imputables al trabajador.

Los ciudadanos que accedan a los beneficios previstos en el presente artículo, deberán tramitar ante las autoridades de reclutamiento una certificación provisional en línea que acredite el trámite de la definición de la situación militar por una única vez, que será válida por el lapso de tiempo indicado anteriormente.

¹⁵ Casos similares pueden consultarse, entre otros, en los Conceptos 2012-EE3060 del 26-11-2012, 2015-EE-2629 del 04-11-2015 del Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital.

