

El Acto Legislativo 01 de 2005 frente a la Libertad Sindical y la Negociación Colectiva,
Antinomia Constitucional no Resuelta.

Directora, Dra. Liliana Andrea Vargas Espitia

Jorge Enrique Suarez Galvis

Facultad de Derecho

Departamento de Investigaciones

Universidad Santo Tomas Bogotá

2016

Dedicatoria

Dedico este estudio al más grande de los súper héroes, mi papá, y a una sindicalista de principios y mi mayor referente de amor, mi mamá, en los que veo representada la clase trabajadora y a los que les debo todo.

Agradecimientos

Agradezco a mis profesores de la Facultad de Derecho, quienes me inculcaron un pensamiento crítico y humanista, especialmente a los doctores Jhon Fisher y Manuel Barrera, así como a la doctora Liliana Vargas quien me guió de la mejor manera en la realización de esta investigación.

Tabla de Contenidos

	Pág.
Introducción	6
La antinomia constitucional a la luz de los principios del Derecho del Trabajo	14
Los principios como fuentes de solución a los problemas jurídicos	17
Principio protector.....	18
Principio de favorabilidad	19
Favorabilidad y bien común o interés general	22
Favorabilidad y derecho a la igualdad.....	26
Favorabilidad, Pro Homine y Pro Libertate o Indubio Pro Libertate.....	28
Principio de mínimo de derechos y garantías.....	29
Principio de ajenidad de riesgos.....	32
Internacionalización del Derecho del Trabajo: OIT	36
La OIT y el Derecho Internacional del Trabajo	36
Los convenios 87 y 98 de la OIT y el Acto Legislativo 01 de 2005.....	38
Bloque de Constitucionalidad, garantía de los derechos de libertad sindical y negociación colectiva	42
Pronunciamientos de los organismos de control de la OIT.....	45
Obligatoriedad de las recomendaciones de los organismos de control de la OIT.....	48
Posición jurisprudencial de la Corte Constitucional frente al problema jurídico	54
Opciones del Estado Colombiano frente a las recomendaciones de los organismos de control de la OIT.....	59

Opciones prácticas de los trabajadores y los sindicatos frente a la realidad del problema jurídico	60
Sostenibilidad de los derechos humanos y viabilidad constitucional de las políticas económicas	62
El Acto Legislativo 01 de 2005, política económica neoliberal	62
Imposiciones neoliberales a problemas sociales y jurídicos del Estado	64
Problemas de la economía neoliberal para el Derecho del Trabajo	68
Problemas que representa la economía neoliberal para el Estado Social Democrático y Constitucional de Derecho	72
Necesidad de la ponderación entre la política económica y los derechos humanos	78
Prevalencia del Estado y el orden constitucional sobre las políticas económicas	79
El interés general como justificación de las políticas económicas.....	81
La sostenibilidad financiera como límite de los derechos humanos	83
Necesidad del control jurídico-constitucional de las políticas económicas	86
Conclusiones	89
Referencias.....	97

Introducción

La crisis en materia pensional ha sido una constante en la historia colombiana, la falta de previsión, coordinación, buen manejo y debida estructuración por parte del Estado, así como la irresponsabilidad patronal en el siglo anterior, han contribuido al déficit fiscal, problema que ha venido agravándose desde las dos últimas décadas del siglo XX.

Bajo la influencia del neoliberalismo y las recomendaciones de organismos internacionales privados los gobiernos de turno han intentado hacerle frente a la crisis pensional, centrándose primordialmente en la sostenibilidad financiera, reformando constantemente el sistema pensional y en general el sistema de seguridad social.

Propiamente con la Ley 100 de 1993, comienza la historia del actual modelo de seguridad social y del sistema pensional colombiano, estatuto que pretendió unificar la normatividad que sobre este aspecto existía, reestructurando el régimen público de pensiones, denominado ahora de prima media con prestación definida, y manteniendo algunos regímenes especiales y exceptuados, así como las convenciones colectivas que en esta materia se hubieren negociado o se negociaran en el futuro.

La Ley 100 de 1993 también dio creación al régimen privado de ahorro individual con solidaridad, que representa un sistema privado de administración de los dineros pensionales a modo cuenta de ahorros con réditos especiales, cuyo fin es la obtención de una pensión bajo parámetros financieros y esfuerzos individualistas.

Este régimen entro a competir directamente con el público de prima media, ganándole terreno en poco tiempo, especialmente en los sectores más jóvenes de la población, lo que representó otro problema financiero más para el sistema pensional, pues el régimen de prima media es un sistema

fundado en la solidaridad generacional, en el que los jóvenes y en general los trabajadores activos pagan las pensiones de los adultos mayores pensionados.

Así, con los problemas que históricamente arrastraba el sistema pensional, los surgidos con la Ley 100 de 1993, la baja afiliación, la evasión de las cotizaciones y el pago de pensiones elevadas con bajos periodos de cotización, el sistema pensional fracaso financieramente y cada vez le costaba más al presupuesto del Estado el sostenimiento del déficit pensional creado.

Bajo estas connotaciones y las recomendaciones de los organismos multilaterales de crédito guiados por políticas neoliberales, surgió la necesidad de una nueva reforma pensional, en la cual se identificó un problema central, la insostenibilidad financiera, y como principales responsables, las convenciones colectivas y los regímenes especiales y exceptuados, que en materia pensional establecían beneficios exclusivos. Esta reforma esencialmente buscaría lograr lo que en un principio se pretendió con la ley 100 de 1993, la unificación de las normas pensionales, eliminando los regímenes especiales y exceptuados y las convenciones colectivas que en materia pensional se hubiesen negociado, así como la posibilidad de negociar los requisitos pensionales en los conflictos colectivos de trabajo.

El trámite ordinario de dicha reforma sería el que debe seguir el Congreso de la Republica para la aprobación de una ley estatutaria, pero como con la misma, se pretendía la limitación del derecho humano de libertad sindical y la supresión de las convenciones colectivas legítimamente establecidas, se contempló la hipótesis de que la Corte Constitucional en un probable estudio de constitucionalidad, siguiendo la línea jurisprudencial en la que progresivamente había venido protegiendo la libertad sindical y la negociación colectiva, desmontando los límites que impedían su efectivo uso, declarara la norma inconstitucional. Así surgió entonces, la necesidad de insertar

la reforma pretendida en el articulado constitucional salvaguardándola de un estudio material de constitucionalidad.

El Acto Legislativo 01 de 2005, surge entonces, con un objetivo específico, salvaguardar la sostenibilidad financiera del sistema pensional, y con una solución determinada, la eliminación de los regímenes especiales y exceptuados, la eliminación de las convenciones colectivas en materia pensional y la prohibición de posteriores negociaciones en este sentido, además de esto, estableció la unificación de requisitos y beneficios pensionales, exceptuando únicamente a las fuerzas militares y al presidente de la república, eliminó la denominada mesada catorce, instauró la prohibición de una mesada pensional inferior al salario mínimo, prohibió que a partir del 31 de julio de 2010 se causen pensiones superiores a veinticinco salarios mínimos legales mensuales vigentes para el régimen público de prima media y estableció el régimen de transición para la ley 100 de 1993 y para la eliminación de los regímenes especiales, exceptuados y los negociados colectivamente.

A pesar de que la reforma constitucional no tuvo mayores inconvenientes en su trámite y promulgación, pues contó con el apoyo de la mayoría de congresistas, esta sí recibió gran rechazo por parte de grupos sociales y del sindicalismo colombiano, toda vez que para estos, el Acto Legislativo 01 de 2005 representó una violación directa de la libertad sindical y la eliminación ilegítima de las convenciones colectivas establecidas al amparo de la ley, la constitución y los tratados internacionales.

La libertad sindical y la negociación colectiva son derechos amparados constitucionalmente, el primero, establecido como derecho fundamental en el artículo 39 de la Constitución colombiana, y el segundo en el artículo 55, dentro de los derechos sociales económicos y culturales. De igual forma, los convenios 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo, partes del Bloque de

Constitucionalidad, lo que los eleva al rango de normas constitucionales, establecen y promueven los derechos de libertad sindical, negociación colectiva y sindicalización, así como la protección especial que deben recibir estos derechos por parte de los Estados, evitando cualquier intervención innecesaria que impida su efectivo ejercicio.

Para los promotores del Acto Legislativo en cuestión, no hay una vulneración de los derechos de libertad sindical y negociación colectiva como tampoco un incumplimiento de los deberes internacionales, pues el Estado es el encargado de dirigir el sistema pensional y en pro del interés general puede excluir este aspecto de los conflictos colectivos de trabajo, sin embargo, la libertad sindical y la negociación colectiva son derechos humanos que establecen el libre ejercicio de la actividad sindical; formación, creación, afiliación, administración, forma y modos de actuación, así también, la posibilidad libre de llevar acabo la principal labor de un sindicato, después de la general protección de los intereses de los trabajadores, que es la mejora de las condiciones de trabajo a través de la negociación colectiva.

Entonces, si la pensión es una de esas condiciones de trabajo; ya que por los menos para los trabajadores asalariados esta es una prestación social que deviene directamente de la labor que desempeña a favor de un empleador, el Acto Legislativo 01 de 2005 sí limita la libre negociación colectiva, concretamente en el ámbito de las condiciones pensionales.

A pesar de que el Acto Legislativo 01 de 2005 es considerado en general como una reforma regresiva en materia social, es la limitación de los derechos de libertad sindical y negociación colectiva, lo que encarna un gran problema jurídico, puesto que enfrenta normas de rango constitucional, tratados internacionales sobre derechos humanos e interpretaciones jurídicas.

Si bien el sistema pensional venía presentando, por diversos factores, serios problemas de sostenibilidad financiera y requería de reformas que conllevasen soluciones efectivas, las

preguntas que surgen son; ¿debe primar la sostenibilidad financiera del sistema pensional sobre los derechos de libertad sindical y negociación colectiva? ¿Es legítimo limitar los derechos de libertad sindical y negociación colectiva en pro de una solución que mitiga el déficit pensional? Aún más, ¿son las convenciones colectivas las principales generadoras del déficit pensional? ¿Son la negociación colectiva y la libertad sindical, derechos incompatibles con la sostenibilidad financiera del sistema?

Este trabajo tiene como objeto estudiar concretamente el problema jurídico-social que se originó con el Acto Legislativo 01 de 2005, que en pro de la sostenibilidad financiera del sistema pensional, introdujo la prohibición constitucional de negociar colectivamente las condiciones pensionales, estableciendo para los trabajadores y ciudadanos en general, unas reglas universales e inmodificables por fuera de la ley, eliminando a su vez las convenciones colectivas que existieran en este sentido.

En concreto, jurídicamente se originó un enfrentamiento legal, denominado antinomia constitucional, entre el artículo 48 de la Constitución en sus párrafos añadidos por el Acto Legislativo en cuestión y los artículos 39, 53, 55 y 93 de la Constitución Política, como también con los convenios 87 y 98 de la OIT, que hacen parte del Bloque de Constitucionalidad, referentes a los derechos humanos de libertad sindical y negociación colectiva.

Sin embargo, el enfrentamiento no es entre dos derechos, pues en ningún momento se ha demostrado que la libertad sindical y la negociación colectiva sean contrarias al derecho a pensionarse, por el contrario estos pueden ser complementarios, como ocurren en otros países. Por lo tanto el enfrentamiento se va a centrar entre una norma constitucional prohibitiva, versus dos derechos humanos amparados constitucionalmente y por tratados internacionales que hacen parte del Bloque de Constitucionalidad.

En razón a lo anterior el problema aquí tratado se centrará en sí: ¿a la luz de los principios constitucionales y legales del Derecho del Trabajo y el Bloque de Constitucionalidad, debe prevalecer la prohibición constitucional que implantó el Acto Legislativo 01 de 2005, que bajo el parámetro económico de sostenibilidad financiera y el aludido interés general, limita los derechos de libertad sindical y negociación colectiva, o si por el contrario, deben primar los derechos humanos establecidos en los convenios 87 y 98 de la OIT, referentes a la libertad sindical y la negociación colectiva, frente a la prohibición constitucional de la libre negociación colectiva de las condiciones pensionales?

Enfrentamientos entre normas jurídicas, como este, han llevado a grandes teóricos del Derecho a escribir sendos tratados con el fin de evitar la incertidumbre jurídica y la inhibición del Derecho frente a la realidad social, pues las antinomias generan a su vez problemas sociales, y como es objeto del Derecho es evitar o posteriormente solucionar los problemas sociales, debe utilizarse el mismo, para encontrar la solución adecuada al ordenamiento legal y el Estado Social Democrático y Constitucional de Derecho.

El problema jurídico generado no es menos que trascendental para el Derecho Social del Trabajo, pues con este se pondrán a prueba sus cimientos, unidad y vigencia en una época dominada por la globalización neoliberal. Así también, atrae la atención de los defensores de los demás derechos humanos, pues aquí puede estar la puerta a la flexibilización económica de los derechos primordiales.

Esto traído a colación para demostrar la pertinencia de esta investigación, pues además de la importancia mencionada, al día de hoy, no hay consenso legítimo de la solución adecuada frente a la antinomia suscitada, como tampoco se ha dicho la última palabra en materia judicial.

Por consiguiente esta investigación, utilizando la metodología cualitativa y a través del método lógico deductivo, realizará un análisis interpretativo y crítico de las fuentes primarias de la información, para con base en los resultados de ese estudio dilucidar la solución jurídica propiciada por la teoría general del Derecho del Trabajo y su rama Colectiva, a través de su objeto, normas y los principios; protector, mínimo de derechos y garantías, favorabilidad y ajenidad de riesgos, así como la aplicación del Bloque de Constitucionalidad, la internacionalización del Derecho del Trabajo y sus consecuencias.

Con base en el análisis normativo y doctrinal del problema, deberá forjarse una posición propia, que se contrastará con la posición jurisprudencial de la Corte Constitucional, para, con parámetros críticos y objetivos, apoyarse o apartarse de la misma, en la búsqueda de la solución adecuada, que acorde a la justicia social, el humanismo, y los principios del Derecho del Trabajo, den pleno desarrollo al Estado Social, Democrático y Constitucional de Derecho.

Entendiendo también la realidad contemporánea y los argumentos expuestos por los defensores del Acto Legislativo 01 de 2005, a través de la crítica argumentativa se establecerá si existe la necesidad de ejercer un control legítimo, democrático y constitucional, sobre las políticas económicas, específicamente las neoliberales, con el fin de evitar la desfiguración del Estado Social, los derechos humanos y el Derecho del Trabajo, o si por el contrario es la economía quien debe ejercer dicho control, para evitar el fracaso económico del país.

Este estudio no concentrará esfuerzos en la búsqueda de la declaración de inconstitucionalidad del Acto Legislativo 01 de 2005, ni en la eliminación del mismo por reemplazar la Constitución, toda vez que dichos medios han sido descartados como viables; por el contrario, al aceptar la vigencia de la norma constitucional, se representará la antinomia que la misma genera, para tener como reto, la solución, que dicho problema requiere.

Partiendo del anterior contexto, el problema de investigación planteado y dado el enfrentamiento jurídico que se generó con el Acto Legislativo 01 de 2005, este estudio pretende comprobar la hipótesis bajo la cual se determina que con fundamento en los Convenios 87 y 98 de la OIT, el Bloque de Constitucionalidad, los principios del Derecho del Trabajo; protector, favorabilidad, mínimo de derechos y garantías, ajenidad de riesgos, y la supremacía del orden legal sobre el económico, debe otorgársele primacía a los derechos humanos de Libertad Sindical y Negociación Colectiva frente al artículo 48 de la Constitución Política, que invoca la viabilidad financiera del sistema pensional para prohibir la libre negociación colectiva de las condiciones pensionales.

Es decir, que a pesar de la prohibición constitucional que implantó el Acto Legislativo 01 de 2005, deben primar los derechos humanos de libertad sindical y negociación colectiva, posibilitando la convención de las condiciones pensionales en los conflictos colectivos de trabajo.

La antinomia constitucional a la luz de los principios del Derecho del Trabajo

Considerando que el problema de investigación se centra en el Derecho del Trabajo, involucrando varias de sus esferas, es menester empezar el estudio desde la filosofía y el ordenamiento jurídico laboral, contraponiendo las normas enfrentadas, a la luz de los principios rectores de la materia.

Es entendido desde todo punto de vista que en este, como en todos los Derechos, haya partes y contrapartes, defensores de los trabajadores y defensores de los empleadores, pero es también indiscutible que el Derecho del Trabajo es uno solo, no hay un Derecho de los trabajadores y otro empresarial, de los empleadores o de los patronos.

El Derecho del Trabajo tal y como lo conocemos hoy, nace como una respuesta a la “cuestión social”¹ que se generó con la revolución industrial y el nacimiento del capitalismo, surgió como un contraste protector ante la mano del sistema económico que se enfatizaba en la producción y capitalización de la riqueza, bajo el cruel costo del sacrificio de la clase obrera, la cual surge con el cambio de sistema económico mundial, tras el abandono de la edad media y el feudalismo.

Nace también ante el fracaso del Derecho Común; ya que por la época el Derecho Civil pontificado por los juristas y el Derecho Romano como dios del Olimpo jurídico, quisieron hacerse cargo de las relaciones obrero-industriales, sin entender que estas requerían la comprensión de la realidad social y no la mera regulación de un contrato que vas más allá del acuerdo de voluntades o la libertad contractual de arrendar la vida de un humano. Al abandonar todo interés por la justicia social, bajo la jerarquía de las figuras de antaño, donde se sobreponía la libertad individual al contratar, y los máximos de la revolución burguesa francesa que inspiraban la idea del Estado

¹ Término utilizado para referirse a la situación social de pobreza y explotación deshumanizante que generó la época industrial en la clase trabajadora.

liberal, demostraron la necesidad del surgimiento de un nuevo derecho (Barbagelata, 2009, pág. 130).

El principal avance que conlleva el surgimiento del Derecho del Trabajo es el abandono de la igualdad de las partes contratantes y la visión humanista de las normas que regirán esta disciplina, al reconocer en el individuo trabajador a una persona y no a una mercancía.

De allí parte la lógica de que sus principios busquen la realización de una igualdad material y no formal, actuando en protección de la parte débil del contrato; el trabajador.

La ley no es la única herramienta de protección de los trabajadores, el Derecho Colectivo surge como una respuesta de mayor eficacia para la nivelación de la balanza poder económico-fuerza de trabajo. El objeto de esta rama del Derecho del Trabajo es obtener mejores condiciones laborales, partiendo de unos mínimos legales o contractuales.

Mientras en las últimas décadas se ha venido presentando una constante desregulación del Derecho Laboral en su parte individual, la parte colectiva cada vez más tiende a regularse y a limitarse, ejemplo de ello es el problema que se trata en este estudio. Similar a las primeras políticas de los gobiernos ante el surgimiento de las organizaciones obreras².

En esta época aunque no se prohíbe totalmente las asociaciones profesionales, sí se les impide la negociación colectiva a sendos sectores laborales y se prohíbe constitucionalmente los acuerdos colectivos en determinadas materias.

Al hablar de la historia del sindicalismo hay que remitirse sin duda a confrontaciones sociales, huelgas ilegales, masacres o muertes, pero en gran parte las victorias y alcances que se han logrado

² El maestro BARBAGELATA respecto a la famosa Ley Chapelier escribe;

No solamente quedaba expresamente prohibido todo tipo de asociación profesional, sino que la ley establecía la inconstitucionalidad de los acuerdos, es decir, de lo que actualmente llamamos convenio colectivos. Asimismo, la ley imponía sanciones penales a los autores y promotores de dichos convenios y a los miembros de las asociaciones constituidas con ese propósito” (Barbagelata, 2009, pág. 90).

en materia laboral se deben a la organización de los trabajadores para nivelar la balanza capital-fuerza de trabajo, lo que reafirma la importancia de los derechos de negociación colectiva y libertad sindical, como derechos humanos de los trabajadores, teniendo prevalencia hasta en estados de excepción.

La libertad sindical se entiende como un derecho y un principio en sí mismo, pues no se concibe como una disposición taxativa, limitada a su literalidad, sino que se desarrolla a sí misma para aplicarse a las diferentes situaciones que puedan surgir.

La libertad de asociación y la libertad sindical significan que los trabajadores y los empleadores pueden crear sus propias organizaciones, afiliarse a ellas y dirigirlas sin injerencia del Estado ni de las propias organizaciones. Este derecho conlleva la responsabilidad por parte de sus miembros de respetar la legislación nacional. Sin embargo, la legislación nacional, a su vez, debe respetar el principio de libertad sindical o de asociación, que no debe ser ignorado ni prohibido para ningún sector de actividad o agrupación de trabajadores (Oficina Internacional del Trabajo, 2003, pág. 9).

La negociación colectiva, que si bien, es otro derecho, no se puede mirar apartada de la libertad sindical, pues no se trata de la posibilidad de convenir acuerdos simplemente, sino de la libertad que tienen los trabajadores y empleadores de escoger las formas, los momentos, los asuntos, los alcances, los parámetros etc. respecto de los acuerdos que libremente se decidan adoptar. Esto, claro, dentro de un marco legal que garantice la equidad entre las partes y reglas predeterminadas que avalen seguridad en la negociación, todas ellas sin intromisión o límite alguno en los alcances que se puedan conseguir. “Esta negociación, celebrada de buena fe, apunta al establecimiento de convenios colectivos aceptables para ambas partes” (Oficina Internacional del Trabajo, 2003, pág. 9).

Entonces, si existe la libertad de negociar las condiciones de trabajo, y la pensión y sus circunstancias es una de estas, ¿es legítimo prohibir constitucionalmente la posibilidad de establecer convenciones colectivas en esta materia?

Los principios como fuentes de solución a los problemas jurídicos

Es aquí donde traemos a colación los principios del Derecho del Trabajo para empezar con la solución de este problema, pues como lo escribe el maestro uruguayo Plá Rodríguez;

No basta que el jurista del trabajo aborde la realidad sin los preceptos idealistas del viejo derecho, sino que debe armarse para su interpretación de una teoría universal del derecho y deducir en su integración los principios esenciales del derecho laboral que deben prescindir todas sus soluciones, limpias de vacilaciones y oscuridad. (Citando a José Antonio Vásquez, Plá Rodríguez, 1978, pág. 4).

La importancia de los principios en la solución de este conflicto jurídico resulta trascendental toda vez que son las “Líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa o indirectamente una serie de soluciones por lo que pueden servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos previstos” (Plá Rodríguez, 1978, pág. 9).

Estos principios son generales a la rama del Derecho del Trabajo, por lo que se aplican tanto a su parte individual, colectiva, administrativa pública, seguridad social o disciplinaria, pues todas tienen en común la defensa de la clase trabajadora y no la mera regulación de las relaciones laborales.

Los principios son las bases, las columnas del Derecho del Trabajo, que no ceden a otro interés más que el de la protección de los trabajadores en un marco de justicia social, por lo que no son flexibles ante las políticas de los gobiernos de turno, así estos a través de normas quieran malversar

su fin. “Si el legislador opta por otra concepción, quedan automáticamente inaplicables o inapropiadas”³ (Plá Rodríguez, 1978, pág. 14).

Principio protector

El primero de los principios que debe analizarse es el de protección a los trabajadores, pues es el principio rector de esta disciplina. Se encuentra estipulado en el artículo 9 del Código Sustantivo del Trabajo, y constitucionalmente se encuentra desde el mismo preámbulo, se establece la garantía del trabajo, lo que por ende significa una garantía al humano que lo ejerce; seguidamente se plasma como uno de los fines del Estado; el artículo 25 especifica aún más la protección especial del trabajador: El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas; y el artículo 53 completa las fuentes positivas constitucionales de este principio, estableciendo garantías y obligaciones especiales a favor de los trabajadores, y expresando taxativamente: La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.

“El principio protector se refiere al criterio fundamental que orienta el derecho del trabajo, ya que éste, en lugar de inspirarse en un propósito de igualdad, responde al objetivo de establecer un amparo preferente a una de las partes: el trabajador” (Plá Rodríguez , 1978, pág. 23).

³ Por ejemplo: si se pasa de un derecho laboral protector de la clase trabajadora a un derecho laboral organizador de la vida económica. Fue lo que ocurrió en Uruguay con la ley 13.720, del 16 de diciembre de 1968, que creó la Comisión de Productividad, Precios e Ingresos (COPRIN). Hasta entonces, las normas laborales fijaban niveles mínimos de protección que podían ser elevados por las partes. En dicha ley se confió a la referida Comisión la facultad de fijar salarios máximos y de ajustar los convenios colectivos al ordenamiento laboral general, lo que impide los convenios de las partes para mejorar libremente y de común acuerdo las normas generales. Desde ese momento, nuestro derecho laboral se convirtió, por lo menos en ciertos aspectos, en un derecho regulador de la economía. (Plá Rodríguez , 1978, págs. 14-15).

Es entonces elemental que la solución que se propenda aquí, procure por la protección del trabajador y sus derechos, aún más, si se enfrentan al poder económico o a un ideal político que salvaguarde ante todo los intereses económicos.

Principio de favorabilidad

Ligado a este principio, se encuentra el de favorabilidad, está plasmado positivamente en la Constitución Política de Colombia en el artículo 53; dándole el rango de mandato superior, y en el Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 21.

Este principio juega un papel importante toda vez que supone la existencia de un conflicto entre leyes de carácter laboral, como es el caso que aquí se trata. La solución que sugiere este consiste en que; el intérprete de la ley está obligado, en caso de haber un enfrentamiento de normas que regulen un mismo tema, a preferir en primer lugar a las normas laborales sobre las demás y en segundo lugar, entre dos normas laborales, a escoger la que más favorezca o beneficie al trabajador.

El conflicto que se puede presentar entre las normas, en el Derecho Laboral a diferencia de otras ramas, no se resuelve por su orden jerárquico, pues, sí lo que se busca es efectivizar la protección al trabajador y la legislación del trabajo contiene garantías mínimas, todas estas están llamadas a mejorarse, por esto una convención colectiva va tener prevalencia sobre otras normas.

Al contrario del derecho común, en el derecho del trabajo, entre varias normas sobre una misma materia, la pirámide que entre ellas se constituye tendrá en vértice no la constitución o la ley federal o las convenciones colectivas o el reglamento de taller de modo invariable y fijo. El vértice de la pirámide de la jerarquía de las normas laborales será ocupado por la norma más favorable al trabajador de entre todas las diferentes normas en vigor (Citando a Amauri Mascaró Nascimento, Plá Rodríguez, pág. 54).

La alusión que se hace en la cita anterior, representa el modo en que se va a aplicar esta norma en un litigio laboral, ya que según este principio, la famosa pirámide de Kelsen, se puede voltear o reacomodar según su necesidad. “Los pactos y los convenios internacionales sobre derechos humanos, tanto como la Jurisprudencia y la doctrina más recibidas, coinciden en sostener la primacía de las normas que ofrezcan la mayor protección al ser humano que trabaja, cualquiera sea la fuente” (Barbagelata, 2009, pág. 301).

Este principio tiene sin embargo requisitos específicos para su aplicación, la primera de ellas es que las normas que provocan la disputa deben ser de naturaleza laboral, así mismo las normas que entran en conflicto deben regular una misma circunstancia de derecho, deben estar vigentes para su efectiva aplicación, y por último, la norma que se decida aplicar, debe hacerse de manera integral, inescindible, no se puede como en el derecho penal, la acumulación de normas para producir de las dos normas enfrentadas una tercera más favorable, pues no es labor del juez legislar, Así lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Rad. 16965 de 7 de febrero 2002.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que la búsqueda de la ley más favorable no debe hacerse solo entre normas legislativas, sino entre estas y las que provengan de la convención, pacto colectivo, laudo arbitral o reglamento de trabajo, y aun con las que consten en el texto mismo del contrato, pues ya hemos visto que a todas estas les da la ley categoría de preceptos reguladores del contrato en la medida en que sobrepasen el mínimo legal para consagrar principios o ventajas favorables al trabajador (Charry, 1985, págs. 54-55).

Tanto la modificación que trajo consigo el Acto Legislativo 01 del 2005, como los convenios 87 y 98 de la OIT son normas vigentes, pues para que estos últimos pierdan vigencia, Colombia debe seguir el proceso específico para la denuncia de los mismos ante la OIT, no pudiendo el

Estado, después de ratificados los convenios alegar en contra de estos el cumplimiento de su régimen jurídico interno; así como reza la máxima del derecho; “nadie puede alegar en favor suyo su propia torpeza” de legislar mal.

Cumplíndose los requisitos, para determinar la norma favorable que debe prevalecer en su aplicación, se evaluarán los criterios objetivos de las normas abandonando toda apreciación subjetiva, sea del empleador, trabajador o del gobierno, “para determinar en un conflicto cual es la norma más favorable, es necesario determinar que se entiende por favorabilidad, teniendo como base siempre que el criterio prevalente debe ser el jurídico sobre el económico, en cada situación particular” (Jassir, 2010, pág. 164).

En el caso específico hay un choque de normas de un mismo rango, constitucional, pero también lo puede haber en el caso de las convenciones colectivas vigentes que contienen condiciones distintas a las de las leyes de seguridad social en materia pensional. Como este estudio no se centra en un caso concreto, se dedicará el tiempo a elegir la norma más favorable entre el artículo 48 modificado por Acto Legislativo 01 de 2005, y los artículos 39, 53, y 55 de la Constitución Política, como también con los convenios 87 y 98 de la OIT, que hacen parte del bloque de constitucionalidad referentes a los derechos de libertad sindical y negociación colectiva.

Como se ha dicho anteriormente, la evaluación de favorabilidad entre las normas debe responder a parámetros objetivos, prefiriendo los criterios jurídicos a los económicos, sin embargo, el grueso de los argumentos expuestos por los promotores del Acto Legislativo 01 de 2005 son de este último carácter, y cuando tratan lo referente a la parte legal, a pesar de afirmar que el proyecto resultaba armónico con la Constitución, exponen las dificultades de establecer esta prohibición mediante una ley, por los distintos pronunciamientos de la Corte Constitucional, que a favor de la libertad sindical, ha eliminado límites que se intentaron imponer.

Entonces, en principio, sería lógico establecer que frente a una libertad, resulta más favorable la norma que la desarrolla frente a la norma que la limita; así también, se puede establecer que resulta más favorable, el derecho de negociar libremente las condiciones de trabajo, que la prohibición de convenir colectivamente las condiciones pensionales.

Sin embargo, los promotores de este Acto Legislativo, consideraron que en pro del bien común debía limitarse este derecho que venían ejerciendo los sindicatos, ya que la posibilidad de negociar las condiciones pensionales, ponía en jaque al sistema de seguridad social y como resultado de las “excesivas” pensiones convencionales que se habían generado, muchos compatriotas no podían acceder a una pensión.

Mas, esa era la apreciación subjetiva del gobierno de la época, pues la posición de los sindicatos y las principales centrales obreras era completamente férrea y contraria, sin embargo una posición se impuso sobre la otra, pues la decisión final para nada fue un consenso. Tampoco significa que la posición de los trabajadores, por el solo hecho de serla, sea la más favorable para los mismos.

Favorabilidad y bien común o interés general

¿Resulta entonces más favorable la prohibición que alude proteger al conglomerado general de trabajadores o por el contrario la libertad de poder negociar las condiciones pensionales por parte de los trabajadores que así lo deseen? O ¿es válido que el gobierno alegue el bien común para disminuir los derechos de libertad sindical y negociación colectiva?

Desde mediados del siglo XX, en la filosofía de la Ley 50 de 1950, se establecía que se debería dejar atrás la concepción de lucha de clases o contraposición de intereses entre el trabajador y el empleador, pues para los propulsores de esta Ley, era ya una posición caduca y en un Estado moderno se debe obedecer al interés general, ósea que en términos concretos, si todos los

ciudadanos del país tienen por obligación el bien común, en últimas el bien para el empresario sería bien para el trabajador.

Esta posición que propende por la homogenización de los intereses nacionales, deslegitima la lucha por intereses particulares, así sean pretendidos por grupos considerables de la población, por el solo hecho de desquebrajar aquella idea del interés general, que en la práctica, no es más que los intereses políticos elegidos por las mayorías para la dirección del país.

Es por aquella concepción política que el maestro Marcel Silva realiza una constatación crítica hacia la democracia colombiana, en cuanto se aparta de su concepto, se minimiza a su mero espectro del voto y niega el desarrollo del sindicalismo u otros movimientos sociales en nombre de un maleable y distorsionado interés general⁴.

En varias ocasiones se ha querido equiparar el interés general al interés económico, disminuyendo los derechos y las prerrogativas sociales en pro del buen funcionamiento del mercado y sus directrices ideológicas, bajo el argumento de que este sacrificio traerá beneficios a un mayor número de ciudadanos de los que se vieron perjudicados en sus derechos; por ejemplo, disminuir las garantías laborales abarata el costo de la mano de obra, lo que permitirá que las empresas amplíen su personal, disminuyéndose la tasa de desempleo y aumentando las ganancias empresariales, o sea, habrá un mayor número de trabajadores activos aunque con una menor calidad de vida, lo que deja dudas sobre esta fórmula, más cuando el sacrificio siempre está en cabeza de los trabajadores y los ciudadanos, quedando claro entonces, donde se pretende ubicar el denominado interés general.

⁴ "Esta visión, comúnmente aceptada, desconoce las minorías recurriendo a otro lema vacío y abstracto cual es que lo general se impone sobre lo individual, invocándose siempre un supuesto interés de toda la comunidad para desconocer cualquier aspiración de un buen núcleo de la población. Las comunidades étnicas son despojadas y discriminadas, los trabajadores limitados en su accionar, las regiones desdeñadas, las profesiones averiadas, las mujeres minusvalorizadas y así consecutivamente hasta el extremo de no saberse quien compone entonces el llamado "interés general"" (Silva, 2000, pág. 265).

El problema de esta fórmula que responde a una política económica, se presenta cuando los derechos que se van a afectar son derechos fundamentales o derechos humanos, y a pesar de que el enfrentamiento entre la economía y estos derechos será tratado más adelante, lo que se hace necesario aquí, es dejar claro que en un Estado Social Democrático y Constitucional, no es viable arrasar con los derechos fundamentales de las minorías o de ciertos sectores de la población, arguyendo la protección del bien común o el interés general, pues este, no es el interés de las mayorías, ni el interés de las políticas económicas escogidas por quienes gobiernan el país.

En contra posición a esta idea del “interés general” como instrumento de violación de los derechos fundamentales, la Corte Constitucional en repetidas ocasiones ha establecido, que no puede quedar en manos de los gobiernos la posibilidad de limitar los derechos fundamentales en nombre del interés general, convirtiendo de la libertad o del derecho una excepción, así lo instauró en la sentencia C-606 de 1992⁵;

En el texto constitucional colombiano, el interés general, definido por el legislador se opone al interés particular, salvo cuando este último está protegido por un derecho fundamental.

En este caso, como lo dijimos arriba, ha de entenderse que la dimensión objetiva de tales derechos los convierte en parte estructural del sistema jurídico y por lo tanto dejan de ser meros derechos subjetivos para integrar la parte dogmática del complejo concepto de interés general.

Es entonces, falso el argumento del cual se desprende que el derecho fundamental de la libertad sindical se contrapone al interés general, pues aquel pertenece al mismo concepto de este.

Así también Manuel Fernando Quinche, escribe;

⁵ En semejante posición se han dictado las sentencias; C- 309 de 1997, SU-544 de 2001, y C-251 de 2002 de la Corte Constitucional.

Esto significa, que el contenido del principio del interés general, no se encuentra en los intereses de la mayoría, como equívocamente se tiende a pensar, ya que los derechos fundamentales, son precisamente limitaciones a los intereses de la mayoría, carta de triunfo sobre estas, que no por ser los del mayor número, profieren enunciados correctos, tal y como se desprenden de las prácticas del fascismo, de las dictaduras latinoamericanas o de autoritarismos presidenciales, que en su momento han contado con la favorabilidad de los ciudadanos, pues ha de entenderse que el respeto de los derechos constitucionales es un componente fundamental del interés general (Quinche, 2010, pág. 63).

Dejando establecido que los derechos de libertad sindical y negociación colectiva y el interés general no se contraponen, sino que por el contrario se complementan, cabe preguntarse si; ¿Realmente hay un enfrentamiento -que legitime la prohibición del Acto Legislativo- entre los derechos de los demás ciudadanos a pensionarse, frente a los derechos de negociación colectiva y libertad sindical de los trabajadores que negocien condiciones pensionales distintas?

A pesar de que en la exposición de motivos del Acto Legislativo 01 de 2005, se estableció que las convenciones colectivas eran directamente responsables por la crisis financiera del sistema pensional, impidiendo el buen funcionamiento del mismo y perjudicando los derechos pensionales de los demás ciudadanos, en el caso del sindicato de Ecopetrol, su representante, en audiencia pública del 17 de marzo de 2005 ante el Congreso de la Republica, expuso como se manejaba el fondo pensional que habían creado los trabajadores de esta empresa, demostrando con datos como el mismo estaba redituando en favor de los trabajadores y de la misma empresa⁶.

Y como lo expone Oliver GALE;

⁶ Véase en la Gaceta del Congreso, número 262 de 2005: http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.nivel_3

Resulta cuestionable, si en verdad el sistema de seguridad social en pensiones, se ve afectado en cuanto a su estabilidad, cuando el empleador, sea público o privado, concede beneficios a favor de los trabajadores, pues en últimas los dineros que implican tales beneficios no salen del sistema sino del patrimonio de dichos empleadores (Oliver Galé, 2013, pág. 84).

Favorabilidad y derecho a la igualdad

Otro de los argumentos que exponen a favor los defensores del Acto Legislativo 01 de 2005, es la igualdad, en esta ocasión determinan que no es justo que unos trabajadores trabajen menos y se pensionen con montos más elevados que otros, a modo de slogan social, se promueve una igualdad para todos los trabajadores colombianos, pretendiendo así legitimar la limitación de los derechos de libertad sindical y negociación colectiva.

Sin embargo como lo expone Marcelo ALEGRE; “(...) la igualdad, como ideal, no requiere, y ni siquiera acepta, cursos de acción de nivelación hacia abajo, o que vulneren libertades (...)” (2010, pág. 39), pues la igualdad y su búsqueda no representan, el empeoramiento de la situación de todos o la vulneración de las libertades de las personas, entendidas estas como los derechos constitucionales.

Ni los movimientos en favor de la igualdad de género ni las luchas en contra del racismo ni los esfuerzos en contra de la pobreza global (por citar experiencias igualitarias del pasado y del presente) han reposado en la extraña idea de que la igualdad podía alcanzarse nivelando para abajo, es decir, negando el voto a los blancos y a los negros, o a los varones y a las mujeres, o empobreciendo drásticamente a toda la humanidad por igual (Alegre, 2010, pág. 52).

Entonces no es una política que favorezca la igualdad, aquella que disminuye a ciertos trabajadores unos beneficios que están por encima del mínimo legal, dejándolos sujetos a ese mínimo sin mejorar la suerte de los demás trabajadores sobre el mismo, como tampoco lo es, afectar las libertades de los trabajadores para nivelarlos a un estándar establecido como igualdad, “pues una sociedad ideal en términos de igualdad, sería una sociedad ideal en términos de libertad” (Alegre, 2010, pág. 55).

Así también, la igualdad que dice privilegiar dicho Acto Legislativo, olvida que el desarrollo que ha tenido este derecho constitucional en Colombia, predica la igualdad entre iguales, reconociendo las diferencias innegables que persisten en cualquier sociedad, atacando la discriminación, mas no el trato diferencial o como lo ha denominado la jurisprudencia nacional, “discriminación positiva u objetiva”, y si bien la clase obrera se funda en una misma, no es lógico argumentar que todos estos trabajadores desempeñan labores que producen similares efectos al individuo trabajador, ni que se desarrollan en similares condiciones, aunque para estos ideólogos, aquellos riesgos ya están cubiertos, pues si un trabajador se enferma o muere por causas atribuidas a su labor, el Sistema de Seguridad Social vigente entraría a cubrir aquellos daños.

Pero, surge entonces la cuestión social de sí; ¿debe un trabajador llegar a tales situaciones indeseables para tener un derecho del que debió disfrutar en condiciones dignas y plenas? ¿Es el fin último de las pensiones dar una retribución casi moral a un trabajador que dio su vida en el progreso de una industria, empresa o entidad productiva cualquiera sea su denominación, siendo este último, progreso para la sociedad en general y que por desgaste general del cuerpo humano o por un desgaste acelerado que produce determinada labor, es desechado por terminar su vida “útil” para estas mismas? ¿o son la pensiones derechos justamente ganados por los trabajadores, a modo de retribución y aprecio por la labor desempeñada en gran parte de la vida de cada uno de estos

seres humanos, para que en la plena adultez y vejez, cuando el hombre y la mujer se tornan sabios, se puedan dedicar a la contemplación, al ocio y a disfrutar de su familia y la sociedad, pudiendo forjar en estos los valores que solo la experiencia puede enseñar, con un pleno orgullo de sí mismos, de su entorno y agradecimiento de la humanidad que le permitió desarrollarse plenamente?

Favorabilidad, Pro Homine y Pro Libertate o Indubio Pro Libertate

El principio de favorabilidad es reforzado por los principios más amplios, *Pro Homine*⁷ y *Pro Libertate o Indubio Pro Libertate*⁸, que nacen de la aplicación de los Derechos Humanos y son una garantía establecida a favor de los derechos primordiales que se han fundado en favor de los hombres y las mujeres, frente a las limitaciones que se le pretendan imponer.

Estos principios en términos generales, propenden por una protección y un desarrollo cada vez más amplio de los derechos humanos y ya que el problema jurídico aquí tratado involucra dos derechos laborales que han alcanzado este rango, es menester dar aplicación de estos principios en su resolución, más cuando de por medio está la compleja situación de un enfrentamiento entre una norma constitucional prohibitiva y dos convenios internacionales sobre derechos humanos.

Así la Corte Constitucional respecto de la aplicación de estos principios en sentencia C-551 de 2003 estableció;

(...) tal y como esta Corte lo ha señalado, entonces entre dos interpretaciones posibles de una norma debe preferirse aquella que armonice con los tratados ratificados por Colombia.

Esto es aún más claro en materia de derechos constitucionales, puesto que la Carta expresamente establece que estos deben ser interpretados de conformidad con los tratados

⁷ Criterio de interpretación que propende por la interpretación más favorable de los derechos humanos.

⁸ Criterio de interpretación que propende por la interpretación más amplia de las libertades humanas o la interpretación más restringida respecto de los límites que a estas se le puedan establecer.

ratificados por Colombia (CP art. 93), por lo que entre dos interpretaciones posibles de una disposición constitucional relativa a derechos de la persona, debe preferirse aquella que mejor armonice con los tratados de derechos humanos, dentro del respeto del principio de favorabilidad o *pro hominem*, según el cual, deben privilegiarse aquellas hermenéuticas que sean más favorables a la vigencia de los derechos de la persona.

En semejante sentido a la posición de la Corte Constitucional y aún más específico sobre el enfrentamiento entre una norma constitucional y un tratado internacional, Rodrigo Uprimny, establece que si bien en el pasado pudo existir la confusión sobre la aplicación de una norma constitucional o un tratado internacional sobre derechos humanos, en el caso de existir alguna contradicción entre estos, en la actualidad, con la integración de los tratados internacionales a la Constitución, dicha confusión debe ser dilucidada por el principio de favorabilidad o *pro homine*, por lo que el operador judicial aplicará la norma más favorable a los derechos humanos (Uprimny, 2007, pág. 141).

Entonces, bien sea desde el principio de Favorabilidad, propio del Derecho del Trabajo, o desde los principios generales de los Derechos Humanos, *Pro Homine* y *Pro Libertate*, al resolver el conflicto aquí estudiado la interpretación y solución debe propender por favorecer al trabajador y sus derechos fundamentales y humanos.

Principio de mínimo de derechos y garantías

Otro principio que apoya la solución del conflicto jurídico planteado, es el de mínimo de derechos y garantías. Este principio consiste en la protección especial que otorgan las normas laborales a los trabajadores, como mínimos de derechos y garantías, por lo que la legislación se va a limitar a regular el básico de derechos que garanticen la dignidad del trabajador y el respeto de

todos sus derechos humanos, permitiendo que de allí en adelante se puedan mejorar mas nunca disminuir.

También obedece este principio, a la posibilidad que tienen los trabajadores de mejorar sus condiciones de trabajo, de acuerdo con cada situación específica, ya sea mediante la negociación sindical o la mera agrupación en aras de conseguir determinados beneficios extralegales.

Este principio establecido en el artículo 53 de la Constitución, tiene una doble connotación, derechos y garantías mínimas y de igual forma principios mínimos, lo que salvaguarda que estos principios allí establecidos, también son básicos, irrenunciables e invulnerables.

Su importancia obedece al mismo sentido del Derecho del Trabajo y se relaciona directamente con la negociación colectiva y la libertad sindical; pues, si el Derecho del Trabajo regulara los máximos, inmediatamente desaparecerían los sindicatos, pues ya no tendrían sentido, al no poder actuar en su fin primordial.

Al estudiar la legislación del trabajo y, más aun, al aplicarla, debe recordarse que en ella, como expresión de la voluntad del legislador, solamente contiene el mínimo de garantías que coercitivamente deben dar los patronos particulares y el Estado-patrono a los trabajadores; es decir, que califica simplemente de un mínimo, de un reconocimiento en el menor grado; de ahí para arriba toda convención, toda estipulación, toda garantía que favorezca el trabajo o beneficie patrimonialmente a los trabajadores, es aceptable y debe ser aceptada por el juez particularmente, que, por regla general, es quien se ve en el caso de aplicar las disposiciones más favorables (Charry, 1985, pág. 113).

Por consiguiente, este principio comporta una garantía a los trabajadores, la de no ser desmejorados en sus derechos mínimos, fundamentado en que las prerrogativas mínimas de los trabajadores tienen como objeto respetar la dignidad de los mismos, por lo que cualquier violación

a estas, afectaría directamente la dignidad del trabajador, teniendo el Estado como obligación tutelar los derechos laborales para evitar el menoscabo de los derechos fundamentales. “Debido a ello, es nula cualquier estipulación que afecte o desconozca ese mínimo. Por sobre ese mínimo puede haber mejores condiciones para el trabajador, pero nunca inferiores” (Ballén, 1994, pág. 311). Y a su vez comporta la posibilidad de mejorar estas garantías mínimas mediante la negociación colectiva, los pactos colectivos o los contratos de trabajo.

Este principio parte de la lógica de que el Derecho del Trabajo no puede regular cada una de las relaciones obrero-industriales, limitándose a estipular unas normas generales que garanticen un mínimo de derechos que respeten la dignidad de los trabajadores, mínimo que está llamado a superarse, de aquí la importancia de este principio para los derechos de libertad sindical y negociación colectiva, aún más si se tiene en cuenta que la creación de normas no es un acto puro que se rige por la filosofía del Derecho Social, sino por políticas partidistas e intereses económicos, entonces el trabajador organizado en masa adquiere la obligación propia de obtener sus beneficios y mejoras a través de la negociación colectiva. “Se reafirma dicha importancia si se recuerda que el papel primordial de las convenciones colectivas, de los contratos de la misma naturaleza, de los contratos sindicales y de los laudos arbitrales, es, fundamentalmente, buscar una superación y un avance sobre las disposiciones del legislador” (Charry, 1985, pág. 113).

Entonces, dada la lógica que establece el principio de mínimo de derechos y garantías para las normas del Derecho del Trabajo, la modificación que trajo el Acto Legislativo 01 de 2005 al artículo 48 de la Constitución, presenta una contradicción entre esta y aquel, toda vez que, bajo argumentos económicos, establece de un mínimo un máximo, limitando la garantía de los trabajadores de poder mejorar sus condiciones laborales; el argumento de esta reforma constitucional podría dar pie, a que en adelante bajo parámetros mercantiles otros derechos como

el salario o las vacaciones pasasen a ser mínimos y máximos al tiempo, afectando la función de los sindicatos y trasformando la lógica de la normas laborales.

Principio de ajenidad de riesgos

Por último, vale la pena analizar el principio de ajenidad de riesgos; principio que tal vez no ha tenido el desarrollo que debería para su importancia en el Derecho del Trabajo, pero lo importante de los principios es que son aplicables a toda la normativa en el caso de ser requeridos.

Este principio se establece en el artículo 28 del Código Sustantivo del Trabajo, mas no significa que su aplicación se deba solamente a esta estipulación, pues dentro de la lógica del Derecho del Trabajo no cabría de ninguna manera, que se culpe a los trabajadores del fracaso comercial o económico de su empleador, pues sí así se hiciera, lo que resultaría es la desfiguración del contrato de trabajo en un contrato de sociedad, haciendo así, también dueños de los medios de producción a los trabajadores, lo que resultaría ideal en algunas ideologías políticas, pero no es el caso colombiano.

La ajenidad de riesgos es también la que lleva a que sea lógico que el empleador sea responsable por los accidentes o enfermedades que se presenten con ocasión o a causa del trabajo.

Como es debido el Derecho del Trabajo se aparta de las formas, normas y principios que rigen en otras ramas, es así como en esta disciplina, los riesgos están en cabeza del empleador y no de los trabajadores, pero como los riesgos que se suscitan del contrato de trabajo son bastos y el empleador no estaba dispuesto a hacerse cargo de todos, varios de estos se han trasladado a las entidades de seguridad social, siendo obligación del empleador asegurar a sus trabajadores para que estas respondan, siendo entonces lógico, que este principio se traslade a las nuevas responsables de estos riesgos.

Este principio es desconocido por los proponentes del Acto Legislativo 01 de 2005, toda vez que aseguran tanto en la exposición de motivos como en los debates, que por culpa de los trabajadores, las empresas públicas están quebrando, refiriéndose a las convenciones colectivas como obligaciones impuestas por la fuerza y no como acuerdos bilaterales. Sin embargo, siendo cierto que las entidades públicas o privadas si fuese el caso, estuviesen presentando crisis económicas a causa de las convenciones colectivas acordadas, la responsabilidad estaría en cabeza de sus directivas y no de los trabajadores, y la solución sería la renegociación de las convenciones colectivas y no su eliminación mediante una reforma constitucional.

Igualmente son señalados los trabajadores a través de sus sindicatos y específicamente de las convenciones colectivas que en materia pensional estipulaban beneficios especiales, como los principales generadores del déficit pensional.

Pero como se mencionó en la introducción de este estudio, la crisis pensional en Colombia responde a diferentes factores, uno de ellos la tardía y mala organización del Estado a través de sus gobiernos para hacerle frente a los derechos pensionales y de seguridad social, otra de ellas la irresponsabilidad de los empleadores que evadían sus obligaciones pensionales con los trabajadores.

Por lo que no resulta justo que sean los trabajadores los únicos señalados como responsables y por esto se vean disminuidos sus derechos, en pro de salvaguardar al sistema pensional de una crisis en la que, de ser culpables son los menos culpables, pues resulta ilógico que los beneficiarios de un sistema creado para garantizar un derecho, sean los acusados de su fracaso por ejercer sus derechos.

Sin embargo la fórmula que han venido aplicando los gobiernos colombianos en las reformas laborales es la de atacar los derechos y salvaguardar la economía o los factores económicos, fiel

reflejo de ello son las reformas pensionales, que están direccionadas más al acatamiento de políticas neoliberales que a políticas sociales, aunado a esto, se agrava la situación con la injerencia de los organismos internacionales como la OCDE, que se atreve a proponer una reforma constitucional que levante la prohibición a que haya una pensión por debajo del salario mínimo⁹, en pro de sostenibilidad financiera.

El ejercicio legítimo de un derecho, no debe ser la causa a erradicar en una crisis financiera, sino que por el contrario deben protegerse los derechos, identificando las causas negativas y reestructurando sistemas en favor de estos. La política de no reconocimiento de los derechos pensionales por vía administrativa, ha conllevado enormes condenas en detrimento del mismo sistema, sin embargo no resultaría lógico, prohibir el derecho a demandar para no afectar económicamente el sistema pensional colombiano.

A pesar de estar en contravía del principio de ajenidad de riesgos hacer responsables a los trabajadores de las consecuencias económicas de los encargados de hacer efectivos sus derechos, cabe también preguntarse si, ¿con reforma constitucional del Acto Legislativo 01 de 2005, mejoró el sistema, o está de nuevo en crisis y se avizoran nuevas reformas pensionales?¹⁰

Otra vez los beneficiarios, los trabajadores, pagarían el precio de una crisis que a pesar de las constantes reformas, sigue estando vigente, lo que despierta las dudas de; ¿si en verdad se están atacando las causas de la crisis? Y ¿si conviene seguir salvaguardando los intereses económicos

⁹ Se puede leer aquí; <http://www.portafolio.co/economia/ocde-reforma-pensional>, así como también se puede leer como el Fondo Monetario Internacional hace años ya viene “sugiriendo” reformas pensionales aquí; <http://www.portafolio.co/economia/el-fmi-insiste-reformas-tributaria-y-pensiones>

¹⁰ Desde ya hace varios años el sector privado se viene presionando por una nueva reforma pensional, el sistema sigue en crisis, sin embargo se pretende seguir y seguir remendando el fracaso de la ley 100 y sus posteriores reformas. En Portafolio.co se puede encontrar un artículo en el cual Santiago Montenegro, presidente de ASOFONDOS, hace votos por la reforma pensional; <http://www.portafolio.co/economia/%25E2%2580%2598la-crisis-pensional-se-parece-al-invierno%25E2%2580%2599-asofondos>. Así también FEDESARROLLO, publicó un estudio en el que hacen un estudio desde su óptica, en la que además proponen la eliminación del Régimen público RPM; http://www.fedesarrollo.org.co/wp-content/uploads/2011/08/El-sistema-pensional-en-Colombia_Retos-y-alternativas-para-aumentar-la-cobertura-12-de-abril-2011.pdf

de un modelo pensional que responde a políticas neoliberales o deben ajustarse las políticas económicas para salvaguardar los derechos pensionales y laborales?

Como lo expone el premio nobel de economía Joseph Stigliz, en su libro “El malestar en la globalización”, cuando los gobiernos acuden a salvaguardar las entidades que representan los principales intereses económicos y desmejoran los derechos primordiales de la población, muy a menudo estas soluciones desembocan en peores problemas a los que se tenían (Stigliz, 2002).

Internacionalización del Derecho del Trabajo: OIT

En este segundo capítulo se estudiará el problema planteado desde la perspectiva del Derecho del Trabajo Internacional, refiriéndose específicamente a la OIT, los convenios 87 y 98, el Bloque de Constitucionalidad respecto de los mismos y las recomendaciones e interpretaciones que la OIT le ha dado a estos derechos.

La OIT y el Derecho Internacional del Trabajo

Desde el inicio del Derecho del Trabajo se ha mostrado el poco interés de ciertos gobiernos nacionales por los derechos laborales y cómo estos pueden variar según el régimen de turno, por lo que en el siglo XIX, Robert Owen¹¹ un empresario visionario, o “utopista” como lo denominaron en su época, tras su fracaso en la pretensión de modificar la legislación del régimen laboral inglés, propone la creación de normas internacionales que fuera de las trabas burocráticas de cada país logaran la protección adecuada de la clase obrera mundial. A pesar de no lograr su cometido, un siglo después se dio la creación de la Organización Internacional del Trabajo.

Su creación responde a la preocupación social que se suscitó al final de la primera guerra mundial, sobre las crueles condiciones que habían padecido los trabajadores en los países industrializados, el papel crucial de la justicia social en el fin primordial de la paz mundial, la reivindicación de los trabajadores en el mundo mercantilizado y la incesante necesidad de legalizar la lucha obrera en busca de mejores condiciones laborales.

Desde su fundación se establecieron obligaciones y principios básicos a los que se comprometían las partes contratantes, como respuesta a la cuestión social que suscita el trabajo, tomándolas como directrices de su actuar legislativo, ejecutivo y judicial. Evitando así, que los

¹¹ Se puede consultar más sobre su obra y vida en un artículo publicado por *Perspectivas*, revista trimestral de educación comparada (París, UNESCO: Oficina Internacional de Educación), vol. XXIV, nos 1-2, 1993 o su versión virtual).

gobiernos y regímenes de cada Estado afiliado puedan pasar por encima de los derechos del humano trabajador.

Colombia como país miembro de esta organización ha contraído varios de los compromisos internacionales acordados, entre ellos los convenios 87¹² y 98¹³, que obligan al Estado a garantizar los derechos humanos de libertad sindical y negociación colectiva.

En el caso específico colombiano, tras las presiones de la OIT y demás organizaciones nacionales e internacionales que actuaban en defensa de los trabajadores, el Congreso de la Republica mediante las leyes 26 y 27 de 1976, adopta los convenios 87 y 98 de la OIT. Sin embargo por presión de los empleadores, la Ministra de Educación de la época, para dejar vencer el término constitucional de la sanción presidencial, en una treta jurídica propia de nuestro país, retiene en su escritorio las dos leyes. Maniobra que no se podría consumir, gracias a la actuación del abogado Francis Yesid Triana, quien dirigiendo un memorial al Presidente del Congreso, logra, se dé el trámite correspondiente y se envié la nota de ratificación a la OIT (Silva, Flujos y Reflujos, 2000).

Mas, esto no significaría la aplicación inmediata de dichos convenios, lo que mostraría la falta de buena fe, principio en el que se funda el Derecho Internacional, haciendo de la famosa alocución latina “pacta sunt servanda”, que funge como principio de los contratos públicos internacionales, una mera expresión sin poder coercitivo.

¹² A pesar de la falta de voluntad de bastos gobiernos como el colombiano, en respetar la libertad sindical y los derechos colectivos, la OIT, que crecía en miembros y en su actuar, para su trigésima primera reunión desarrollada en San Francisco, adopta por unanimidad, la convención sobre libertad sindical, incluyendo los votos de Colombia, quien a pesar de no tener representante de los trabajadores en sus delegados, no se opuso a la aprobación del convenio 87. Ya donde si mostró sus intereses de no respetar la libertad sindical fue posteriormente, donde al incumplir el deber que le imponía la organización, de hacer realidad en la legislación interna los pactos aprobados, demoró cerca de 3 décadas la ratificación del mismo convenio.

¹³ Posteriormente, la Conferencia General de la Organización Internacional Del Trabajo, en su trigésima segunda reunión convocada en Ginebra, después de haber discutido y haber decido acoger principios para el desarrollo y respeto del derecho de sindicalización y negociación colectiva, adopta el 1 de julio de 1949, para que entrase en vigor el 18 de julio de 1951, el convenio 98, referente a los derechos ya mencionados. La ratificación de este como del anterior convenio es demorada por Colombia.

La aplicación de estos convenios vendría a darse tan solo con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, los fallos de la Corte Constitucional, dando aplicación a la teoría monista y con la creación del denominado “Bloque de Constitucionalidad”; figura jurídica que eleva a normas superiores, los tratados y convenios sobre derechos humanos, ratificados por el Estado, equiparándolos con las normas de la Constitución Nacional; ósea amplificando la noción positiva de la Constitución.

Los convenios 87 y 98 de la OIT y el Acto Legislativo 01 de 2005

Los promotores del Acto Legislativo 01 de 2005 argumentan, que la prohibición que conlleva el mismo, a la libre negociación colectiva de las condiciones pensionales, no afecta las obligaciones contraídas con la OIT, específicamente lo que concierne a los convenios 87 y 98, pues, bajo el criterio de estos, no existe ninguna norma dentro de dichos convenios que impida establecer la mentada prohibición.

Como conclusión debe señalarse que ninguno de los dos Convenios que protegen el derecho de asociación sindical y la negociación colectiva, podrían ser obstáculo para establecer en la Constitución, a través de un acto legislativo, la limitación de la negociación colectiva a la modificación del régimen general de pensiones (Gaceta del Congreso 385, 2004).

La argumentación frente al convenio 87 de la OIT, es errada y limitada, pues se equivocan al asegurar que el convenio 87 tan solo protege el derecho de sindicalización, no en vano se denomina el convenio de la libertad sindical.

No obstante respecto a la no afectación del derecho de sindicalización, es menester reconsiderar que si a los sindicatos se les limita en su actuar, también se vulnera el derecho a la sindicalización, pues al no poder llevar a cabo sus cometidos, la afiliación a estos termina siendo inocua, pudiendo

desencadenar en el debilitamiento o desaparecimiento de los sindicatos, entonces, yerran los promotores al decir que no afectan el derecho de sindicalización.

El Convenio 87, contiene además de sus formalidades, el derecho de sindicalización y la libertad sindical, determinados en los artículos 2 y 3 de dicho convenio; en donde se establece el derecho de constituir sindicatos y de afiliarse a los mismos por parte de trabajadores y empleadores, sin que medie injerencia alguna que impida o trabe su creación y funcionamiento.

Se establecen como derechos de los sindicatos, regirse de manera autónoma y lo que resulta importante para este estudio, poder formular libremente su programa de acción. De igual manera se establece especialmente en el numeral 2 del artículo 3, la obligación estatal de “abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal”.

En el artículo 8 de dicho convenio, omitido por los promotores del Acto Legislativo, se instituye que la libertad sindical se debe llevar a cabo con respeto a las leyes de cada Estado, pero sin que estas menoscaben el derecho ya establecido, lo que significa una obligación doble para el Estado¹⁴; abstenerse de legislar en contra de la libertad sindical y modificar las leyes ya existentes que atenten contra la misma. He aquí la norma que prohíbe limitar la libertad sindical.

Ya el artículo 11, establece la obligación que surge a los miembros, para los que esté en vigor el presente convenio, de “adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores y a los empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación”.

Entonces, el convenio no solo establece la posibilidad de crear y afiliarse a los sindicatos, sino que va más allá, porque no tendría sentido poderse afiliar o constituir un sindicato, si

¹⁴ Artículo 8, numeral 2 del convenio 87 de la OIT: 2. La legislación nacional no menoscabará ni será aplicada de suerte que menoscabe las garantías previstas por el presente Convenio.

posteriormente se puede ver limitado en su actuar. La libertad de actuación de los sindicatos está plasmada taxativamente en el convenio 87 de la OIT y reflejada en la Constitución Política.

Los mismos proponentes del Acto Legislativo reconocen la imposibilidad de establecer la prohibición en cuestión mediante una ley estatutaria, como debería ser, pues bajo el estudio de la jurisprudencia de la Corte Constitucional pronosticaban la crónica de una muerte anunciada.

Como conclusión de lo anterior se desprende que si bien inicialmente la honorable Corte Constitucional adoptó una posición relativamente amplia en materia de límites a la negociación colectiva, posteriormente adoptó posiciones más restrictivas, por lo cual no es claro que constitucionalmente sea posible limitar el derecho a la negociación colectiva de beneficios pensionales a través de una ley.

Dado lo anterior, deben precisarse las normas constitucionales, estableciendo que no podrán celebrarse pactos o convenciones colectivas en materia pensional (Gaceta del Congreso 385, 2004).

A pesar de argumentar que la posición de la Corte Constitucional no era clara frente a la limitación pretendida, la historia demuestra que el Acto Legislativo 01 de 2005, se presenta como un remedio a los fracasos de establecer la obligatoriedad al sistema de seguridad social implantado por la ley 100 de 1993.

Desde el inicio de la apertura económica y específicamente con la Ley 100 de 1993, se pretendía hacer lo que se hizo posteriormente con el Acto Legislativo 01 de 2005, encontrando siempre una traba constitucional, como lo fue la sentencia C-013 de 1993 de la Corte Constitucional, en la que se declaró inconstitucional el artículo 6 del Decreto 035 de 1992, por modificar los beneficios pensionales establecidos en las convenciones colectivas de los trabajadores de Colpuertos, estableciendo claramente que por mandato superior, la Ley no puede afectar las convenciones

colectivas. Si el Estado se compromete a respetar la libertad sindical, no puede con un acto de injerencia gubernamental disminuir este derecho.

Este no fue el único intento; ejemplo de esto es el Decreto 692 de 1994, que en su artículo 48 establecía la armonización de las convenciones colectivas bajo los parámetros de la ley 100 de 1993.

Una vez aceptada la imposibilidad de imponer este criterio mediante la ley, los partidarios de dicha reforma establecieron la necesidad de implantarlo en la Constitución; fue así como se intentó por vía de referendo en el 2003, reformar la constitución en este sentido, pero al no recibir el apoyo popular necesario, se fraguó el Acto Legislativo 01 de 2005.

Dicho todo esto, para demostrar que sí era claro que la ley no podía modificar o eliminar una convención colectiva, ni limitar el derecho de libertad sindical y la negociación colectiva.

En cuanto al convenio 98 de la OIT, arguyen los ponentes, que ninguna de las normas de dicho convenio contiene prohibición expresa para que los Estados suscritos puedan limitar el derecho de negociación colectiva para “salvaguardar” el sistema de seguridad social.

El convenio 98 establece los derechos a la negociación sindical, recalca en el derecho de libertad sindical y sindicalización, abogando por una debida protección de los trabajadores y empleadores respecto a estos derechos.

Este convenio impone como deber de los Estados, fomentar la sindicalización y la negociación colectiva de las condiciones referentes al trabajo, como los son el salario en su completa denominación, los beneficios fuera del salario y demás las condiciones propias que surgen de la relación laboral¹⁵.

¹⁵ Artículo 4° del convenio 98 de la OIT: Deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación

Limitar el derecho de negociación colectiva no conlleva de ninguna manera a fomentar la sindicalización, como tampoco promueve la negociación colectiva de las condiciones de trabajo, menos aún, en un país donde “según datos de la Escuela Nacional Sindical, una tasa de sindicalización en Colombia de apenas 4,9%, que es muy baja si se compara con la de Argentina, Brasil y Uruguay superiores al 30%” (Castaño, 2012, pág. 3).

Si el Estado colombiano se comprometió libremente y de buena fe a cumplir con ciertos deberes internacionales, como lo es el artículo 4 del convenio 98 y en contrario actúa y legisla en contra de los derechos allí mencionados, es claro que sí incumple el deber de llevar a cabo las medidas necesarias para la aplicación efectiva de los convenios vigentes.

Bloque de Constitucionalidad, garantía de los derechos de libertad sindical y negociación colectiva

Antes de la Constitución de 1991, podría decirse que el error de los promotores del Acto Legislativo 01 de 2005, al afirmar que no existe razón jurídica que les prohíba limitar constitucionalmente la libertad sindical y la negociación colectiva, pudiese ser entendible. Pero ya en vigencia la Constitución y con los pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre el Bloque de Constitucionalidad, es inadmisibles que cuando se hable de estos derechos humanos, no se remita directamente al artículo 93 de la Constitución, que los eleva a mandato superior y criterio de interpretación de la misma, asumiendo que se prohíbe su limitación hasta en los estados de excepción.

La Corte Constitucional ha dado aplicación al Bloque de Constitucionalidad desde sus inicios, obedeciendo al mandato del artículo 93 del estatuto superior, que en primer lugar estipula; “Los

voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo. (Subrayado fuera de texto).

tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”. Dándole aplicación directa a los derechos y principios establecidos en los mismos. Seguidamente reafirma y exalta su importancia, al establecer que; “Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

En materia laboral, aunque la discusión sobre las teorías dualista y monista del derecho, ya venía siendo superada con predominio de esta última, este rango superior se va a dar con la sentencia C-013 de 1993¹⁶, con la ponencia del magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, en la que se declara inconstitucional el artículo 6 del Decreto 035 de 1992, por violar flagrantemente los convenios 87 y 98 de la OIT. Más adelante, la Corte Constitucional en sentencia T-568 de 1999 adoptaría formalmente dentro del Bloque de Constitucionalidad los convenios 87 y 98 de la OIT, posición que ha sido reiterada por las sentencias C-401 de 2005, T-285 de 2006, C-465 de 2008, C-466 de 2008, C-617 de 2008, C-349 de 2009.

Entonces, si los proponentes del Acto Legislativo buscaban una razón jurídica que les impidiera limitar el derecho de negociación colectiva y libertad sindical, debieron analizar en conjunto los convenios 87 y 98 de la OIT, el artículo 93 de la Constitución Política y las sentencias referentes al Bloque de Constitucionalidad, o solicitar concepto al CEACR¹⁷.

Ya que si se prohíbe expresamente la supresión o limitación de los derechos humanos, como lo son la libertad sindical y la negociación colectiva, hasta en Estados de excepción, es lógico que

¹⁶ En desarrollo de esta posición e igual carácter se pronuncia la Corte Constitucional en sentencia T-652 de 1998, M.P. Carlos Gaviria Díaz, T-606 de 2001 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, C-418 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis y C-891 de 2002, M.P. Jaime Araujo Rentería.

¹⁷ Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones.

bajo un Estado de relativa normalidad, menos se pueden cometer aquellos vejámenes en contra de estos derechos.

Si bien es cierto que el artículo 55 de la Constitución, fortín de los defensores del Acto Legislativo en cuestión, establece el derecho de negociación colectiva con las excepciones que determine la ley, estas excepciones tienen como límite las obligaciones internacionales, que como lo ordena el artículo 93, cuando estos se refieren a derechos humanos, sirven como criterios de interpretación de los derechos y deberes, y así lo ha entendido la Corte Constitucional, como en la discusión sobre los derechos de negociación colectiva de los empleados públicos, interpretándolos a luz de los convenios 151 y 154 de la OIT.

Así también, la sentencia T-568 de 1999¹⁸, de la Corte Constitucional, con ponencia del magistrado Carlos Gaviria Díaz, que adoptó dentro del Bloque de Constitucionalidad los convenios 87 y 98 de la OIT, estableció el deber de interpretar las normas conforme a dichos convenios¹⁹, referentes a la libertad sindical y la negociación colectiva.

Si, como lo ordena la Constitución, los derechos y deberes allí consagrados deben ser interpretados "*de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia*"(art. 93), y "*Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna*" (art. 53 inc 4), las autoridades nacionales de todos los órdenes (el Gerente de las Empresas Varias, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y los Jueces de la República) cometieron un grave

¹⁸ En esta sentencia la Corte adapta la interpretación de los artículos 430 de Código Sustantivo del Trabajo y 65 de la Ley 50 de 1990 a los convenios 87 y 98 de la OIT, acoge las recomendaciones de los órganos de control de la OIT y tutela los derechos libertad sindical y negociación colectiva de los trabajadores despedidos del sindicato de las Empresas Varias de Medellín, por la violación de los mismos, por parte del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, el Ministerio de Relaciones Exteriores, el Municipio de Medellín y las Empresas Varias de Medellín.

¹⁹ En semejante posición se ha manifestado la Corte Constitucional en las sentencias C-567 del 2000 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, sentencia C-038 del 2004 M.P. Eduardo Montealegre Lynett, C-401-05 M.P. Manuel Cepeda Espinosa y C-063 del 2008 M.P. Clara Inés Vargas, entre otras.

error : ignoraron el derecho aplicable ; en su lugar, escogieron normas desfavorables a los trabajadores, contrarias a la Constitución y a los deberes internacionales que el Estado se comprometió a cumplir.

Pronunciamientos de los organismos de control de la OIT

Si se revisa la posición de la OIT, mediante sus órganos de control, se puede corroborar como el Acto Legislativo 01 de 2005 representa una limitación indebida a los derechos de libertad sindical y negociación colectiva, y un incumplimiento del Estado colombiano a sus deberes internacionales.

En recopilación de las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical, se puede ver manifiesta la posición constante del organismo, por atacar aquellas limitaciones que violan las obligaciones establecidas en los convenios 87 y 98, y atentan contra los derechos allí consagrados;

Las medidas que se aplican unilateralmente por las autoridades para restringir la gama de temas que pueden ser objeto de negociaciones son a menudo incompatibles con el Convenio núm. 98; como método particularmente adecuado para remediar este género de situaciones se dispone del procedimiento de consultas de carácter tripartito destinadas a establecer, de común acuerdo, líneas directrices en materia de negociación colectiva (Oficina Internacional del Trabajo, 2006, pág. 195).

También ha establecido que las partes son las más aptas para determinar los temas sobre los que se deben negociar;

Las partes negociadoras son las mejor preparadas para evaluar las razones y determinar las modalidades (y, en lo que se refiere a los empleadores, la viabilidad financiera) de las cláusulas negociadas de jubilación obligatoria antes de la edad de jubilación oficial, sea por

razones de la dificultad del trabajo o por motivos de seguridad y salud (Oficina Internacional del Trabajo, 2006, pág. 197).

Estableciendo especialmente aquel detalle tan olvidado por los promotores del Acto Legislativo, como lo es, el hecho que no todos los trabajadores desempeñan sus labores en semejantes condiciones, ni representan el mismo desgaste físico, pues no basta con que arbitrariamente se establezcan unas pocas actividades que por su riesgo eminente adquieren un beneficio especial en materia pensional.

La libertad sindical tampoco se puede ver afectada por las políticas económicas de cada gobierno y en general por ninguna de sus políticas, respetando la autonomía de las partes en establecer las condiciones de trabajo, siempre que estas se encuentren dentro de los límites que suponen los derechos y garantías mínimas;

La intervención de las autoridades públicas con el fin esencial de asegurar que las partes en las negociaciones subordinen sus intereses a la política económica nacional del gobierno, independientemente del hecho de que estén o no de acuerdo con dicha política, es incompatible con los principios generalmente aceptados de que las organizaciones de trabajadores y de empleadores deben tener el derecho de organizar libremente sus actividades y de formular su programa y que las autoridades deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar ese derecho o a entorpecer su ejercicio legal, y de que la legislación nacional no menoscabará ni será aplicada de suerte que menoscabe el goce de dicho derecho (Oficina Internacional del Trabajo, 2006, pág. 213).

Precisamente el Acto Legislativo 01 de 2005 menoscaba los derechos de libertad sindical y negociación colectiva, interviniendo indebidamente en la posibilidad de que trabajadores y empleadores convengan condiciones pensionales distintas a las establecidas en la legislación,

forzándolos a adoptar la política económica que el gobierno estableció como la más adecuada ante la crisis fiscal del sistema pensional. No puede el Estado mediante reformas constitucionales establecer cláusulas de excepción al respeto por los derechos humanos de libertad sindical y negociación colectiva y a las obligaciones internacionales, ni supeditarlos al parámetro de sostenibilidad financiera o políticas de crecimiento económico nacional.

No obstante, el Comité se ha mostrado un tanto flexible en consideración a explícitos momentos históricos de determinados países, que cruzan por crisis financieras y en los que es necesaria una política estabilizadora por parte del gobierno, para efectivizar urgentemente su economía, permitiendo algunas limitaciones a los derechos de libertad sindical y negociación colectiva, siempre y cuando sean pertinentemente motivadas y resulten temporales, estableciendo a su vez que una limitación que se prolongue por más de 3 años resulta a todas luces impertinente y violatoria a los derechos ya mencionados. Siempre, dejando sentado que no es admisible desde ningún punto de vista, la eliminación legislativa de los convenios existentes o mediante la misma vía, obligar a la renegociación de las convenciones vigentes²⁰.

Significa esto que el Estado en caso de atravesar una crisis económica de considerable magnitud, pudiese limitar temporal y razonablemente el uso de la libertad sindical en busca de la reanimación de su economía, sin embargo, ni el Acto Legislativo tiene un carácter temporal, ni el Estado cruza por una crisis de desequilibrio económico, por el contrario los gobiernos y economistas lo sitúan cada vez mejor a nivel regional y mundial. Un país que por un lado aspira pertenecer a la OCDE, no puede por el otro alegar crisis financiera para desconocer los derechos laborales.

²⁰ Puede verse en: Libertad Sindical, recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT. Quinta edición revisada, pág. 216-218.

En lo que respecta al asunto concreto que aquí se trata, también se ha pronunciado el Comité de Libertad Sindical, en el Caso 2434; Queja contra el Gobierno de Colombia, presentada por la Confederación Mundial del Trabajo (CMT) y la Asociación Nacional de Técnicos en Telefonía y Comunicaciones (ATELCA). Estableciendo que efectivamente el Acto Legislativo 01 de 2005 limita el derecho de negociación colectiva libre y voluntaria, desconociendo los deberes internacionales y concluyendo que para dar cumplimiento a los deberes internacionales, recomienda modificar la Constitución, específicamente lo que añadió el Acto Legislativo en cuestión.

Así también la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, en su informe a la Conferencia Internacional del Trabajo, en su 99ª reunión, recogió y ratificó la posición del Comité de Libertad Sindical;

Estableciendo que se debían respetar las convenciones colectivas vigentes aún más allá del plazo dado por el Acto Legislativo, y en segundo lugar, instando al gobierno colombiano a que lleve a cabo de nuevo el debate sobre la crisis pensional, teniendo en cuenta la interlocución de los distintos sectores sociales, propendiendo por una solución negociada que beneficie a las partes, pero sobre todo respete los derechos de libertad sindical y negociación colectiva establecidos en los convenios 87 y 98 de la OIT (CEACR, 2010).

Cabe resaltar que las recomendaciones hechas por el Comité de Libertad Sindical, semejantes a la posición de la CEACR, han sido acogidas y aplicadas por el Consejo de Administración de la OIT, en las reuniones GB 298 de 2007 y GB 301 de 2008.

Obligatoriedad de las recomendaciones de los organismos de control de la OIT

Aunque en un principio, bajo un error la Corte Constitucional en la sentencia C-468 de 1997, desconociera el valor jurídico de las recomendaciones de los organismos internacionales,

tomándolas como meras sugerencias sin ninguna injerencia en el Derecho interno, declarando así, inexequible la Ley 347 de 1997; en la que se pretendía llevar a cabo una de las obligaciones de los estados miembros (artículo 19 de la Constitución de la OIT), la de analizar y ejecutar las recomendaciones mediante el órgano y proceso correspondiente.

Posteriormente, vendría una de las sentencias más importantes para el Derecho del Trabajo-Colectivo, la cual corregiría el error de la anterior providencia y ensancharía el respeto por los compromisos internacionales adquiridos por el Estado en materia de derechos humanos; la ya mentada sentencia T-568 de 1999.

Además de la referida importancia de la sentencia, esta también sienta precedente sobre la obligatoriedad de las recomendaciones del Consejo de Administración de la OIT; ‘‘Colombia está obligada, en virtud de su calidad de Estado Parte del Tratado Constitutivo de la OIT, a acatar las recomendaciones del Consejo de Administración (arts. 24 y ss)’’. Igualmente estableció que en virtud del artículo 93 de la Constitución las recomendaciones de los órganos de control, como el Comité de Libertad Sindical, no deben ser ignoradas, aunque no sean vinculantes directamente, pues estas;

(...) generan una triple obligación en cabeza de los Estados: deben 1) ser acogidas y aplicadas por las autoridades administrativas; 2) servir de base para la presentación de proyectos legislativos; y 3) orientar el sentido y alcance de las órdenes que el juez de tutela debe impartir para restablecer los derechos violados o amenazados en ése y los casos que sean similares.

Resulta importante resaltar a su vez que esta sentencia dejó sentado que la ‘‘costumbre de incumplimiento o violación’’ de los derechos laborales no son fuente de Derecho, y por el contrario deben corregirse dichas conductas.

Sin embargo en este mismo año, al tiempo que se reconocía internacionalmente el gran valor de la sentencia T-568 de 1999, que marco un precedente importante en toda Latinoamérica; se produce

por parte de la Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Laboral, la sentencia del 8 de octubre de 1999, radicado número 11.731, con ponencia del magistrado Carlos Isaac Nader, que es completamente regresiva en cuanto a los compromisos adquiridos por Colombia frente a los organismo internacionales, oponiéndose de forma reaccionaria a la posición adoptada por la Corte Constitucional.

En lo que se puede denominar un nacionalismo judicial, esta providencia proclama un profundo desconocimiento de la labor de los órganos de control que estableció la OIT, y advierte a los trabajadores y abogados de los mismos, que la posición de la Corte Constitucional no se va aplicar en su jurisdicción; con lo engorroso y elitista que ya representa llevar un proceso ante este recurso, se agrega una posición más en contra de los trabajadores.

Es necesario aquí mencionar que la Corte Suprema de Justicia, es parte del Estado, por lo que está obligada jurídicamente a respetar y dar aplicación a los convenios que de buena fe ha firmado el Estado colombiano. Sin embargo esta corporación se ha caracterizado por un relativo desconocimiento del Derecho Internacional Laboral.

Es así como confunde las recomendaciones que emite la Conferencia General de la OIT; que son intentos de tratados internacionales que no reciben la suficiente votación, y por tanto no resultan obligatorios para los países miembros, pero resultan importantes para la humanidad, con las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical, que como se explicó en la sentencia T-568 de 1999, son vinculantes una vez las acoja y aplique el Consejo de Administración.

Pero lo más grave del contenido del fallo de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia es que está haciendo un llamamiento a todas las demás instancias del Estado colombiano, especialmente a los jueces y a los empleadores, para que en la práctica desconozcan los Convenios y las decisiones de los organismos de control internacional, hasta que la Corte

Internacional de la Haya no condene a Colombia a su cumplimiento. Es decir, en el fallo de la Sala Laboral hay un llamamiento implícito a que no se cumplan los compromisos internacionales hasta tanto no se produzca un fallo coercitivo y mientras tanto que vengan las sanciones morales, sociales y económicas contra Colombia y los escarnios a la imagen del país (Silva, 2005, págs. 242-245).

A pesar de los errores en los que incurre la Sala Laboral, posteriormente la misma Corte Constitucional²¹; que había mostrado interés por el respeto de los acuerdos internacionales y después del prodigioso fallo del que fue ponente Carlos Gaviria Díaz, comparte la posición que adoptó la Corte Suprema de Justicia, posición, que sin embargo, no calaría hondo en jurisprudencia del máximo ente de interpretación constitucional.

Aquí se hace necesario aclarar la posición que ha predominado en la Corte Constitucional, sobre la obligatoriedad de las Recomendaciones de los órganos de control de la OIT. Así en repetidas ocasiones, recogiendo el fundamento de la sentencia T-568 de 1999, la Corte Constitucional ha establecido que las recomendaciones hechas por los órganos de control de la OIT, son de gran importancia a la hora de resolver casos que comprometan los derechos laborales fundamentales, siendo aquellas guías de interpretación, emitidas por el órgano correspondiente, evitando la interpretación libre de cada operador jurídico; son así, ejemplo de esta posición, además de la sentencia ya tratada, las sentencias; C-225 de 1995, T-1211 de 2000, T-603 de 2003, T-171 de 2011 y T-087 de 2012.

Así también la sentencia T-261 de 2012 de la Corte Constitucional, que recogiendo el fundamento de varias sentencias anteriores²² estableció;

²¹ En la sentencia T-979 del 2004, M.P. Jaime Córdova Triviño.

²² Refiriéndose expresamente a las sentencias T-569 de 1999, T-1211 de 2000 y T-603 de 2003 de la Corte Constitucional.

La Corte afirmó que las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical no son meras directrices, guías o lineamientos que deben seguir los Estados, sino que ellas constituyen una orden expresa vinculante para el Estado y cada uno de sus órganos. Lo anterior, si se tiene en cuenta que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9º de la Constitución Política, el Estado colombiano queda sujeto a las obligaciones que adquiere en virtud de los tratados y convenios que celebra debidamente ratificados por el Congreso de la República, con lo cual, los convenios 87 y 98 de la OIT sobre libertad sindical y derecho de sindicalización, así como las determinaciones que dispongan los órganos de control de la OIT deben ser respetados y cumplidos por Colombia.

Sin embargo, hay quienes como la Corte Suprema de Justicia, se oponen de manera férrea a la aplicabilidad jurídica de las recomendaciones de los órganos de control internacionales, recurriendo constantemente a la confusión entre las recomendaciones a las que se refiere el artículo 19 de la Constitución de la OIT, con lo que recomienda el Comité de Libertad Sindical y adopta el Consejo de Administración. Y al artículo 37 de la Constitución de la OIT, del cual se enganchan para asegurar que los únicos pronunciamientos vinculantes respecto los convenios con la OIT, son los que emita la Corte Internacional de Justicia.

Como lo escribe el maestro Marcel Silva;

Para el laboralista no hay duda en la prevalencia de los tratados internacionales. Sin embargo para otros reina la Constitución y aquellos sólo serían aplicables en la medida en que se sometían a los postulados de esta.

Pero esta discusión se estaría superando con la adopción de la noción de *bloque de constitucionalidad* (Silva, Flujos y Reflujos, 2000, págs. 260-261).

Si bien es cierto que en la Constitución de la OIT, se establece que la Corte Internacional de Justicia será la encargada de dar interpretación definitiva a los convenios de la OIT, esto no resulta en perjuicio de las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical adoptadas por el Consejo de Administración, por el contrario y en efecto, mientras no se pronuncie dicho tribunal, la interpretación oficial será la que emitan los órganos de control, establecidos específicamente por la OIT para llevar a cabo esta función. Entonces, el no acatamiento de aquellas, lo único que demuestra es la falta de buena fe del Estado colombiano.

Así también lo asevera Xavier BEAUDONNET, quien para sustentar esta afirmación, explica los elementos mínimos que demuestran el valor jurídico de las recomendaciones de los órganos de control de la OIT, eliminándole su carácter moral o discrecional.

El primer elemento, es la legitimidad que tienen las interpretaciones realizadas por los órganos de control, al ser empoderados por la misma OIT para llevar a cabo esta función; el segundo elemento lo constituye la posibilidad que tiene el Estado, cuando no esté de acuerdo con dichas interpretaciones, de acudir a la Corte Internacional de Justicia para obtener una interpretación definitiva, por lo que serán válidas las recomendaciones de los órganos de control hasta que no haya un pronunciamiento en contrario; por último, el tercer elemento lo constituye el principio de buena fe, según el cual, el Estado se compromete a dar aplicación a sus obligaciones internacionales, sin que pueda alegar la aplicación de su orden jurídico interno o su propia interpretación apartada de los deberes contraídos (Beaudonnet, 2009, págs. 92-95).

Los defensores del Acto Legislativo 01 de 2005, pasan por alto que el mismo artículo 19 de la Constitución de la OIT, que mal utilizan para asegurar la discrecionalidad de las recomendaciones de los órganos de control, en su literal d, establece la obligación jurídica de llevar a cabo las medidas necesarias para dar cumplimiento a los convenios internacionales ratificados, y como lo afirma el

doctor Francisco OSTAU DE LAFONT DE LEON, en tesis que trata sobre el carácter vinculante de las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical en el caso colombiano, y aquí coincidimos; “dentro de estas medidas necesarias se encuentran las recomendaciones que surgen de los organismos de control” (Ostau de Lafont de León, 2013, pág. 5).

Las medidas necesarias no pueden ser las que cada Estado bajo una interpretación apartada, dé a los convenios pactados, porque si así fuese, al final cada Estado en su libre interpretación decidirá a que se comprometió y a que no, no habiendo realmente un consenso global de normas del trabajo, desdibujando el mismo sentido de la OIT. Por lo que se hace necesario ir estableciendo unas directrices frente a casos concretos que conlleven a la semejante aplicación de los convenios, garantizando una estabilidad jurídica al humano trabajador y una leal competencia entre empleadores de distintas regiones.

Es necesario mencionar que al no acatar las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical, adoptadas por el Consejo de Administración, el Estado no solo incumple sus deberes internacionales y vulnera los derechos de libertad sindical y negociación colectiva, sino que a su vez estaría vulnerando el debido proceso.

Pues, si el Estado tiene la opción de acudir ante la Corte Internacional de Justicia para obtener una interpretación definitiva, en caso de inconformidad con alguna recomendación hecha, y no lo hiciere, pero a su vez no acatase la recomendación, actuaría en desmedro del debido proceso de los trabajadores, que no pueden acudir directamente a la Corte Internacional de Justicia para el reconocimiento de los derechos que se desprenden de los convenios 87 y 98 de la OIT.

Posición jurisprudencial de la Corte Constitucional frente al problema jurídico

Si las recomendaciones dependiendo del órgano que las emita son obligatorias o son directrices a tener en cuenta para la interpretación de los convenios internacionales con la OIT, y todas ellas

propenden por determinar que se violan los derechos de libertad sindical y negociación colectiva con los límites impuestos en el Acto Legislativo 01 de 2005, no quedaría duda sobre la prevalencia de aquellos derechos, en un posible litigio que intente solucionar la antinomia constitucional sobre la que trata este estudio.

Sin embargo la Corte Constitucional en varias sentencias se han caracterizado por lo que se denomina el “sí, sí, pero no”, como lo ejemplifica perfectamente las sentencias C-401 de 2004²³ y la sentencia SU-555 de 2014. Donde a pesar de llenarse de motivaciones a favor del cumplimiento de las obligaciones internacionales y la defensa de los derechos de los trabajadores, al final se expone y acoge una última interpretación que relativiza todo lo anterior.

El primer estudio que hace la Corte Constitucional sobre el enfrentamiento aquí tratado, es a su vez uno de los errores más crasos de la corporación, respecto los derechos laborales. En la sentencia C-551 de 2003, la Corte Constitucional realiza el control constitucional de la ley 796 del 2003, que convoca a referendo reformativo de la Constitución, en el cual –entre otras cosas- se pretendía cercenar la posibilidad de negociar convencionalmente las condiciones de las pensiones, siendo este, antecedente inmediato al Acto Legislativo 01 de 2005.

Infortunadamente la Corte relativiza el Bloque de Constitucionalidad, abandonando su función de guardián de la Constitución, pues en un análisis superfluo al numeral 8° de la mencionada ley, en el que ni siquiera hace mención seria de los convenios 98 y 87 de la OIT, da prevalencia a la facultad que tiene el Estado de organizar y dirigir el sistema pensional, desconociendo los derechos de libertad sindical y negociación colectiva. Se confunde la Corte y lejos de un análisis congruo de las directrices tomadas por el Comité de Libertad Sindical, se apoya en este, para luego imponer como criterio de orientación

²³ En esta sentencia se estudia la constitucionalidad parcial del artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo por establecer que los convenios son fuente supletoria del Derecho Laboral colombiano contradiciendo los artículos 53 y 93 de la Constitución Política.

los convenios 128 y 157 de la OIT, que no forman parte del Bloque de Constitucionalidad, y es apenas obvio, pues ni siquiera han sido ratificados por Colombia.

Sin embargo, se puede destacar que la Corte Constitucional utiliza, aunque erróneamente, los pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical como medios de interpretación de las obligaciones internacionales.

El segundo y último estudio de la Corte Constitucional, es aún más concreto, en la sentencia SU-555 de 2014, la corporación analiza los casos de ocho tutelas presentadas por; dos trabajadores del Banco de la Republica, cinco trabajadores de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá y un trabajador de Ecopetrol, quienes alegan la violación de sus derechos a una vida digna, a la libertad sindical y a la seguridad social, invocando el principio de favorabilidad y solicitando la aplicación de las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical, acogidas y aplicadas por el Consejo de Administración de la OIT, para que así se les reconozcan las pensiones convencionales a las que tienen derecho.

Por primera vez la Corte Constitucional tenía la oportunidad de analizar en casos concretos la antinomia generada con el Acto Legislativo 01 de 2005, entre la prohibición a la libre negociación colectiva de las condiciones pensionales y los convenios 87 y 98 de la OIT.

Sin embargo al revisar la ratio decidendi de la sentencia, resulta inexplicable, que mientras ocupan más de la mitad del fallo para reafirmar la posición de la Corte Constitucional, frente al Bloque de Constitucionalidad, la supremacía de los convenios 87 y 98, la importancia jurídica de las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical y la obligatoriedad de las recomendaciones aprobadas y adoptadas por el Consejo de Administración, al final relativice su sentido, centre el interés de la discusión en la figura de los derechos adquiridos y decida en contra de la libre

negociación colectiva, en nombre de los derechos de los trabajadores y el Bloque de Constitucionalidad.

De conformidad con lo analizado, la Sala concluye que no existe vulneración de los derechos fundamentales de los accionantes ni desconocimiento de la recomendación que la OIT dirige al gobierno colombiano, en relación con el Acto Legislativo 01 de 2005.

Este último fallo, puede ser fácilmente la peor sentencia de la década respecto al Derecho del Trabajo, pues, establece que si bien las recomendaciones son obligatorias, ahora deben superar un análisis por parte del juez, para que conforme a su interpretación sean aplicadas, pues si bien la jurisprudencia de la corporación les ha otorgado un carácter vinculante, la misma no ha establecido la jerarquía normativa de las aquellas, por lo que al no cumplir con los requisitos del artículo 93 del mandato superior para pertenecer al Bloque de Constitucionalidad, deben recibir un control constitucional para ser aplicadas.

En dicha sentencia, la Corte no reconoce la antinomia constitucional aquí presentada, entre los convenios 87 y 98 de la OIT relativos a los derechos de libertad sindical y negociación colectiva y el artículo 48 de la Constitución, sino que pretende solucionar el enfrentamiento –en caso de que lo haya- entre las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical acogidas y aplicadas por el Consejo de Administración de la OIT y el Acto Legislativo 01 de 2005, determinando la prevalencia de este último, por tener mayor jerarquía normativa.

Sin embargo este análisis es limitado, pues las recomendaciones no son textos desarticulados de los convenios, sino que pertenecen a estos, como los fallos de tutela a los derechos fundamentales; una sentencia no es el derecho a la vida, pero adquiere gran valor en cuanto lo reconoce.

En este fallo la Corte Constitucional no hace un estudio de los derechos vulnerados sino que se dedica exclusivamente al análisis de las recomendaciones, su valor jurídico y su contenido, olvidando que las mismas adquieren sentido y valor, es porque detrás de las mismas hay un derecho humano que las justifica, por lo mismo prescinde del uso del principio de favorabilidad alegado por los accionantes.

No obstante lo paradójico de la sentencia es que determina que la recomendación hecha al Estado colombiano es acorde al statu quo del artículo 48 de la Constitución y viceversa; no hay explicación argumentativa válida para que esta sentencia indique que el Acto Legislativo es acorde a la recomendación adoptada por el Consejo de Administración y hecha por el Comité de Libertad Sindical, cuando basta con leer los informes para darse cuenta que las recomendaciones están induciendo a la eliminación de la reforma constitucional por la limitación indebida de los derechos de libertad sindical y negociación colectiva, y a dar plena vigencia y validez a las convenciones colectivas negociadas con anterioridad del Acto Legislativo, más allá del plazo que este estipula. Además que resulta ilógico, que un órgano de control emita unas recomendaciones porque todo está acorde.

Yerra completamente la Corte Constitucional, pues la interpretación que debe dar, no puede ser otra que la misma que ordena la obligatoriedad de las recomendaciones adoptadas por el Consejo de Administración de la OIT, en pro de los derechos de libertad sindical y negociación colectiva. Así lo entienden los magistrados Luis Ernesto Silva, María Victoria Calle y Jorge Iván Palacio, quienes salvaron su voto, considerando la sentencia como un desconocimiento de las obligaciones internacionales y un retroceso en la defensa de los derechos de los trabajadores.

Los jueces en Colombia deben superar la constante fijación sobre los derechos adquiridos para solucionar el conflicto que generó el Acto Legislativo 01 de 2005 frente a la libre negociación

colectiva. Primero, porque más allá de los derechos adquiridos están los derechos humanos de libertad sindical y negociación colectiva, y la prohibición de modificar unilateralmente por parte del Estado las convenciones colectivas de trabajo. Segundo, porque los derechos adquiridos más que una figura laboral es una figura propia del derecho civil, que si bien en determinados momentos ha resultado útil en la defensa de los derechos pensionales, no debe entenderse como la excusa jurídica que justifique la vulneración de los derechos de libertad sindical y negociación colectiva, que son derechos en sí mismos y no están sujetos a regímenes de transición. Tercero y último porque deben hacerle frente a la antinomia constitucional generada y propender por solucionarla.

Opciones del Estado Colombiano frente a las recomendaciones de los organismos de control de la OIT

El Estado colombiano tendrá entonces tres caminos por los cuales optar, el primero de ellos, es que acorde con las obligaciones internacionales contraídas con la OIT y el Bloque de Constitucionalidad, haga efectiva las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical y en respeto por los derechos de negociación colectiva y libertad sindical, de prevalencia a estos, tanto por vía judicial como por vía legislativa; el segundo es que por diferencias con las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical, acuda a la Corte Internacional de Justicia en busca de una interpretación definitiva, y se someta a esta decisión; la última y menos deseable, es que denuncie los convenios 87 y 98 de la OIT, eliminándoles su carácter vinculante, pero aceptando la condena internacional que generaría este hecho.

Opciones prácticas de los trabajadores y los sindicatos frente a la realidad del problema jurídico

A pesar de la prevalencia que le ha otorgado la OIT mediante sus órganos de control a los derechos de libertad sindical y negociación colectiva, el gobierno nacional pretende mantener la limitación que conlleva el Acto Legislativo 01 de 2005 a estos derechos, y es que el mismo Procurador General de la Nación, que debe propender por el respeto de los derechos humanos, o el Ministro del Trabajo, que debe actuar en defensa de los derechos de los trabajadores, han manifestado en pronunciamientos frente a la Corte Constitucional, su posición que da prevalencia al Acto Legislativo 01 de 2005, sobre los convenios 87 y 98 y las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical acogidas y aplicadas por el Consejo de Administración de la OIT.

El Congreso de la Republica, en el que sus mayorías son pro gubernistas, a pesar de estar obligado en cumplimiento de los deberes internacionales como órgano parte del Estado, a ejecutar las recomendaciones hechas por el Comité de Libertad Sindical acogidas y aplicadas por el Consejo de Administración de la OIT, no ha llevado ni siquiera la discusión política sobre la antinomia constitucional generada con el Acto legislativo 01 de 2005.

Por esto, la solución práctica del problema que favorezca a los trabajadores y sus sindicatos no puede esperarse por iniciativa del gobierno o del legislativo, a menos que estos cambien, lo que prolongaría el problema por lo menos tres años más, sin certeza alguna.

Por lo que podría pensarse que el camino a seguir puede estar representado en la iniciativa ciudadana, o sea que mediante un referendo derogatorio, se logre eliminar la prohibición a la libre negociación colectiva de las condiciones pensionales implantada con el Acto Legislativo 01 de 2005. El triunfo de esta propuesta marcaría un precedente en la historia democrática del país, así como en la lucha social, sin embargo, la baja tasa de afiliación sindical en Colombia, la

satanización de los sindicatos, la débil participación ciudadana en los procesos democráticos, la corrupción política y el enfrentamiento al poder del gobierno, pueden hacer fracasar esta propuesta.

Por lo que este estudio se atreve a proponer dos alternativas jurídicas más factibles y menos políticas, haciendo uso del mismo Derecho Internacional Laboral.

La primera de ellas, es insistir en las Quejas ante el Comité de Libertad Sindical por el incumplimiento de los convenios 87 y 98 de la OIT, en la limitación indebida de la libre negociación colectiva de las condiciones pensionales y la eliminación ilegítima de las convenciones de trabajo que sobre este tema se negociaron, esto, en aras a presentar nuevas tutelas, que podrían llegar hasta la Corte Constitucional, alegando los argumentos que en favor de los derechos de libertad sindical y negociación colectiva, se han tratado en este estudio, esperando que con el surgimiento de estos nuevos hechos, la corporación corrija la posición que adopto con la sentencia SU-555 de 2014.

Y la segunda, es que mediante el delegado de los trabajadores ante la Conferencia Internacional de Trabajo, se presente Queja contra el Estado colombiano, por la violación de los convenios 87 y 98, para conseguir que el Consejo de Administración de la OIT constituya una Comisión de Encuesta, que estudie el caso y emita unas recomendaciones tendientes al respeto por los derechos humanos de libertad sindical y negociación colectiva.

En caso que el Estado colombiano se mantenga renuente a la aplicación de las recomendaciones de la Comisión de Encuesta, el Consejo de Administración de la OIT deberá recomendar a la Conferencia Internacional del Trabajo tomar las medidas necesarias para obtener el cumplimiento de las recomendaciones hechas.

**Sostenibilidad de los derechos humanos y viabilidad constitucional de las políticas
económicas**

El Acto Legislativo 01 de 2005, política económica neoliberal

Como se ha mencionado anteriormente, el sistema pensional colombiano ha venido presentando serios problemas, siendo el déficit fiscal el que ha recibido mayor atención por parte de los gobiernos y aunque no es objeto directo de este estudio presentar un análisis sobre la crisis financiera del sistema pensional, si es menester relacionar sus causas, dentro de las cuales se pueden identificar; la tardía estructuración de un sistema pensional, la falta de previsión financiera del mismo, la constante evasión de los empleadores en la afiliación y cotización de los aportes pensionales de sus trabajadores, los montos elevados de algunas pensiones con bajos periodos de cotización y los malos manejos de la entidad administradora de pensiones.

Aunado a esto, la creación del régimen de ahorro individual y con este la de los fondos privados de pensiones, agravó el problema financiero del régimen público, toda vez que este funciona como una pirámide de dos escalas, en la que la base está representada por los trabajadores activos y la cúspide por los pensionados, por lo que al entrar en competencia con el régimen privado sin una debida protección, terminó perdiendo un número considerable de trabajadores, afectando la base de la pirámide a la que hacemos alusión, perjudicando lógicamente la cúspide de la misma.

Dadas estas circunstancias, año tras año iba incrementando el déficit fiscal teniendo que invertirse cada vez un mayor porcentaje del presupuesto nacional en la atención del pasivo pensional creado, por lo que se requerían reformas que aliviaran la situación en atención a las causas que lo venían generando y se adaptaran a la realidad colombiana.

Sin embargo fueron los organismos multilaterales de crédito los que vislumbraron la solución, que nada tenía que ver con la responsabilidad que debían asumir tanto el Estado como los

empleadores, así como tampoco se intentó fortalecer el régimen público frente al privado, por el contrario cada vez va resultando menos atractivo para los ciudadanos; como si las reformas fuesen apuntando a la desaparición del régimen de prima media.

El Acto Legislativo 01 de 2005 se presentó como la solución económica incuestionable ante la crisis del sistema pensional, atacando directamente a los sindicatos, a los trabajadores y a las convenciones colectivas, identificándolos, como la principal causa del fracaso fiscal del régimen pensional.

El Acto Legislativo lejos de ser una reforma social surge como una política económica, que si bien tiene repercusiones sociales, se guía principalmente por los intereses mercantiles y a través de estos, afecta los derechos de libertad sindical y negociación colectiva. Es por esto que los principales argumentos que se elevan a favor de aquel, desde su vigencia hasta el día de hoy, responden a la política económica neoliberal y con esta, específicamente a la denominada viabilidad financiera del sistema pensional concebido por el gobierno.

Entonces, el verdadero sentido de esta reforma constitucional fue hacer viable económicamente el sistema pensional concebido con la ley 100 de 1993, a costa de los trabajadores y en pro del capital; o ¿cuál fue la carga, el precio o la contribución de los empleadores en la lucha contra la crisis pensional? ¿Qué perdió el gran capital en pro de la “equidad pensional colombiana”? Y sin embargo como se mencionó atrás, se avizoran nuevas reformas pensionales que desmontaran más garantías laborales.

Otros asuntos que hacen notar el verdadero sentido del Acto Legislativo, son; ¿por qué dentro del régimen privado de pensiones, y bajo parámetros netamente mercantiles, sí se pueden negociar las condiciones para acceder a la pensión? Y ¿Por qué la solución más adecuada la impuso un organismo multilateral de crédito, promotor del neoliberalismo mundial?

La principal justificación a la limitación de los derechos de libertad sindical y negociación colectiva por medio del Acto Legislativo 01 de 2005, es la inminente crisis financiera del sistema pensional, pues valiéndose de la misma se logra lo que, con se mencionó anteriormente, se pretendió desde la apertura económica y la estructuración del sistema de seguridad social colombiano.

Esta reforma constitucional puede identificarse con lo que Naomi Klein denomina “terapia de shock económico”, y es que aprovechándose de una crisis política o como en este caso económica, se logran objetivos normativos que en un estado de relativa normalidad presentarían grandes inconvenientes, como lo es la limitación de los derechos humanos. El padre de esta ideología político-económica y el economista más influyente en los organismos internacionales multilaterales de crédito, Milton Friedman, así lo reconoce y recomienda; “Ésa es, en mi opinión, nuestra función básica: desarrollar alternativas a las políticas existentes y mantenerlas vivas y disponibles hasta que lo políticamente imposible se convierta en políticamente inevitable” (Klein, 2007, pág. 189).

Es por esto, que se hace necesario en este último capítulo abarcar el problema jurídico planteado, desde la contraposición que contemporáneamente se ha generado entre la política económica neoliberal y los derechos humanos y sociales, resaltado entre estos los derechos laborales que se han puesto en vilo por las replicantes teorías económicas.

Imposiciones neoliberales a problemas sociales y jurídicos del Estado

Para nadie es ya un secreto que las reformas pensionales en varios países, entre ellos Colombia, son resultado del acatamiento de las recomendaciones que imponen a los mismos, el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional o la OCDE, y no es solo en el tema de pensiones, sino

que abarca todos los temas que generen un gasto fiscal por parte del Estado; educación, salud, leyes laborales, inversión social, etc.

De hecho esta situación no es nueva, ya desde el siglo pasado los organismos internacionales multilaterales de crédito imponían obligaciones al Estado colombiano; es así como el Banco Interamericano de Construcción y Desarrollo en 1947, direccionó la política económica nacional hacia la “libre importación del capital extranjero, política petrolera, capitalización del campo, despeje de masas campesinas hacia las ciudades, eliminación de los ferrocarriles como política principal de transporte para serlo las carreteras (...)” (Silva, 2000, pág. 84).

Estas políticas económicas han generado grandes impactos en la historia social del país, manteniendo una constante afectación al Derecho del Trabajo y su rama colectiva; si se analiza detalladamente la época en la que surge la recomendación atrás mencionada y se compara con los resultados actuales se puede resaltar una gran motivación frente al acápite de los ferrocarriles.

Y es que por aquella época las principales reivindicaciones en materia laboral se dieron por las trascendentales huelgas de los trabajadores ferroviarios, lo que significaba una piedra en el zapato para los grandes capitales que exportaban materias primas en Colombia, ahora, si alguien se pregunta, el por qué, después de tener tantas locomotoras y vías a lo largo y ancho del país, hoy no se cuenta con un sistema siquiera aceptable que hubiese contribuido al mejoramiento de la movilidad de las grandes urbes; en la recomendación del Banco Interamericano de Construcción y Desarrollo puede encontrar respuesta.

En vez de atenderse las exigencias de los trabajadores sindicalizados, y asumiendo un enorme costo, se modificó el sistema de exportaciones, dejando al País sin sistema ferroviario y a cientos de trabajadores sin sustento.

Este ejemplo es relacionado, con el fin de dar prueba de lo perjudicial que puede resultar acatar ciegamente las recomendaciones de los grandes capitales mundiales, abandonando los intereses nacionales y menoscabando los derechos de los trabajadores.

Es necesario aclarar, que no es un mero cliché ideológico hablar de las imposiciones de los organismos internacionales como el Banco Mundial o el Fondo Monetario Internacional; esto se puede corroborar en el libro “El malestar en la globalización”²⁴ de Joseph Stiglitz, o de forma explícita y concreta, en la entrevista que el mismo concedió al periódico El País de España, recopilada por la página web “Pagina 12”²⁵, donde Stiglitz, ex vicepresidente del Banco Mundial asegura que las denominadas recomendaciones, no son voluntarias, sino que por el contrario son exigencias coercitivas por la fuerza del capital (Diario El País y Sol Alameda, 2002).

El principal problema de estas denominadas “recomendaciones”, es que se guían especialmente por los intereses económicos, abandonando las preocupaciones sociales y los intereses nacionales, afectando la soberanía del Estado y desdibujando la democracia y el orden Constitucional establecido.

Es por esto que el constitucionalista Álvaro Echeverri URUBURU afirma que,

En los Estados en proceso de desarrollo, las políticas neoliberales impuestas por los organismos multilaterales de crédito (Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional), orientadas a facilitar la inserción de sus economías en la economía mundial (vg; control de gasto público con la consiguiente reducción de su componente social; la desregularización en la utilización de la fuerza laboral; privatización y encarecimiento de la seguridad social, etc.), han impedido la instauración del modelo del “Estado social”, contrariamente a las

²⁴ De igual manera se puede verificar en los libros, “El fin de la pobreza” de Jeffrey Sachs y en “La doctrina del shock, el auge del capitalismo del desastre” de Naomi Klein.

²⁵ Tomado de: <http://www.pagina12.com.ar/diario/especiales/18-7018-2002-07-01.html>

proclamaciones constitucionales, tal como ha venido sucediendo en el caso colombiano (Uruburu, 2006, págs. 87-88).

Resulta entonces contradictorio que mientras aun algunos discuten la legitimidad de las recomendaciones de los organismos de control de la OIT, las imposiciones de los entes multilaterales de crédito se apliquen a pie de letra sin recibir el adecuado control constitucional. Sin embargo, los promotores de las políticas económicas del neoliberalismo se oponen a dicho control, pues bajo su visión, las trabas jurídicas entorpecen el buen funcionamiento de la economía y el crecimiento mercantil de las sociedades.

Es así como frente a la antinomia constitucional generada con el Acto Legislativo 01 de 2005, sus promotores y defensores enfatizan en que toda solución pretendida debe responder a los parámetros de viabilidad financiera, sobreponiendo los intereses económicos ante los derechos humanos y el orden constitucional, representando así, una gran dificultad para el Derecho del Trabajo y para el Estado Social Democrático y Constitucional de Derecho, ya que estos y la economía neoliberal parten de visiones muy disímiles de la sociedad.

Pues en primer lugar, la economía parte de una visión individualista de la sociedad, en la que lo primordial es la obtención del mayor beneficio de los recursos escasos y así mismo la mayor creación de utilidades a través de la producción, la distribución, el intercambio y el consumo. El neoliberalismo que es la actualización o el replanteamiento del liberalismo clásico a las circunstancias modernas y a la globalización, es una corriente económica capitalista que defiende vehementemente la libertad del mercado, asegurando que a través de este se logrará la autorregulación de las relaciones mercantiles ya sea desde un punto de vista microeconómico o macroeconómico, requiriendo para esto eliminar las trabas que se le puedan interponer al libre intercambio.

El neoliberalismo al igual que liberalismo clásico propende por la desregulación positiva del mercado y ataca el intervencionismo Estatal, pero innova yendo más allá, al proponer un mercado global, sin más regulación que la misma que ofrece el mercado a través de la oferta, la demanda y el juego de interés económicos, en general propone el autogobierno de todas las relaciones económicas.

Problemas de la economía neoliberal para el Derecho del Trabajo

El Derecho del Trabajo desde sus inicios se ha enfrentado a las políticas liberalizadoras de la economía y es precisamente a causa de estas, que surge el mismo; en contraposición a la explotación deshumanizada de la época industrial, lo que no habían provocado ni el esclavismo, ni el feudalismo, lo ocasiono el capitalismo salvaje; la creación de un derecho netamente social, que se preocuparía por la defensa de la menor de las clases sociales, la obrera.

Igualmente el sindicalismo, hijo del sacrificio cruel pero valiente de cientos de trabajadores, se erigió como derecho humano e instrumento básico en la nivelación de la balanza capital-fuerza de trabajo, recuperando en masa, las libertades que se pierden individualmente con el contrato de trabajo y logrando las garantías que los gobiernos no les otorguen a los trabajadores.

El Derecho del Trabajo se convirtió en el principal enemigo del liberalismo económico; eliminando la concepción mercantil del trabajador, dejando atrás la autorregulación salarial que brindaba la oferta y demanda, limitando las libertades contractuales de los empleadores, otorgando beneficios sociales al trabajador e instaurando la libertad sindical y la negociación colectiva, trabando así, una lucha que hoy se vive con mayor intensidad que nunca.

Antagonismo real e innegable, aceptado abiertamente por los teóricos del neoliberalismo, que se debaten en propuestas que van desde la flexibilización del Derecho del Trabajo, hasta su eliminación; incluso, algunos adoptando lo que se podría denominar un “anarquismo

corporativista”, proponen la eliminación del Estado mismo, para ser remplazado por las grandes trasnacionales, que en un juego de poderes económicos “autorregularían” el mantenimiento del orden social²⁶.

A pesar que en un principio el Derecho del Trabajo logró contener la fuerza de la economía liberal e instauró un orden jurídico de protección a los trabajadores, en la actualidad la ciencia económica se posiciona con más fuerza e influencia que nunca, arremetiendo cada vez con mayor ímpetu, en menoscabo del Derecho Laboral; dominando la política de las naciones, especialmente de las que se encuentran en esa perenne vía de desarrollo, ha provocado el progresivo desmonte de las garantías laborales, llegando al punto de cuestionar la viabilidad del ordenamiento jurídico que regula las relaciones de trabajo.

Coinciden el maestro Marcel Silva y Eddy Lee, en asegurar que desde los años 70, las políticas neoliberales recomienzan su arremetida al Derecho del Trabajo. El primero de ellos refiriéndose al caso colombiano; “La ideología neoliberal, desde finales de la década de los 70, es adversa a la legislación laboral a la que acusa de impedir el funcionamiento de los mercados, acabar con el crecimiento económico, con el empleo y la distribución de la riqueza” (Silva, 2000, pág. 193). Y el segundo desde una perspectiva mundial afirma que; “Desde finales del decenio de 1970 el viraje hacia posturas neoliberales en la política económica y social ha llevado a poner en duda el valor de la normativa laboral en su conjunto (Lee, 1997).

Ante la resistencia que conserva aún el Derecho del Trabajo frente a la total liberación económica, la estrategia del neoliberalismo ha sido la intromisión en su regulación; mientras que en un principio las leyes laborales se vinieron inspirando en políticas sociales, en las últimas

²⁶ Así se puede ver en los libros “La Globalización en el espejo del Derecho” de Francesco Galgano, y en “El Derecho en la economía globalizada” de José Eduardo Faria o en las obras de autores como Jean-Claude Javillier, José Monereo Pérez y Von Hayek.

décadas, las principales reformas se vienen predeterminando por políticas económicas del neoliberalismo, venidas de las corrientes reduccionistas o adversas a la legislación laboral.

Esta reacción era de esperarse;

Basta recordar la resistencia inicial que opusieron los partidarios del liberalismo económico al Derecho del Trabajo, para convencerse que apenas recuperara bríos, el liberalismo reemprendiera su combate contra ese Derecho. Por eso, resulta totalmente irreal la recomendación que algunos juristas creen poder formular a quienes cultivan esta disciplina, para que se olviden de las ideologías, pues el enfrentamiento del Neoliberalismo con el Derecho del Trabajo es en sustancia la pugna entre dos ideologías con centro en las funciones y los fines del Estado y su intervención en las cuestiones sociales (Barbagelata, 2009, pág. 268).

La principal consigna de la economía neoliberal, frente al Derecho del Trabajo, es que el mismo está descontextualizado y representa una intromisión al buen funcionamiento del mercado, evitando el crecimiento económico y la redistribución natural que ofrece, lo que Adam Smith denominó: “la mano invisible del mercado”, proponiendo para su adaptación y mejoramiento, la flexibilización de sus postulados y la desregularización de los beneficios “innecesarios”, promoviendo así; la figura jurídica de prestación de servicios, la eliminación del salario mínimo, el desmonte de la estabilidad laboral, la supresión de la jornada laboral y las horas nocturnas, y la limitación de los derechos colectivos.

El cuadro se completa con la generalización de una actitud que puede catalogarse de hostil respecto de la Seguridad Social, la cual ha puesto en duda no sólo su viabilidad financiera, sino hasta sus fundamentos, presentándola como un factor negativo para el desarrollo económico y la integración regional y mundial, ni siquiera conveniente para sus presuntos

beneficiarios. Todo lo cual, ha conducido a la adopción en muchos países, casi sin resistencia, de profundas reformas del sistema de previsión social (Barbagelata, 2009, pág. 290).

El problema central de la imposición de los criterios económicos en el Derecho del Trabajo y dentro de estos, especialmente la flexibilización, es que retoma aquella idea de que el Derecho es un instrumento de regulación positiva simple, sin fin, objeto o principio más que el de imponer un orden social²⁷, abandonando el concepto de justicia, o lo que resulta peor, “flexibilizándolo”.

Así como lo afirma Ermida Uriarte²⁸, retomada por Barbagelata, esta visión económica del derecho, “más que una concepción del derecho, más que una visión problemática del derecho latino clásico o tradicional, es una negación del Derecho, que queda reducido a un instrumento económico” (Barbagelata, 2009, pág. 278).

Esto resulta degradante para la profesión y la ciencia en general, pues el Derecho del Trabajo no es un instrumento de mera técnica, no es una bandera que ondea hacia donde sople el viento de la economía, si bien con el tiempo debe adaptarse a unas nuevas circunstancias, aquella debe hacerse con base a sus principios, los que surgieron de su nacimiento y su maduración, y esta adaptación debe significar evolución y no degradación. “La normativa, el estatuto que se atribuya al trabajo no podrá limitarse a un problema de ingeniería de los recursos humanos, pues es el elemento principal de un orden justo” (Supiot, 1996).

Por esto se afirma aquí, que de la solución a la antinomia constitucional generada con el Acto Legislativo 01 de 2005, depende el futuro del Derecho del Trabajo, pues, si se acepta la sublevación de los principios y derechos laborales frente a los parámetros económicos, se

²⁷ Como fue utilizado en la Alemania Nazi de Hitler o la Italia Fascista de Mussolini.

²⁸ En el prólogo del libro del José Luis Ugarte; Análisis Económico del Derecho. El derecho laboral y sus enemigos, (2001).

presentará el golpe más contundente que la economía le haya podido dar a este Derecho, marcando el inicio de su declive.

Problemas que representa la economía neoliberal para el Estado Social Democrático y Constitucional de Derecho

El neoliberalismo se opone al control judicial de las políticas económicas, pretendiendo relegar al Estado Social, Democrático y Constitucional de Derecho de estos asuntos, lo que conllevaría a desdibujar la figura del mismo; eliminándole el sentido que representa cada una de las palabras que conforman su denominación. Esta afirmación se puede comprobar en cuatro problemas básicos que generaría la adopción descontrolada de las políticas económicas neoliberales.

El primer problema se identifica en el mismo objeto de la economía neoliberal, que centra su interés en el libre, y por ende no controlado, sistema de intercambios mercantiles, abandonando cualquier otro interés que no se genere de la relación coste-beneficio. Las preocupaciones sociales que han ocupado a las ciencias humanas, son desatendidas por la economía neoliberal, pues bajo su concepción teórica, la autorregulación que ofrece el mercado elimina los problemas de la sociedad; que se ven reducidos a la mayor generación de riqueza a través de la producción y el consumo.

Esta visión económica de la sociedad que abandona cualquier objetivo que no represente un beneficio mercantil, desvanece el sentido del Estado Social, así como el de toda aquella institución que conserve interés por un orden social justo, o que promueva un bien social “abstracto”; la justicia social, la paz, la moral, la solidaridad, etc.

Pues, como afirma Von Hayek bajo la lógica neoliberal;

(...) desde el punto de vista lógico, la expresión *justicia social* carece de contenido, ésta vacía, porque no puede aplicarse la idea de justicia a la forma en que opera el reparto de la

ventajas materiales en una sociedad libre. En ella, el único instrumento de medida aceptable sería el que proporciona el libre intercambio que se produciría en el mercado (Barbagelata, 2009, pág. 273).

Mientras que el Estado Social propende por el bienestar general de las personas, la economía neoliberal se concentra en la construcción de un sistema ideal de intercambios; guiado por un carácter utilitarista y hedonista en el que lo primordial es la satisfacción del consumo personal, para a través de este, lograr la mayor generación de riqueza, sin embargo poco le interesa si esa riqueza se centra en grupos exclusivos de la sociedad o si para la obtención de la misma, grupos poblacionales deben ser sublevados a los intereses de los primeros, es más, cuando se hace necesario motiva estas circunstancias, promoviendo en los países, el desmonte de las garantías laborales, la exención de impuestos a los grandes capitales, la eliminación de las políticas sociales o como es el caso aquí tratado, la limitación de los derechos de libertad sindical y negociación colectiva en pro de la progresiva privatización de los seguros sociales y la inversión privada nacional y extranjera; “(...) si se examina los textos neoclásicos queda claro que el óptimo económico puede alcanzarse aunque el reparto sea totalmente desigual”. (Méda, 1998, pág. 176).

El segundo problema que traería consigo la adopción sin control de la economía neoliberal, es el abandono de la democracia por una tecnocracia económica, que guiará su actuación en función de las mal denominadas leyes naturales de la economía, trasformando así a los Estados, en lo que Max Weber denomino: “empresa política”; que es la mercantilización de los fines de la sociedad, representados en el Estado. Es así como MEDA (pág. 196), Siguiendo a HABERMAS indica que;

En la medida en que promulga leyes naturales y sociales que deben ser respetadas para poder alcanzar un objetivo que no está sujeto a discusión, la economía trae consigo la

decadencia de la política; hace que pueda prescindirse de la reflexión prudente del hombre político, de la discusión, incluso de la consulta a la nación y del debate público.

La decadencia de la política es la misma decadencia de la democracia, o sea, la imposibilidad de escoger los fines a los que se va a comprometer una sociedad o la modificación de los que ya están establecidos; como es el caso que aquí se estudia, en el que sin importar los fines establecidos en una Constitución y unos Tratados Internacionales, se modifican unas garantías, basándose en argumentos económicos y soluciones incuestionables, imponiéndose sin tener en cuenta, que en un principio se hayan puesto a consideración de la ciudadanía, sin recibir el apoyo suficiente por parte de la misma y posteriormente en el debate con los principales interesados, se haya hecho caso omiso a su oposición.

Sin hacerse consenso global o debate público “la economía escogió como factor de riqueza el intercambio mercantil y material; el crecimiento de los intercambios y de la producción fueron designados como los fines de la sociedad” (Méda, 1998, pág. 167). Esta imposición convierte a los Estados en empresas con ánimo de lucro y a los políticos en empresarios y gerentes comerciales, que deberán guiar su actuación, ya no en pro de los derechos humanos, el bienestar social o la justicia, sino en la generación de riqueza, la producción y el consumo.

El tercer problema, es que la economía pretende hacer valer por sobre todo el ordenamiento jurídico establecido, unas mal denominadas leyes naturales, que por demás son incuestionables, sin embargo estas no han sido comprobadas científicamente, son el resultado de la apreciación ideológica de los comportamientos adoptados en la sociedad capitalista, producto de un cumulo de teorías que han podido identificar un patrón más o menos generalizado, para proclamarlo ley universal y neutral. “La crítica de Marx debe, pues, tomarse en serio: la economía se limita a justificar a posteriori situaciones generadas por la historia” (Méda, 1998, pág. 180).

Ley natural sería aquella regla universal innata al ser humano que a través de la racionalidad puede ser identificada; pero que una labor se remunere en mayor o menor proporción a otra, no es ley natural. “La jerarquía de los salarios no es natural aunque el mercado sancione las diferencias entre las diversas competencias y las remunere en consecuencia. Esa jerarquía es fruto de múltiples negociaciones y relaciones de fuerza, es un producto puramente histórico” (Méda, 1998, pág. 178).

No existe naturalidad alguna en las leyes de la economía, el capitalismo no es innato al ser humano, tan solo es una parte en su historia universal; la economía no es más que otro invento humano, que responde a un objeto, para el cual fue creado. Sus teóricos olvidan que la misma nació como ciencia hace poco menos de 4 siglos y que es hija de su época;

La economía no es sólo una técnica neutral: está unida a una visión del mundo, que determinó su nacimiento, y también está unida al rechazo radical de la política y de la ética, esto es, de las artes humanas versadas en los fines. (...) Al presentarse a sí misma como la ciencia que promulga las leyes naturales de la riqueza, la economía también se propuso desvelar las leyes de las relaciones sociales, entrando de este modo en clara competencia con todos los otros sistemas capaces de constituir un principio de orden (la religión, la moral, la filosofía, la política etc.) (Méda, 1998, págs. 195-196).

Se denomina Estado de Derecho, porque obedece al respeto del ordenamiento legal establecido, y Constitucional porque otorga supremacía al mandato instaurado en una Constitución; aceptar un orden supremo que determina la lógica de las actuaciones de los seres humanos, supondría la creación de un nuevo escalón en la cúspide de la pirámide a la que hacía alusión Kelsen, reemplazando o supeditando las constituciones y el ordenamiento jurídico en general a los parámetros económicos.

Si se admite la concepción de la leyes naturales de la economía, deberían reconfigurarse las facultades de Derecho, donde se enseña sobre la filosofía jurídica y se debaten las teorías jurídicas en su modo clásico y moderno, pues en la realidad la única corriente valedera sería el “naturalismo económico”, donde las sociedades se regirán por leyes “naturales” de la más moderna de la deidades; la economía neoliberal.

El último problema, es que al centrar su interés en la producción y el consumo como únicos medios generadores de riqueza, es incapaz de valorar cualquier bien que no genere una utilidad material, relacionando las inversiones sociales como un mero gasto, y ya que la teoría general de la economía enseña que hay que disminuir los gastos en la producción para obtener mayores utilidades, propende por eliminarlos o hacerlos rentables bajo su misma concepción, o sea, mercantilizándolos para obtener una ganancia de los mismos y así poder valorarlos.

Es así como la educación y preparación profesional se privatizan, la salud se vende, los parques públicos se extinguen para dar cabida a los clubes privados, las pensiones se convierten en seguros privados y los Estados Sociales se cuestionan, pretendiendo transformarlos en empresas guiadas por el ánimo de lucro.

Sobre este aspecto MEDA, afirma que la economía:

Sólo recoge la producción socialmente organizada, esto es, la designada a la venta y al intercambio. No se contabiliza, en cambio, aquello que no encaja dentro de la lógica mercantil (la educación personal, la salud, etc.) o dentro de la socialización (el trabajo doméstico). De hecho, hasta los servicios no mercantiles –como las funciones colectivas desempeñadas por el Estado: la educación, el sistema sanitario- sólo son recogidos en la partida de gasto y no como fuente potencial de valor añadido: para la contabilidad nacional, las funciones colectivas no generan ningún enriquecimiento, no incrementan las riquezas.

Aunque se valoran los bienes inmateriales y los servicios, todavía persiste el principio de que un bien o un servicio aumentarían la riqueza social sólo en la medida en que puedan venderse o intercambiarse (Méda, 1998, pág. 169).

La economía ha convertido la justicia social en irrentable; al considerar a la inversión social como mero gasto del fisco nacional o de la inversión privada, y no, como obtención de riqueza social, para la construcción de un país-nación, el fortalecimiento del tejido social, el respeto de los derechos humanos, el bienestar social o la paz.

La creación del Estado Social ha sido uno de los grandes logros de las sociedades modernas, no puede ahora pretenderse eliminarle este carácter mediante políticas económicas, sin que se lleve a cabo el debido control constitucional, en defensa del mismo.

Es aquí necesario entonces, indagarse;

(...) si el devenir de nuestras sociedades está, como se nos intenta hacer creer, totalmente determinado desde el exterior, es decir por la globalización del comercio, la internacionalización de las relaciones y de las comunicaciones, de la evolución económica, de suerte que sólo quepa seguir adoptando, sin elección alguna, los criterios económicos y tecnocráticos al uso que habrán de “mantenernos a flote”, o si disponemos aún de la capacidad de decidir, siquiera parcialmente, la evolución de nuestras sociedades. (Méda, 1998, págs. 13-14).

El propósito de esta crítica a la economía, no es tratar de marginar esta ciencia de cualquier relación social, pero sí evitar ser instrumentos ciegos de sus fines no consensuados, pues bajo su concepción de riqueza y modelo económico de mercantilización total, lo que ocurre es que “el hombre queda, entonces, reducido a su condición de productor/consumidor” (Méda, 1998, pág. 193) donde el mismo hombre puede ser consumido. Eliminándole de este modo su carácter

político, su condición de ciudadano, su interés social, sus preocupaciones éticas y sus derechos humanos. “Tenerla hoy por la ciencia más pertinente de nuestra época supone resignarse a vivir con una concepción limitada de hombre y de la riqueza” (...) (Méda, 1998, pág. 158).

Tampoco se intenta aquí, desconocer la necesidad de un rendimiento económico y la importancia de la producción y el consumo en la generación de utilidades sin las cuales el Estado tampoco podría existir, pero si recordar que es la economía la que es un instrumento del Estado para el cumplimiento de unos fines sociales y constitucionales, y no el Estado el instrumento de la economía para generar mayor riqueza en beneficio de la misma riqueza.

No se trata de ser tan ingenuo como para creer que se puede pasar por alto la competitividad, la producción y el consumo: la supervivencia de un país tiene este precio, y no hay vuelta de hoja. Lo que sí puede tener remedio es el grado de importancia de este objetivo de supervivencia o, también, los espacios que deja disposiciones para el desarrollo de otras preocupaciones (Méda, 1998, pág. 199).

Necesidad de la ponderación entre la política económica y los derechos humanos

Con base en estas circunstancias y teniendo la argumentación jurídica pertinente de los capítulos anteriores, se hace necesario realizar una ponderación entre la política económica adoptada con el Acto Legislativo 01 de 2005 para solucionar la crisis pensional, y los derechos humanos de libertad sindical y negociación colectiva. Ponderación que abarcará el sentido del Derecho del Trabajo y Estado Social Democrático y Constitucional de Derecho.

Pues de nada vale que a través de los principios del Derecho del Trabajo y el Bloque de Constitucionalidad, se determine la prevalencia de la libre negociación colectiva de las pensiones, si al final; los principios, la Constitución, los tratados internacionales y los derechos humanos, se van a ver relativizados por la disponibilidad financiera o los parámetros de mercantilización.

Lo que genera la pregunta de sí; ¿Puede una política económica como la del Acto Legislativo 01 de 2005, supeditar los derechos humanos de libertad sindical y negociación colectiva, el Derecho del Trabajo y el Estado Social Democrático y Constitucional de Derecho?

Prevalencia del Estado y el orden constitucional sobre las políticas económicas

Colombia está organizada como un Estado Social, Democrático y Constitucional de Derecho, respondiendo a un predominio legal y democrático sobre la administración nacional, basando sus decisiones transcendentales en los parámetros legítimamente establecidos; por lo que debe responder a esta lógica sin importar los gobiernos que pasen, significa entonces, que no es la economía la que debe hacer un control mercantil de los derechos humanos y del orden constitucional, sino que es el Derecho del Trabajo y la Constitución quienes deben llevar acabo el control sobre las políticas económicas.

Si bien, los gobiernos tienen la libertad de acondicionar políticas económicas o sociales para llevar a cabo la mejor administración posible del Estado, estas políticas deben estar encausadas dentro del ordenamiento constitucional, no pudiendo derogar el pacto social inicialmente establecido, de no ser así, la seguridad jurídica y la misma estructura social se vendrían al piso, toda vez que cada gobierno establecería su régimen político independiente del anterior.

La amplia facultad que tienen el órgano legislativo y el ejecutivo de establecer políticas económicas, no puede ser absoluta, llegando a desconocer los derechos constitucionales o yendo en menoscabo de los derechos humanos, pues la Constitución instauro un marco de maniobra y marca una guía de principios y fines que deben ser conseguidos y respetados.

En ese sentido, desde sus primeras sentencias la Corte Constitucional señaló que si bien las mayorías pueden optar por muy diversas políticas económicas, la Constitución de 1991 no es “un texto neutro que permita la aplicación de cualquier modelo económico, pues las

instancias de decisión política deben de una parte respetar los límites impuestos por el conjunto de derechos, y de otra operar conforme a los valores y principios rectores que la Carta consagra, así como procurar la plena realización de los derechos fundamentales“ (Uprimny, 2003, págs. 348-349).

En el caso específico que representa el Acto Legislativo 01 de 2005 como una propuesta para solucionar la crisis financiera del régimen pensional, es claro que el gobierno tiene la facultad de elegir el camino que considere más adecuado para la solución del problema y así lograr garantizar el derecho pensional, pero esto no significa que en su afán por conseguir este objetivo, pueda vulnerar o desconocer otras garantías constitucionales, aún menos cuando estas, representan derechos fundamentales y derechos humanos.

Tampoco puede el gobierno sublevar la democracia, justificándose en la necesidad de hacerle frente a una crisis financiera, pues no basta con que el Acto Legislativo haya sido aprobado por las mayorías exigidas en el congreso, para afirmar que el mismo es democrático; la democracia constitucional más allá de ser el simple método de elección popular, es el mecanismo de conceso social de fines e interés, respetando siempre las diferencias, pues su objeto no consiste en extirpar las discrepancias e imponer un método único de vida a través de las mayorías, ya que la misma promueve las diferencias e intenta establecer mecanismos acordes para conciliarlas, evitando la imposición total de un interés sobre otro; sin embargo establece unos intereses de mayor importancia que otros, como lo es el respecto por los derechos humanos.

La democracia no es entonces una tiranía de la mayoría sino un régimen basado en el principio de mayoría pero que debe procurar satisfacer igualmente los intereses de todos. Las mayorías tienen entonces el derecho de optar por determinadas políticas,

siempre y cuando esas estrategias tomen en consideración, de manera imparcial, los intereses de todos los gobernados (Uprimny, 2003, pág. 340).

Precisamente el Acto Legislativo 01 de 2005 resulta antidemocrático, toda vez que intenta imponer la visión del gobierno, como la única posible ante la crisis financiera del sistema pensional, cercenando la posibilidad de que los trabajadores puedan, en acuerdo con sus empleadores, propender por otra solución específica que garantice unos mayores beneficios pensionales sin atentar contra la estabilidad del mismo sistema. Cuando un gobierno impone su visión política a la de sus contrarios, sin respetarles sus derechos humanos, se le conoce como dictadura, y es que “No es posible la existencia del sindicalismo donde no hay democracia (...). Y viceversa, donde no puede existir el sindicalismo no hay democracia” (Silva, 2000, pág. 265).

Entonces, en el caso específico de una discusión judicial, debe otorgársele prevalencia a los derechos humanos frente a los parámetros mercantiles que puedan afectarlos, pues en defensa del orden social legítimamente establecido, los jueces deben mantener la hegemonía del Estado y la Constitución por sobre las políticas económicas.

El interés general como justificación de las políticas económicas

La justificación que frecuentemente se utiliza para intentar legitimar la limitación a los derechos de libertad sindical y negociación colectiva es que la política que adopta el Acto Legislativo 01 de 2005, busca defender el interés general de las mayorías que se ven afectadas por los beneficios convencionales de las minorías sindicalizadas, argumento que aunque no está comprobado, no resiste el análisis constitucional, pues como ya se trató en el primer capítulo, el interés general tiene como límite el respeto por los derechos humanos y fundamentales. Si bien el interés general de un país puede estar representado en el control de natalidad por la sobrepoblación que padecen,

la solución no puede ser la arbitraria interrupción de los embarazos o la obligatoria intervención quirúrgica de los aparatos sexuales de los ciudadanos.

Esto explica la sugestiva idea de Ronald Dworkin según la cual, los derechos constitucionales constituyen, en el sentido riguroso del término, cartas de triunfo contra las mayorías y la persecución del bienestar colectivo, pues sólo se puede decir que una persona A tiene derecho a hacer una conducta X si la mayoría no puede evitar que A realice X, aun cuando la mayoría considere que la realización de X disminuye su bienestar (Dworkin, 1984) (Uprimny, 2003, págs. 339-340).

De no ser así, al igual que los promotores del Acto Legislativo 01 de 2005, los consumidores pudiesen alegar que las convenciones colectivas aumentarían los precios de los productos o servicios que ofrecen las empresas, encareciendo el costo de vida de la población en general, afectando así el bienestar común, y terminaría relativizándose el ejercicio de estos derechos. La libertad sindical y la negociación colectiva no pueden limitarse bajo el argumento del interés general, no cuando se ejercen de una forma legítima, y menos aun cuando el maleable interés general está representando por parámetros mercantiles.

Y es que en las dos últimas décadas, se ha querido venir equiparando el interés del sistema económico con el interés general, precisamente así se han venido disminuyendo las garantías laborales en beneficio de la inversión privada nacional y extranjera, que según los promotores del neoliberalismo representan el interés general de los colombianos, sin embargo Colombia sigue siendo uno de los países más desiguales del mundo, con tasas de desempleo en disminución, pero con una situación social preocupante, y es que un país que tiene sus andenes, semáforos y sus vehículos de transporte público abarrotados de vendedores ambulantes, no puede hablar de empleo digno y formal.

¿Hasta dónde habrá que torcerle el cuello a los derechos de los trabajadores para ver reflejado ese beneficio de las políticas en pro del supuesto interés general?

La sostenibilidad financiera como límite de los derechos humanos

Más allá de la discusión sobre el interés general, es la sostenibilidad financiera el fundamento principal del que se aferran quienes promovieron y defienden el Acto Legislativo 01 de 2005, de la cual se valen para relativizar toda la argumentación jurídica que se erige en contra de esta reforma constitucional, y es que como ya se mencionó atrás, para la economía lo que no es rentable no tiene valor primordial.

Cuando la Corte Constitucional ha protegido los derechos fundamentales de los ciudadanos, generando con sus fallos, gastos no presupuestados o “excesivamente” onerosos, ha sido criticada bajo el argumento de que como los jueces constitucionales no manejan el presupuesto y la capacidad financiera del Estado, fácilmente reconocen derechos no viables económicamente, centrándose en el estudio teórico de la norma, toman decisiones que solo soporta el papel.

Es así como muchos han criticado sentencias que obligan al Estado a formalizar la relación laboral de un empleado contratado mediante prestación de servicios;

Otros han criticado las tutelas en donde la Corte ha ordenado medicamentos para ciertas enfermedades catastróficas, por fuera del plan obligatorio de salud, por cuanto esas providencias estarían desequilibrando el sistema de seguridad social, de suerte que, a veces, por atender a uno de esos enfermos, es posible que se deje de vacunar a centenares de niños (Uprimny, 2003, pág. 342).

Ni siquiera la vida de una persona que depende un tratamiento médico, ablanda las posturas del neoliberalismo, que se fija exclusivamente en el gasto producido, por el contrario se ha llegado a

proponer la limitación de la acción de tutela, para que al igual como se hizo con los derechos de libertad sindical y negociación colectiva se condicione al parámetro de sostenibilidad financiera.

El ideal económico sería entonces, que aunque exista todo el sustento legal, se elimine la posibilidad de tutelar los derechos que representen un gasto no presupuestado legislativa o ejecutivamente, pretendiendo imponer un carácter utilitarista, para que el juez decida teniendo en cuenta la consecuencia que va a producir dicho fallo, especialmente las consecuencias económicas, lo que desencadenaría en la relativización de los derechos fundamentales, de acuerdo a la disponibilidad financiera.

En tales condiciones, para que el derecho pueda normativamente regular la vida en sociedad, es necesario que existan órganos judiciales dispuestos a aplicar sus mandatos; por ello, lo propio de un juez es que debe decidir primariamente conforme al derecho vigente, y no de acuerdo con un cálculo consecuencial sobre los efectos de su decisión. Esto no excluye una cierta valoración de esos efectos, pero ésta no puede convertirse en el elemento decisivo para la solución de las controversias judiciales. (Uprimny, Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía, 2003, pág. 334).

Si los jueces basaran sus fallos en criterios consecuencialistas, eliminarían la seguridad jurídica, que es base primordial de la justicia, pues los ciudadanos poseen el derecho a tener plena certeza de que por más que se afecten los mayores intereses económicos o políticos, se les va a garantizar los derechos humanos y fundamentales. “o imaginen ustedes en qué quedarían los derechos humanos, si los jueces se abstuvieran (...) de condenar al Estado por el daño ocasionado por sus agentes, por los efectos financieros negativos de esa decisión sobre el equilibrio fiscal” (Uprimny, 2003, pág. 331).

Los trabajadores tienen el derecho a que se les garanticen la libertad sindical y la negociación colectiva más allá de la forma en la que se maneje la estructura financiera del sistema pensional o los intereses de la inversión privada nacional o extranjera, debiendo así los jueces, basar sus decisiones en fundamentos jurídicos y no en criterios consecuencialistas o parámetros económicos;

Es pues válido que se exija de los jueces una cierta valoración de los eventuales efectos de las sentencias. Sin embargo, en un régimen que reconoce los derechos de la persona, una cierta insensibilidad de los jueces por las consecuencias –financieras o políticas– de sus decisiones es también recomendable, pues implica que existe una autoridad estatal –el juez– que estará dispuesta a proteger ciertos valores, sin importar que su decisión sea impopular o cueste mucho al erario público (Uprimny, 2003, pág. 331).

La misma Constitución en su artículo 334, modificado por el Acto Legislativo 03 de 2011, implanta expresamente la prohibición de que autoridad alguna, sea legislativa, ejecutiva o judicial, invoque la sostenibilidad fiscal en menoscabo de los derechos humanos, impidiendo su efectiva protección y realización.

Así lo ratificó la Corte Constitucional en sentencia C-288 de 2012, en la que estudió la exequibilidad del el Acto Legislativo 03 de 2011 en cuanto a la sostenibilidad fiscal y los derechos fundamentales, frente al criterio de sostenibilidad financiera que implantó el Acto Legislativo 01 de 2005;

(...) ninguna autoridad estatal podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva. Aunque esta previsión inicia señalando que su ámbito de aplicación refiere al “presente artículo”, lo que incidiría en la aplicación de la SF en la intervención del Estado en la economía, al igual que respecto del incidente de impacto fiscal, ello no implica que la citada cláusula de

prohibición no sea predicable de cualquier escenario de uso o invocación de la SF. Esto debido a que por expreso mandato del Acto Legislativo, la SF es un instrumento para la consecución de los fines del ESDD, lo cual quiere decir que no puede servir de base para la afectación de aquellas posiciones jurídicas que adquieren condición de *iusfundamentalidad*, en tanto aquellas se relacionan con dichos objetivos del Estado Constitucional.²⁹.

Si hoy se admitiera que en pro de la sostenibilidad financiera se pueden supeditar los derechos humanos de libertad sindical y negociación colectiva, el día de mañana mediante la misma fórmula se podrán empezar a disminuir los demás derechos humanos; es una crisis que ya está presentando el sistema de salud, en el que por no afectar las finanzas de las EPS, se han vulnerado derechos como la vida y la salud, convirtiéndose en una actividad común el reconocimiento de estos derechos por vía de la acción de tutela y en algunas ocasiones con reconocimientos simplemente formales, pues no hay forma de restablecer el derecho tutelado.

Necesidad del control jurídico-constitucional de las políticas económicas

Si la economía responde a parámetros netamente mercantiles y “La ética descarnada del neoliberalismo se enfrenta entonces a la ética humanista que informa al “Estado social”” (Uruburu, 2006), se hace legítimo y necesario el control de las políticas económicas por parte del Derecho, pues tan solo así se garantiza el cumplimiento de los derechos humanos y fundamentales, evitando la desfiguración de la Constitución y la democracia, pues como asevera UPRIMNY, citando a ROUSSEAU; “el ejercicio de la libertad democrática supone un mínimo de igualdad fáctica, a fin

²⁹ Posición que en principio ratificó la sentencia C-258 de 2013 de la Corte Constitucional, al estudiar la exequibilidad del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, pero al final relativizó para aceptar la limitación de los derechos adquiridos en razón a la instaurada sostenibilidad financiera del sistema pensional.

de que “ningún ciudadano sea suficientemente opulento como para comprar a otro, ni ninguno tan pobre como para ser obligado a venderse” (Uprimny, 2003, pág. 344).

En Colombia todos los empleados y funcionarios públicos juran defender la Constitución, pero este juramento debe dejar de ser un mero acto de forma y procedimiento, no es posible que aun hoy se les siga violando los derechos humanos a los trabajadores, sin que estos se alerten y lleven a cabo la labor a la que se comprometieron. No es posible que el Presidente de la República, el Ministro de Trabajo, el Congreso, la Procuraduría, la rama judicial y dentro de esta la misma Corte Constitucional, no actúen en defensa de los derechos humanos de los trabajadores y la Constitución. ¿Será necesario crear el criterio de sostenibilidad humana, para que se empiece a tomar en serio el respeto por los derechos humanos?

Algunos podrán afirmar que con el Acto Legislativo 01 de 2005, la prohibición de negociar colectivamente las condiciones pensionales, empezó a ser parte de la Constitución y que con su aplicación, los jueces defienden la misma, pero no puede ser posible que un artículo que limita indebidamente unos derechos humanos, pueda ser superior al resto de artículos que promueven el respeto por los mismos.

Por más que la economía haya empezado a manejar de facto la administración de la sociedad, los jueces y sobre todo los magistrados de la Corte Constitucional en defensa del Estado, la justicia social, la Constitución, la democracia y el Derecho, deben declararse en resistencia legítima de un orden justo.

En contra de la supuesta “modernidad” que dice representar el neoliberalismo, para quienes defendemos el valor eminente de la dignidad humana y la vigencia de los derechos fundamentales correspondientes a esa dignidad, la actual coyuntura nos obliga, desde la perspectiva del constitucionalismo social, coincidente con la del humanismo tomista, a

situarnos en una posición de “resistencia constitucional” como la que defiende el jurista español Miguel García Herrera (Uruburu, 2006, págs. 90-91).

De igual manera deben tomarse en serio los derechos de los trabajadores, pues no puede ser que el Derecho del Trabajo responda a una lógica y las leyes que se aprueben respecto del mismo se guíen precisamente por una corriente adversa, no puede abandonarse el carácter social en la legislación laboral, no puede convertirse el Derecho del Trabajo en el Derecho de utilización mercantil del humano trabajador, pues “(...) el problema del trabajo, de su futuro, su estatuto, su lugar no es ni puede ser coto de economistas (...)” (Méda, 1998, pág. 14).

Conclusiones

Con base en los capítulos tratados en este estudio, referentes; al Derecho del Trabajo y sus principios; Derecho Internacional del Trabajo y Bloque de Constitucionalidad; y control legítimo y constitucional de las políticas económicas, se puede determinar que frente al problema jurídico objeto de investigación, tienen prevalencia los derechos humanos de libertad sindical y negociación colectiva sobre la limitación que implantó a los mismo, el Acto Legislativo 01 de 2005.

El problema jurídico que es generado por el enfrentamiento de normas constitucionales, es resuelto desde diversas aristas jurídicas, propendiendo cada una de ellas, por el respeto de los derechos humanos, la protección del trabajador, el cumplimiento de las obligaciones internacionales y la supremacía del Estado Social Democrático y Constitucional de Derecho sobre las políticas económicas.

Pues tanto el objeto del Derecho del Trabajo, como los principios; protector, favorabilidad y mínimo de derechos y garantías, otorgan prevalencia a la norma más protectora al trabajador y su dignidad, favorable a sus derechos y acorde al mejoramiento de los beneficios legales y contractuales, esto es, los convenios 87 y 98 de la OIT.

De igual manera los principios pro homine y pro libertate o indubio pro libertate, propenden por la prevalencia de la interpretación normativa más favorable a los derechos humanos de libertad sindical y negociación colectiva, así como la interpretación más amplia de la libertad sindical y la interpretación más restringida respecto de los límites que a estas se le puedan establecer, como el del Acto Legislativo 01 de 2005.

A pesar de que en la exposición de motivos de la reforma constitucional en cuestión, se le atribuye a los trabajadores y sus sindicatos la culpabilidad por la crisis financiera del sistema

pensional, el principio de ajenidad de riesgos, prohíbe la imputación de responsabilidad a los trabajadores por los manejos económicos de sus empleadores, de los fondos pensionales o del gobierno en la estructuración del sistema pensional, y queda claro también, que si los beneficios convencionales y los dineros que se necesiten para su cumplimiento, obligan directamente es a los empleadores, no debe afectarse el sistema pensional con la negociación de las condiciones pensionales, pues son aquellos los responsables por los acuerdos que convinieron o convengan con sus trabajadores.

Así también, se afirmó que el Acto Legislativo 01 de 2005 legitima la limitación de la libertad sindical y la negociación colectiva en la defensa del interés común, sin embargo este argumento carece de fundamento y validez, toda vez que; primero, dentro del concepto de interés general está inmerso el respeto por los derechos humanos; segundo, el mismo no puede convertirse en la excusa perfecta para desmontar las garantías sociales y laborales promocionando un beneficio poco demostrado; y por último, porque el interés general no es el interés mercantil, por más que se insista en eso.

Por otro lado, bajo el análisis del Derecho Internacional del Trabajo y el Bloque de Constitucionalidad, al establecer que los convenios 87 y 98 de la OIT referentes a los derechos humanos de libertad sindical y negociación colectiva, adquieren el rango de norma constitucional, son criterio de interpretación de los derechos y deberes consagrados en el mandato superior y se prohíbe la limitación de los derechos humanos allí consagrados hasta en los casos de estados de excepción, se puede determinar que el Acto Legislativo 01 de 2005, sí representa una limitación indebida de los derechos de libertad sindical y negociación colectiva.

Pues tanto los derechos de libertad sindical y negociación colectiva, artículos 39 y 55 de la Constitución, como la prohibición que implantó el Acto Legislativo 01 de 2005, deben ser

interpretados a la luz de los convenios 87 y 98 de la OIT, que establecen la libertad de negociar las condiciones de trabajo, siendo la pensión parte de estas, prohibiéndose cualquier limitación que impida su efectivo ejercicio y atente contra la libertad de las partes de escoger las formas y asuntos sobre los cuales negociar.

Así lo ha establecido la OIT mediante sus órganos de control; Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones y Comité de Libertad Sindical, emitiendo las respectivas observaciones y recomendaciones, determinado que el Acto Legislativo 01 de 2005 atenta contra los derechos de libertad sindical y negociación colectiva.

Recomendación que ha acogido y aplicado el Consejo de Administración de la OIT, ratificando la necesidad de respetar, a pesar de la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, los derechos de que tratan los convenios 87 y 98, y promoviendo la consecuente eliminación de la prohibición que implantó esta reforma constitucional, proponiendo para esto, un nuevo debate sobre la crisis financiera del sistema pensional, en el cual se tenga en cuenta a los grupos sociales interesados y dé como resultado una solución que satisfaga las necesidades del sistema pensional, respetando siempre los derechos de libertad sindical y negociación colectiva.

Lo que deja claro que la limitación de los derechos de libertad sindical y negociación colectiva establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, atenta contra el respeto de los mismos e incumple los deberes internacionales a los que de buena fe se comprometió el Estado colombiano con la OIT.

Sin embargo como se trató en el capítulo segundo, hay quienes ponen en duda el valor jurídico de las recomendaciones tanto del Comité de Libertad Sindical, como de las acogidas y aplicadas por el Consejo de Administración, alegando para esto la supremacía de la Constitución nacional, así como niegan la violación de los derechos de libertad sindical y negociación colectiva por parte

del Acto Legislativo 01 de 2005, a pesar de que el organismo creador de las convenciones en cuestión, mediante sus órganos encargados de dar interpretación a las mismas, haya establecido lo contrario.

Estos argumentos son completamente refutados en este estudio toda vez que en primer lugar el carácter vinculante de las recomendaciones de la OIT, es otorgado por la misma Constitución en su artículo 93, pilar del Bloque de Constitucionalidad, así también le otorgan un carácter vinculante, el principio de buena fe, el artículo 19 literal d, de la Constitución de la OIT y la posibilidad que tienen los Estados, que estén en desacuerdo con las mismas, de solicitar la interpretación definitiva de los convenios ante la Corte Internacional de Justicia.

Por estos motivos la posición predominante de la Corte Constitucional ha sido; el efectivo reconocimiento del Bloque de Constitucionalidad, el respeto por las obligaciones internacionales, el carácter vinculante de las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical acogidas y aplicadas por el Consejo de Administración de la OIT y el carácter orientador en la interpretación de los convenios internacionales con la OIT, de las recomendaciones hechas por los órganos de control de la misma.

Esto, a pesar de la contraria sentencia SU-555 del 2014 de la Corte Constitucional, donde se pretendió el estudio del problema jurídico acá tratado, no resolviéndose de la forma debida al evitar la solución de la antinomia constitucional y desviándose el tema hacia los regímenes de transición y los derechos adquiridos, olvidándose que los derechos humanos de libertad sindical y negociación colectiva son derechos en sí mismos y no están sujetos a regímenes de transición.

En esta sentencia la Corte Constitucional yerra al dejar de aplicar las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical, acogidas y aplicadas por el Consejo de Administración de la OIT, al argumentar que las mismas se encuentran en un rango normativo inferior al del Acto Legislativo

01 de 2005, pues lo que indican las recomendaciones hechas es que se están vulnerando los derechos de libertad sindical y negociación colectiva, plasmados en los convenios 87 y 98 de la OIT, que al ser parte del Bloque de Constitucionalidad sí están al mismo rango del modificado artículo 48 de la constitución, debiendo decidirse la elección de la norma a aplicar con fundamento en los principios constitucionales del Derecho del Trabajo y el artículo 93 del mandato superior.

Por lo que el problema jurídico aún requiere de la solución que acorde con los deberes internacionales, el Bloque de Constitucionalidad, las recomendaciones de los órganos de control de la OIT, el respeto por los derechos humanos y el principio de buena fe, de prevalencia a los derechos de los que tratan los convenios 87 y 98 de la OIT, permitiendo así, la libre negociación colectiva de las condiciones pensionales.

En cuanto al argumento de necesidad de una reforma pensional que salvaguarde la sostenibilidad financiera del sistema para supervivencia del mismo, sacrificando algunas garantías sociales y como en este caso, derechos humanos, es preciso concluir que en un Estado Social Democrático y Constitucional de Derecho, el fin no puede justificar los medios, lo que significa que el gobierno colombiano no puede en su afán por solucionar la crisis financiera del sistema pensional, actuar en desmedro de los derechos humanos de libertad sindical y negociación colectiva, así esta solución sea efectiva, pues estos están protegidos por la Constitución y los convenios internacionales 87 y 98 de la OIT.

La misma Constitución, en su artículo 334, modificado por el Acto Legislativo 03 del 2011, establece prohibición expresa de que autoridad alguna, sea legislativa, ejecutiva o judicial, invoque la sostenibilidad fiscal en menoscabo de los derechos humanos, impidiendo su efectiva protección y realización.

Pues los derechos humanos no pueden estar sujetos a cláusulas de rentabilidad, ni a criterios económicos, la viabilidad financiera no puede, como pretenden los defensores del Acto Legislativo 01 de 2005, relativizar todos los argumentos expuestos a favor de la libertad sindical y la negociación colectiva, la justicia no debe tener un carácter utilitarista o consecuencialista, pues se atentaría contra la seguridad jurídica.

Además porque no resulta democrático imponer la visión del gobierno como la única posible ante la crisis financiera del sistema pensional, cercenado la posibilidad de que los trabajadores puedan, en acuerdo con sus empleadores, propender por otra solución específica que garantice unos mayores beneficios pensionales sin atentar contra la estabilidad del mismo sistema; la limitación de la libertad sindical no es democrática, pues el sindicalismo es un ejercicio de la misma.

Por último en cuanto al enfrentamiento que en un sentido más amplio representa este problema jurídico, entre una política económica y el Derecho del Trabajo y hasta el mismo Estado Social Democrático y Constitucional de Derecho; ya que el Acto Legislativo 01 de 2005, lejos de ser una reforma social, surge como una política económica, impulsada por los criterios neoliberales del Fondo Monetario Internacional, en pro no solo de la viabilidad financiera, sino de la atracción del capital extranjero en Colombia, menoscabando los derechos de los trabajadores.

Es necesario dejar establecido que el Derecho del Trabajo no es, ni puede ser un instrumento económico que tenga como fin, garantizar el buen funcionamiento del mercado, pues su elemento principal es la justicia social, por lo mismo, el Acto Legislativo como parte de la legislación laboral, deberá sujetarse al sentido del Derecho del Trabajo o dar prevalencia al mismo.

De igual forma, Colombia como un Estado Social Democrático y Constitucional de Derecho, debe responder a esa lógica, manteniendo un predominio legal y no económico, subordinando las políticas económicas por las que opten sus gobiernos al orden jurídico establecido.

Ya que si bien es indiscutible la imprescindible adopción de políticas que tengan en cuenta la necesidad de un rendimiento económico, la importancia de la producción y el consumo y la generación de utilidades para la subsistencia del Estado, este no puede terminar supeditado a través de aquellas a los interés económicos, pues la economía es y debe ser un instrumento del Estado en la consecución de unos fines constitucionales.

Dicho esto con el objeto de concluir que no se pueden someter los derechos pensionales o los derechos de los trabajadores a los intereses económicos, ni tampoco puede ser que el diseño del sistema pensional supedite los derechos humanos en nombre de la sostenibilidad financiera, pues tanto la economía como el sistema pensional, son medios en la consecución de un fin.

Entonces, desde las tres perspectivas planteadas en este estudio, se puede establecer que no hay ningún argumento legítimo que justifique la limitación que implantó el Acto Legislativo a los derechos humanos de libertad sindical y negociación colectiva, mientras que los mismos sí están salvaguardados por los principios del Derecho del Trabajo, los convenios 87 y 98 de la OIT, el Bloque de Constitucionalidad y el predominio del orden legal, democrático y constitucional sobre las políticas económicas, otorgándole así, prevalencia a la libre negociación colectiva de las condiciones pensionales, sobre su prohibición.

Sin embargo a once años de la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 el problema continua, sin que se vea venir política o judicialmente su solución, lo que conlleva a que del estudio general del problema jurídico aquí tratado, surjan nuevos interrogantes a solucionar en futuras investigaciones jurídicas, y es que a pesar del indudable valor jurídico de las recomendaciones del

Comité de Libertad Sindical, acogidas y aplicadas por el Consejo de Administración de la OIT; que promueven, en perjuicio del Acto Legislativo 01 de 2005, el respeto por los derechos de libertad sindical y negociación colectiva, obligando al Estado; a través de sus jueces, a dar prevalencia a los derechos humanos ante la prohibición constitucional y mediante el Congreso, a eliminar la prohibición constitucional de negociar libremente las condiciones pensionales, el gobierno, el legislativo y los jueces menosprecian las recomendaciones hechas y alegan el cumplimiento del ordenamiento interno.

Por lo que cabe preguntarse si; ¿es suficiente la confianza que se le da a los Estado en función del principio de buena fe, para lograr la efectiva protección de los trabajadores que promueve la OIT, o se hacen necesario la creación mecanismos más expeditos y coercitivos que garanticen el efectivo cumplimiento de las obligaciones internacionales?

De igual manera, el progresivo predominio de la economía neoliberal en la administración de las naciones, ha venido afectado las garantías del Derecho del Trabajo, así como los organismo privados de carácter económico han venido desplazando a las organizaciones internacionales de derechos humanos y sociales, como la OIT.

Las imposiciones del Banco Mundial o del Fondo Monetario Internacional, hoy parecen pesar más para los gobiernos, que los convenios y las recomendaciones de la OIT ¿será necesario que la OIT se convierta, además de un organismo protector de los derechos del trabajo, en un ente internacional de crédito social; o sea, que preste dinero a las naciones con la condición de adoptar políticas sociales y respetar los derechos laborales, para poder competir con las nuevas realidades económicas del siglo XXI?

Referencias

- Alegre, M. (2010). *Igualdad, derecho y política*. Mexico D.F.: Fontamara.
- Ballén, R. (1994). *Teoría General del Derecho del Trabajo*. Santafé de Bogotá: Forum Pacis.
- Barbagelata, H. H. (2009). *Curso de la evolución del pensamiento iuslaboralista*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria .
- Beaudonnet, X. (2009). *Derecho internacional del trabajo y derecho interno: manual de formación para jueces, juristas y docentes en derecho* (primera ed.). Turin, Italia: Centro Internacional de Formación de la OIT .
- Castaño, J. V. (Abril de 2012). *Panorama del sindicalismo en Colombia*. Recuperado el 15 de octubre de 2014, de FESCOL: <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/kolumbien/09150.pdf>
- CEACR. (septiembre de 2010). *Conferencia Internacional del Trabajo, 99.ª reunión*. Recuperado el 10 de junio de 2014, de OIT: [http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663\(2010-99-1A\).pdf](http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663(2010-99-1A).pdf)
- Charry, G. G. (1985). *Tratado de derecho del trabajo*. Bogotá: Linotopia Bolívar.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-013 de 1993 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-225 de 1995 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-468 de 1997 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-309 de 1997 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-568 de 1999 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-544 de 2001 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-251 de 2002 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett y Clara Inés Vargas Hernández).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-551 de 2003, (M.P. Eduardo Montealegre Lynett).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-603 de 2003 (M.P. Jaime Araujo Rentería).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-401 de 2005 (M.P. Manuel Cepeda Espinosa).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-171 de 2011 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-087 de 2012 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla).

- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-261 de 2012 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-288 de 2012 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-258 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-555 de 2014 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).
- Corte Suprema de Justicia. Sala Casación Laboral. Proceso 11.731 (M.P. Carlos Isaac Nader: octubre 8 de 1999).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Proceso 16965 (M.P. Carlos Isaac Nader: febrero 7 de 2002).
- Diario El País y Sol Alameda. (1 de junio de 2002). *Cómo funciona el FMI*. Recuperado el 17 de julio de 2014, de Pagina 12: <http://www.pagina12.com.ar/diario/especiales/18-7018-2002-07-01.html>
- Gaceta del Congreso 385. (23 de julio de 2004). *Secretaria Senado de la Republica de Colombia*. Recuperado el 6 de agosto de 2014, de http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.nivel_3
- Jassir, I. D. (2010). *Principios constitucionales y legales del derecho del trabajo colombiano*. Bogota: Universidad del Rosario .
- Klein, N. (2007). *La doctrina del shock, el auge del capitalismo del desastre*. Barcelona: Paidós.
- Lee, E. (1997). Mundialización y normas del trabajo. Puntos de debate. *Revista Internacional del Trabajo*. Vol. 116, número 2 , 189-206.
- Méda, D. (1998). *El trabajo un valor en peligro de extinción* . Barcelona : Gedisa.
- Oficina Internacional del Trabajo. (2003). *Los convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo*. Recuperado el 29 de agosto de 2014, de OIT: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_095897.pdf
- Oficina Internacional del Trabajo. (2006). *Libertad sindical: Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. Recuperado el 20 de agosto de 2014, de OIT: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_090634.pdf
- Oliver Galé, C. A. (2013). *Negociacion colectiva y pensiones: antinomias en la Constitucion, a propósito del Acto Legislativo No 1 de 2005*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.
- Ostau de Lafont de León, F. R. (enero de 2013). *el carácter vinculante de las recomendaciones del comité de libertad sindical en el contexto jurídico colombiano*. Recuperado el 15 de

- julio de 2014, de Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: <http://islssl.org/wp-content/uploads/2013/01/ElCaracter-Ostau.pdf>
- Plá Rodríguez, A. (1978). *Los Principios del Derecho del Trabajo*. Buenos Aires: Depalma.
- Quinche, M. F. (2010). *Derecho constitucional colombiano, de la carta de 1991 y sus reformas* (cuarta ed.). Bogotá: Doctrina y Ley.
- Silva, M. (2000). *Flujos y Reflujos*. Bogotá: Unibiblos.
- Silva, M. (2005). Bloque de Constitucionalidad en el derecho procesal laboral. En Instituto Colombiano de Derecho Procesal, XXVI. *Congreso Colombiano de Derecho Procesal* (págs. 223-305). Bogotá: Universidad Libre.
- Stiglitz, J. E. (2002). *El malestar en la globalización*. Bogotá: Taurus.
- Supiot, A. (junio de 1996). *Introducción a las reflexiones sobre el trabajo*. Obtenido de Revista Internacional del Trabajo: <http://www.ilo.org/public/spanish/revue/articles/int96-6.htm>
- Uprimny, R. (2003). *Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía*. Recuperado el 10 de septiembre de 2014, de Instituto Latinoamericano para una Sociedad y un Derecho Alternativos: <http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/taq/taq02/Taq02-05-09.pdf>
- Uprimny, R. (2007). La fuerza vinculante de las decisiones de los organismos internacionales de derechos humanos en Colombia: un examen de la evolución de la jurisprudencia constitucional. En Center for Justice and International Law - CEJIL, *Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Jurisprudencia, normativa y experiencias nacionales* (1a ed., págs. 127-142). Buenos Aires: Folio Uno S.A.
- Uruburu, Á. E. (2006). Neoliberalismo y derechos humanos. *IUSTA*, 85-91.