

Auxilio de Cesantía en el Sector Privado Colombiano

Dr. Emiliano Sierra Coymat

INTRODUCCION

El objetivo específico de esta monografía sustitutiva de tesis es arrojar un poco de luz sobre un tema muy particularizado y a la vez de mucha importancia y trascendencia dentro del Derecho Laboral Colombiano cual es el de la Cesantía. Advertimos que nuestros apuntes versan únicamente sobre la aplicación de la prestación en mención, referida al campo del sector privado.

Para lograr la meta propuesta hemos creído pertinente y de una mayor conveniencia dividir la exposición en dos partes fundamentales: en la primera sentamos los lineamientos sistemáticos del auxilio de Cesantía. Son ellos: la definición, su naturaleza jurídica y un breve enfoque de los principales antecedentes legislativos de dicho auxilio en nuestro medio.

Esta primera parte es nuestro punto de partida y en base a ella es como hemos estructurado la segunda, la cual trata sobre el estudio de la Cesantía en el derecho positivo Colombiano, a partir de su consagración en el capítulo VII del título VIII de nuestro Código Sustantivo del Trabajo. La segunda parte es la más importante, pues los temas que en ella se explican son de una continua y permanente aplicación en el terreno del Derecho Social Colombiano, y constituye, por así decirlo, el cuerpo de la investigación.

El segundo capítulo lo hemos dividido en los siguientes numerales:

1. Consagración Legislativa del artículo 249 del Código Sustantivo del Trabajo.
2. Limitaciones y excepciones al citado artículo.
3. Pérdida de la Cesantía y retención del auxilio.
4. Muerte del trabajador y Cesantía.
5. Cesantía especial: trabajadores de la construcción.

Queremos poner muy en claro la dificultad bibliográfica con que hemos tropezado al indagar sobre el tema. En nuestro país es muy poco lo que se ha escrito y publicado sobre la materia en cuestión. Además la doctrina, la jurisprudencia y la legislación extranjeras no nos han podido prestar ninguna ayuda porque el auxilio de cesantía es una institución autóctona, muy propia de nuestro derecho Colombiano el cual puede considerarse como uno de los iniciadores, de los precursores en la implantación de la referida prestación patronal.

Ejemplificando en países de mayor desarrollo económico que el nuestro, en los cuales los salarios devengados por los trabajadores son lo suficientemente altos para procurarles una relativa estabilidad personal y familiar, dichos Estados no se han visto en la necesidad de crear el auxilio susodicho. En cambio, en Colombia como la situación salarial es muy diferente y el régimen de sueldos tiene un común denominador: bajos, escasos, insuficientes, nuestra legislación social ha institucionalizado la cesantía con el fin de remediar en parte el problema económico de los asalariados.

En cuanto a la metodología empleada, nos hemos apartado del tradicional orden seguido por la doctrina y el Código Colombiano y lo hicimos adrede en gracia a una mayor sistematización de la materia, ya que utilizamos el método deductivo, partiendo de lo general- lineamientos sistemáticos- a lo particular- la Cesantía en el Derecho Positivo Colombiano- y dentro de este tema hemos particularizado aún más estudiando inicialmente los aspectos generales sobre la liquidación, el pago, el salario base, para concluir con el análisis de las limitaciones, excepciones, casos particulares de pago de auxilio, cesantía especial etc.

Finalmente reiteramos que nuestro trabajo se circunscribe al análisis de la Cesantía, en el sector privado nacional, por cuanto todas las normas reguladoras de ella en el Código Sustantivo del Trabajo, leyes y decretos posteriores, tienen su campo de aplicación en las relaciones laborales de carácter particular.

LINEAMIENTOS SISTEMATICOS DE LA CESANTIA

1. DEFINICION.

Nos define el diccionario de la Real Academia de la lengua, la palabra cesantía como: "Paga que, según las leyes, disfruta el empleado cesante en quien concurren determinadas circunstancias para poder percibirla. Cesante. Acción y efecto de dejar cesante a alguien."

De acuerdo a la anterior definición se requiere para poder percibir esa paga, que el trabajador cese en la prestación de su servicio. Es decir cuando el asalariado no tiene ningún vínculo laboral, cuando no se halle devengando ningún salario como su fuente principal de ingreso, por estar cesante en su trabajo, se hace acreedor al denominado auxilio de cesantía.

Nuestra legislación del trabajo, como una de las precursoras e iniciadoras en este campo, ha establecido este auxilio como una obligación que tiene todo patrono de cubrirle a su subordinado una suma determinada de dinero a la finalización de la relación laboral que cobija a ambas partes. Aparece expresamente consagrada en el artículo 249 del Código Sustantivo del Trabajo.

2. NATURALEZA JURIDICA.

Varias teorías y explicaciones se han formulado con el objeto de indagar sobre la naturaleza jurídica de una de las prestaciones sociales que se presentan con mayor frecuencia.

Entre ellas, la que considera a la cesantía como parte integrante del salario, que se causa en forma periódica y paulatina mientras el vínculo jurídico laboral subsista, ha sido la de mayor acogida en la jurisprudencia de nuestros tribunales y en la doctrina de nuestros principales tratadistas. Es la denominada tesis del "Salario Diferido".

Esta teoría considera que la cesantía no se diferencia en nada del salario, sino que precisamente hace parte de él, que es un verdadero salario con la variante de no pagársele a su acreedor hasta cuando el trabajador no finalice la prestación de sus servicios, bien por haber concluido su contrato de trabajo o por haber terminado la relación de trabajo que lo vinculaba con un patrono. Se trata de un salario cuyo pago se defiere, se prolonga, se dilata, hasta el cumplimiento de una situación que no es otra que la conclusión, la cesación de su fuerza de trabajo puesta al servicio de la empresa o del patrono, de quienes dependía económicamente.

Guillermo González Charry en su obra "Prestaciones Sociales del Sector Privado" nos explica la causa por la cual fué necesario establecer este auxilio. Nos dice el citado autor que la razón social para pagar la cesantía a la terminación del contrato, es la existencia de una tasa de salarios sumamente baja tanto en la empresa privada como en el sector oficial o público. Agrega González Charry que en países cuya tasa salarial es alta, salarios con los cuales el empleado ve bien retribuída su fuerza de trabajo, y además facilitan una mejor estabilidad personal y familiar no existe este auxilio, pero en naciones como la nuestra cuyo régimen salarial es muy exiguo, muy bajo y donde por la situación social y económica los jornales o los sueldos son necesariamente reducidos para las necesidades de los asalariados, es preciso favorecerlos con prestaciones o auxilios como la cesantía que en último término viene a constituirse en parte integrante del salario. (1).

Por lo tanto si en compensación por los bajos salarios que recibe el obrero o el empleado durante todo el tiempo en el cual presta sus servicios, al finalizar éstos recibe el trabajador su cesantía, ese dinero deberá considerarse como una parte integrante de su salario, puesto que es un derecho que adquiere el asalariado día por día y por ser un derecho adquirido no puede el empleador modificarlo, disminuirlo o no pagarlo a su libre arbitrio. Es una prestación que se va causando en una forma progresiva de acuerdo con el tiempo de duración de la relación de trabajo o del contrato de trabajo individual.

Si la cesantía se causa de una manera progresiva, quiere ello decir que el trabajador va adquiriendo día a día, el derecho a este auxilio. Otro aspecto muy diferente es la exigibilidad de su dinero, la cual se inicia cuando el empleado quedá cesante de su cargo o empleo. Ello porque la cesantía no la puede exigir el trabajador sino al momento de terminar su relación de trabajo con un empleador. Pero como su derecho se empezó a causar desde cuando cumplía con sus diarias obligaciones, se debe concluir que el trabajador iba adquiriendo un salario, el cual para poder hacerlo efectivo requería indispensablemente el retiro de su labor.

También en la consagración legislativa de esta prestación, se puede observar como impera el criterio de considerar este auxilio como un salario diferido. Pues si bien inicialmente él se reconocía a los empleados particulares que no fueran despedidos por mala conducta o que no se retiraran voluntariamente (ley 10 de 1934) y éstas causales implicaban tener estos pagos como una indemnización para los asalariados, posteriormente con la ley sexta de 1945 y especialmente desde la ley 65 de 1946 cuando la cesantía se debía pagar al trabajador "Cualquiera que sea la causa del retiro" se afianzó definitivamente la tesis de considerar este auxilio como un verdadero salario diferido.

(1) Cfr. González Charry, Guillermo. "Prestaciones Sociales del Sector Privado". Ed. Temis. Bogotá 1966 Pág. 52.

Vemos en las disposiciones citadas, la evolución, el cambio sufrido en el concepto de la prestación cesantía, porque si bien es cierto que inicialmente al aparecer en nuestra legislación en 1934, ella se pagaba con un criterio indemnizatorio, pues era necesario para cubrirla que el retiro del trabajador no fuera justo y entonces a manera de compensación o indemnización por su injusto retiro se le otorgaba al cesante el respectivo auxilio; luego con la ley 65 de 1946 se hizo a un lado la causa por la cual el trabajador dejaba de prestar sus servicios a un patrono y así cualquiera fuese el motivo de su despido en la labor que desempeñaba, el patrono estaba obligado a cubrirle sus cesantías, las cuales ese asalariado iba adquiriendo durante todo el tiempo en el cual prestó su fuerza de trabajo y a la terminación de la relación laboral que los vinculaba si podía hacer efectiva, sí podía exigir el pago completo de su prestación.

Los anteriores razonamientos nos llevan a concluir que la tesis del "Salario diferido" es la teoría que mejor y con más claridad nos explica la naturaleza jurídica de las cesantías.

Se han esbozado otras teorías que buscan explicar el punto que estamos analizando. Entre ellas tenemos las tesis que consideran a la cesantía como "Una indemnización", como "Un premio" o como "Un acto de liberalidad" del patrono.

La primera de ellas, que considera a la cesantía como una indemnización a cargo del empleador, tuvo su afianzamiento en la ley diez de 1934, que como vimos anteriormente, se requería un injusto despido del empleado para que éste se hiciera acreedor a las prestaciones. Doctrinariamente se la sostiene con el argumento de que al concluir la relación que vinculaba las partes, la Empresa debe otorgarle al trabajador su cesantía a manera de indemnización por la fuerza de trabajo, por el desgaste sufrido por el trabajador durante todo el tiempo en el cual desempeñó sus labores en la empresa. Se sostiene entonces que al asalariado se le debe reparar lo perdido en la prestación del servicio personal y a manera de compensación es obligatorio asignarle una retribución monetaria que le satisfaga al momento de cesar en su trabajo, la energía propia que invirtió durante todos el tiempo bajo el cual estuvo laborando con su patrono.

Se ha criticado esta posición porque la noción de indemnización se configura y supone una vinculación a la noción de daño y así se dice que a quién se le haya ocasionado un perjuicio, un daño, éste se le debe reparar con una indemnización que compense el percance ocasionado. Ello nos lleva a preguntarnos si el servicio personal prestado por el trabajador se podrá considerar como un daño?

No es posible considerar que la fuerza, la energía humana, puestas al servicio de una empresa sean algo perjudicial o dañino para los trabajadores. Al contrario, el trabajo es una noción y un elemento fundamental en el orden social y quien lo presta, lo ha-

ce a cambio de un salario, de una remuneración bien sea en dinero o en especie. La contraprestación del trabajo es el salario que recibe el trabajador.

Por lo tanto si la actividad personal que realiza el asalariado es un elemento primordial en el orden social y a cambio de ella recibe una determinada remuneración, no puede decirse que ella proviene de una indemnización por el daño ocasionado al obrero o por el perjuicio que él sufrió en desarrollo de su labor, sino que esa remuneración corresponde al esfuerzo personal de quien cumple una específica tarea, con la única condición de que ese salario sólo le será entregado a su acreedor al momento de dar por concluida la relación de trabajo establecida.

Otras opiniones que se han vertido sobre este tema, consideran a la cesantía como un "premio", o como un "acto de liberalidad". La primera de las nombradas sostiene que se trata de un estímulo obsequiado por la empresa a su dependiente en razón de los servicios que éste le prestó durante todo el lapso en el cual se vinculó a las ordenes de determinada empresa o patrono. Es un regalo que recibe el empleado cuando opta por retirarse de su empleo. La opinión de considerar a la cesantía como un "acto de liberalidad del patrono" significa que la suma de dinero entregada al asalariado como auxilio de cesantía, es un acto liberal de la empresa cuyo objetivo no es otro que procurarle alguna ayuda en dinero a la persona que queda cesante, hasta tanto ella no consiga otra ocupación o empleo remunerado. (2)

La última tesis mencionada considera que con ese acto de liberalidad del empleador, se busca cubrir de la mejor forma posible el riesgo eventual que sufra su dependiente, cual es todo el tiempo de desocupación, de desempleo que se le presenta hasta cuando se ocupe en otra labor remunerada, y como en ese período de ocio, el cesante no va a percibir ningún dinero, su patrono le prevee esa falta de ingresos con el auxilio que le otorga al retirarse de su empresa.

Sin embargo, ambas tesis, no son de recibo porque tanto los regalos, estímulos o premios como los actos de liberalidad que el patrono realiza, los efectúa en razón de una ayuda, de un sentimiento interno propio que lo motiva para obrar en determinada forma. Pero como la cesantía tiene una consagración legal en el artículo 249 del código sustantivo del trabajo y en él se establece como una obligación a cargo de todo patrono es preciso concluir que el dinero entregado a sus dependientes al término de la relación laboral que los vinculó, se hace por mandato legal y no por la buena voluntad que tenga un patrono en el momento de la terminación del contrato de trabajo.

No debe olvidarse que la cesantía tiene un origen legal, el artículo 249 del Código Sustantivo del Trabajo y que tanto los actos de liberalidad como los obsequios o dávidas que un patrono efectúa no tienen una consagración, un origen en la ley,

(2) Cfr. González Charry, Guillermo. Ob. cit. Pág. 50.

sino que dependen única y exclusivamente de la voluntad de quien los otorga. Si aceptáramos estas tesis, se podría llegar al extremo injusto de que el patrono otorgara este auxilio a unos trabajadores y a otros se los negara, porque como él es libre de conceder o no este auxilio, unos serían los beneficiados y los demás quedarían notoriamente perjudicados. Situaciones disímiles que en una empresa crearían muy graves consecuencias sociales por las injusticias que ocurrirían.

Pero como la cesantía proviene de la ley y es una prestación patronal común obligatoria, salvo ciertos casos excepcionales, no es posible llegar a considerarla bajo las dos formas analizadas, sino que se trata de una obligación a la cual no pueden sustraerse las empresas y los patronos de acuerdo a lo estatuido en el derecho individual del trabajo.

En conclusión, consideramos que la teoría "Salario Diferido" es la de mayor claridad y la que mejor fundamenta la naturaleza jurídica de esta prestación y así tanto la jurisprudencia de nuestros tribunales, como la doctrina de los tratadistas nacionales se pronuncian en su favor al considerar que la cesantía forma parte del salario, que se va causando en forma continua y permanente y dura hasta cuando deja de existir el vínculo jurídico laboral. El doctor González Charry en su obra "Doctrinas y Leyes del Trabajo" dice al respecto: "la cesantía sería como una prolongación del salario, hace parte de él desde luego, que por el mismo hecho de la prestación del servicio se adquiere el derecho a aquella, en relación con el tiempo de servicio, y su medida es tomada en relación con la suma que el trabajador recibe en forma inmediata y directa por su labor. (3).

3. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS.

La aparición de la prestación patronal común a la cual nos hemos referido hasta ahora, ocurre con la Ley décima de 1934. A partir de ella, inicia su evolución en nuestra legislación social, el auxilio de cesantía.

El artículo 14 literal C de la citada Ley consagró esta prestación en los siguientes términos: Ley 10 de 1934 artículo 14.

"Los empleados particulares gozarán de las siguientes concesiones y auxilios:

C) En caso de despido, que no sea originado por mala conducta ni por incumplimiento del contrato comprobados, tendrán derecho a un auxilio de cesantía equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicio que presten o hayan prestado, y proporcionalmente por las fracciones de año. Para los efectos de

(3) Martán Gógora, Edgar. "Prestaciones Sociales de los Trabajadores Públicos". Ed. Temis. Bogotá 1960. Pág. 10.

este artículo se tomará el sueldo medio que el empleado hubiere devengado en los tres últimos años de servicio, y si hubiere trabajado por un tiempo menor, se tomará el sueldo medio de todo el tiempo trabajado.

Parágrafo: Al auxilio de cesantía tendrá derecho el empleado, aunque su retiro del servicio obedezca a terminación del contrato por vencimiento del plazo o duración, excepto, en este caso, cuando el patrón se allane a renovarlo en condiciones iguales a las anteriores y el empleado no acceda a ello.”

Del texto de la disposición transcrita se desprenden las siguientes notas: se establece el auxilio únicamente para los empleados particulares. Es necesario aclarar que para esa fecha existía en el país una clasificación de los asalariados en empleados y obreros. El criterio diferencial entre estas dos categorías de subordinados era el predominio de la actividad material o intelectual. La persona cuya actividad era material, se le consideraba como obrero y aquellos en cuyas labores primaban la actividad intelectual se rotulaban como empleados. Entonces la ley décima de 1934 únicamente era aplicable a los empleados particulares.

Es preciso anotar que el auxilio de cesantía, no se le pagaba a todo empleado particular que concluía sus obligaciones con su empleador. Porque tanto quienes eran despedidos por su mala conducta o un incumplimiento del contrato comprobado, como el empleado particular que se retirara por su propio deseo, no eran acreedores al beneficio establecido. Ello implica que solamente merecían el pago de las cesantías, los empleados que sufrían un retiro injusto de sus puestos. Por ello la cesantía en su aparición legislativa Colombiana más que un carácter de auxilio, de prestación, tiene una apariencia de sanción para aquellos patronos que despidieran injustamente a sus empleados.

Se concluye que la implantación de la cesantía en el año 1934 tuvo un campo de acción muy limitado, al concederse este beneficio exclusivamente a los empleados particulares, siempre y cuando no se hubieren retirado por su propia voluntad o el patrono no los hubiera despedido por incumplimiento del contrato o incurrir el empleado en mala conducta. Prácticamente la Ley 10 consagró las cesantías con un criterio típicamente indemnizatorio, para resarcir a los empleados que eran retirados injustamente de sus cargos.

Luego en 1939 la Ley 61 consagra el auxilio de cesantía para los trabajadores oficiales, dedicados a la construcción, fueran ellos empleados u obreros. La importancia de esta disposición es que con ella se inició el reconocimiento de la prestación en estudio a los trabajadores del sector oficial, pero restringiendo su aplicación a quienes se dedicaban a la construcción. Se caracteriza dicha norma, por la unificación que ella hace de los empleados y los obreros en el campo de la construcción, puesto que ella cobijó a unos y a otros, eliminando ese criterio discriminador en el cual se inspiró la Ley 10 de 1934.

La desaparición de la clasificación de los asalariados en empleados y obreros, ocurre con la promulgación de la ley 6 de 1945. Esta Ley estableció la denominación trabajador como norma general la cual amparaba a empleados y obreros por igual. Se aprecia el cambio ocurrido en éstos tres períodos: pues si inicialmente la norma sólo se aplicaba a los empleados en 1934, cinco años más tarde ella se extendió a los obreros aunque restringida a labores de construcción (Ley 61 de 1939); para concluir con la Ley sexta de 1945 la cual terminó por unificar ambas categorías bajo la denominación general de trabajadores.

Sobre este punto opina así el profesor González Charry: “Por la Ley sexta de 1945, se abolió, en primer término, la diferencia entre empleados y obreros. En consecuencia los efectos prácticos que tenía esta clasificación y que eran ya bien restringidos, quedaron abolidos; de ahí en adelante se adoptó la noción de trabajador, como norma genérica. Sin reparar en que la condición de empleado u obrero, es decir, el predominio de labores intelectuales o materiales, fuera un factor decisivo para mejorar, disminuir o abolir determinadas garantías sociales. Se tuvo un criterio unitario sobre la defensa del trabajo, sobre la noción del mismo, sobre la obligación del Estado de protegerlo, y a partir de entonces, todo el régimen de prestaciones sociales cobija las dos categorías, o mejor, sólo a una: la de los trabajadores”.(4)

La Ley sexta de 1945 conservó en su esencia la norma establecida 11 años atrás, según la cual la cesantía de los trabajadores correspondía a un mes de sueldo por cada año de servicios, y proporcionalmente por las fracciones de año o sea, que el valor de la prestación se mantuvo idéntico, pero además se establecieron restricciones tanto de capital como de tiempo y se autorizó el derecho de retención por parte del patrono.

Así tenemos como en casos de graves daños ocasionados a la empresa o por delitos cometidos contra la misma o contra sus patronos y aún sus compañeros de trabajo, siempre y cuando se cometieran por causa y ocasión de trabajo, se autorizaba al patrono a no entregarle al trabajador su correspondiente auxilio a la finalización de la relación laboral y se le facultaba para retener su cesantía hasta tanto el juez resolviera sobre los hechos que ocasionaron tal actuación. El patrono efectuaba esa retención para cubrirse con ese dinero la posible indemnización que corriera a cargo de su dependiente.

Otro aspecto muy importante contemplado en esta legislación anterior a la vigencia del código, fué la consolidación para el trabajador de sus cesantías, por períodos de 3 años. “Cada 3 años de trabajo continuo o discontinuo se afirmaba para el trabajador el derecho a la cesantía de ese período, y no lo perdía porque dentro de los 3 años siguientes se retirara voluntariamente, o incurriera en mala conducta o en

(4) González Charry, Guillermo. Ob. cit. Pág. 55.

incumplimiento del contrato que causaran el despido. Si dentro del último trienio fuera despedido por mala conducta, o se retirara, sólo perdería el auxilio correspondiente al último lapso inferior a tres años". (5)

Fueron excluidos del pago de esta prestación los siguientes trabajadores: los accidentales o transitorios cuya actividad era de índole diferente a las actividades de la empresa, los artesanos que no ocuparan más de 5 trabajadores permanentes extraños a su familia, los trabajadores a domicilio que no tuvieron un vínculo permanente con el patrono y por último los trabajadores de la industria familiar.

En cuanto al régimen de limitaciones y restricciones era de la siguiente forma: para los trabajadores del servicio doméstico se les reconocía una cesantía equivalente a 15 días por cada año de servicios, luego de 5 años de trabajo continuo. Con relación a los trabajadores en empresas con un capital inferior a \$ 125.000.00 se elaboró una escala de acuerdo al capital de cada empresa de la siguiente manera:

A) Si el capital de la empresa excede de \$ 125.000.00, el auxilio no sufre ninguna variación y por lo tanto será el establecido en la regla general, es decir, un mes de salario por cada año de trabajo y proporcionalmente por fracciones de año.

B) En empresas cuyo capital oscile entre \$ 50.000.00, sin exceder de \$ 125.000.00 se graduará la cesantía, en relación con la regla general, entre un máximo del ochenta (80o/o) y un mínimo del cuarenta por ciento (40o/o) del monto total del auxilio.

C) Si el capital de la empresa es superior a \$ 10.000.00 sin pasar de \$ 50.000.00 se graduará la prestación, en relación con la norma legal, entre un máximo del cuarenta (40o/o) y un mínimo del veinte por ciento (20o/o) del monto de la cesantía total.

D) En empresas cuyo capital sea de \$ 10.000.00 o menos, se contempló un auxilio de tres días de salario por cada año de servicio, con un mínimo fijo de 6 días de salario.

Además de las anteriores restricciones, existieron otras especiales que favorecieron tanto a las empresas ganaderas, en las cuales se tenía en cuenta el capital de ellas y de acuerdo con él se liquidaba el auxilio como para las empresas agrícolas las cuales solamente tenían que cubrir la cesantía según las normas generales, siempre y cuando su capital fuera superior a \$ 125.000.00 y de otro lado tuvieron a su servicio más de 50 trabajadores de carácter permanente.

(5) González Charry, Guillermo. Ob. cit. Págs. 55 y 56.

Por último en materia de limitaciones, los artículos 12 y 36 de la Ley sexta de 1945 contemplan restricciones en el tiempo al disponer que en el caso de un despido injusto la liquidación debía cobijar hasta 5 años atrás de la vigencia de dicha Ley es decir, hasta 1940, siempre y cuando en esa fecha el trabajador ya estuviera prestando sus servicios. Se dispuso también que tratándose de los empleados (personas de actividad intelectual), era necesario tener en cuenta 2 situaciones de excepción:

1) Si un empleado se retiraba de su puesto voluntariamente y a la fecha de su retiro voluntario llevaba más de 10 años de trabajo, se le debía reconocer la cesantía por todo el tiempo durante el cual estuvo laborando a las órdenes de su empleador.

2) Si se trataba de un empleado cuyo despido era injusto, si su retiro se debía a desmejora de las condiciones de trabajo, si su desvinculación era ocasionada por falta del patrono, si se presentaba la clausura de la empresa o terminaba el contrato por vencimiento del término de duración, en todos estos eventos, el patrono debía reconocerle la cesantía a su dependiente por todo el tiempo durante el cual éste le estuvo prestando sus servicios.

En 1946, la Ley 65 de ese año en el párrafo de su artículo primero estableció como norma general que la cesantía se deberá pagar "a partir del 1o. de enero de 1942 en adelante, cualquiera que sea la causa del retiro". (6) Esta disposición es de gran trascendencia por varios aspectos muy importantes los cuales trataremos seguidamente.

En cuanto al tiempo, limitó la cesantía hasta un tope máximo hacia atrás y fijó ese tope el día 1o. de enero de 1942. Por ello los trabajadores a quienes se les deben liquidar sus cesantías por el tiempo anterior a la vigencia del código sustantivo del trabajo, tienen derecho a que sus patronos les cubran esta prestación hasta la fecha relatada, si para esa época esos asalariados estaban bajo las órdenes de sus respectivos patronos.

Otra importante modificación que introdujo la disposición comentada, era el pago de la cesantía "cualquiera que sea la causa del retiro". Con ello se eliminaban todas las barreras que la legislación anterior establecía, porque la Ley 10 de 1934 consagró la cesantía con un criterio indemnizatorio puesto que sólo merecían el pago de ellas aquellos que sufrían un despido injusto de sus cargos. Con la aparición de la Ley sexta de 1945 se dispuso que si el trabajador por su mala conducta daba origen a la terminación del contrato de trabajo, podía perder la cesantía hasta por los últimos tres años.

(6) Vásquez, José Roberto. "Manual del Contrato de Trabajo". Ed. Offset Iris. Medellín 1967 Pág. 65.

Pero a partir de la Ley 65 de 1946 el trabajador se hacía acreedor a su respectivo auxilio sin interesar la causa de su desvinculación, se trataba entonces de un derecho adquirido por el subordinado el cual se le debía reconocer al concluir la prestación de sus servicios personales. Con ello se eliminaron las restricciones trienales contempladas en la Ley 6a. de 1945 y en consecuencia al producirse el retiro del trabajador no interesaba la causa que motivó esa desvinculación, por lo tanto el trabajador tenía pleno derecho al pago completo de toda la prestación sin perder el auxilio correspondiente a sus últimos 3 años. A partir de este momento es cuando el auxilio de cesantía adquiere el carácter de verdadero salario, cuyo pago se supeditaba necesariamente a la desvinculación del trabajador de su fuente de ingresos en cumplimiento de un contrato de trabajo.

Luego de la Ley 65 de 1946, no se presentan disposiciones fundamentales en este campo, hasta la aparición del Código Sustantivo del Trabajo cuya vigencia se inició el primero de enero de 1951 y muchas de cuyas normas conservaron y se inspiraron en la legislación comentada.

II - PARTE

LA CESANTIA EN EL DERECHO

POSITIVO COLOMBIANO

Nuestro estatuto sustantivo laboral trata el tema en referencia en su parte primera: derecho individual del trabajo; en el título VIII: prestaciones patronales comunes; capítulo VII: auxilio de cesantía. El capítulo VII, comprende los artículos 249 hasta el 258 inclusive en los cuales se encuentran establecidas las normas que regulan esta prestación.

1. CONSAGRACION LEGISLATIVA DEL ARTICULO 249 DEL CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO.

REGLA GENERAL.

La establece el artículo 249 del citado estatuto y de su redacción se desprende que el valor del auxilio conservó en su esencia, los principios establecidos desde la ley décima de 1934 ratificados luego en la Ley sexta de 1945. Dice así la disposición:

“Todo patrono está obligado a pagar a sus trabajadores, y a las demás personas que se indican en este capítulo, 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.”

En la anterior norma se hallan los elementos básicos de la noción. cesantía. Nos dice el código que su pago es obligatorio para todo patrono, que ese pago deberá hacerse al trabajador o en su defecto “A las demás personas que se indican en este capítulo”, estas personas son las señaladas por el artículo 258 en concordancia con el 212 del Código Sustantivo del Trabajo y con el artículo 204 literal E de la misma codificación, los cuales señalan como beneficiarios de ésta y otras prestaciones al cónyuge del trabajador, a sus descendientes legítimos y naturales, a sus ascendientes legítimos, a sus padres naturales y en última instancia a la persona que probare su dependencia económica del causante, si tuviere menos de 18 años o sufriera de una incapacidad permanente para procurarse su propio sustento.

Agrega la regla del artículo 249 que ese pago, lo deberá efectuar al finalizar el contrato de trabajo, salvo algunos casos excepcionales que trataremos posteriormente, y termina estableciendo el valor de la prestación, que es idéntico al implantado desde el año 1934 consistente en un mes de salario por cada año de servicios, y proporcionalmente por fracciones de año.

1.1. Salario base para la liquidación.

Con el fin de saber el valor efectivo de la prestación es necesario entrar a establecer la forma como debe liquidarse el mes de salario al cual tiene derecho el asalariado o las fracciones proporcionales.

El artículo 17 del decreto 2351 de 1965 modificadorio del artículo 253 del Código, el cual establecía las bases de liquidación del auxilio, nos dice al efecto:

“1. Para liquidar el auxilio de cesantía se toma como base el último salario mensual del trabajador, siempre que no haya tenido variación en los tres (3) últimos meses. En el caso contrario y en el de los salarios variables, se tomará como base el promedio de lo devengado en el último año de servicios o en todo el tiempo servido si fuera menor de un año.

“2. Para el tiempo de servicios anterior al treinta y uno (31) de diciembre de mil novecientos sesenta y dos (1962) se aplicarán las normas vigentes hasta esa fecha.”

Luego el decreto reglamentario 1373 de 1966 en su artículo 8 numeral segundo agregó:

“... Por consiguiente, y no habiéndose dispuesto congelación de la cesantía el treinta y uno (31) de diciembre de mil novecientos sesenta y dos (1962), los aumentos de salario efectuados con posterioridad a éste día y hasta el tres (3) de septiembre de mil novecientos sesenta y cinco (1965) sólo afectarán el cómputo de la liquidación durante los tres (3) años anteriores a la fecha de cada aumento.”

Las expresadas normas nos dejan claramente señalada la base o punto de referencia a partir del cual se deben liquidar y pagar los correspondientes auxilios. Tratándose de salarios fijos, se tendrá en cuenta el último salario mensual ganado por el trabajador siempre y cuando dicha remuneración no haya sufrido variaciones en los últimos tres meses. Si ello ha ocurrido entonces la base sobre la cual se hará la liquidación será el promedio de lo devengado por el dependiente en el último año de labores, esta norma es la aplicable en el caso de los salarios variables. Igualmente si el trabajador no ha cumplido un año de servicios con su empresa, su liquidación de cesantía se le hará de acuerdo con una base, resultante del promedio de los salarios obtenidos durante los meses en los cuales estuvo a las órdenes de la empresa.

Es necesario dejar muy en claro que la noción salario comprende no solamente el sueldo mensual o el jornal semanal que recibe el trabajador sino

también los dineros percibidos bajo otras denominaciones, siempre que impliquen retribución a los servicios prestados tales como bonificaciones habituales, horas extras, porcentajes sobre las ventas, comisiones, subsidio de transporte, salario en especie o sea vestuario, alimentación, habitación, viáticos en la parte destinada a proporcionarle al empleado manutención y alojamiento, valor del trabajo en días de descanso obligatorio. Estos salarios en dinero o en especie que recibe el trabajador deben considerarse al momento de fijar la base salarial para liquidar la prestación es referencia. Únicamente cuando se presentan actos espontáneos del patrono otorgando regalos o dávidas que no conlleven retribución a servicios prestados, no se tendrán en consideración estos obsequios recibidos por los subordinados bajo estos específicos conceptos.

La Corte Suprema de Justicia, se pronunció al efecto en una sentencia de 1949:

“De acuerdo con las normas legales vigentes sobre cesantía, su liquidación se efectúa no sólo teniendo en cuenta el salario fijo del trabajador sino también lo que perciba a cualquier otro título que implique directa o indirectamente retribución ordinaria y permanente de servicios, tales como la prima móvil, las bonificaciones etc”...(7)

Se concluye entonces que tanto la jurisprudencia como la doctrina han admitido que toda suma de dinero así como el salario en especie que se agreguen al salario fijo como contraprestación de servicios prestados y no por actos generosos y aislados del patrono, necesariamente se deben tomar como una parte del salario en el momento de ser fijado éste con el objeto de liquidar las prestaciones sociales y especialmente la que se constituye en materia de nuestro tema.

El decreto 2351 de 1965 al regular la forma como deben liquidarse las cesantías, adoptó como norma general a partir del 1o. de enero de 1963 la explicada anteriormente, con la única salvedad de que los aumentos salariales ocurridos entre el 31 de diciembre de 1962 y el 3 de septiembre de 1965, fecha en la cual inició su vigencia el referido decreto, afectarán únicamente el cómputo de la respectiva liquidación durante los 3 años anteriores a la fecha en la cual se produjo el alza en el salario del trabajador.

Pero desde el 1o. de enero de 1963 hacia atrás, se hace necesario para liquidar estos auxilios, el estudio de las disposiciones que regulan todo lo concerniente a este tema de acuerdo a lo indicado por el numeral segundo del artículo 17 del decreto 2351. Las normas en referencia son las siguientes:

(7) Constaín, Miguel Antonio. “Jurisprudencia del Trabajo”. Vol. I. Ed. Temis. Bogotá 1964. Pág. 535.

A) El decreto 118 de 1957 por medio del cual se produjo una congelación de las cesantías, el día 30 de junio de 1957. El artículo sexto del citado decreto dispone:

“Congélense las cesantías de los trabajadores particulares y de empresas públicas descentralizadas en 30 de junio de 1957. En consecuencia, en dicha fecha se procederá a su liquidación, de acuerdo con las normas vigentes, sin que sean exigibles sino en los casos establecidos en la Ley”.

B) Las normas vigentes para esa época en materia de liquidación de esta prestación, eran las señaladas por el artículo 253 del Código Sustantivo del Trabajo. Este artículo, subrogado en 1965 por el decreto 2351 artículo 17, dice en su texto:

“1. Para liquidar el auxilio de cesantía se toma como base el último salario mensual devengado por el trabajador. Los aumentos de salario que se hagan a partir de la vigencia de este código sólo afectarán el cómputo de la cesantía durante los tres años anteriores a la fecha de cada aumento.

2. En los salarios variables se entenderá que ha habido aumento cuando el promedio mensual de lo devengado por el trabajador en un año es superior al promedio de lo devengado en año inmediatamente anterior.”

Esta disposición se aplica en el período comprendido entre el 1o. de enero de 1951 hasta el 31 de diciembre de 1962; pero debe tenerse muy presente la congelación ocurrida en el año 1957, la cual implicó que los aumentos en los salarios no se proyectaban hacia atrás por un término de 3 años tal como lo disponía expresamente el artículo 253 del Código del Trabajo y en segundo lugar dicha congelación hace necesaria una doble liquidación para los trabajadores que prestaron sus servicios durante esos años. El primer pago comprende desde el ingreso del trabajador hasta el 30 de junio de 1957 y el segundo se contabiliza a partir del primero de julio de 1957 hasta la fecha de retiro del trabajador.

C) En cuanto a los años anteriores a la vigencia del estatuto sustantivo del trabajo, el inciso tercero del artículo 252 del citado código dispuso al respecto:

“3. El tiempo servido antes del primero (1) de enero de 1951 por todos aquellos trabajadores que tuvieron restringido el derecho de cesantía en virtud de la legislación vigente hasta esa fecha, se liquidará de acuerdo con dicha legislación”.

La legislación a la cual alude la norma anterior, está compuesta fundamentalmente por las leyes 6 de 1945, y 65 de 1946. las cuales en materia de liquidación del auxilio conservaron la regla general esbozada desde su aparición en 1934 con la Ley 10, con la variante de establecer ciertos límites o restricciones para su pago, de acuerdo al tiempo de servicios, al capital de la empresa y a la calidad de ellas. El artículo 14 literal C de la Ley 10 de 1934, acogido en lo esencial por la Ley 6 de 1945 estatuyó que el auxilio de cesantía era equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicios y proporcionalmente por las fracciones de año.

Al año siguiente, el decreto 652 reglamentario de la Ley 10, en la parte final del artículo 24 señaló:“...Para calcular el auxilio de cesantía se partirá del sueldo medio devengado en los 3 últimos años de servicio, y si hubiere sido menor el tiempo de trabajo, se procederá en la misma proporción”. Complementó la anterior norma, el artículo 25 del citado decreto: “Para determinar el sueldo medio relativo al auxilio de cesantía, se computarán no solamente la remuneración fija, sino toda remuneración eventual devengada, o que se pague en especie, pero no se incluirán las sumas recibidas a título de simple liberalidad como las bonificaciones o gratificaciones”.

Finalmente la Ley 65 de 1946 fijó una fecha límite hasta la cual se les deberá pagar a los trabajadores sus cesantías. Así el parágrafo del artículo primero de dicha Ley señaló que el auxilio se le debe reconocer y pagar a los trabajadores” a partir del primero de enero de 1942 en adelante, cualquiera que sea la causa del retiro”. Entonces con muy pocas excepciones, los patronos se hallan obligados a cubrir esta prestación desde el primero de enero de 1942 a quienes se hicieron acreedores a ella por haber prestado su fuerza de trabajo al servicio de determinada empresa en esa época.

1.1.1. Fases o periodos de liquidación.

Todo el conjunto de leyes y decretos, transcritos y mencionados nos dan una idea de lo variada que es la legislación aplicable al momento de efectuar la liquidación de la cesantía a una persona, pues depende de los años en los cuales el trabajador ha estado a las órdenes de su patrono ya que las normas aplicables son muy distintas de acuerdo a la época en la cual se ha laborado. De ello resulta que se pueden estudiar 4 períodos o fases claramente diferenciables, cuyas normas de liquidación son muy diferentes en cada uno de ellos.

Es de suma importancia analizar y saber aplicar las disposiciones establecidas en cada una de ellas, con el objeto de no confundir la legislación aplicable en cada caso concreto, lo cual implicaría una serie de reclamos y malos entendidos

que deben obviarse, teniendo una concepción clara y precisa de las reglas que intervienen al momento de presentarse el pago del auxilio respectivo.

Las diversas normas reguladoras del pago de cesantías se pueden ubicar en cuatro fases diferentes que son las siguientes:

1a. Fase: Legislación anterior a la vigencia del Código Sustantivo del Trabajo. Comprende desde la Ley décima de 1934 hasta cuando entró en vigencia nuestro actual estatuto del trabajo, el primero de enero de 1951.

2a. Fase: Se inicia con la vigencia del Código Sustantivo del Trabajo, el día primero de enero de 1951 y se prolonga el 30 de junio de 1957, fecha en la cual comenzó a regir el decreto 118 de 1957 en el cual se dispuso la congelación de cesantías a esa fecha.

3a. Fase: A partir del primero de julio de 1957 y se extiende hasta el 31 de diciembre de 1962 fecha límite hasta la cual tuvo vigencia la norma del artículo 253 del Código Sustantivo del Trabajo.

4a. Fase: Empieza el 1o. de enero de 1963 y es la norma vigente hasta el presente. En la actualidad rige el artículo 17 del decreto 2351 de 1965, el cual subrogó al artículo 253 del Código y estableció que su aplicabilidad se iniciaría el 1o. de enero de 1963 al decir en su numeral 2o.: "Para el tiempo de servicios anteriores al 31 de diciembre de 1962 se aplicarán las normas vigentes hasta esa fecha".

Por tratarse de un tema de mucha trascendencia práctica debido a las dificultades que ofrece por las distintas reglas que deben tenerse presentes al realizar una liquidación de esta prestación social, vamos a establecer cual es en cada período el salario base para liquidar la cesantía. Como el criterio general que ha imperado desde la aparición de esta prestación ha sido el de tener en cuenta para su liquidación y ulterior pago los últimos salarios devengados por el trabajador, los cuales van a reflejarse en el tiempo servido anteriormente, es mucho más conveniente y práctico analizar cada uno de los cuatro períodos relatados, en orden inverso al enunciado inicialmente.

CUARTA FASE: comprende desde el momento actual en el cual se produce la desvinculación o el retiro del trabajador hacia atrás, hasta el día 1o. de enero de 1963. Es la Fase cuya liquidación no ofrece mayores complicaciones y por el contrario la norma aplicable es de gran claridad y facilidad al realizar el cómputo de tiempo laborado, para obtener la suma que se le debe cubrir al asalariado.

Esta etapa se encuentra regulada en su totalidad por la regla del artículo 17 del decreto 2351, la cual establece que el salario base para efectuar la liquidación de las cesantías a las cuales tiene derecho el trabajador, es el último que él percibió en su empleo siempre que no haya sufrido alteración en los últimos 3 meses. Si tal circunstancia aconteció y en el caso de ser el salario devengado por el trabajador, variable, la base salarial para realizar la respectiva liquidación será la suma promedio de los sueldos obtenidos por el empleado durante el año anterior de labores, y si no ha trabajado un año completo, la base que se tiene en cuenta es el promedio salarial obtenido durante los meses en los cuales prestó sus servicios a determinado patrono.

En el evento de ingresar un obrero a trabajar a las órdenes de una empresa determinada desde enero de 1963 hacia adelante, su liquidación del auxilio la regula única y exclusivamente el artículo comentado y no existen mayores problemas para realizar los cómputos; pero si ese obrero hubiera ingresado 3 años atrás la norma aplicable sería la misma?

Desde su desvinculación del trabajo hasta enero 1o. de 1963 la situación es idéntica al caso explicado en principio. Pero los tres primeros años durante los cuales ese obrero laboró al servicio del mismo patrono se regulan por otras normas de acuerdo a lo indicado por el ordinal segundo del artículo transcrito atrás. Ese inciso es muy diáfano al indicarnos que los servicios personales prestados por los asalariados hasta el día 31 de diciembre de 1962 están sometidos a las normas que los regulaban para esa fecha.

TERCERA FASE: El ejemplo anterior nos conduce al análisis de esta etapa la cual tiene una duración relativamente corta por cuanto sus normas se aplican a los trabajadores que prestaron sus servicios entre el día 1o. de julio de 1957 hasta el último día del año 62, es decir, un lapso de cinco años y medio.

Dos son las reglas fundamentales y básicas que es preciso tener en cuenta al momento de efectuar las liquidaciones y los pagos correspondientes a la fuerza de trabajo prestada dentro de las fechas indicadas. Se trata del artículo 253 del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo sexto del decreto 118 de 1957.

Existe una cierta similitud entre lo estatuido por el artículo 253 del Código y el artículo 17 del decreto 2351, el cual es modificadorio del primero, pero a la vez hay una nota diferencial de enorme trascendencia. La similitud la hallamos al apreciar que ambas normas toman como base para realizar la operación correspondiente de liquidación, el último salario mensual que obtuvo el trabajador, aún cuando la norma posterior indica que ese sueldo no ha cambiado en los últimos 3 meses.

Este criterio de tener en cuenta el último salario mensual percibido por el asalariado, nos indica la filosofía que ha inspirado el establecimiento de esta prestación, consiste en otorgarle al subordinado una parte de su salario, la cual le será liquidada, con base en el sueldo que esté devengando al producirse su retiro de la empresa, sueldo que lógicamente debe ser superior al recibido al comienzo de sus labores puesto que los salarios con el transcurso del tiempo antes que disminuir deben aumentar. Ese salario que recibe el empleado al desvincularse de su empresa, el que en la mayoría de los casos es su principal y única fuente de ingresos, le podrá prestar una buena ayuda económica durante el tiempo que requiera el obrero para lograr la consecución de otro empleo. Así en el período de desempleo, de desocupación que sufre el trabajador, su cesantía se convierte en la fuente de ingresos monetarios que le van a permitir atender a su propia subsistencia y a la de sus familiares más inmediatos.

Pero si bien es cierto que existe identificación de criterios entre las dos normas mencionadas al tomar como base el último salario mensual ganado por el trabajador, no lo es menos que se presenta una diferencia fundamental entre las dos instituciones: porque mientras el decreto 2351 hace extensivo el último salario a todo el tiempo de servicios prestados con posterioridad al primer día de enero de 1963, el código sustantivo consagra la llamada "retroactividad trienal" consistente en que los aumentos producidos en los salarios de los dependientes, efectuados desde el primer día de enero de 1951, es decir a partir de la vigencia del estatuto, únicamente van a afectar el cómputo de su respectivo auxilio durante los tres años anteriores a la fecha en la cual se produce un aumento o alza en los sueldos de los asalariados.

Sin embargo el decreto 118 de 1957 al ordenar una congelación de las cesantías el día 30 de junio de ese año, propició una liquidación de estos auxilios en dos formas: la primera desde el momento en el cual se produce el ingreso del trabajador con posterioridad al primer día de 1951 hasta el día de la congelación, en esta fecha las empresas fueron obligadas a liquidar el valor de las cesantías, pero el pago de ellas sólo se produciría al retirarse el trabajador de dichos establecimientos salvo los casos autorizados legalmente. La segunda comprende desde el día primero de julio de 1957 y dura hasta la vigencia que tuvo en nuestro medio el artículo 253 del Código, es decir el 31 de diciembre del año 62. En la fase que estamos analizando nos interesa únicamente la segunda forma de liquidación enunciada.

Para liquidar este período, se tiene en cuenta el último salario mensual que tuvo el trabajador, pero ese sueldo solamente sirve para computar la cesantía de los tres últimos años, por ello es necesario en cada caso concreto ver la escala de aumentos que en sus salarios tuvo el trabajador y de acuerdo con las alzas obtenidas realizar la operación correspondiente. En consonancia con la norma general aplicable en este período, los aumentos salariales ocurridos

entre el primero de enero de 1963 hasta el día 4 de septiembre de 1965 (Comienzo de la vigencia del decreto 2351) sí se deben tener en cuenta porque debido a la "Retroactividad trienal", los aumentos producidos en ese lapso sí afectan las cesantías de los tres años anteriores contados desde el día en el cual se hizo efectiva el alza salarial.

Al contrario, los cambios salariales ocurridos en 1957 no produjeron ningún efecto en las cesantías de los trabajadores durante los últimos años por cuanto ellas quedaron congeladas en virtud del decreto 118 de ese año. Esta norma las consideró como liquidadas definitivamente con las reglas vigentes del artículo 253 y en consecuencia las empresas y los patronos debían proceder de conformidad con lo estatuido y el resultado obtenido al liquidarse la prestación quedaba como un crédito favorable al trabajador, por cuanto que ese dinero no se le podía entregar sino al terminar la relación de trabajo o desvincularse definitivamente de la empresa según la regla general que consagró este auxilio. Únicamente en los casos expresamente autorizados es posible cubrirle al asalariado el valor de su cesantía antes de finalizar su relación laboral.

SEGUNDA FASE: Este período está ubicado entre la fecha en la cual se inició la vigencia del Código Sustantivo Laboral (enero 1 de 1951) hasta el día 30 de junio de 1957 fecha límite de la congelación. Para saber a cuánto ascienden los auxilios en esta etapa, se debe tener en cuenta la misma norma de la Fase anteriormente estudiada, o sea el artículo 253, consagradorio de la proyección o reflejo de los aumentos salariales hasta un máximo de tres años hacia atrás, contados a partir del momento en el cual se produjo el cambio de sueldo favorable al subordinado.

Como en junio 30 del año 57, la Junta Militar que gobernaba el país, ordenó por medio de su decreto 118 la congelación de las cesantías de los trabajadores particulares y de las empresas públicas descentralizadas, éstas entidades fueron autorizadas a liquidar a sus trabajadores, las correspondientes prestaciones como si se tratara de un retiro del servicio en ese día. Ese retiro era concebido como una especie de ficción porque a partir del primero de julio de ese año se debía efectuar otra liquidación como si el empleado apenas hubiera ingresado a la empresa, cuando lo real era que el asalariado por esas fechas seguía prestando sus servicios normalmente. Entonces las liquidaciones correspondientes a esta etapa deben estar hechas si las empresas cumplieron lo ordenado, por el decreto, y en cuanto al pago de esos dineros congelados deberá hacerse a los acreedores de dichas prestaciones al terminar su vigencia el contrato de trabajo concertado entre ambas partes.

Nos quedaría por agregar que conforme al artículo 253 del Código como el aumento salarial que se haga a partir de la vigencia de ese estatuto refleja sobre la cesantía hasta tres años atrás del alza de sueldos y la vigencia del Código se inició el primero de enero del año 1951, el máximo período de la retroactividad o reflejo se extiende hasta el primero de enero de 1948 siempre y cuando para esa fecha ya los trabajadores estuvieran bajo las órdenes de su patrono. Por lo tanto los servicios prestados por trabajadores que hubieren ingresado a la empresa en el año 1946 y se retiraran de ella en el año 51 por ejemplo, el salario devengado a la fecha de su retiro les servía para el cómputo de sus cesantías no sólo de ese año en el cual entró a regir el Código sino también de los tres años inmediatamente anteriores. En cuanto al tiempo laborado desde 1948 hacia atrás ya la norma del Código no regulaba esa situación y ella debía liquidarse según las normas que para tal efecto se habían establecido en los años 45 preferencialmente y en 1934 para algunos casos más limitados.

PRIMERA FASE: Comprende desde el día 31 de diciembre de 1950 hacia atrás. Es decir, todo el tiempo anterior a la vigencia del código, como ya lo vimos anteriormente son las leyes 6 de 1945 y 65 de 1946, las que preferencialmente regulan tanto lo concerniente a la prestación social en referencia, por que los casos registrados por la Ley 10 de 1934, creadora del auxilio en Colombia, son relativamente muy pocos y su forma de liquidación es muy similar a la estatuida en las leyes posteriores.

La disposición general en lo relativo al valor del auxilio, es igual a la que impera actualmente, es decir el último salario ganado por el trabajador era la base de la cual se partía para realizar la liquidación correspondiente a esos años, pero ese último salario se reflejaba hacia atrás hasta el momento en el cual ingresaba el trabajador a su empleo. Comparativamente esta norma es idéntica a la señalada por el decreto 2351 puesto que en ambas no opera el reflejo o la retroactividad trienal consagrada por el Código. Se ve que esta regla le reporta más beneficios al asalariado que las normas posteriores del Código Sustantivo por cuanto el salario final obtenido por el empleado lógicamente debe ser superior a los salarios anteriores devengados en desarrollo de sus labores, y si la cesantía le va a ser liquidada en esta forma el provecho económico será mayor que utilizando el viejo artículo 253.

Las sencillas reglas sobre liquidación de cesantías establecidas desde 1934, interrumpidas entre 1951 y 1962 inclusive, volvieron a tener plena vigencia desde el año 63 con el decreto 2351 de 1965, el cual en su artículo 17 modificó las normas que traía el artículo 253 del Código y esa modificación fué un volver hacia atrás y retomar las primeras disposiciones sobre la materia en mención, cuya aplicación tiende a convertirlas en más beneficiosas para los

trabajadores y además se simplifica mucho la manera como se realizan las operaciones correspondientes a su liquidación y pago posterior.

Nos restaría solamente hacer hincapié en la Ley 65 de 1946, pues el párrafo de su artículo 1o. dispuso como regla general que la cesantía se deberá pagar a partir del primer día de enero del año 1942, sin tener en cuenta la causa del retiro. Lógicamente y como confirmación de una regla general no podían faltar unas pocas situaciones excepcionales a esa norma.

Las principales de ellas son:

1) De acuerdo a los artículos 12 y 36 de la Ley 6a. de 1945 en consonancia con la Ley 65, en el evento de ocurrirle un despido injusto al trabajador, a él se le debería hacer una liquidación hasta por cinco años atrás de la vigencia de la referida Ley 6a., si para esa fecha retroactiva el trabajador ya estuviera laborando. Como esa Ley inició su vigencia en 1945, si el trabajador en 1940 ya había comenzado a prestar sus servicios, se hacía acreedor a sus cesantías desde ese año.

2) Tratándose de empleados únicamente o sea trabajadores en quienes predominaba la actividad intelectual, si ellos completaban más de 10 años de servicio a las órdenes de un patrono y se retiraban por su propio deseo de la empresa, a esos empleados se les debía cubrir como auxilio de cesantía todo el tiempo durante el cual prestaron sus servicios sin interesar si su trabajo se realizó antes de 1942.

3) En el mismo caso de ser el asalariado, un empleado, si éste resulta cesante por clausura de la empresa, por despido injusto, por desmejora en las condiciones del trabajo, por un retiro debido a falta cometida por el patrono o si se presentaba la terminación del contrato de trabajo por haberse vencido el término señalado para su duración, en todos estos eventos, el empleado era acreedor a un auxilio de cesantía que comprendía todo el tiempo de duración del contrato de trabajo o de la relación de trabajo, o sea hasta el comienzo de la prestación de sus servicios a la respectiva empresa.

Las tres situaciones anteriores se nos presentan como las principales excepciones a la norma general que estableció como fecha tope desde la cual se debían cubrir los auxilios, el primero de enero de 1942. Las restricciones en cuanto al capital de las empresas y a la calidad de algunas de ellas (Ganaderas y Agrícolas) relatadas en los antecedentes legislativos no crearon mayores dificultades porque las normas de las leyes sexta del 45 y sesenta y cinco del 46 tenían el mismo criterio para liquidar el valor de la prestación.

Para concluir lo relativo al salario que debe servir como base o pauta al realizar los pagos y liquidaciones es conveniente indicar los métodos o sistemas utilizados cuando de liquidar el auxilio se trata. Existen dos de ellos, que para su aplicación práctica son bastante fáciles y conducen a un mismo resultado.

El uno consiste en sumar el número de días trabajados por cada persona y esa suma se multiplica por el salario mensual, el producto resultante de dicha operación se divide por 365 es decir el total de días del año; el otro consiste en tomar todos los meses del año como de 30 días y multiplicarlos por el salario mensual, luego el producto que resulta se divide por 360 días.

Al respecto, la Honorable Corte Suprema de Justicia, en casación de septiembre 16 de 1958 dijo:

“Entre los diversos sistemas usados para efectuar la liquidación figura el optado por el Ad Quem, consistente en multiplicar el número de días por el salario mensual y dividir este resultado por los días del año.

La impugnación formulada por el recurrente es admisible en abstracto. Empero, para el caso presente carece de eficacia práctica. Por que hay dos vías que, por conducir a igual resultado numérico, son indiferentes, a saber: al sumar los días de los meses trabajados por su número de jornadas o “designación calendario” (enero de 31 días, febrero de 28, Marzo de 30, etc.) y dividir por 365 o al tomar los meses trabajados de 30 días y dividir por 360 se llega con precisión a un idéntico resultado numérico.

El sentenciador, como se observa en el caso sub lite, tomó los meses de 30 días, sin discriminación, por lo cual resulta adecuado dividir por 360 como efectivamente lo hizo. Si ha optado por tomar los meses por su “designación de calendario” y hubiera dividido por 365, habría obtenido exactamente el mismo resultado”.(8)

Los dos sistemas explicados, tienen un campo de aplicación muy amplio pues en casi todos los eventos de liquidar y pagar cesantías, una vez determinado el salario mensual resulta que además de los años y meses laborados, es necesario liquidar un cierto número de días que no alcanzan a computar como un mes completo y es la situación que con mayor frecuencia se presenta al momento de la desvinculación laboral.

Pero si se dan circunstancias diferentes, en las cuales al retiro del trabajador, éste ha completado meses enteros o aún años, sin que en uno y otro caso

(8) Constaín, Miguel Antonio. Ob. cit. Pág. 595.

resulten determinados y aislados días para computar, existen normas más sencillas de hallar lo deseado. Si se trata de meses completos, por ejemplo el empleado que haya desempeñado sus labores por dos años y medio (30 meses), basta con multiplicar el sueldo mensual por el número de meses y dividir ese producto por 12 y así obtenemos el auxilio que debe pagarse al trabajador. En el caso de ser años completos de trabajo, con sólo multiplicar el sueldo mensual por el número de años trabajados se obtiene la cesantía correspondiente a ese dependiente.

Es preciso recordar que todas estas fórmulas o sistemas de computación y liquidación se hallan sujetos a diferentes barreras, las cuales impiden que se haga una sola cuenta total, por ellos es necesario en determinados casos realizar dos o tres liquidaciones parciales y la suma de las mismas nos dará la prestación total del asalariado. Esas barreras son distintas etapas, en las cuales hemos dividido el cómputo y pago de los auxilios, porque cada una de ellas, tiene su reglas propias, específicas, por lo tanto al llevar a la práctica cualquiera de los sistemas enumerados anteriormente se deben tener muy presentes las normas establecidas para cada período con el objeto de que la liquidación final se adecúe a ellas y así evitar los inconvenientes, problemas, malos entendidos, que surgirían por no cumplir cabalmente lo estatuido.

2. LIMITACIONES Y EXCEPCIONES AL CITADO ART. 249.

2.1 Limitaciones.

La regla general establecida en el artículo 249 del Código Sustantivo del Trabajo, según la cual todo patrono está obligado a pagar a sus trabajadores, y a las demás personas que se indican en este capítulo, 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” sufre en los artículos posteriores una serie de limitaciones o restricciones, en las cuales el patrono está obligado a cubrir como auxilio de cesantía, una cantidad menor a la estipulada como norma general y aún se dan casos en los cuales los patronos no están obligados a pagar esta prestación.

Inicialmente vamos a señalar las limitaciones consagradas en el pago de las cesantías o como las denomina el código: Cesantías Restringidas.

Nos dice al efecto el artículo 252 del Código:

“1. Los trabajadores del servicio doméstico, los de las empresas industriales de capital inferior a veinte mil pesos (\$ 20.000.00) y los de empresas agrícolas, ganaderas o forestales de capital inferior a sesenta mil pesos (\$ 60.000.00) tienen derecho a un auxilio de cesantía equivalente a quince (15) días de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracciones de año; pero en lo demás quedan sujetos a las normas sobre este auxilio.

2. Para la liquidación del auxilio de cesantía de los trabajadores del servicio doméstico sólo se computará el salario que reciban en dinero.

3. El tiempo servido antes del primero (1o.) de enero de 1951 por todos aquellos trabajadores que tuvieron restringido el derecho de cesantía en virtud de la Legislación vigente hasta esa fecha, se liquidará de acuerdo con dicha legislación”.

Tres clases de trabajadores son excluidos de la norma general pues únicamente se les reconoce la mitad del auxilio, es decir 15 días por cada año de servicios. Son ellos:

A) Los del servicio doméstico, quienes sufren una doble limitación, porque solamente tienen derecho a 15 días de salario por año y proporcionalmente por fracciones de año y además el salario base para liquidarles su auxilio no es el establecido para todos los otros trabajadores puesto que el numeral segundo del artículo transcrito es muy claro y elocuente al decirnos que únicamente el salario en dinero que reciban estos servidores será el que se computará al momento de liquidarles sus cesantías. Sufren entonces una mengua al no tenerseles en cuenta el salario en especie.

B) Los de empresas industriales de capital inferior a \$ 20.000.

C) Los de empresas agrícolas, ganaderas o forestales de capital inferior a \$ 60.000.00

Estos dos últimos grupos de trabajadores caen bajo la limitación general, porque reciben como auxilio de cesantía la mitad de lo que recibiría un trabajador vinculado a empresas de ese carácter con un capital superior a veinte o sesenta mil pesos según fuese el caso. Como lo fundamental en estas dos situaciones es el capital de la empresa, pues de él depende que se pague un mes o medio mes de salario por año como valor de la cesantía es necesario saber cómo se prueba el capital de estas empresas.

La respuesta se encuentra indicada en el artículo 195 del Código, que a la letra dice:

“1. Para los efectos de este Código se entiende por capital de la empresa el valor del patrimonio gravable declarado en el año inmediatamente anterior, según prueba que debe presentar el patrono. En caso de no presentarla se presume que tiene el capital necesario para pagar la totalidad de la prestación demandada.

2. El capital que se debe tomar en cuenta es el de la empresa, y no el de la persona natural o jurídica a la cual pertenece.

Consagra el Código en el numeral tercero del artículo 252 otra limitación que cobija a aquellos trabajadores, que al entrar en vigencia el estatuto sustantivo laboral ya tuvieron restringido el auxilio de cesantía de conformidad con las normas vigentes en la época anterior al régimen del código. Esas disposiciones eran las que traía la Ley 6a. de 1945; esta Ley estableció una tabla especial de restricciones, de acuerdo con el capital de la empresa y en consideración a algunas de ellas: las ganaderas y agrícolas.

Como al tratar sobre los antecedentes legislativos de las cesantías transcribimos las normas que establecían las limitaciones en razón al capital de las empresas, sería innecesario volver a relatarlas, además teniendo en cuenta que la importancia práctica que hoy en día puedan tener esas normas no es muy grande remitimos su consulta a la primera parte. Por ello sólo haremos una breve consideración de las empresas agrícolas y ganaderas, puesto que éstas si quedaron comprendidas en el régimen actual de cesantías restringidas.

En cuanto a las empresas agrícolas, debían reunirse dos requisitos para que los trabajadores tuvieran derecho a esta prestación. Eran ellos:

A) El capital de estas empresas debía ser superior a \$ 125.000

B) Cada empresa debía tener a su servicio más de 50 trabajadores de carácter permanente.

Entonces cualquier empresa agrícola que en esa época no cumpliera con las dos exigencias anteriores no estaba obligada al pago de estos auxilios.

Tratándose de empresas ganaderas, la situación era ésta:

A) Si su capital excedía de \$ 125.000.00 debían pagar la totalidad de la prestación.

B) Si el capital oscila entre un mínimo de \$ 80.000.00 pero sin exceder de \$ 125.000.00, la obligación de pagar la cesantía, se graduaba teniendo en cuenta la norma general que regulaba el pago total del auxilio, entre un máximo del ochenta por ciento y un mínimo del cuarenta por ciento del valor correspondiente a la cesantía total.

C) Si el capital de ellas era inferior a \$ 80.000.00, se debía volver a la vieja distinción de los trabajadores entre empleados y obreros puesto que a los obreros, en estos casos, no se les debía pagar nada por concepto de cesantías y en cambio los empleados si eran acreedores a ellas, en los términos que la Ley 10 de 1934 creó esta obligación a cargo de los patronos.

Comparando las antiguas normas sobre cesantías restringidas y las vigentes actualmente vemos como hoy en día las reglas son mucho más favorables para los asalariados puesto que los límites señalados en este campo son bastante reducidos en consideración a los requisitos que imperaban en esas fechas.

2.2 Excepciones.

A la par que el artículo 252 nos dice cuales trabajadores tienen derecho a su cesantía, pero restringida en consideración a la regla general, el artículo 251 nos señala a algunos trabajadores, quienes carecen por completo de este auxilio. Se trata entonces de casos en los cuales los patronos no tienen obligación de pagar ninguna suma de dinero por concepto de cesantías.

El artículo 251 del Código, trae las excepciones a la regla general:

“El artículo 249 no se aplica:

- a) A la industria puramente familiar.
- b) A los trabajadores accidentales o transitorios.
- c) A los artesanos que, trabajando personalmente en su establecimiento no ocupen más de cinco (5) trabajadores permanentes extraños a su familia”.

Los tres grupos de trabajadores indicados en el artículo citado no gozan del auxilio de cesantía. Es conveniente aclarar qué se entiende por cada uno de ellos.

Así tenemos como el artículo 223 del Código Sustantivo del Trabajo nos dice qué debe entenderse por trabajadores de industria puramente familiar. Reza así la disposición: “1. Las normas de este capítulo no se aplican:

a) A la industria puramente familiar, que es aquella en la cual solo trabajan el jefe de la familia, su cónyuge y sus descendientes...”

En relación a los trabajadores accidentales o transitorios, el artículo 6 los define de esta manera:

“Trabajo ocasional, accidental o transitorio, es el de corta duración, y no mayor de un mes que se refiere a labores distintas de las actividades normales del patrono”.

Por último sobre los artesanos, la norma del código hace énfasis en que solamente se permite un máximo de 5 trabajadores extraños a la familia, laborando en estos sitios, porque de lo contrario, si son más de cinco personas extrañas a la familia quienes se dedican a las labores artesanales, el patrono queda cobijado por la regla general y en ese evento les debería pagar cesantías a sus trabajadores pues la excepción no se configuraría.

2.2.1. Pago anticipado de las cesantías.

Ya habíamos concluido como el artículo 249 del Código es muy tejante al disponer que el auxilio de cesantías únicamente se pagará al terminar el contrato de trabajo.

Pero existen algunas situaciones excepcionales en las cuales sí se puede pagar esta prestación antes de finalizar el contrato o la relación de trabajo, estos casos se concretan en la siguiente forma:

- A) Cuando se presenta una sustitución de patronos.
- B) Cuando el trabajador es llamado a filas y entra a prestar el servicio militar.

C) Cuando el trabajador necesita una financiación para adquirir o mejorar su vivienda.

En estos tres eventos se excepciona la regla general, y el pago que se haga en esas circunstancias es perfecta y totalmente válida. De no serlo se caería en la peligrosa prohibición contemplada en el artículo 254 de nuestro Estatuto Laboral Sustantivo, la cual sanciona drásticamente a todos los patronos que incumpliendo uno de los elementos típicos de la cesantía, la paguen parcialmente sin haber concluido en forma definitiva la relación de trabajo que vincula a las dos partes.

El artículo 254 en perfecto acuerdo con el artículo 249, se refiere a la prohibición de los pagos parciales, en estos términos:

“Se prohíbe a los patronos efectuar pagos parciales del auxilio de cesantía antes de la terminación del contrato de trabajo, salvo en los casos expresamente autorizados, y si los efectuaren perderán las sumas pagadas, sin que puedan repetir lo pagado.”

Esta norma se convierte en una sanción sumamente fuerte para aquellos patronos que realizan pagos de cesantías sin haber concluido el contrato de trabajo que vincula a las dos partes, porque su dinero corre el gran riesgo de perderse si el trabajador al finalizar la relación laboral que lo vinculó con ese patrono hace efectivo el reclamo de su auxilio. Si ello ocurre, el patrono quedará necesariamente obligado a pagar la suma que corresponde por esta prestación, sin poder excepcionar con el dinero entregado por él como auxilio de cesantía ya que su excepción no prosperaría de ninguna forma frente a lo establecido en el artículo 254 de nuestro estatuto laboral vigente.

Es tan drástica y concluyente la prohibición relatada, que a nuestro juicio se le pueden conceder ciertos atenuantes a pesar de lo dispuesto en forma tan clara por la norma que la consagra. El hecho de que un patrono tenga que perder el dinero entregado a su dependiente, en razón de que éste no se haya retirado de su empresa y siga en cumplimiento de sus obligaciones adquiridas en el respectivo contrato individual de trabajo, implica en cierto modo que el trabajador se va a beneficiar de todos los pagos mal hechos por su patrono, el cual creía estar cubriendo el valor de la cesantía, cuando la realidad es muy diferente.

Sin embargo, el trabajador recibe efectivamente determinada cantidad de dinero, como auxilio de cesantía, pero como esa suma de ninguna manera puede ser imputable por ese concepto, se daría el caso de un enriquecimiento

sin causa, situación que tampoco es admisible a la luz de la legislación Colombiana.

Planteada la situación de las partes bajo esos aspectos, consideramos que podría aplicarse a modo de solución transaccional, la siguiente: si el dinero entregado por el patrono al trabajador es posible imputarlo a otras causas o prestaciones tales como vacaciones, primas, horas extras, descansos dominicales etc. Ello se debería hacer y de este modo se obviaría el posible enriquecimiento sin causa del trabajador a la vez que el patrono no perdería totalmente la suma que pagó por un concepto que, al momento del pago, no le era exigible.

En caso contrario, o sea, si no es posible imputar ese pago a algún concepto diferente de la cesantía, como los enumerados atrás, porque todos ellos ya se han cubierto satisfactoriamente, al patrono no le queda otra alternativa que volver a pagar todo el auxilio al cual tenga derecho el asalariado. En este evento la prohibición del artículo 254 tendría todos sus efectos: favorables íntegramente al trabajador y muy perjudiciales al patrono, quien en último término por no ajustarse a las normas estipuladas, paga en forma muy cara su descuido y su desconocimiento de las disposiciones aplicables en este campo.

Como el artículo en referencia nos habla de la imposibilidad para el patrono de realizar pagos parciales de la cesantía, salvo en algunos casos en los cuales ello es permitido por disposición expresa de la ley, es conveniente el análisis de estas situaciones alejadas de la regla general.

Ellas se encuentran en los tres eventos, que a continuación analizamos:

A) Cuando existe una sustitución de patronos. El artículo 69 del Código del Trabajo regula este caso, con especialidad en los numerales 4o, 5o y 6o al tratar sobre la responsabilidad de los patronos.

Reza así la disposición:

“1. El antiguo y el nuevo patrono responden solidariamente de las obligaciones que a la fecha de la sustitución sean exigibles a aquel, pero si el nuevo patrono las satisficere, puede repetir contra el antiguo.

2. El nuevo patrono responde de las obligaciones que surjan con posterioridad a la sustitución.

3. En los casos de jubilación, cuyo derecho haya nacido con anterioridad a la sustitución, las pensiones mensuales que sean exigibles con posterioridad a esa

sustitución deben ser cubiertas por el nuevo patrono, pero -este puede repetir contra el antiguo.

4. El antiguo patrono puede acordar con todos o cada uno de sus trabajadores el pago definitivo de sus cesantías por todo el tiempo servido hasta el momento de la sustitución, como si se tratara de retiro voluntario, sin que se entienda terminado el contrato de trabajo.

5. Si no se celebrare el acuerdo antedicho, el antiguo patrono debe entregar al nuevo el valor total de las cesantías en la cuantía en que esta obligación fuere exigible suponiendo que los respectivos contratos hubieren de extinguirse por retiro voluntario en la fecha de la sustitución, y de aquí en adelante a cargo exclusivo del nuevo patrono queda el pago de las cesantías que se vayan causando, aun cuando el antiguo patrono no cumpla con la obligación que se le impone en este inciso.

6. El nuevo patrono puede acordar con todos o cada uno de los trabajadores el pago definitivo de sus cesantías, por todo el tiempo servido hasta el momento de la sustitución, en la misma forma y con los mismos efectos de que trata el inciso cuatro del presente artículo”.

Las reglas del artículo 69 consagran la responsabilidad solidaria del patrono sustituto y del sustituido en lo concerniente a las obligaciones que debía cumplir el patrono saliente al momento de efectuarse el cambio de los dueños de la empresa. En los últimos tres incisos, la norma señala las diversas situaciones que se pueden presentar de acuerdo a quien cubra el valor de las cesantías.

Estos casos, es posible clasificarlos así:

a) El patrono saliente o anterior les puede pagar definitivamente sus cesantías a sus trabajadores por todo el tiempo de servicios desde su ingreso hasta el momento de efectuarse la sustitución, sin que este pago conlleve la finalización del contrato de trabajo y la consiguiente desvinculación del asalariado. Se trata de un pago definitivo y por ello quedan tanto la empresa, como los patronos sustituto y sustituido completamente liberados de pagar esta prestación hasta ese momento, y sin embargo el trabajador puede continuar a las órdenes de la misma empresa.

b) El nuevo patrono puede ser el encargado del pago definitivo de las cesantías, a todos los trabajadores en la misma forma y bajo condiciones similares a las estipuladas en el caso anterior. Si ello ocurre, naturalmente el patrono sustituto queda facultado para repetir contra el antiguo patrono el valor pagado a los trabajadores como auxilio de cesantía, al cual ellos eran

acreedores hasta el momento de llevarse a cabo la sustitución patronal en la empresa. Lógicamente ese pago como en el caso anterior no implica el retiro de la empresa de los trabajadores a quienes se les cubra la prestación.

c) Se permite que los dos patronos efectúen una negociación entre ellos sobre la base de que el antiguo patrono le entregue al nuevo el valor de las cesantías causales hasta el momento en el cual se hizo la sustitución en la empresa, pero el valor de la cesantía de cada trabajador no lo recibe éste hasta tanto no se produzca el retiro suyo de la empresa en la cual labora. Este tercer caso no constituye entonces una excepción clara a la norma general sobre el pago de la cesantía, porque el auxilio le será pagado a su acreedor al momento de terminar su contrato de trabajo y a la negociación concluida entre los patronos simplemente se convierte en un crédito a favor del asalariado, quien para hacerlo efectivo deberá cumplir lo ordenado por la norma general.

En este evento la fecha de la sustitución se toma en cuenta para las obligaciones inherentes a cada patrono por concepto de esta prestación social y si el antiguo patrono no cumple con su obligación contraída, los trabajadores no por ello se perjudican, porque teniendo en cuenta la responsabilidad solidaria estatuida en el inciso 1o. del artículo 69, ellos pueden hacer efectivo el valor de sus auxilios al nuevo patrono quien por la solidaridad se halla también obligado a cubrir esos dineros. Lógicamente el nuevo patrono también está amparado por la misma norma, puesto que si él cubre los valores correspondientes a su antecesor, puede repetir contra éste el valor de las cesantías pagadas.

Debe tenerse muy presente que en los casos vistos, especialmente los dos primeros que son verdaderas excepciones a la norma general, el pago de las cesantías tiene un carácter definitivo y por ello cuando esos obreros se retiren de las empresas, la liquidación de sus auxilios a cargo exclusivo del nuevo patrono, únicamente debe contabilizarse a partir del momento del cambio patronal sin tenerse en cuenta la vinculación laboral anterior.

Pero si de conformidad al ordinal 5o. del artículo 69, los patronos sustituto y sustituido realizan entre ellos una negociación, en la cual conste que el patrono anterior entrega al nuevo dueño del establecimiento, el valor de las cesantías de sus asalariados al momento de ocurrir la sustitución en la empresa, es claro que en este caso no se produce el pago efectivo de los auxilios a los trabajadores.

Como consecuencia de ello, los asalariados tienen derecho al momento de producirse la liquidación y el pago definitivo de su prestación a que se les compute todo el tiempo laborado inclusive el período durante el cual estuvieron a las órdenes de su antiguo patrono. Por lo tanto consideramos que

en este evento no se configura la excepción del pago de cesantías antes de concluir el vínculo laboral sino que únicamente los patronos acuerdan entre ellos el valor de la prestación que corresponde cubrir a cada uno, pero sin recibir el trabajador ninguna suma de dinero como pago de su cesantía.

Al no producirse el pago de su prestación y considerando que la cesantía es un "salario diferido", al asalariado le asiste plenamente el derecho de exigir que se le compute todo el tiempo laborado en la empresa para efectos de su respectiva liquidación del auxilio.

B) La segunda excepción general se presenta cuando un trabajador se debe desvincular de su empresa para ir a prestar el servicio militar obligatorio. El artículo 255 contempla lo anterior y se expresa así:

"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".

Por su parte el numeral 5 del artículo 51 señala como una de las causas de suspensión del contrato de trabajo, el hecho de ser llamado el trabajador a cumplir su servicio militar. En lo pertinente el artículo 51 dispone: "el contrato de trabajo se suspende:

5) Por ser llamado el trabajador a prestar servicio militar. En este caso el patrono está obligado a conservar el puesto al trabajador hasta treinta (30) días después de terminado el servicio. Dentro de esos treinta (30) días el trabajador puede reincorporarse a sus tareas, cuando lo considere conveniente, y el patrono está obligado a admitirlo tan pronto como éste gestione su reincorporación."

Esta excepción tiene en cuenta a los trabajadores llamados a filas, quienes por esta circunstancia tienen derecho a recibir su liquidación definitiva de cesantías al momento de ir a cumplir el servicio militar obligatorio, sin haberse terminado su contrato de trabajo. Y no han finalizado su contrato porque el artículo 51 trae el hecho de servir bajo banderas como una simple causal de suspensión del contrato de trabajo, con la prerrogativa adicional de concederle treinta días al trabajador a partir de la finalización de su actividad militar para reintegrarse a su anterior empleo, a la vez que se obliga a su antiguo patrono a conservarle su puesto durante ese mes de gracia en beneficio del trabajador.

Igual que cuando ocurre la sustitución patronal, en el evento del llamamiento a filas los asalariados reciben el pago definitivo de sus cesantías al momento de suspenderse su contrato laboral, y si luego el trabajador en uso del mes de gracia concedido por el Código, al cumplir con el servicio militar, se reintegra a su viejo empleo únicamente el nuevo período le será computable, para la posterior liquidación de sus cesantías, las cuales podrá hacer efectivas al producirse la desvinculación definitiva de la empresa en la cual su contrato estuvo suspendido mientras atendía a deberes ineludibles con la Patria.

C) Tal vez la excepción más típica y que sí constituye un pago parcial o un anticipo de las cesantías, ocurre cuando esos valores son entregados a sus acreedores antes de terminar la relación de trabajo, pero con el único y exclusivo fin de que ellos destinen ese dinero al financiamiento de su vivienda.

El artículo 18 del decreto 2351 de 1965, subrogó el artículo 256 del Código Sustantivo del Trabajo el cual trataba este tema. La norma vigente es del siguiente tenor:

"1) Los trabajadores individualmente, podrán exigir el pago parcial de su auxilio de cesantía para la adquisición, construcción, mejora o liberación de bienes raíces destinados a su vivienda, siempre que dicho pago se efectúe por un valor no mayor del requerido para tales efectos.

2) Los patronos pueden hacer préstamos a sus trabajadores sobre el auxilio de cesantías para los mismos fines.

3) Los préstamos, anticipos y pagos a que se refieren los numerales anteriores, deben ser aprobados por el respectivo inspector del trabajo, o, en su defecto, por el alcalde municipal, previa demostración de que van a ser dedicados a los fines indicados en dichos numerales.

4) Los patronos podrán realizar planes de vivienda, directamente o contratándolos con entidades oficiales, semioficiales o privadas, en beneficio de sus trabajadores, financiados en todo o en parte, con préstamos o anticipos sobre el auxilio de cesantía de los trabajadores beneficiados. En este caso, se requerirá el consentimiento de éstos y la aprobación previa del Ministerio del Trabajo.

5) Los trabajadores podrán, igualmente, exigir el pago parcial de sus auxilios de cesantía para realizar planes de vivienda que deberán ser contratados con entidades oficiales, semioficiales o privadas, previa aprobación del Ministerio del Trabajo.

6) Aprobado el plan general de vivienda a que se refieren los numerales 4o. y 5o. de este artículo, no se requerirá nueva autorización para cada préstamo, pago o liquidación parciales”.

Posteriormente el decreto 2076 de 1967 reglamentario del artículo 18 del decreto 2351 de 1965 indicó en su artículo 2o. en cuales casos únicamente se entendía que ese pago parcial de la cesantía se hallaba destinado a la financiación de vivienda. Taxativamente señaló las siguientes situaciones:

- a) Adquisición de vivienda con su terreno o lote;
- b) Adquisición de terreno o lote solamente.
- c) Construcción de vivienda, cuando ella se haga sobre lote o terreno de propiedad del trabajador interesado o de su cónyuge;
- d) Ampliación, reparación o mejora de la vivienda de propiedad del trabajador o de su cónyuge;
- e) Liberación de gravámenes hipotecarios o pago de impuestos que afectan realmente la casa o el terreno edificable de propiedad del trabajador o de su cónyuge.
- f) Adquisición de títulos de vivienda sobre planes de los empleadores o de los trabajadores para construcción de las mismas, contratados con entidades oficiales o privadas.

Los demás artículos de este decreto regulan todo lo relacionado al trámite que deben cumplir los trabajadores para obtener el pago de sus cesantías parcialmente y sólo para la destinación específica que la legislación les permite. Si el trabajador cumple satisfactoriamente los requisitos señalados, el patrono le debe facilitar la suma solicitada y ese dinero se tendrá en cuenta como un anticipo entregado a su acreedor, al momento de realizar la liquidación definitiva de las cesantías a la terminación del contrato del trabajo.

Presentados los tres casos excepcionales en los cuales se permite y se autoriza el pago de esta prestación social sin haber dado por terminada la relación laboral, es conveniente analizar los efectos jurídicos y las consecuencias laborales que de esos pagos se desprenden.

Porque las normas que tratan sobre las excepciones al momento de ocurrir una sustitución de patronos o presentarse un llamamiento a filas para el trabajador, disponen expresamente que a estas personas se les debe pagar su

cesantía en forma definitiva como si el contrato de trabajo terminara. Ese pago definitivo implica que si el asalariado continúa prestando sus servicios a la empresa en la cual se verificó el cambio de patronos, el nuevo patrono al finalizar el respectivo contrato individual de trabajo únicamente se halla obligado a liquidar y pagar el auxilio desde la fecha en la cual se produjo el cambio de dueño en el establecimiento hasta el día de terminar la vinculación laboral con su dependiente. Entonces el período inicial de trabajo, cuya cesantía se cubrió al ocurrir el cambio de patronos no se tiene en cuenta ni incide en absoluto al producirse la liquidación del auxilio cuando el trabajador se aleja de la empresa.

Si se presenta un llamamiento a filas de algún trabajador bien para que vaya a prestar su servicio militar en forma ordinaria o por una eventual convocatoria de reservas, a pesar de que su contrato individual de trabajo permanece suspendido durante todo el tiempo que dure ese servicio a la Patria, se autoriza al patrono para que haga la liquidación definitiva del auxilio al trabajador que se encuentre en estas circunstancias especiales.

Una vez concluida su misión militar, si el asalariado en uso de la prerrogativa concedida por el artículo 51 numeral 5o. vuelve a su antiguo empleo dentro de los 30 días siguientes que se le conceden para ello, únicamente este nuevo período a partir de su reingreso a la empresa le será computado para el pago de sus cesantías a la terminación del vínculo laboral.

En cambio, la consecuencia en el tercer caso es muy diferente. Porque si se presenta un pago parcial de cesantías para que el asalariado con ese dinero, pueda financiar su vivienda bajo cualquiera de las formas permitidas por el decreto 2076 de 1967, ese pago de ninguna manera es definitivo sino que se le toma como un anticipo de la cesantía total. De manera que a la finalización del contrato, el patrono deberá revisar todo el tiempo durante el cual laboró ese trabajador en su establecimiento comercial y así de acuerdo al último salario devengado por él, le debe elaborar y computar la liquidación total y definitiva teniendo en cuenta todo el tiempo de servicios y descontando el dinero anteriormente entregado a su empleado por concepto de cesantía parcial para financiar su vivienda.

González Charry nos sintetiza la diferencia de estas situaciones en el siguiente aparte:

“Cuando la liquidación no es sino provisional o parcial, es lógico que se trata simplemente de un anticipo del crédito y que al terminarse el contrato se debe computar todo el tiempo de servicio y se liquida con el último sueldo. En cambio, cuando es definitiva como ocurre en el caso que estamos estudiando, y en el de los reclutas, el término anterior se entiende borrado de

las obligaciones patronales. Así, al terminarse el contrato de trabajo solamente se tendrá en cuenta para liquidarla el último lapso de servicio a partir del momento en que se verificó la sustitución. Es un fenómeno importante, porque esta regla constituye una excepción al principio general de la legislación colombiana sobre la liquidación y pago de la cesantía".(9).

También la Jurisprudencia se ha pronunciado a favor de considerar esos pagos parciales como revisables y no como exhaustivos al dictaminar la Corte Suprema de Justicia en extenso fallo de 23 de septiembre del año 54 que las liquidaciones parciales de cesantías para vivienda son adelantos, buenas cuentas que no afectan de ninguna forma todo el tiempo de trabajo del asalariado y al concluir el contrato laboral, el obrero o el empleado tienen derecho a que se les compute todo el tiempo trabajado de acuerdo al último salario percibido y se descuenta el dinero recibido en la liquidación parcial.

La ventaja que le reporta al trabajador este criterio consiste en que si la fecha de su retiro, su sueldo o jornal es superior al devengado en la época durante la cual se le hizo el pago parcial, ese salario base para realizar la liquidación le irá a reportar una cantidad mayor de dinero al asalariado por el tiempo laborado hasta el día en el cual recibió el anticipo de su cesantía para vivienda. Entonces al producirse el pago definitivo, únicamente se descuenta lo recibido por el dependiente y se le hace entrega del resto del auxilio al cual tenía derecho.

Mientras que en las otras dos situaciones de excepción, el trabajador recibe su liquidación de cesantía sin tenerse en cuenta para nada el tiempo anterior laborado por cuanto ese período fue liquidado en su oportunidad con carácter definitivo, exhaustivo y por lo tanto no es revisable, como en el caso de la financiación de vivienda, en el cual se debe computar todo el tiempo de trabajo a las órdenes de la empresa.

Además del pago parcial de sus cesantías, los trabajadores pueden obtener de su patrono préstamos de dinero garantizado en la misma prestación y sólo para los fines relacionados con el financiamiento de su vivienda, bien sea en adquisición, mejora, construcción, ampliación, liberación, de gravámenes hipotecarios etc. Este caso lo contempla el ordinal 2o. del artículo 256.

En estos eventos, el patrono de su propio peculio le facilita determinada cantidad de dinero a su empleado, esa suma la recibe el trabajador con un gravamen, con una carga consistente en que si el asalariado no cancela ese préstamo a la empresa, ésta al momento de liquidar las cesantías que debe

(9) González Charry, Guillermo. "Derecho del Trabajo". Ed. Temis. 2a. Edición. Bogotá 1970. Pág. 246.

pagarle a su trabajador deudor, puede cancelar el valor del préstamo, del monto de las cesantías que debe recibir su empleado y entregarle a éste el saldo resultante. De manera que no es muy adecuado hablar de pagos parciales de cesantías en estas situaciones, puesto que los auxilios únicamente son gravados para responder por un préstamo que se hace con fines específicos y concretos a su beneficiario.

Los demás numerales del artículo 256 permiten la realización de planes de vivienda, los cuales pueden ser llevados a cabo por los patronos directamente o contratándolos con entidades de carácter oficial, privado o semioficial en beneficio de los trabajadores, o pueden los asalariados realizar los planes de vivienda contratándolos con esas mismas entidades siempre bajo la aquiescencia y previa aprobación del Ministerio del Trabajo.

Para financiar total o parcialmente estos planes de vivienda los trabajadores quedan autorizados a exigir el pago parcial de sus cesantías o pueden obtener préstamos de su patrono garantizándolos con sus respectivos auxilios, en uno y otro caso mediante el cumplimiento de todos los requisitos y aprobaciones que se exijan para ello. Con esos fondos pueden los trabajadores contratar el plan de vivienda respectivo con alguna entidad ya de carácter privado, oficial o semioficial encargado de ejecutar el plan habitacional programado.

Finalmente en lo relacionado con el aspecto de adquisición de viviendas mediante el auxilio de cesantía, trae la Ley un artículo referente a que las casas de habitación así obtenidas, no forman parte del patrimonio familiar inembargable. El artículo 257 nos dice al efecto:

"Las casas de habitación adquiridas por el trabajador antes o dentro de la vigencia de este código, con el auxilio de cesantía en todo o en parte, no constituyen por ese solo hecho patrimonio familiar inembargable".

Quiso la Ley con esta norma facilitar en cierta medida la obtención de residencias destinadas a vivienda y los préstamos que para tal efecto se hicieren, porque si esos inmuebles permanecieran dentro del patrimonio familiar inembargable, sería muy difícil obtener créditos, préstamos y demás facilidades financieras de parte de las empresas, las instituciones bancarias, crediticias, etc., si estas entidades prestamistas no tuvieran una garantía en las mismas viviendas. Y como los bienes pertenecientes al patrimonio familiar inembargable, por ese mismo hecho, se hallan fuera del comercio no podrían garantizar los préstamos. (10)

(10) Cfr. González Charry, Guillermo. "Prestaciones Sociales del Sector Privado". Pág. 84.

En consecuencia, las casas de habitación adquiridas total o parcialmente con el auxilio de cesantía, bien porque éste se pague parcialmente o el patrono efectúe un préstamo al trabajador para tal efecto, no forman parte del patrimonio familiar inembargable y por lo tanto pueden servir perfectamente de garantía para el dinero que se facilita. Lógicamente si estos inmuebles garantizan, respaldan, defienden los dineros que en ellos se invierten, las financiaciones se obtendrán con mayor facilidad que en el evento de que estas mismas viviendas no pudieran servir de respaldo a los préstamos que se efectuaran, por tener el carácter de inembargables. El criterio de la Ley, fué eminentemente práctico para tratar de solucionar en parte uno de los peores problemas sufridos por la población Colombiana: la falta de techo propio.

3. PERDIDA DE LA CESANTIA Y RETENCION DEL AUXILIO.

Como una sanción que exclusivamente se puede aplicar al auxilio de cesantía, trae la Ley unas causales específicas señaladas taxativamente en el artículo 250, las cuales dan lugar a la abstención del patrono de cubrir los auxilios debidos hasta tanto la justicia no decida sobre la veracidad o no de las causales indicadas por el patrono, las cuales le permiten a él, no pagar y retener esta prestación social hasta nueva orden.

Dice así el artículo 250:

"1. El trabajador perderá el derecho al auxilio de cesantía cuando el contrato de trabajo termina por alguna de las siguientes causas:

a) Todo acto delictuoso cometido contra el patrono o sus parientes dentro del segundo grado de consanguinidad y primero de afinidad, o el personal directivo de la empresa.

b) Todo daño material grave causado intencionalmente a los edificios, obras, maquinarias y materias primas, instrumentos y demás objetos relacionados con el trabajo.

c) El que el trabajador revele los secretos técnicos o comerciales o dé a conocer asuntos de carácter reservado, con perjuicio grave para la empresa.

2. En estos casos el patrono podrá abstenerse de efectuar el pago correspondiente hasta que la justicia decida".

El artículo transcrito contempla dos aspectos diferentes expresamente señalados en los numerales primero y segundo. Porque mientras el ordinal primero establece

para el trabajador la pérdida de sus cesantías, si incurre en alguna de las causales indicadas como motivos de la finalización del contrato de trabajo, el último inciso le da derecho al patrono de ejercer una retención autorizada de esos dineros hasta tanto no sea decidida y definida la validez o no de los motivos invocados por él para terminar la relación laboral. El correspondiente fallo debe proferirlo el funcionario penal encargado de investigar y valorar las pruebas aducidas por las partes al proceso adelantado.

Vemos que la disposición trae dos efectos bien diferentes pero que se pueden complementar, puesto que si el patrono logra probar la terminación del contrato por alguna de las tres causales contempladas en el artículo 250 además del derecho de retención ejercido por él válidamente, se da la pérdida de la cesantía para el asalariado. Pero si no es posible que esos hechos se aclaren cabalmente y la justicia decide absolver al trabajador, éste gozará de sus cesantías aunque su patrono las haya retenido por algún tiempo. Por lo tanto la sola retención de los auxilios, no conlleva necesariamente la pérdida de ellos.

Ya en casación de 1960, la Corte Suprema de Justicia aclaró el sentido del artículo 250 en estos términos: "el artículo 250 contempla dos situaciones distintas: la retención y la pérdida del derecho. Para retener la cesantía, el patrono no necesita autorización especial: simplemente le bastará acompañar al juicio del trabajo la prueba de que se adelanta la investigación penal. Para la pérdida del derecho se requiere un fallo penal que declare al trabajador del ilícito que se le imputa."(11).

En este orden de ideas siempre que el patrono logre probar que en contra de su dependiente se lleva una investigación penal por alguna de las causales del artículo 250, puede ejercer válidamente la retención de esta prestación. Prestación que para su legítimo acreedor se hallará en suspenso de poder hacerla efectiva hasta tanto la investigación penal no decida sobre la validez del cargo imputado. Si la justicia acoge íntegramente la acusación de la empresa, el trabajador en ese momento perderá definitivamente su derecho al auxilio retenido.

Para poder ejercer el derecho de retención, el patrono deberá formular la denuncia penal al momento de la terminación del contrato y solamente en esa oportunidad él podrá invocar cualquiera de los motivos o causales que son suficientes no sólo para finalizar el vínculo laboral con su empleado, sino también para retenerle su auxilio de cesantía por los hechos delictuosos que conllevaron el cese de de la relación de trabajo.

La oportunidad para retener la prestación citada debe ser invocando la causal en el momento de la culminación del contrato y presentando seguidamente la

(11) De Subiría, Roberto. "El derecho del Trabajo ante la Jurisprudencia". Pág. 19.

correspondiente denuncia penal de lo acontecido. En casación de 15 de diciembre de 1970 dijo al efecto la Corte Suprema de Justicia:

“...el patrono, para poder ejercer el derecho de retención del auxilio de cesantía, debe presentar la correspondiente denuncia penal, no en cualquier momento, sino a la terminación del contrato, como lo ha sostenido la jurisprudencia reiterada de esta corporación. La razón es muy sencilla: si es a la terminación del contrato cuando nace la exigibilidad del auxilio de cesantía, el patrono, para poder abstenerse de su pago, debe acreditar la facultad para retenerlo, y mediante la prueba de que presentó la denuncia ante el juez penal, quien es el encargado de decidir si existió o no delito”.(12)

Entonces si el patrono solo invoca esta facultad al momento de ser demandado por su trabajador, con el ánimo y la intención evidente de no cubrirle a su empleado el valor de la cesantía demandada, no podría encuadrarse esta conducta observada por el empleador como el ejercicio válido del derecho de retención sino como una causal de mora en el pago del auxilio.

Porque es claro que si el patrono había sido víctima de un acto delictuoso cometido por su dependiente, dicho patrono o la empresa perjudicada comunique oportunamente esa situación a los funcionarios competentes y ejerza válidamente el derecho de retención con el ánimo de resarcirse los perjuicios sufridos.

En cambio si el trabajador despedido demanda a su empleador por el pago de la cesantía y el patrono al producirse esa demanda alega en su favor el derecho de retención, es preciso concluir que él invocó este derecho en una oportunidad tardía con el propósito claro de no pagar al asalariado demandante el valor de su auxilio. En este caso el patrono incurrió en mora para realizar el pago de la prestación y su conducta negligente caerá en la sanción contemplada en el artículo 65 consistente en la indemnización por salarios caídos que debe cubrir la empresa a su asalariado.

Pero no es suficiente la sola denuncia penal y el invocar los motivos que dan lugar a ella al terminar el contrato individual de trabajo, para que el patrono haga uso de la facultad conferida, sino que es necesario que el juez competente decrete la apertura del proceso penal. Al respecto la sala de casación penal, de nuestro más alto tribunal señaló en 1955: “Para que la investigación se abra por el Juez, es preciso que en la mente de éste, no en la del denunciante, el hecho sea infracción penal o como tal pueda reputarse”.(13)

(12) Caldas, Tito Livio. “Régimen Laboral Colombiano”. Ed. Legislación Económica Ltda. Bogotá 1970. Pág. 172.

(13) Buitrago, Luis A. “Derechos y Obligaciones de Empleadores y Trabajadores”. Ed. Imprenta del Departamento, Bucaramanga 1970 Pág. 136.

Incluso si el trabajador que ha incurrido en alguna de las conductas prohibitivas del artículo 250, presenta al patrono su renuncia al empleo que venía desempeñando, ello no es obstáculo para que el empleador cumpliendo los trámites requeridos acepte esa renuncia y se abstenga de cubrirle el valor del auxilio, haciendo uso de la retención permitida. Porque el hecho de renunciar el empleado, no implica de ninguna manera un saneamiento de los actos delictuosos cometidos los cuales eran no sólo de terminación del contrato sino que además facultan al patrono para hacer efectiva la retención de las cesantías manifestándole al trabajador la existencia de una causal señalada en el artículo en mención.

Es claro que si el contrato de trabajo concluye por todo acto delictuoso cometido contra el patrono o sus parientes, en el grado establecido por la Ley, o el personal directivo de la empresa; o por todo daño material grave que sea causado con intención a los edificios, maquinarias, materias primas, instrumentos de trabajo; o porque el asalariado con evidente y grave perjuicio para su empresa revele secretos técnicos o comerciales o manifieste a la luz pública asuntos estrictamente reservados, la empresa está plenamente autorizada para despedir a su empleado y retenerle su cesantía hasta que el funcionario penal se pronuncie sobre los cargos imputados al trabajador despedido.

La sentencia penal tiene entonces una enorme importancia en estas situaciones, porque si ella es condenatoria al trabajador, éste perderá en forma definitiva su cesantía la cual se encontraba retenida a la espera precisamente de esa decisión judicial. Al producirse el fallo en contra del asalariado, se autoriza al patrono para que se indemnice de los hechos delictuosos sufridos, en el primer lugar con el valor de la cesantía retenida la cual perderá el asalariado en beneficio de la empresa a manera de resarcimiento por los daños causados y las faltas cometidas.

Por consiguiente, la decisión judicial adversa al trabajador pone fin a la retención de su cesantía, la cual se inició desde la propia terminación del contrato de trabajo, y al conocerse el fallo es el momento en el cual se consolida definitivamente la pérdida de esta prestación, dinero que servirá como una indemnización total o parcial al patrono por los perjuicios ocasionados. Perjuicios que tendrán un triple efecto: terminación del contrato, retención de las cesantías y finalmente pérdida de ellas.

Sin embargo, si el valor del auxilio es superior a los daños cometidos por el trabajador, es decir si la liquidación de la cesantía representa una suma de \$ 20.000.00 y los perjuicios ocasionados por el asalariado en contra de la empresa ascienden a \$ 15.000.00, por ejemplo nos preguntamos que rumbo toman esos \$ 5.000.00 de diferencia. ¿Los perderá el obrero? ¿El patrono los deberá cubrir?

De acuerdo al artículo 250, el trabajador al cometer alguna infracción contemplada en sus tres causales, pierde el auxilio de cesantía. No obstante, debe tenerse muy

presente la finalidad de la norma citada, consiste en que el patrono se indemnice de los actos delictuosos cometidos por su dependiente en contra de la empresa, de sus directivas y de los parientes del patrono en los grados establecidos, con el valor de dicha prestación social.

Si el objetivo de la disposición comentada tiende a buscar para la empresa un resarcimiento de los perjuicios ocasionados por su dependiente con el valor de su cesantía, es obvio que esos daños evaluados en \$ 15.000.00 se cubren con una parte considerable del auxilio retenido. El saldo restante no juega ningún papel en la indemnización a cargo del trabajador despedido.

Ese excedente equivalente a \$ 5.000.00 consideramos que no lo debe perder el asalariado, a pesar de lo dispuesto en el artículo 250 del código, porque ello equivaldría a un enriquecimiento sin causa por parte de la empresa y considerando que este auxilio forma parte del salario con la salvedad de que su pago se difiere a la terminación del contrato de trabajo, esa suma restante no la puede retener indebidamente el patrono y la deberá entregar a su dependiente sancionado suficientemente con la pérdida de su auxilio equivalente al perjuicio ocasionado a su empleador.

En conclusión creemos que la pérdida de la cesantía para el trabajador se configura en relación a la infracción cometida por éste y así si el valor del auxilio es superior a la indemnización correspondiente, la suma que no resulta afectada por dicho concepto se le deberá entregar al asalariado, porque si el patrono se queda con todo el valor de la cesantía incurrirá en un enriquecimiento sin causa en el excedente favorable a su empleado, y esta situación no puede permitirla la ley de ninguna manera.

Pero que sucede si la sentencia judicial es favorable al trabajador y éste resulta absuelto de los cargos imputados en su contra por la empresa?

En este caso, la primera consecuencia es que las cesantías retenidas deben serle entregadas a su legítimo acreedor porque el fallo absolutorio consolida definitivamente los auxilios en el trabajador acusado. En segundo término el patrono sólo queda obligado al pago efectivo de esos dineros, pero no se le podrán cobrar salarios caídos por todo el tiempo durante el cual estuvo retenida la prestación de su empleado. Y no es posible el cobro de esa indemnización porque el patrono estaba plenamente facultado, autorizado por el artículo 250 para no hacer efectivo el pago de esta prestación hasta tanto la justicia no decidiera en forma definitiva sobre la veracidad o no de las acusaciones formuladas en contra del trabajador que luego resultó libre de todo cargo.

Muy diferente sería la situación si el patrono simplemente se limitara a no pagar la cesantía a su dependiente, sin haber formulado siquiera el denuncia penal sobre los

hechos que dieron origen a la terminación de la relación laboral. En este evento no se puede afirmar que exista retención del auxilio sino que el patrono simplemente está incurriendo en mora para su pago y ese estado de morosidad, de demora en cubrirle ese dinero a su trabajador es causal suficiente para que luego la empresa deba pagar la correspondiente indemnización por salarios caídos.

El artículo 65 del Código Sustantivo Laboral en su inciso primero es terminante el señalar que:

“1 Si a la terminación del contrato, el patrono no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo los casos de retención autorizados por la Ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo”.

Entonces aunque el contrato individual de trabajo finalice por incurrir el trabajador en una de las tres causales contempladas en el artículo 250 de nuestro Estatuto Laboral Sustantivo, si el patrono no pone en conocimiento de los funcionarios competentes esos hechos y por su propia cuenta y riesgo se decide a no pagarle a su empleado el auxilio de cesantía, de ninguna manera se puede afirmar que en el caso propuesto exista una retención de la prestación, sino que el patrono está incurriendo en mora para pagar esos dineros y como en la presente situación no existe el derecho de retención autorizado, la empresa deberá pagarle a su dependiente la prestación debida y la indemnización por salarios caídos indicada en el artículo 65.

Igualmente el derecho de retención está autorizado única y exclusivamente sobre el auxilio de cesantía, por ello si el patrono hace extensiva la retención a otras prestaciones sociales también incurrirá en la sanción moratoria del inciso primero del artículo 65 puesto que las empresas carecen de facultades para ejercer este derecho de retención sobre cualquier otra prestación social.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia, sala laboral, en casación de 1955 manifestó:

“Esta norma (art. 250 del C.S. del T.) sólo establece la retención del auxilio de cesantía, y su entendimiento no puede ampliarse por el fallador hasta comprender prestaciones o acreencias diferentes. La meridiana claridad de sus términos no permite duda ninguna sobre el particular.

Se infringió el artículo 250 al sostener una retención de la cesantía extendiendo su alcance hasta permitirla para el valor del preaviso y de la indemnización de perjuicios a que fué condenada la parte demandada”. (14).

(14) Constaín, Miguel Antonio. Ob.cit. Pág 631.

En síntesis, el artículo 250 consagra una doble situación excepcional a la regla general sobre el pago de esta prestación patronal común al establecer de un lado el derecho de retención por parte del patrono, y del otro lado, la pérdida definitiva del auxilio para el asalariado. Situaciones que no excluyen y en muchos casos se complementan.

4. MUERTE DEL TRABAJADOR Y CESANTIA.

4.1. Pago de Cesantía.

Se trata de un evento que no se presenta con mucha frecuencia, pero que es muy factible su ocurrencia. Ya el código Sustantivo del Trabajo al consagrar el auxilio de cesantía fué enfático al indicar la obligación del patrono para con su trabajador y con "las demás personas que se indican en este capítulo" de pagarles al finalizar el contrato de trabajo, la prestación debida.

Como una de las causales de terminación del vínculo laboral es la muerte del trabajador, cuando ello ocurre, su auxilio de cesantía se considera como parte de su patrimonio y el patrono se halla en la obligación de cubrirlo a las personas indicadas en las normas laborales reguladoras de estos casos.

Esas disposiciones son las siguientes: en primer lugar, el artículo 19 del decreto 2351 de 1965, el cual modificó el artículo 258 del Código. Estatuye la regla vigente:

"El auxilio de cesantía, en caso de muerte del trabajador, no excluye el pago del seguro de vida obligatorio y cuando aquel no exceda del veinte mil pesos (\$ 20.000.00), se pagará directamente por el patrono, de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 212 del Código Sustantivo del Trabajo".

Esta norma contiene varios aspectos importantes a saber: en primer término, establece la compatibilidad de la cesantía con otra prestación patronal, el seguro de vida obligatorio. Así como el artículo 20 del mismo decreto estipula la concurrencia del auxilio de cesantía con la pensión de jubilación. En segundo lugar se autoriza a los patronos para el pago directo de los auxilios cuando su valor no supere los veinte mil pesos (\$20.000.00), esos pagos se regularán por el procedimiento indicado en el artículo 212 del Código Sustantivo Laboral. En tercer lugar si el valor de las cesantías es superior a los veinte mil pesos (\$ 20.000.00), el patrono no debe pagar directamente este dinero a los beneficiarios sino que lo puede consignar a órdenes del juzgado que esté tramitando la sucesión del trabajador fallecido o

puede conservar en su poder la cesantía debida y entregarla a las personas indicadas por el juzgado encargado de liquidar la sucesión del causante.

4.1.1. Pago Superior a \$ 20.000.00

Referente al pago de la prestación se fijó la suma de \$ 20.000 como criterio de distinción entre su cubrimiento directo por el patrono a los beneficiarios del causante o por medio de lo decidido en el juzgado que esté tramitando el respectivo proceso de sucesión. Entonces al establecer que el valor de la cesantía transmisible es mayor de veinte mil pesos, la empresa no puede pagar directamente esta prestación y deberá esperar hasta que el fallo judicial le ordene a cuáles personas les debe entregar el auxilio correspondiente al trabajador fallecido y también puede antes de conocerse la setencia judicial consignar el importe total de la cesantía debida a órdenes del juzgado en el cual se esté tramitando la sucesión del causante.

4.1.2. Pago Inferior a \$ 20.000.00

Pero si el auxilio debido nos supera los veinte mil pesos, se autoriza al patrono para que directamente cancele ese dinero ciñéndose al procedimiento contemplado en el artículo 212 de nuestro estatuto del trabajo. Esta norma estipula que antes de hacerse el pago de la cesantía, el patrono deberá dar aviso público de ellos con treinta (30) días de anticipación en la prensa del lugar por dos ocasiones como mínimo, en dichos anuncios se señalará el nombre del causante y de quienes figuran como beneficiarios. Dichos beneficiarios son las personas indicadas en el artículo 204 ordinal E, es decir el cónyuge, los hijos legítimos y naturales, los ascendientes legítimos, los padres naturales y las personas que dependieran económicamente del causante siempre que fueran menores de 18 años o tengan una incapacidad permanente para trabajar, estas personas serán acreedoras a la cesantía del fallecido de acuerdo a la forma de distribución y en la proporción señalada en el artículo 204.

Todos los causahabientes o beneficiarios probarán su calidad de tales con la presentación de las copias de sus registros civiles o partidas eclesiásticas agregándole unas declaraciones de testigos, las cuales acreditan quiénes son los únicos beneficiarios, declarándolos por su número y nombres precisos y la razón de serlo según el artículo 212. Una vez comprobada la calidad de beneficiarios, el patrono debe proceder al pago de la prestación debida de acuerdo a la proporción indicada en el ordinal E del artículo 204 según quienes sean los beneficiarios que acreditaron válidamente su calidad de tales.

Si luego de cumplir con todos los requisitos señalados, en especial los avisos o publicaciones del pago de la cesantía que van a realizar una empresa, resultan otras personas alegando su calidad de beneficiarios con derecho al auxilio del trabajador fallecido, el patrono queda libre, exento de cualquier otro pago eventual y esos nuevos beneficiarios no podrán cobrarle sus cuotas correspondientes a ese patrono sino que serán las otras personas a quienes se les canceló oportunamente la cesantía en mención, las cuales deberán responder en forma solidaria por el valor de las cuotas que correspondan a los nuevos causahabientes.

También si existe algún conflicto o se presenta una controversia entre las personas que manifiestan ser los posibles beneficiarios del causante y no logran un acuerdo entre ellas, el patrono deberá esperar para efectuar el pago hasta que se le presente copia autenticada de la sentencia judicial que resolvió el problema, pues de lo contrario si él por su cuenta decide pagarle a quien crea ser el verdadero beneficiario y luego la decisión judicial señala a otra persona como la de mejor derecho en la controversia, el patrono se expone a perder el dinero inicialmente cancelado y deberá pagar la cesantía a quien señale el fallo judicial como el verdadero heredero.

4.2. *Compatibilidad entre el pago del Seguro de Vida y el pago de la Cesantía.*

El otro aspecto contemplado en el artículo 19 del decreto 2351 de 1965 es el referente a la compatibilidad entre el seguro de vida y la cesantía. Sobre este tópico de concurrencia el auxilio de cesantía con otras prestaciones el artículo 20 del mismo decreto reglamentó:

“La pensión de jubilación y el auxilio de cesantía son compatibles. En consecuencia, el derecho a disfrutar de la pensión de jubilación, cuando se cumplan los requisitos para esta prestación, no excluye el derecho del trabajador a que se le pague el auxilio de cesantía por el tiempo servido”.

Tanto el artículo 19 como el 20 del decreto 2351 establecen que el auxilio de cesantía es compatible con dos importantes prestaciones patronales especiales, a saber: el seguro de vida obligatorio y la pensión de jubilación.

Respecto a la discusión sobre la incompatibilidad con el seguro de vida, ella quedó clausurada con la vigencia del Código Sustantivo del Trabajo en 1951, pues el artículo 258 de este estatuto expresamente hizo concurrente estas dos prestaciones al disponer que el auxilio de cesantía no excluía el pago del seguro de vida colectivo obligatorio, afirmando definitivamente las conclusiones que en el mismo sentido habían planeado el Tribunal Supremo

del Trabajo y el Consejo de Estado en fallos proferidos por estas altas corporaciones en 1950.

Ambos organismos terminaron en admitir la concurrencia de las dos prestaciones en conflicto puesto que cada una de ellas tiene su propia naturaleza jurídica y así los patronos obligados a cubrirlas, debían hacer efectivo el pago de una y otra a los beneficiarios que acreditaran válidamente su derecho.

Consideramos del caso transcribir las conclusiones de estas corporaciones, porque al año siguiente de producidas estas sentencias, el Código Sustantivo del Trabajo recogió en diferentes artículos la esencia de los fallos jurisprudenciales en este campo. El Tribunal Supremo del Trabajo, en casación de agosto 2 de 1950 expresó:

“Como se ha visto, es evidente que en determinados casos la Ley permite la coexistencia de ambas prestaciones, y aun cuando no hay norma expresa que establezca su compatibilidad, una amplia interpretación del espíritu que informa la Legislación Laboral en esta materia, impone la solución afirmativa que en este fallo se acoge, al determinar que la extinción del Contrato de trabajo por fallecimiento del asalariado, da derecho a sus herederos a exigir el pago de la correspondiente cesantía, sin perjuicio del seguro de vida respectivo”.(15).

A su turno, el Consejo de Estado en sentencia del mismo año relató:

“Siendo la cesantía parte del salario, no alcanza a comprenderse la razón para que trate de confundírsela con el seguro, dejando de pagarse por muerte, pues es una deuda exigible a cargo del patrono o del Estado, según el caso; es un depósito en favor del trabajador, que no puede negarse, sin mengua de la justicia, a los herederos continuadores de la persona del causante en sus derechos patrimoniales.

Todo lo anterior conduce a concluir que la única interpretación lógica del artículo 11 de la Ley 64 de 1946, es la de la coexistencia de las dos prestaciones, ya que histórica, filosófica y jurídicamente está demostrado que son distintas y obedecen a diferentes motivos.

Y no debe perderse de vista que la Ley guardó un absoluto silencio respecto de la incompatibilidad de las dos prestaciones, silencio que no guardó tratándose de las pensiones de jubilación e invalidez, pues allí se estableció la incompatibilidad entre tales pensiones y el derecho a percibir la cesantía,

(15) González Charry, Guillermo. “Prestaciones Sociales del Sector Privado”. Pág. 217.

disponiendo, sin embargo, que el trabajador tenía derecho a la cesantía en el tiempo servido que excediera al que daba derecho a la jubilación y que debía reconocerse también la suma en que la cesantía sobrepasara lo recibido por el pensionado".(16)

4.3. *Concurrencia entre el pago de la Jubilación y la liquidación de la Cesantía.*

El fallo del Consejo de Estado a la vez que hace total claridad sobre la coexistencia del seguro de vida y el auxilio de cesantía, alude a la incompatibilidad que para esa fecha existía entre la cesantía y la pensión de jubilación, incompatibilidad que fue definitivamente abolida por el artículo 20 del decreto 2351 de 1965 el cual modificó el artículo 266 del Código y dispuso claramente la concurrencia de ambas prestaciones. En cuanto al pago de cada una de ellas, la norma señaló que una vez cumplidos los requisitos exigidos tanto para la jubilación como para la cesantía, las empresas deberán cubrir estas prestaciones a sus trabajadores.

Consideramos que la anterior disposición fué la conclusión afortunada de una situación que no se compadecía en nuestra legislación porque tanto la una como la otra tienen una naturaleza y una función bien definida y no era posible como ocurrió desde 1945 hasta 1965 que estas prestaciones se excluyeran y esa divergencia se reflejara en una injusticia y en un perjuicio para las personas que por su labor desarrollada en beneficio del progreso empresarial durante varios años, se hacían acreedoras a dichos pagos.

Porque si la cesantía se tiene como un salario diferido y por ello su pago se realiza al terminar el contrato de trabajo, como una contraprestación por los servicios prestados por el asalariado durante todo el tiempo de labores, la pensión de jubilación se paga una vez llenados ciertos requisitos, de tiempo al servicio de la empresa (20 años) y de edad (55 años los hombres, 50 las mujeres), como una ayuda, como una asistencia económica que la empresa mensualmente le entrega al trabajador que por su edad y el desgaste sufrido durante un período largo de trabajo se encuentra en condiciones muy desventajosas frente a otras personas para obtener empleos que le permitan solventar decorosamente sus necesidades y las de su familia.

Siendo tan diferente el fundamento de una y otra prestación no es posible fijar una incompatibilidad entre ellas y creer que es muy suficiente para asalariado el pago de una sola. Ello no solo es muy grave e injusto para el empleado, sino que le causaría un notable perjuicio económico pues generalmente los beneficiarios de la pensión jubilatoria son personas de años avanzados a quienes por su edad se les dificulta notoriamente la consecución

(16) González Charry, Guillermo. Ob.cit. Págs 224-225.

de empleos remunerados que les permitan mantener una cierta estabilidad monetaria.

Es entonces lo más indicado que una vez cumplidos los 20 años a las órdenes y para el beneficio de su patrono, y llegado a la edad reglamentaria, el trabajador reciba al concluir sus labores el pago de una parte de su salario como retribución por su fuerza de trabajo utilizada en favor de su empleador y de otro lado su patrono mensualmente le remita una determinada cantidad de dinero como una contribución a la labor desempeñada en beneficio de su empresa durante dos décadas a lo menos.

Fué justo y muy bien recibido el viraje dado en 1965 por el artículo 20 del decreto 2351 al señalar, como ha debido ocurrir desde un comienzo, el reconocimiento independiente de las dos prestaciones, pues era ilógico que teniendo cada una de ellas fundamentos propios, autónomos y diferentes se pudieran afirmar que verificado el pago de una, la otra no la debía cubrir el patrono. Establecida su concurrencia se le dió tanto a la jubilación como a la cesantía su verdadera función social en beneficio de los asalariados.

5. *CESANTIA ESPECIAL: TRABAJADORES DE LA CONSTRUCCION.*

Estos asalariados gozan de una especial y excepcional situación en materia de la liquidación y pago de su auxilio de cesantía. Al efecto nos dice el artículo 310 del Código Sustantivo del Trabajo lo siguiente:

"A los trabajadores de obras o actividades de construcción cuyo valor exceda de diez mil pesos (\$ 10.000.00) se les reconocerá el auxilio de cesantía y las vacaciones así:

- a) El auxilio de cesantía por todo el tiempo servido, a razón de tres (3) días de salario por cada mes completo de trabajo, siempre que se haya servido siquiera un mes, y debe pagarse a la terminación del contrato por cualquier causa.
- b) Las vacaciones remuneradas de quince (15) días hábiles y consecutivos por cada año de servicios, y proporcionalmente por fracciones de año, cuando se haya trabajado por lo menos un (1) mes".

Inicialmente es necesario hacer claridad sobre cuales patronos o empresas se hallan obligados a cubrir las prestaciones establecidas en el artículo transcrito. Los artículos 309 y 312 del Código nos dilucidan este aspecto, en la siguiente forma:

ARTICULO 309: "Para los efectos del presente capítulo se entiende por obras o actividades de construcción las que tienen por objeto construir cualquiera clase de

casas o edificios y las inherentes a esa construcción, excepto su conservación o reparación; y por valor de la obra o actividad, el valor de su presupuesto o de su costo total estimado pericialmente”.

ARTICULO 312: “Los trabajadores de empresas constructoras gozan de los derechos consagrados en el presente capítulo, sea cual fuere el valor de la obra o actividad”.

De manera que en las obras o actividades de construcción cuyo valor sea superior a \$ 10.000.00 y en las empresas dedicadas a trabajos de construcción, cuando ésta sea su actividad ordinaria, sin interesar en este caso el valor de la obra, deberán pagar el auxilio de cesantía sobre la base estipulada en el artículo 310 del Código. Es preciso anotar que de conformidad con el artículo 309, cuando se presenten obras de reparación y conservación en los edificios, las residencias, las oficinas, etc. estas actividades no se consideran como obras de construcción y por lo tanto los obreros que las realicen no están amparados por estas normas especiales sino que se rigen por las disposiciones generales.

En cuanto al reconocimiento de la cesantía, únicamente se exige a los trabajadores de este ramo como requisito indispensable para tener derecho a la prestación, que hayan permanecido al menos durante un mes sirviendo bien en una empresa dedicada a labores de construcción o a las órdenes de un patrono el cual esté ejecutando una obra o una actividad constructora siempre que el valor de dicho trabajo sea superior a diez mil pesos. Pero el valor de su auxilio sólo se les cubre al concluir el contrato o la relación de trabajo por cualquier circunstancia, en este aspecto, los trabajadores de la construcción sí deben ceñirse a las reglas generales sobre el momento en el cual es perfectamente válido el pago de este auxilio.

Analizando el valor de su auxilio, se concluye que éste es superior al correspondiente a los demás trabajadores, pues aplicando lo estatuido por el artículo 310, aquel trabajador de la construcción que haya laborado un año completo es acreedor a treinta y seis (36) días de salario; en cambio un empleado vinculado a otra actividad diferente, tiene derecho a 30 días de salario por cada año de servicios según lo dispone el artículo 249.

Esta cesantía especial se consagró teniendo en cuenta los problemas permanentes y las situaciones difíciles que le ocurren al trabajador de la construcción, porque este gremio de servidores no gozan de cierta estabilidad en sus empleos y sus patronos los despiden con relativa frecuencia. Además su permanencia está regida por el tiempo de duración de la obra y éste es muy variable de acuerdo a la actividad constructora que se esté llevando a cabo. Generalmente son personas las cuales están continuamente cambiando de patrono según la construcción en la cual vayan a prestar sus servicios y en numerosas ocasiones no consiguen una vinculación

inmediata a su anterior retiro por lo cual permanecen algunos días o semanas sin empleo.

Todas estas circunstancias y motivos especiales que se le presentan a los trabajadores de actividad u obra de construcción determinaron para ellos un tratamiento especial en materia de cesantía y vacaciones con el fin de favorecerlos un poco, puesto que las demás prestaciones sociales se les deben cubrir según las normas generales que las regulan y en ellas, estos servidores no gozan de ninguna situación excepcional frente a los demás asalariados. Pero en lo atinente a la prestación analizada, su forma de liquidación se aparta totalmente de las reglas que la consagran y el pago de los auxilios a los trabajadores vinculados al ramo de la construcción se constituye en una importante excepción en materia de liquidar cesantías.