

## Las Cesantías

Por:

Jesús Amaya Alzate

Abogado de la Universidad de Medellín

Licenciado en Educación de la Universidad de Antioquia

Docente del Área de Derecho del CEIPA

Cesantía, según la mayoría de los diccionarios, es "el estado en que se encuentra el "cesante". Y cesante, es "quien ha perdido el empleo".

En la legislación colombiana, "la cesantía" es un auxilio que el trabajador recibe de su empleador, a raíz de que el primero se ha quedado sin empleo, bien por decisión personal del trabajador o por decisión del mismo empleador o de un juez. La Ley 10 de 1934 estableció por primera vez en Colombia el contrato de trabajo y, además, creó el llamado "auxilio de cesantía", pero ambos solamente para trabajadores particulares.

El auxilio de cesantía para la época de la Ley 10 de 1934 tenía un carácter de indemnización, ya fue solamente se pagaba al trabajador que fuera despedido. Posteriormente, la Ley 6a. de 1945 trae el auxilio de cesantía como una prestación social que debía pagarse a todos los trabajadores particulares que se desvincularan del trabajo, sin importar la causa. Más adelante, la Ley 65 de 1946, amplió el derecho de auxilio de

cesantía a los empleados oficiales para los cuales tendría vigencia a partir del 1º. De enero de 1942.

En esta forma continuaron las cosas, hasta la expedición del Código Sustantivo del Trabajo en 1950, en el cual se consagró tal prestación social, la cual ha sufrido algunas modificaciones hasta llegar a la Ley 50 de 1990.

La regla general, de acuerdo con el artículo 249 del Código Laboral, es que todo empleador está obligado a pagar a sus trabajadores, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios, y proporcionalmente por fracciones de año.

No obstante, de acuerdo con el artículo 251 del mismo Código, hay excepciones a la regla general, ya que ella no se aplica a la industria puramente familiar, a los trabajadores accidentales o transitorios, y a los artesanos que, trabajando personalmente en su establecimiento, no ocupen más de cinco trabajadores permanentes extraños a la familia.

La legislación anterior también se refería a la llamada "cesantía restringida", porque para los trabajadores del servicio doméstico, los de las empresas industriales de capital inferior a veinte mil pesos y los de empresas agrícolas, ganaderas o forestales de capital inferior a sesenta mil pesos, les asignaba un auxilio de cesantía equivalente a quince días de salario por cada año de servicios, y proporcionalmente por fracciones de año. Es decir, para tales trabajadores, el mencionado auxilio

solamente era de la mitad de lo que correspondía a los demás trabajadores.

No obstante, la Corte Constitucional, en sentencia del 16 de febrero de 1995 dejó sin ningún piso tal restricción en el auxilio de cesantía, por considerar que es inconstitucional. Entre otras consideraciones, la Corte Constitucional establece que, si "el servicio doméstico es un lujo, quienes lo disfrutan deben pagarlo en forma semejante a como se remunera a todos los trabajadores".

La "famosa Ley 50 de 1990" vigente a partir del primero de enero siguiente, cambió por completo el régimen de cesantía para los trabajadores privados. De acuerdo con dicha norma, la liquidación de cesantías se rige por tres sistemas, excluyentes entre sí, que son:

A. Sistema tradicional, que se les aplica a todos los trabajadores vinculados por contratos de trabajo que entraron a regir antes de la vigencia de la Ley 50 de 1990, siempre y cuando no se pasen "voluntariamente" al nuevo sistema.

Para liquidar el auxilio de cesantía, en este sistema, se toma como base el último salario mensual devengado por el trabajador, siempre y cuando no haya tenido ninguna modificación durante los tres meses finales.

Cuando el salario ha variado en los últimos tres meses, o cuando el salario siempre es variable, la liquidación del auxilio de cesantías se hace tomando como base lo devengado en los últimos doce meses, es decir,

en el último año de trabajo. Pero si el tiempo servido es inferior a un año, se toma la totalidad del tiempo trabajado.

B. Otro sistema de liquidación del auxilio de cesantía es el que trae "como novedad", la ley 50 de 1990, novedad al menos para los trabajadores particulares (pues ya existía para algunos trabajadores del Estado).

De acuerdo con esta Ley, este sistema se aplica solamente a los trabajadores que se vincularon a una empresa a partir de la vigencia de la Ley 50 de 1990, es decir, a partir del 1 o. de enero de 1991.

Según él, cada año se debe liquidar el auxilio de cesantía de cada trabajador siguiendo las normas ya vistas sobre la exigencia de que el salario no varíe en los últimos tres meses.

Es decir, con este sistema, cada año se le hace una liquidación al trabajador con base en lo devengado en el año calendario (enero 1o. a diciembre 31). El valor, de acuerdo con la Ley 50 de 1990, se le debe consignar a cada trabajador en el fondo de cesantías que el mismo trabajador haya escogido.

De acuerdo con el Decreto Ley No. 663 de 1993, todo trabajador particular vinculado mediante contrato de trabajo celebrado a partir del 1 o. de enero de 1991, debe afiliarse a un fondo de cesantías, administrado por una sociedad debidamente autorizada por la Superintendencia. Esto significa que quienes ingresaron a trabajar a partir del 1o. de enero del

91 no tienen ninguna opción para "escoger" el sistema de liquidación de cesantía; simplemente pueden seleccionar el fondo al cual se pueden afiliar.

La misma norma establece la prohibición de afiliarse a más de un fondo de cesantías por cada contrato de trabajo y con un mismo empleador. Esto significa que quien tenga más de un contrato o más de un empleador, teóricamente, se podría afiliar a diferentes fondos de Cesantías, uno por cada empleador. Pero no a varios Fondos si trabaja con un solo empleador.

El empleador debe consignar en el fondo escogido por el trabajador, y antes del 15 de febrero de cada año, la cesantía liquidada a 31 de diciembre de cada año. En caso de que el trabajador no escoja ningún fondo, el empleador hace la consignación en el fondo que estime conveniente. Los trabajadores no tienen que llenar ninguna solicitud de ingreso al fondo de cesantías, ya que la sola consignación hecha por el empleador es tenida como una solicitud de ingreso al fondo. Una vez afiliado un trabajador a determinado fondo de cesantías, puede cambiarse a otro, para lo cual dará el aviso correspondiente al empleador. Sin embargo, deberá tramitar con el Fondo en el cual se encuentra afiliado su traslado de cesantía al nuevo fondo escogido.

Los trabajadores vinculados mediante contrato de trabajo celebrado antes de la vigencia de la Ley 50 de 1990, pueden "pasarse" al nuevo régimen de esta ley, para lo cual bastará con que envíen un oficio a su empleador en el cual le manifiesten su deseo.

Desde un punto de vista personal, el nuevo sistema (Ley 50/90) es malo para los trabajadores y muy bueno para las empresas. Por eso, éstas estuvieron (y todavía están) ofreciendo bonificaciones en dinero a los trabajadores que "voluntariamente" se acogieran a la Ley 90 de 1990. Inclusive, no fueron pocos los casos en que los trabajadores, debidamente asesorados, se negaron a acogerse al nuevo sistema y las empresas los despidieron unilateralmente, y los indemnizaron como determina la ley para estos casos. Claro está que en no pocos casos, la indemnización la pagaron con la bonificación que el trabajador no quiso recibir porque se negó a pasarse al nuevo sistema.

También es claro que esta medida se pudo y se puede tomar con trabajadores que cuando entró en vigencia la Ley 50 de 1990, no habían completado diez años de vinculación seguida a la empresa en que trabajan, porque quienes ya habían superado esa barrera de los diez años, la Ley los ampara en el sentido de conservarles la llamada acción de reintegro", consistente en que si a un trabajador que superó (antes de la Ley 50/90) los diez años en la misma empresa, lo despiden injustamente, él puede demandar ante Juez Laboral para que lo reintegre al cargo, y, en dicho caso, renuncia a la indemnización que le pudiera corresponder.

En cuanto al paso a la nueva legislación por trabajadores que venían vinculados antes de la vigencia de la Ley 50, se han producido algunos casos dignos de tener en cuenta:

- a. Algunos se pasaron voluntariamente, por lo cual, generalmente, recibieron una bonificación, que dependía del tiempo trabajado hasta el momento de aceptar el paso al nuevo régimen.
- b. Otros aceptaron llegar a una conciliación con la empresa, recibir la indemnización y firmar un nuevo contrato. Cuando se dieron cuenta que el nuevo contrato estaba bajo el nuevo régimen, demandaron, y el resultado fue que los jueces, e inclusive la Corte Suprema de Justicia, encontró que "efectivamente" el contrato anterior había terminado cuando se aceptó la conciliación y se firmó uno nuevo, perdiendo, por lo tanto, la antigüedad.
- c. Otros, no pocos, se negaron rotundamente a pasarse al nuevo sistema. Algunas empresas los despidieron porque no habían cumplido los diez años al aparecer la Ley 50/90, aunque los indemnizaron por despido injusto.
- d. Otros, que ya habían pasado la barrera de los diez años, cuando entró en vigencia la Ley 50/90, es decir, que ya tenían más de diez años en Enero 1o. de 1991, y que se negaron a pasarse al nuevo sistema de liquidación de la cesantía, comenzaron un "viacrucis", porque las empresas tomaron como represalia la determinación de no subirles el salario cuando les aumentaban a los demás trabajadores, especialmente si no existía convención colectiva de trabajo que les obligara a mejorarlos cada año.

Precisamente, a raíz de la negativa de algunos empleadores a aumentar los salarios de sus trabajadores que no se acogieron a la Ley 50 de 1990, se han producido algunas decisiones judiciales, inclusive contradictorias. No obstante, parece que la última posición de la Corte Constitucional está plasmada en una sentencia de revisión de tutela (Sentencia T-276 de Junio 3 de 1997, Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo). Según la cual: "En realidad, en una economía inflacionaria, la progresiva pérdida del poder adquisitivo de la moneda causa necesariamente la disminución real de los ingresos de los trabajadores, en la medida en que, año por año, permanezcan inmodificados sus salarios..."

Y más adelante agrega: "Pero si, además, la unilateral decisión del empleador en el sentido de mantener su negativa a todo aumento salarial, sólo cobija a unos determinados trabajadores en razón de no haberse acogido al régimen legal que él desea imponerles, vulnera de manera flagrante, como en este caso, el derecho a la igualdad y la autonomía de los empleados, quienes deben poder optar libremente, como lo dispone, para la materia de análisis, la Ley 50 de 1990".