

1200000 - 200641

Bogotá D.C. 20 OCT. 2015

URGENTE

ASUNTO: Radicado ID 72239 de 2015
Laboral individual- Servicio Militar

Respetado (a) Señor (a):

De manera atenta damos respuesta a su comunicación radicada con el número del asunto, mediante la cual consulta sobre la normatividad aplicable a los los trabajadores que som incorporado al servicio militar y sobre despido con justa causa, para lo cual le indicamos lo siguiente:

En primer lugar, le indicamos que una de las funciones de esta Oficina es la de absolver de **modo general** las consultas escritas que se formulen sobre la interpretación y aplicación de las normas de la legislación colombiana sin que le sea posible pronunciarse de manera particular y concreta por disposición legal, por tal razón la respuesta a su solicitud se dará en tal sentido.

Causales de despido

Al respecto, nos permitimos señalar que para la terminación del vínculo laboral, el empleador puede alegar la presencia de cualquiera de las justas causas, las cuales fueron establecidas de forma taxativa por el Artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, siendo las siguientes:

“Terminación del contrato por justa causa.

a) Por parte del patrono:

- 1. El haber sufrido engaño por parte del trabajador, mediante la presentación de certificados falsos para su admisión o tendientes a obtener un provecho indebido.*
- 2. Todo acto de violencia, injuria, malos tratamientos o grave indisciplina en que incurra el trabajador en sus labores, contra el patrono, los miembros de su familia, el personal directivo o los compañeros de trabajo.*
- 3. Todo acto grave de violencia, injuria o malos tratamientos en que incurra el trabajador fuera del servicio, en contra del patrono, de los miembros de su familia, o de sus representantes o socios, jefes de taller, vigilantes o celadores.*
- 4. Todo daño material causado intencionalmente a los edificios, obras, maquinarias materias primas, instrumentos y demás objetos relacionados con el trabajo, y toda grave negligencia que ponga en peligro la seguridad de las personas o de las cosas.*

5. *Todo acto inmoral o delictuoso que el trabajador cometa en el taller, establecimiento o lugar de trabajo o en el desempeño de sus labores.*
6. *Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos.*
7. *La detención preventiva del trabajador por más de treinta (30) días, a menos que posteriormente sea absuelto; o el arresto correccional que exceda de ocho (8) días, o aún por un tiempo menor, cuando la causa de la sanción sea suficiente por sí misma para justificar la extinción del contrato.*
8. *El que el trabajador revele los secretos técnicos o comerciales o dé a conocer asuntos de carácter reservado, con perjuicio de la empresa.*
9. *El deficiente rendimiento en el trabajo en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores análogas, cuando no se corrija en un plazo razonable, a pesar del requerimiento del patrono.*
10. *La sistemática inejecución, sin razones válidas, por parte del trabajador, de las obligaciones convencionales o legales.*
11. *Todo vicio del trabajador que perturbe la disciplina del establecimiento.*
12. *La renuencia sistemática del trabajador a aceptar las medidas preventivas, profilácticas o curativas, prescritas por el médico del patrono o por las autoridades para evitar enfermedades o accidentes.*
13. *La ineptitud del trabajador para realizar la labor encomendada.*
14. *El reconocimiento al trabajador de la pensión de jubilación o invalidez estando al servicio de la empresa.*
15. *La enfermedad contagiosa o crónica del trabajador, que no tenga carácter de profesional, así como cualquiera otra enfermedad o lesión que lo incapacite para el trabajo, cuya curación no haya sido posible durante ciento ochenta (180) días. El despido por esta causa no podrá efectuarse sino al vencimiento de dicho lapso y no exime al patrono de las prestaciones e indemnizaciones legales y convencionales derivadas de la enfermedad.*

De la citada norma, es pertinente advertir que la decisión respecto de la situación del trabajador corresponderá única y exclusivamente al empleador, la cual deberá adoptarse en derecho y con observancia plena de las disposiciones que rigen en materia laboral.

En cualquiera de las causales citadas el empleador debe demostrar la ocurrencia de la misma y no solo alegarla, lo que en el caso consultado implica demostrar en cuál de las causales fundamenta su despido para que no se constituya en ilegal y dé lugar al pago de la indemnización contemplada por el artículo 64 del Código Sustantivo.

Así las cosas, debe tenerse en cuenta que a pesar de que se llegare a presentar una justa causa de despido, el empleador está obligado a la terminación del contrato de trabajo de efectuar la liquidación, esto es, el pago de salarios debidos, prestaciones sociales (prima de servicios, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías), vacaciones, indemnizaciones si se causaron, y adicionalmente debe informar al trabajador el estado de cuenta de los pagos a la seguridad social y parafiscales. Así mismo, está obligado a manifestar al trabajador los motivos concretos y específicos por los cuales está dando por terminado con justa causa su contrato de trabajo.

Trabajador que es solicitado para prestar servicio militar

El numeral 5° del Artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el Artículo 4° de la Ley 50 de 1990, establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 51. Suspensión. El contrato de trabajo se suspende:

- 1. Por fuerza mayor o caso fortuito que temporalmente impida su ejecución.*
- 2. Por la muerte o inhabilidad del empleador, cuando éste sea una persona natural y cuando ello traiga como consecuencia necesaria y directa la suspensión temporal del trabajo.*
- 3. Por suspensión de actividades o clausura temporal de la empresa, establecimiento o negocio, en todo o en parte, hasta por ciento veinte (120) días por razones técnicas o económicas u otras independientes de la voluntad del empleador, mediante autorización previa del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. De la solicitud que se eleve al respecto el empleador deberá informar en forma simultánea, por escrito, a sus trabajadores.*
- 4. Por licencia o permiso temporal concedido por el empleador al trabajador o por suspensión disciplinaria.*
- 5. Por ser llamado el trabajador a prestar servicio militar. En este caso el empleador está obligado a conservar el puesto del trabajador hasta después de terminación del servicio. Dentro de ese término el trabajador puede reincorporarse a sus tareas, cuando lo considere conveniente, y el empleador está obligado a admitirlo tan pronto como éste gestione su reincorporación. (negrilla fuera de texto)***

(...)

En virtud de lo anterior, cuando el trabajador es llamado a prestar el servicio militar obligatorio se suspende el contrato de trabajo, entonces, se interrumpe para el trabajador la obligación de prestar el

servicio prometido y para el empleador la de pagar el salario, sin perjuicio de las obligaciones surgidas con anterioridad.

En lo relativo a las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social Integral durante la suspensión de un contrato de trabajo, debe indicarse que el artículo 71 del Decreto 806 de 1998, señala:

“En los períodos de huelga o suspensión temporal del contrato de trabajo por alguna de las causales contempladas en el artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo, no habrá lugar al pago de aportes por parte del afiliado, pero si de los correspondientes al empleador los cuales se efectuarán con base en el último salario base reportado con anterioridad a la huelga o a la suspensión temporal del contrato” (Se subraya)

A pesar que el Decreto 806 de 1998 ordena efectuar el aporte al Sistema General de Seguridad Social en Salud, correspondiente al empleador, es decir 8.5 % del Salario Base de Cotización, la ley 48 de 1993, por la cual se reglamenta el servicio de Reclutamiento y Movilización, establece en el artículo 39:

“ARTICULO 39. Durante la prestación del servicio militar. Todo colombiano que se encuentre prestando el servicio militar obligatorio en los términos que establece la ley, tiene derecho:

a) Desde al día de su incorporación hasta la fecha del licenciamiento, tendrá derecho a ser atendido por cuenta del Estado, en todas sus necesidades básicas atinentes a salud, alojamiento, alimentación, vestuario, bienestar y disfrutará de una bonificación mensual. Al momento de su licenciamiento, se proveerá al soldado regular y campesino, de una dotación de vestido civil; (...) (Se subraya)

De igual forma, el decreto 1795 de 2000, por el cual se estructura el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, consagra en el numeral segundo del literal b) del artículo 23:

“Artículo 23. AFILIADOS. Existen dos (2) clases de afiliados al SSMP: (...)

b) Los afiliados no sometidos al régimen de cotización: (...)

2. Las personas que se encuentren prestando el servicio militar obligatorio.”

Teniendo en cuenta que el trabajador al acudir a prestar su servicio militar obligatorio será atendido por cuenta del Estado en todas sus necesidades básicas atinentes a salud mediante el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, es innecesario que el empleador pague el aporte a su

cargo con el fin que la Entidad Promotora de Salud, asuma el servicio de salud durante el tiempo que perdure la suspensión del contrato de trabajo.

A partir de la causal de suspensión en análisis, el artículo 255 del Código Sustantivo de Trabajo, afirma:

“ARTICULO 255. TRABAJADORES LLAMADOS A FILAS. Los trabajadores que entren a prestar servicio militar, por llamamiento ordinario o en virtud de convocatoria de reservas, tienen derecho a que se les liquide y pague parcial y definitivamente el auxilio de cesantía, cualquiera que sea el tiempo de trabajo y sin que se extinga su contrato conforme a lo dispuesto en el ordinal 5o. del artículo 51.” (Subrayado fuera de texto)

Debido que la normatividad laboral únicamente autoriza la liquidación definitiva del auxilio de cesantías, el empleador deberá liquidar y pagar exclusivamente la presente prestación patronal.

De otra parte, teniendo en cuenta que el tiempo durante el cual una persona presta el servicio militar es un tiempo efectivamente servido a la patria, que se presta con anterioridad al reconocimiento de una pensión, dicho tiempo debe tenerse en cuenta para efectos de la liquidación de la pensión, en los términos del literal f del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que dispone lo siguiente:

“ f. Para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes, se tendrán en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos, cualquiera sea el número de semanas cotizadas o el tiempo de servicio.” (Se subraya)

En este orden de ideas y de conformidad con la anterior disposición, es evidente que el tiempo durante el cual el servidor prestó servicio militar obligatorio, es computable para efecto del cumplimiento del requisito de tiempo de servicio para pensión.

En materia de riesgos profesionales, debido que el tiempo en que dura suspendido el contrato de trabajo no existe una prestación efectiva del servicio contratado y por ende no se paga remuneración, no hay lugar a que se efectúe las cotizaciones al Sistema General de Riesgos Laborales.

Finalmente le indicamos que el empleador no necesita solicitar autorización previa a este Ministerio para suspender el contrato de un trabajador que es incorporado al servicio militar.

La presente consulta se absuelve en los términos del Artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, en virtud del cual los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento, constituyéndose simplemente en un criterio orientador.

Cordialmente,

[ORIGINAL FIRMADO]

ZULLY EDITH AVILA RODRIGUEZ
Coordinadora Grupo Interno de Trabajo de
Atención de Consultas en Materia de Seguridad Social Integral

Proyectó: Karen D. 16/10/15
Revisó: Ligia R.
Aprobó: Zully A.