

Bogotá D.C., 26 de agosto de 2015

Doctor
GREGORIO ELJACH
Secretario General
SENADO DE LA REPÚBLICA

Referencia: Presentación Proyecto de Ley sobre ampliación del uso a las Cesantías

Cordial saludo,

De conformidad con lo dispuesto en la Ley 5 de 1992, por medio de la presente radico ante la Secretaria General del Honorable Senado de la República el proyecto de Ley *por medio de la cual se modifica el 102 de la Ley 50 de 1990 y se dictan otras disposiciones*. Para estos efectos presento el texto con su respectiva exposición de motivos.

Atentamente,

NORA GARCÍA BURGOS
Senadora de República

PROYECTO DE LEY [●] DE 2015 SENADO.

por medio de la cual se modifica el 102 de la Ley 50 de 1990 y se dictan otras disposiciones.

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA
DECRETA:

Artículo 1°. Se modifica el artículo 102 de la Ley 50 de 1990 en este sentido:

Artículo 102°.- El trabajador afiliado a un Fondo de Cesantía sólo podrá retirar las sumas abonadas en su cuenta en los siguientes casos:

1. Cuando termine el contrato de trabajo. En este evento la Sociedad Administradora entregará al trabajador las sumas a su favor dentro de los cinco (5) días siguientes a la presentación de la solicitud.
2. En los eventos en que la legislación vigente autoriza la liquidación y pago de cesantía durante la vigencia del contrato de trabajo. El valor de la liquidación respectiva se descontará del saldo del trabajador desde la fecha de la entrega efectiva.
3. Para financiar los pagos por concepto de matrículas del trabajador, su cónyuge, compañera o compañero permanente, sus hijos, **demás familiares hasta un segundo grado de consanguinidad y dependientes** en entidades de educación superior reconocidas por el Estado. En tal caso el Fondo girará directamente a la entidad educativa y descontará el anticipo del saldo del trabajador, desde la fecha de la entrega efectiva.
4. **Para la adquisición de seguros educativos a través de los cuales se garantice el financiamiento de la educación superior de los sujetos a los que se refiere el numeral anterior.**



NORA MARÍA GARCÍA BURGOS
Senadora de la República

Artículo 2°. Vigencia. La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

NORA GARCÍA BURGOS
Senadora de República

AQUÍ VIVE LA DEMOCRACIA

Cra 7 No 8-68 Oficina 308-309 Tel: 3823317-3823566
Edificio Nuevo del Congreso Fax: 3823565

PROYECTO DE LEY [●] DE 2015 SENADO.

Por medio de la cual se modifica el 102 de la Ley 50 de 1990 y se dictan otras disposiciones.

Exposición de Motivos

Justificación

El régimen laboral colombiano consagra unas garantías y beneficios de contenido económico a favor del trabajador vinculado mediante contrato laboral llamadas prestaciones sociales, las cuales si bien no constituyen salario porque no corresponden técnicamente a una remuneración por su trabajo, si lo complementan y refieren a una contraprestación que debe asumir el empleador con la finalidad de cubrir algunos riesgos que se le presenten a su trabajador.

Así las cosas, las prestaciones sociales comunes mínimas que se encuentran a cargo del empleador son la prima de servicios, la dotación de calzado y vestido de labor, el descanso remunerado durante la lactancia y, el auxilio de cesantía y los intereses sobre el mismo.¹

Sobre el alcance particular de las cesantías o auxilios de cesantías, la Corte Constitucional, en sentencia C-823 de 2006 (MP Jaime Córdoba Triviño), se refirió a la naturaleza jurídica, significado e importancia de la cesantía como prestación social:

“La concepción sobre la naturaleza jurídica de esta prestación ha variado, a través de las diversas legislaciones que han regido la materia. Así, conforme a la Ley 10 de 1934, que estableció este auxilio para los empleados del sector

¹ Corte Constitucional. Sentencia T-776 de 2014

privado, se le imprimió un carácter indemnizatorio que operaba por despido que no fuere originado en mala conducta o por incumplimiento del contrato, comprobado.

La ley 6ª de 1945, extendió el auxilio de cesantías a los obreros pertenecientes al sector privado, y a todos los trabajadores oficiales de carácter permanente, manteniendo su carácter indemnizatorio.

La Corte Suprema de Justicia así lo entendió, en su momento, al reconocer el correlativo efecto sancionador para el empleador en caso de despido injusto: ‘Su razón de ser – del auxilio de cesantía – era en primer término la de estabilizar al trabajador en su cargo y aparece como una especie de sanción para el patrono que despidiera sin justa razón a su empleador’.

La ley 65 de 1946, replanteó el carácter indemnizatorio de la cesantía al establecer que éste auxilio debe ser pagado cualquiera que fuese el motivo del retiro. De esta forma se despojó de su carácter sancionatorio para el empleador y correlativamente indemnizatorio para el trabajador, y se convirtió en una prestación social. Éste es el carácter que le atribuye el Decreto 2663 de 1950, mediante el cual se sancionó el Código Sustantivo del Trabajo, adoptado por la Ley 141 de 1961, que en el capítulo VII regula el auxilio de cesantía, como un aparte del título VIII, relativo a las “Prestaciones Patronales Comunes”.

Bajo esta concepción el auxilio de cesantía se erige en una de las prestaciones más importantes para los trabajadores y su núcleo familiar, y en uno de los fundamentos más relevantes del bienestar de los mismos, en cuanto se considera el respaldo económico de sus titulares para el acceso a bienes y servicios indispensables para el mejoramiento de la calidad de vida de la población asalariada”. Y concluye:

“(…) el carácter de prestación social del auxilio de cesantía, introduciendo un elemento adicional consistente en un sistema de ahorro forzoso de los trabajadores.”

Conforme a lo anterior, la Corte Constitucional ha ratificado el entendimiento a partir del cual se considera que el auxilio de cesantía es un derecho irrenunciable de todos los trabajadores que debe asumir el empleador, con el doble fin de que el empleado pueda atender sus necesidades mientras permanece cesante y además pueda, en caso de requerirlo, satisfacer otras necesidades importantes como vivienda y educación. Esas finalidades fueron recalçadas por la Corte en sentencia C-310 de 2007 (MP Nilson Pinilla Pinilla), al señalar que la cesantía consiste en una prestación que responde a una clara orientación social en el desarrollo de las relaciones entre empleador y trabajador, “estableciéndose un mecanismo que busca, por un lado, contribuir a la mengua de las cargas económicas que deben enfrentar los asalariados ante el cese de la actividad productiva, y por otro -en el caso del pago parcial de cesantía-, permitir al trabajador satisfacer sus necesidades de capacitación y vivienda”

A modo ilustrativo, se señala que en la actualidad existen tres sistemas de liquidación que rigen el auxilio de cesantía, a saber:

- (i) *El sistema tradicional que consagra el artículo 249 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo, el cual gobierna para los contratos de trabajo celebrados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 50 de 1990 y que no se hayan acogido al nuevo régimen;*
- (ii) *el sistema especial de liquidación anual y definitiva con destino a los fondos de cesantías que estableció la Ley 50 de 1990 (art. 98 y ss), el cual se aplica obligatoriamente a los contratos de trabajo celebrados después del 1° de enero de 1991 y a los trabajadores del sistema tradicional que se hayan acogido al sistema especial; y;*
- (iii) *el sistema de salario integral.*

Actualmente, el artículo 102 de la Ley 50 de 1990 por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones establece que se podrá hacer la liquidación y pago parcial de cesantías cuando el trabajador las requiera para financiar los pagos por matriculas en entidades de educación superior reconocidas por

el Estado, del trabajador, su cónyuge (entendiéndose también para su compañero (a) permanente) o sus hijos.

Artículo 102º.- *El trabajador afiliado a un Fondo de Cesantía sólo podrá retirar las sumas abonadas en su cuenta en los siguientes casos:*

1. *Cuando termine el contrato de trabajo. En este evento la Sociedad Administradora entregará al trabajador las sumas a su favor dentro de los cinco (5) días siguientes a la presentación de la solicitud.*
2. *En los eventos en que la legislación vigente autoriza la liquidación y pago de cesantía durante la vigencia del contrato de trabajo. El valor de la liquidación respectiva se descontará del saldo del trabajador desde la fecha de la entrega efectiva.*
3. *Para financiar los pagos por concepto de matrículas del trabajador, su cónyuge, compañera o compañero permanente y sus hijos, en entidades de educación superior reconocidas por el Estado. En tal caso el Fondo girará directamente a la entidad educativa y descontará el anticipo del saldo del trabajador, desde la fecha de la entrega efectiva.*

Al respecto, el numeral 3 señala una serie de beneficios a favor del trabajador, su cónyuge, compañera o compañero permanente y sus hijos, estableciendo una limitación sobre el alcance de los sujetos beneficiarios que no es consecuente con la noción de familia y supone una restricción indeseable para que miembros de la familiar del trabajador, que no se encuentran en el listado taxativo proporcionado por la Ley, gocen de un derecho fundamental, como lo es el de la educación.

Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado que:

La protección constitucional a la familia no se restringe a aquellas conformadas en virtud de vínculos jurídicos o de consanguinidad exclusivamente, sino también a las que surgen de facto o llamadas familias de crianza, atendiendo a un concepto sustancial y no formal de familia, en donde la convivencia continua, el afecto, la protección, el auxilio y respeto mutuos van consolidando

Núcleos familiares de hecho, que el derecho no puede desconocer ni discriminar cuando se trata del reconocimiento de derechos y prerrogativas a quienes integran tales familias. La protección constitucional de la familia también se proyecta a las conformadas por padres e hijos de crianza, esto es, las que surgen no por lazos de consanguinidad o vínculos jurídicos, sino por relaciones de afecto, respeto, solidaridad, comprensión y protección. La evolución y dinámica de las relaciones humanas en la actualidad hace imperioso reconocer que existen núcleos y relaciones familiares en donde las personas no están unidas única y exclusivamente por vínculos jurídicos o naturales, sino por situaciones de facto, caracterizadas y conformadas a partir de la convivencia y en virtud de los lazos de afecto, solidaridad, respeto, protección y asistencia, y en las cuales pueden identificarse como padres o abuelos de crianza a los cuidadores que ejercen la autoridad parental, relaciones familiares de crianza que también son destinatarias de las medidas de protección a la familia fijadas en la Constitución Política y la ley.²

Se destaca que la consagración de esta protección constitucional tuvo como punto de partida la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Artículo 16, ordinal 3, que consagra el derecho de la familia a la protección de la sociedad y el Estado. Es así como en el proceso de construcción de la Constitución que nos rige se indicó que *“tal protección no se agotaría en un tipo determinado de familia estructurada a partir de vínculos amparados en ciertas solemnidades religiosas y/o legales, sino que se extendería también a aquellas relaciones que, sin consideración a la naturaleza o a la fuente del vínculo, cumplen con las funciones básicas de la familia; v. gr. - concubinatos- velando porque la protección en ese caso se extienda a la propia concubina*

Igualmente, el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Cultural establece que: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: 1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su

² Corte Constitucional. Sentencia T-606 de 2013

cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges”.

Finalmente, la sentencia T-887 de la Corte Constitucional señaló que:

“La jurisprudencia constitucional se ha referido en varias ocasiones a la importancia del vínculo familiar y ha hecho énfasis en que desconocer la protección de la familia significa de modo simultáneo amenazar seriamente los derechos constitucionales fundamentales de la niñez.” Y recordó que “enfatisa la jurisprudencia constitucional que los padres o miembros de familia que ocupen ese lugar –abuelos, parientes, padres de crianza– son titulares de obligaciones muy importantes en relación con el mantenimiento de los lazos familiares y deben velar, en especial, porque sus hijos e hijas gocen de un ambiente apropiado para el ejercicio de sus derechos y puedan contar con los cuidados y atenciones que su desarrollo integral exige.”

Conforme a lo anterior, resulta claro que la familia, entendida como núcleo integral, debe ser objeto de total protección y goce de derechos. A su vez, la jurisprudencia nacional y los instrumentos internacionales de derechos humanos la han dotado un alcance amplio el cual no se circunscribe a los sujetos establecidos en el numeral 3 del artículo 102 de la Ley 50 de 1990.

Así pues, mal puede apreciarse que existan miembros de la familia del trabajador que no pueden ser sujetos de los derechos y beneficios que se establece en la ley, más aun cuando se trata de un goce de derechos encaminados a la satisfacción del derecho fundamental a la educación.

Al respecto, se advierte que el derecho a la educación es un derecho fundamental consagrado en la Carta Política de 1991 objeto de protección *per se*, pero que a su vez, guarda estrecha relación con otros derechos fundamentales, como la dignidad humana. El artículo referido establece que *“la Educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social; con ella se busca el acceso al conocimiento, a la ciencia, la técnica y a los demás bienes y valores de la cultura”*.

Tal derecho cobra especial relevancia cuando se entra a la esfera de los derechos de los niños. Así lo ha determinado la Constitución Nacional en el artículo 44 cuando dictamina que

*“son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la **educación** y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión”*

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. **“Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”** (Negrilla y subrayado fuera del texto original).

Conforme a lo anterior, el presente Proyecto de Ley pretende ampliar al ámbito de aplicación del numeral 3 del artículo 102 de la Ley 50 de 1990 de la siguiente forma:

(...)

*Para financiar los pagos por concepto de matrículas del trabajador, su cónyuge, compañera o compañero permanente, sus hijos, **demás familiares hasta un segundo grado de consanguinidad y dependientes** en entidades de educación superior reconocidas por el Estado. En tal caso el Fondo girará directamente a la entidad educativa y descontará el anticipo del saldo del trabajador, desde la fecha de la entrega efectiva.*

Por otro lado, no es un secreto que estudiar en una universidad de calidad Colombia no está al alcance de todos los bolsillos. No obstante, en el mercado existen alternativas que permiten prepararse desde ya para poder acceder a la educación superior. A grandes rasgos, los productos pueden definirse en tres categorías: tradicionales, seguros educativos universitarios y planes de ahorro para educación.

Los seguros educativos universitarios están dedicados exclusivamente al pago de la universidad, y no es necesario que quien lo adquiere muera para que la aseguradora haga el respectivo desembolso. Tienen un costo fijo, dependiendo del número de años que le faltan al niño para entrar a la educación superior y cubren, por lo general, el costo de una carrera universitaria hasta por diez (10) semestres o cinco (5) años, sin importar la universidad que el beneficiario escoja.

Con todo, se erigen como alternativas válidas para garantizar uno de los propósitos que inspiró la norma sobre el uso de las cesantías a favor de miembros de la familia del trabajador: garantizar su acceso a la educación superior.

En este orden y en consecuencia con las dificultades que las familias atraviesan para garantizar la educación superior de sus miembros, se pretende insertar un nuevo inciso al artículo 102 de la ley 102 de 1990, a partir del cual los trabajadores pueda acudir a alternativas que le permitan garantizar el acceso a la educación superior de sus familiares:

Para la adquisición de seguros educativos a través de los cuales se garantice el financiamiento de la educación superior de los sujetos a los que se refiere el numeral anterior.

Así las cosas, se le brinda a los trabajadores colombianos una alternativa viable para garantizar el acceso a la educación superior de los miembros de su familia.

En mérito de lo expuesto, presento esta iniciativa para la consideración del Honorable Congreso de la República.

Cordialmente,

NORA GARCÍA BURGOS
Senadora de la República