

CONSIDERACIONES DE LA ESPECIALIDAD LABORAL Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL – VII

*Grupo de Estudios Interdisciplinarios DESC
y Mundo del Trabajo
Observatorio del Trabajo y de la Seguridad Social*



**UNIVERSIDAD
LIBRE®**

Editores académicos
Luis Alberto Torres Tarazona
Mayerly Andrea León Solano
Ana Rocío Niño Pérez

CONSIDERACIONES DE LA ESPECIALIDAD LABORAL Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL - VII

GRUPO DE ESTUDIOS INTERDISCIPLINARIOS DESC
Y MUNDO DEL TRABAJO
OBSERVATORIO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

3

Editores académicos

Luis Alberto Torres Tarazona

Mayerly Andrea León Solano

Ana Rocío Niño Pérez

Facultad de Derecho
Instituto de Posgrados
Observatorio del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Libre



Consideraciones de la Especialidad Laboral y de la Seguridad Social – VII / Grupo de Estudios Interdisciplinarios DESC y Mundo del Trabajo Observatorio del Trabajo y de la Seguridad Social / Luis Alberto Torres Tarazona, Mayerly Andrea León Solano y Ana Rocío Niño Pérez – Bogotá : Universidad Libre.

340 p. ; fot.

Incluye referencias bibliográficas.

ISBN digital: 978-628-7580-35-0

199.861 SCDD 23

Catalogación en la Fuente – Universidad Libre. Biblioteca

ISBN digital: 978-628-7580-35-0

CONSIDERACIONES DE LA ESPECIALIDAD LABORAL Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL – VII. Grupo de Estudios Interdisciplinarios DESC y Mundo del Trabajo Observatorio del Trabajo y de la Seguridad Social.

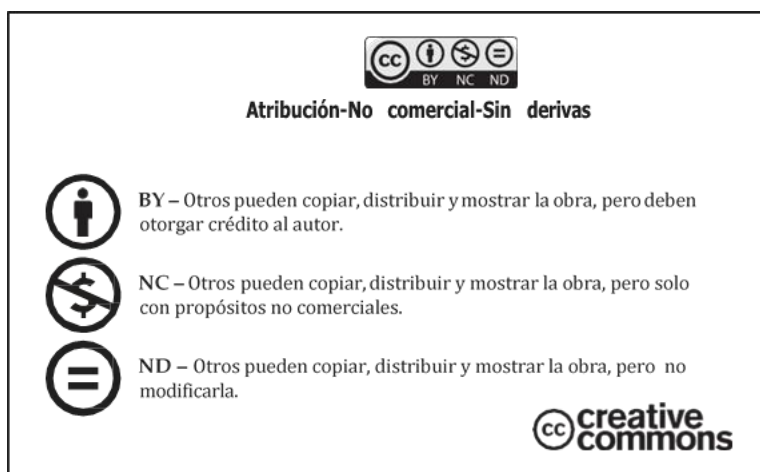
©Autores: Luis Alberto Torres Tarazona, Mayerly Andrea León Solano y Ana Rocío Niño Pérez.

©Universidad Libre
Bogotá, D.C. Colombia

Primera edición: enero de 2024.

Queda hecho el depósito que ordena la ley.

Reservados todos los derechos. No se permite la reproducción total o parcial de esta obra ni su incorporación a un sistema informático ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio (electrónico, mecánico, fotocopia, grabación u otros) sin la autorización previa y por escrito de los titulares del copyright.



Editorial: Universidad Libre

Editores: Luis Alberto Torres Tarazona, Mayerly Andrea León Solano y Ana Rocío Niño Pérez

Correo-e: comunicaciones@unilibre.edu.co

Calle 8 n° 5-80, Tel. 3821000, Bogotá D.C.

Producción: AF&M Producción Gráfica S.A.S. - afmproducciongrafica@gmail.com



DIRECTIVOS UNIVERSIDAD LIBRE

Jorge Alarcón Niño
Presidente Nacional

Jorge Gaviria Liévano
Vicepresidente

Edgar Ernesto Sandoval
Rector Nacional

Floro Hermes Gómez Pineda
Secretario General

Ricardo Zopó Méndez
Censor Nacional

Gabriel Andrés Arévalo Robles
Director Nacional de Investigación



SECCIONAL BOGOTÁ

7

María Elizabeth García González
Rectora Seccional

Norhys Torregrosa Jiménez
Directora Seccional de Investigaciones

Ciro Nolberto Güechá Medina
Decano Facultad de Filosofía y Ciencias Humanas

Israel Orrego Echeverría
Director Centro de Investigaciones
Facultad de Filosofía y Ciencias Humanas

**“Los profesores se desprenden de cuanto tienen y de cuanto saben,
porque su misión es esa: dar.”**

Elena Poniatowska

AGRADECIMIENTOS

El presente texto académico es el producto de la compilación de diferentes escritos que versan sobre derecho laboral y seguridad social. Algunos evidencian de forma específica la crisis afrontada durante los años 2020 y 2021. Otros se refieren a las problemáticas de las cuales adolecen la normativa y la institucionalidad en la especialidad. Los autores y coautores son quienes hicieron posible este proyecto, el cual busca dar continuidad a la publicación de la serie de libros producidos, desde el año 2012, denominada: “Consideraciones de la especialidad laboral y de la seguridad social”.

La publicación refleja el trabajo que realizan, día a día, docentes, estudiantes de pregrado y posgrado, egresados y particulares, sobre las situaciones que se hacen presentes en sus labores. Por ello, es menester agradecerles y también a nuestra casa de estudios: la Universidad Libre, a través de sus directivas, a la Facultad de Derecho, al Instituto de Posgrados y al Observatorio del Trabajo y de la Seguridad Social, por participar y colaborar en las producciones tendientes a contribuir con la academia. Así se sigue consolidando como el lugar que propicia los espacios para la discusión y el debate en torno al derecho, especialmente, en el campo de lo laboral y de la seguridad social.

Gracias a estas líneas y a estos trabajos, podemos cimentar el camino que profesa nuestra institución, tal como está plasmado en el himno que entona el Unilibrista, en la primera estrofa: “si la vida no anima a la ciencia, si la ciencia en la vida no está.” Fragmento que alude a esta casa de estudios que forma profesionales del derecho, lo cual se traduce en la obligación y en el enorme placer de procurar, desde la enseñanza, las formas, las estrategias y las herramientas que les permitan a nuestros estudiantes y a la sociedad en general vislumbrar la interrelación entre la vida diaria y la normatividad y la normatividad-crítica con la argumentación.

COMITÉ ACADÉMICO

José Cruz Guzmán Díaz

Doctor en Derecho por el Instituto Internacional del Derecho y del Estado. Maestro en Ciencias Penales por la Universidad de Colima. Licenciado en Derecho por la Universidad de Guadalajara. Coordinador de la Maestría en Derecho, docente e investigador de tiempo completo en la Universidad de Guadalajara. Integrante de Sistema Nacional de Investigadores Nivel I.

Eric Amín Ramírez Castillo

Doctor en Derecho por la Benemérita Universidad de Oaxaca. Doctor en Ciencias de la Administración por la UABJO. Maestro en Administración Pública por la Universidad UTEL. Maestro en Comercio Electrónico por la Universidad Regional del Sureste (URSE). Licenciado en Derecho por el Instituto de Estudios Universitarios. Licenciado en Informática por la URSE. Profesor Investigador de la Universidad Autónoma Benito Juárez de Oaxaca (UABJO).

Javier Francisco Franco Mongua

Doctorando en Derecho por la Universidad París I (Pantheon Sorbonne). Magíster en Derecho Comparado, con énfasis en Derecho Económico, por la Universidad París I (Pantheon Sorbonne). Magíster en Derecho Económico por la Universidad Externado de Colombia. Abogado.

Luis Francisco Ramos Alfonso

Doctorando en Derecho en la Universidad Libre. Magíster en Derecho con énfasis en Laboral y Seguridad Social por la Universidad Nacional. Especialista en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica por la Universidad Libre. Especialista en Instituciones Jurídicas y Derecho Público por la Universidad Nacional. Docente en la Universidad Libre.

Rosa Imelda Muñoz Hernández

Doctoranda en Derecho en la Universidad de Guadalajara. Magíster en Derecho con orientación en Constitucional y Amparo. Magíster en Derecho Administrativo por la Universidad de Guadalajara. Abogada por la Universidad de Guadalajara. Jefa del Departamento Académico de Ciencias Jurídicas y Políticas Públicas de la División de Innovación Social, Humanidades y Estudios de la Ciudad. Docente de la Universidad de Guadalajara en el Centro Universitario de Tlajomulco.

Leny Beatriz Ble Acosta

Doctoranda en Derecho en la Universidad de Guadalajara- Centro Universitario de Tonalá (CUTONALÁ). Magíster en Métodos de Solución de Conflictos y Derechos Humanos por la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco. Licenciada en Sociología por la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco.

Rosa Ponce López

Magíster en Educación Media y Superior por la Universidad de Guadalajara. Licenciada en Filosofía por la Universidad de Guadalajara. Docente de nivel medio y superior en el Instituto Tecnológico Nacional de México- Campus Ciudad Guzmán.

Leonardo Corredor Avendaño

Magíster en Derecho con énfasis en Laboral y Seguridad Social por la Universidad Nacional. Especialista en Derecho con énfasis en Laboral y Seguridad Social. Docente en las universidades Nacional, Tadeo y Libre.

Diana Jiménez Aguirre

Magíster en Derecho con énfasis en Laboral y Seguridad Social por la Universidad Nacional. Especialista en Derecho del Trabajo. Especialista en Instituciones de la Seguridad Social por la Universidad Nacional. Docente en las Universidades Libre y Nacional.

CONTENIDO

PRESENTACIÓN.....	19
--------------------------	-----------

PARTE I: LABORAL

EL FUTURO DEL TRABAJO EN MÉXICO TRAS LA REFORMA EN MATERIA DE JUSTICIA LABORAL.....	29
--	-----------

Ángel Guillermo Ruiz Moreno

LOS RIESGOS PSICOSOCIALES Y EL TRABAJO EN CASA DURANTE LA EMERGENCIA SANITARIA.....	56
--	-----------

Neidi Soraida Aldana

EFFECTOS DEL COVID-19 EN LAS RELACIONES LABORALES EN AMÉRICA LATINA – COLOMBIA	86
---	-----------

Martha Elisa Monsalve Cuéllar

NUEVO PARADIGMA DE LA JORNADA MÁXIMA DE TRABAJO A RAÍZ DE LA EMERGENCIA SANITARIA	114
--	------------

Oscar Raúl Chuquillanqui Aragón

LA FLEXIGURIDAD COMO ALTERNATIVA ENTRE LA ESTABILIDAD LABORAL Y LA FLEXIBILIZACIÓN.....	146
--	------------

Israel de Jesús García Vanegas

PARTE II: SEGURIDAD SOCIAL

EL IMPACTO DEL ENFOQUE SOCIOJURÍDICO EN LA CREACIÓN DE LAS CATEGORÍAS DE BENEFICIARIOS EN LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES EN COLOMBIA183

Luis Alberto Torres Tarazona y María Paula Orjuela Ángel

TRANSFORMACIÓN EN EL RECONOCIMIENTO Y EN EL PAGO DE LAS PENSIONES PARA LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD A PARTIR DE LA LEY 1996 DE 2019207

Daniela Andrea Arias Méndez y Alba Yaneth Rodríguez Rodríguez

ALCANCE DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN DE LA LEY 100 DE 1993, DENTRO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO231

Indy Paola Nazir Lleneris

LA EXTENSIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE UNIFICACIÓN. EFICACIA EN LAS PENSIONES DEL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA257

*Luis Alberto Torres Tarazona, Tania Michelle González Caro y Pedro
Elías Moreno Ampique*

PARTE III: CONSTRUCCIÓN SOBRE LOS CÓMICS

LOS INCREÍBLES Y EL DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO. APARTES INÉDITOS SOBRE LA LEGALIZACIÓN DE LOS SÚPER	291
---	------------

David Esteban Rojas Segura y Sergio Alfredo Segura Alfonso

TORMENTA VS. EL TECHO DE CRISTAL. LA DISCRIMINACIÓN LABORAL DE LA MUJER MIGRANTE EN COLOMBIA.....	305
--	------------

17

*Tania Michelle González Caro, Yenifer Martínez Caballero, Pedro Elías
Moreno Ampique y Ruth María Delgado Maya*

¡HUELGA POR UN PLAN DENTAL PARA LISA! LA INSTRUMENTALIDAD DE LA HUELGA A PROPÓSITO DE UN EPISODIO DE LOS SIMPSON.....	330
--	------------

Pablo Arellano Ortiz

PRESENTACIÓN

Las instituciones educativas son reconocidos espacios que permiten la reflexión, la crítica y la argumentación. Son centros que impulsan la construcción individual y colectiva, a partir de las actividades racionales y reflexivas del intelecto, conforme con el nivel académico que poseen las personas. En estas instituciones, los sujetos complementan su formación y por ello, desde el momento de su ingreso y cada vez que evolucionen, aprenden a diferenciar los espacios en los que se desarrollan, atendiendo a circunstancias diferenciales y de aprendizaje constante.

La Universidad Libre se ha distinguido de otros centros especializados en educación por procurar en sus estudiantes la formación a partir de los valores humanos, completamente arraigados a la categorización subjetiva del Unilibrista, lo que destaca la gran importancia de la libertad, la fraternidad y la igualdad. Procura que ha incentivado a los estudiantes, para que cumplan con la misión de esta institución y así, logren enfrentar las diversas situaciones en las que se vean inmersos, con una conciencia crítica del país y de la época. Asimismo, con el ejercicio de la profesión que estudian o estudiaron y de acuerdo con las necesidades fundamentales de la sociedad, los estudiantes podrán intervenir constantemente con base en el ideal de propender por la construcción de un mejor país y de una sociedad democrática.

La educación es uno de los elementos determinantes en los procesos de evolución de los diversos sectores de las sociedades. Por tanto, la significación que tiene y la forma en la que impacta se convierten en los fundamentos para el reclamo que los individuos hacen de este derecho social y de esta garantía global. Por su parte, la educación, en el ámbito del derecho laboral y de la seguridad social, ha devenido en la formación de los seres humanos para la defensa y el reconocimiento de sus derechos. En el sistema de las relaciones laborales, la positivación de estos y de sus

deberes ha incitado a que la enseñanza de esta especialidad les permita a los estudiantes conocer las herramientas necesarias para actuar en defensa del empleador o del trabajador, según sea el conflicto que se presente.

El derecho laboral permite conocer, en profundidad, lo que sucede con los sujetos, respecto a la relación y al contrato de trabajo. Por su parte, la seguridad social surge en aras de proteger al ser humano en cuanto al surgimiento de contingencias como la vejez, la invalidez, la muerte, la enfermedad y/o los accidentes de origen común o laboral. Estos derechos exponen las situaciones cotidianas de nuestra sociedad colombiana y, además, están encaminados a la mejora constante, por parte de la lucha que ejercen muchos integrantes de la sociedad, por supuesto, desde la exposición física y mental.

Por lo anterior, los trabajos que se presentan en esta publicación, que forma parte de la colección *Consideraciones de la especialidad laboral y de la seguridad social*, en su cuarta versión, se pone a disposición de la comunidad académica y de toda la sociedad. Los aportes realizados por los estudiantes, los profesores y los egresados de esta casa y de otras casas de estudio tienen la finalidad de dar lugar a discutir, debatir y conversar sobre su contenido.

20

La creación de esta colección cumple con su labor al publicar investigaciones de orden académico, laboral y/o personal de los autores y coautores, desde los diferentes espacios y roles académicos que ejercen. Son tareas, fruto de las investigaciones, que adelantan como aporte al conocimiento, desde su interés en los temas de orden laboral y de seguridad social. Asimismo, es necesario resaltar que algunos de los artículos que se presentan abordan problemáticas y soluciones trabajadas en el posgrado, por parte de los profesores y los estudiantes. Por esta razón, se plasma en estas hojas el producto de sus trabajos, incentivando a los interesados y al público en general a participar en las compilaciones futuras y a los lectores, a que lo consulten como guía, aporte y/o herramienta para el debate. Se recuerda que este material de consulta se distribuye físicamente, a bajo costo, y en digital, de manera gratuita, por parte de la Universidad Libre.

En esta versión, número IV, de la especialidad, se rinde un homenaje al maestro Ernesto Forero Vargas, jurista especializado en derecho laboral y seguridad social y altamente destacado en nuestra sociedad colombiana. Es hijo de otra universidad, pero fue adoptado por la Universidad Libre con gran afecto y admiración, pues su arduo trabajo como docente y administrativo es digno de altos reconocimientos. Su cátedra de Procesal Laboral ha sido cursada como muestra del espacio académico en el que los estudiantes encuentran inspiración e importantes fundamentos teóricos y prácticos para comprender la esencia social del derecho laboral. De igual manera, desde los roles que ha ejercido en la Universidad, siempre ha dejado en alto el nombre de esta institución. El maestro Forero ha sido autor de varios artículos académicos, libros y ponencias que han labrado su reconocida trayectoria. Por todo lo mencionado, se produce en su nombre esta compilación académica, para así, rendirle homenaje a su trayectoria personal, profesional y docente.

Los trabajos de esta compilación se desarrollan sin olvidar las circunstancias que nos han hecho vivir las situaciones que no eran imaginadas por los científicos, es decir, la crisis ambientada por la enfermedad COVID-19, producto del virus SARS-CoV-2. La misma que ha producido grandes inquietudes y generado debates e intervenciones en todas las áreas del conocimiento, entre ellas, el derecho, en su especialidad laboral y de seguridad social. En este sentido, se han hecho pronunciamientos que corresponden a lo que está sucediendo en el sistema de las relaciones laborales y la afectación a los sujetos que integran dicha relación.

Las instituciones nacionales e internacionales, a través de sus representantes, han expuesto sus reflexiones respecto a las nuevas figuras que surgen, ya sea para amparar o violentar los derechos de los trabajadores; sobre las nuevas formas de clasificación de las enfermedades de orden laboral; para entender el comportamiento de los individuos en lo que denominan aislamientos y/o cuarentenas, y sobre los estudios relacionados con los avances y retrocesos para que se pueda denotar el panorama al que nos enfrentamos en relación con nuestra especialidad.

Esta obra se encuentra estructurada en tres secciones. La primera aborda aspectos de relevancia actual dentro del derecho laboral. La segunda se concentra en las problemáticas de seguridad social, respecto a la normativa/aplicación de las figuras jurídicas. Finalmente, la tercera, denominada “Construcciones sobre los cómics”, hace analogías con las situaciones diarias de los superhéroes en calidad de trabajadores.

A continuación, voy a exponer de forma sucinta el contexto que aborda cada uno de los autores y sus creaciones.

El doctor Ángel Guillermo Ruiz Moreno, con su texto “El futuro del trabajo en México tras la reforma en materia de justicia laboral”, plantea, con preocupación y desde un enfoque académico, lo que sucede con respecto al trabajo en México, a partir de la reforma estructural efectuada a la Ley Federal del Trabajo, del 1 de mayo de 2019, evidenciando el estado de lo que se encuentra actualmente apoyado en la doctrina nacional e internacional. Asimismo, realiza un abordaje sobre los efectos que generó el COVID-19 y sus impactos en los diversos sectores relacionados con los ámbitos laboral y de seguridad social.

22

Posterior a ello, y en el mismo sentido de los efectos de la pandemia en los contextos nacionales e internacionales, encontramos a Neidi Soraida Aldana con su trabajo “Los riesgos psicosociales y el trabajo en casa en la emergencia sanitaria”, en el que realiza un análisis de las consecuencias laborales que se presentaron con la declaratoria de emergencia: el traslado de los lugares de trabajo a sitios físicos diferentes, la implementación de la virtualidad, la aplicabilidad, en algunas ocupaciones, del teletrabajo y de la nueva modalidad denominada *trabajo en casa*, lo cual desencadenó factores latentes de riesgo para los trabajadores.

La autora Martha Elisa Monsalve Cuéllar, en su texto: “Efectos del COVID-19 en las relaciones laborales en América Latina-Colombia”, nos presenta los aspectos históricos en relación con las pandemias que propiciaron la crisis global: el estudio de las normas laborales y de seguridad social emitidas frente al COVID -19, un pronunciamiento sobre las formas de trabajo a través de las tecnologías y, por último, las

situaciones que se presentaron en escenarios jurídicos, políticos y económicos.

Oscar Raúl Chuquillanqui Aragón presenta una investigación sobre el derecho a la jornada máxima de trabajo. En ella, expone dos problemáticas que surgen de la pandemia declarada como consecuencia del COVID-19. En este sentido, evidencia los factores que restan eficacia a este derecho y plantea un nuevo paradigma para la jornada máxima de trabajo, dentro de la *nueva normalidad*, término acuñado dada la situación que se vive desde el año 2020 y que persiste en el 2021.

Israel de Jesús García Vanegas trae a colación un tema poco abordado en Colombia y, por ello, su importancia: “La flexiguridad como alternativa entre la estabilidad laboral y la flexibilización”. Es una temática en la que el autor centra su trabajo sobre el siguiente cuestionamiento: ¿es la flexiguridad la respuesta adecuada a las dificultades de garantizar el derecho fundamental a la estabilidad laboral, en nuestro contemporáneo mundo de libre mercado? De allí que sugiera la necesidad del estudio y el análisis de la normativa colombiana sobre el principio de estabilidad laboral, planteando si existen las garantías que ofrece la figura de la flexiguridad en un escenario que recibe influencias de la economía de mercado internacional. Además, cuestiona cómo todo este proscenio tiene fuertes implicaciones en la contratación laboral y el empleo.

23

En lo relativo al aparte de seguridad social, los autores Luis Alberto Torres Tarazona y María Paula Orjuela Ángel hacen la apertura con el trabajo “Impacto del enfoque sociojurídico en la creación de las categorías de beneficiarios en la pensión de sobrevivientes en Colombia”. En este texto, ambos autores determinan la influencia de la perspectiva sociojurídica en la creación de nuevas categorías de beneficiarios, dentro de la *pensión de sobrevivientes* en Colombia, teniendo en cuenta varios elementos, entre ellos, los arquetipos de familia, la influencia de los cambios y la dinámica social.

“Transformación en el reconocimiento y en el pago de las pensiones para las personas en situación de discapacidad a partir de la Ley 1996 de 2019” es el texto elaborado por Daniela Andrea Arias Méndez y Alba Yaneth Rodríguez Rodríguez, quienes hacen una apreciación histórica de

la postura presente en la sucesión normativa nacional acerca del tratamiento jurídico de las personas con discapacidad y el reconocimiento de sus derechos pensionales, abordando también la incidencia de la Ley 1996 de 2019 y la perspectiva introducida desde su promulgación.

Con el artículo denominado: “Alcance del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, dentro del ordenamiento jurídico colombiano”, Indy Paola Nazir Lleneris trae a discusión, desde la óptica de los principios orientadores del sistema pensional, lo que vislumbra el régimen de transición contenido en el artículo 36, de la Ley 100 de 1993. Ella contrasta el objeto del sistema y la sostenibilidad financiera como novedad introducida por el acto legislativo 01 de 2005. Asimismo, dentro de su contenido, explica el régimen propio de los empleados públicos, frente a la entrada en vigencia de la Ley 100 y finaliza contextualizando ciertas interpretaciones jurisprudenciales del término *monto*.

Los coautores Luis Alberto Torres Tarazona, Tania Michelle González Caro y Pedro Elías Moreno Ampique titulan su artículo: “La extensión de la jurisprudencia de unificación. Eficacia en las pensiones del Régimen de Prima Media”. En él hacen un análisis de la eficacia de este mecanismo, contenido en la Ley 1437 de 2011 y su aplicación en materia de seguridad social, el cual está dirigido a la solución de controversias pensionales del Régimen de Prima Media, como herramienta novedosa.

La construcción sobre los cómics es una parte especial creada por los coautores de los tres textos finales. El primero se titula: “Los increíbles y el derecho colectivo del trabajo. Apartes inéditos sobre la legalización de los Súper”. Este fue escrito por David Esteban Rojas Segura y Sergio Alfredo Segura Alfonso, quienes hacen un abordaje desde el derecho colectivo, sus elementos, sus ejes y su importancia dentro de los puntos que trata la Conferencia Centenaria de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), dado su importante papel en el fortalecimiento de las relaciones tripartitas, en cuanto este derecho contribuye a la implementación de las buenas prácticas laborales, el trabajo decente, la reducción de la brecha salarial entre los hombres y las mujeres, la realización de los objetivos de desarrollo sostenible, entre otros.

Tania Michelle González Caro, Yenifer Martínez Caballero, Pedro Elías Moreno Ampique y Ruth María Delgado Maya, en el escrito “Tormenta vs. el Techo de Cristal. La discriminación laboral de la mujer migrante en Colombia”, presentan una analogía interesante donde cuentan la historia de Tormenta, una mutante de origen manizaleño, quien sueña con estudiar biología marina, pero que tiene como impedimento su origen familiar; situación que la llevará al mundo de la prostitución, por sugerencia de una amiga a quien conoció en su carrera y que, más adelante, se convertirá en periodista. Ambas entrecruzan sus carreras y sus aventuras y al final, Tormenta descubrirá que posee superpoderes y Marcela conocerá sus derechos y aspiraciones.

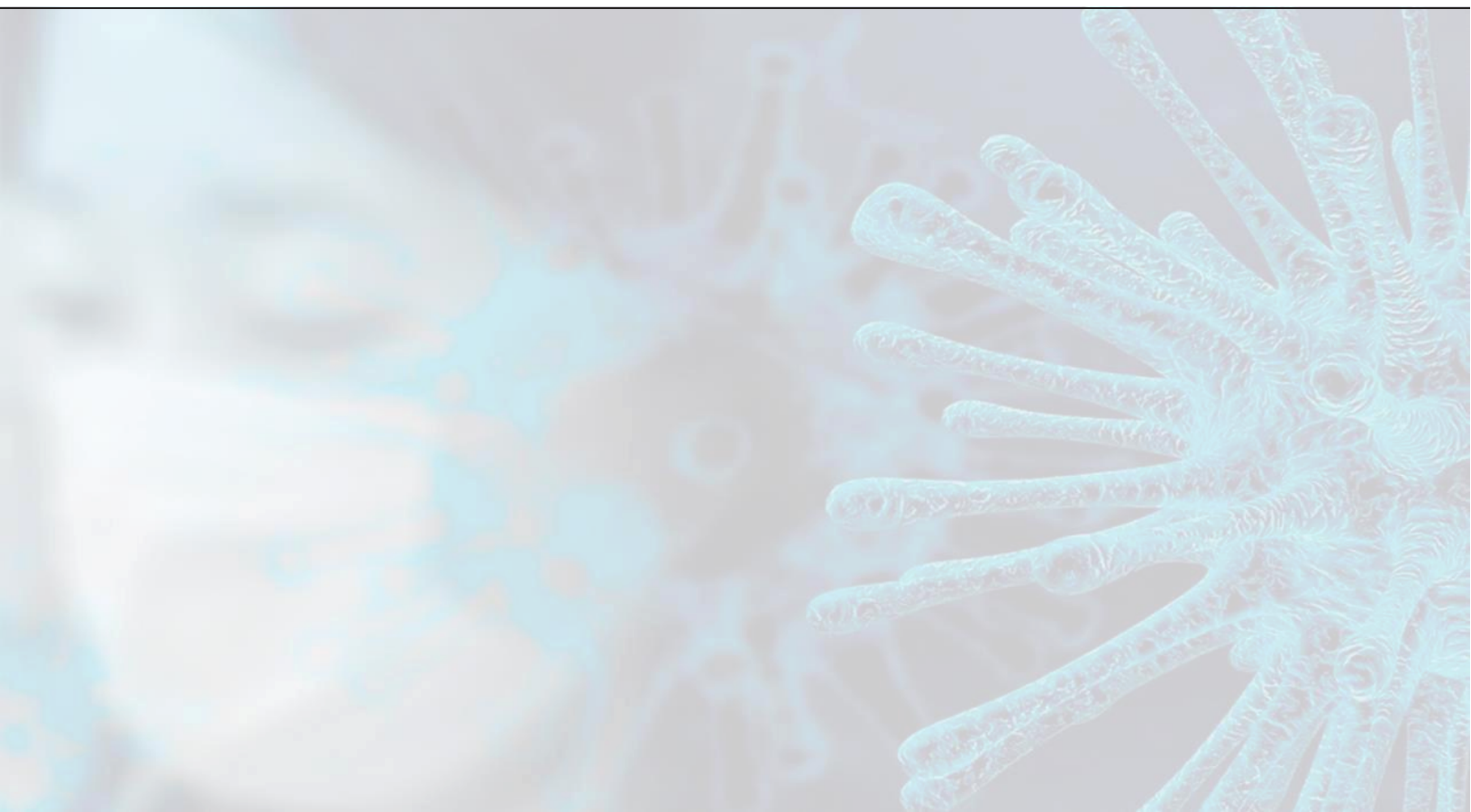
El artículo de cierre de esta publicación académica está en manos de Pablo Arellano Ortiz, quien presenta un escrito sobre el derecho colectivo y un capítulo de la reconocida comedia de dibujos animados “Los Simpson”. El título de su construcción académica es “¡Huelga por un plan dental para Lisa! La instrumentalidad de la huelga a propósito de un episodio de los Simpson”. En él, el autor realiza un ejercicio en el que se propone acercar nociones abstractas, a través de las explicaciones simples y cercanas que facilitan los cómics. Arellano describe en el capítulo las situaciones de derecho que se presentan y su esquematización, para luego tratar cuestiones doctrinarias del derecho a la huelga, que se evidencian en el episodio. También trata la conceptualización y contextualización de este derecho, las posiciones de la doctrina respecto a su estudio y cómo los derechos sociales resultan en, muchas ocasiones, un ejercicio que requiere una importante abstracción por parte del destinatario.

Mayerly Andrea León Solano



PARTE I **LABORAL**

27



EL FUTURO DEL TRABAJO EN MÉXICO TRAS LA REFORMA EN MATERIA DE JUSTICIA LABORAL

*Ángel Guillermo Ruiz Moreno**

Resumen: Este trabajo visualiza, en su contexto actual, el futuro del trabajo en México, sobre la base de la significativa reforma efectuada a la Ley Federal del Trabajo, del 1º. de mayo de 2019. Se toman como referencia clave los ejes de actuación de la Organización Internacional del Trabajo, desde la iniciativa del centenario, en 2015, y los trabajos de la Comisión Mundial para el Futuro del Trabajo, en el contexto de la pandemia global por el COVID-19, que golpea fuertemente al país, en materia sanitaria y económica, destruyendo en pocos meses millones de empleos formales e informales. Escenario que obligará a buscar otras formas y condiciones de trabajo, además de nuevas políticas públicas, tanto en materia laboral como de seguridad social.

Sumario: 1. Diagnóstico situacional en México. 2. La iniciativa del centenario de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), relativa al futuro del empleo. 3. La Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Los resultados presentados en el año 2019. 4. La expectativa del futuro del trabajo en México tras la importante reforma a la Ley Federal del Trabajo, del 1 de mayo de 2019. 5. Breves conclusiones.

Palabras clave: Futuro del trabajo, Declaración del Centenario de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), Ley Federal del Trabajo, México, COVID-19, empleo.

* Investigador nacional, nivel III, del Sistema Nacional de Investigadores del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología. Maestro emérito de la Benemérita Universidad de Guadalajara (México). Presidente nacional de la Academia Mexicana de Derecho del Trabajo y de la Previsión Social (AMDTPS). Presidente internacional de la Asociación Iberoamericana de Juristas de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social “Dr. Guillermo Cabanellas” (AIJDTSSGC)

1. Diagnóstico situacional en México

Uno de los temas más complejos que enfrenta el planeta, al entrar en la tercera década del siglo XXI, es el futuro del trabajo, en general, y, de manera especial, el empleo subordinado, en un mundo de economía globalizada, que ha debido confinarse por causa de la pandemia global provocada por el virus SARS-CoV-2. Un acontecimiento inesperado que lejos está de terminar, y que nos dejará inevitablemente enormes problemas de diverso tipo: sanitario, económico y de destrucción del empleo.

Para quienes, desde el último cuarto del siglo pasado, hemos cultivado e investigado con pasión el derecho del trabajo y la seguridad social, resulta inquietante ver la velocidad con la que el planeta también se está trasformando, en todos los órdenes, a partir del discurso ideológico de los líderes mundiales disruptivos que se han ubicado abiertamente por encima del sentido común y la razón. Tales dirigentes han desafiado al derecho y han puesto en riesgo a las instituciones nacionales, que con tanto esfuerzo hemos construido, con la idea de exigir la observancia plena y el pleno respeto de nuestros derechos humanos, que son inalienables e irrenunciables.

Observamos, con inquietud, que a nivel global no solo está en riesgo el Estado de derecho, sino que, además, declina sensiblemente el Estado benefactor, otrora orgullo del mundo civilizado y cuyo mayor estandarte lo encontramos todavía en los sistemas nacionales de seguridad social. Sistemas que, por cierto, están comenzando a colapsar debido al notorio abandono en que se encuentran en su gran mayoría, como lo prueba el colapso sanitario provocado por la pandemia global que sufrimos.

Es cierto que nuestros sistemas latinoamericanos están dispersos, fragmentados y desfinanciados, debido al tipo de políticas públicas implementadas por nuestra peculiar clase política que, sobre todo, en las primeras dos décadas del siglo XXI, se ha empeñado en polarizar para terminar con las instituciones que tanto nos costó construir. Y para colmo de males, aparte de la pandemia mundial por el COVID-19, el planeta está dividido entre liberales y conservadores, que asumen discursos

irreconciliables, en donde el diálogo es imposible. Eso sucede en México, en Colombia y, de una u otra manera, en Latinoamérica.

El problema se debe a diversos factores, entre los que se destaca el desinterés de los gobernantes y los gobernados que ignoran —o fingen ignorar— el valor social, tanto del empleo como del derecho humano a la seguridad social que acompaña al trabajo decente. Nuestros servidores públicos piensan en lo público y desdennan lo privado, como si no fueran las empresas privadas las que generan mayor productividad y pagan los impuestos, ignorando la brecha de desigualdad social, el uso de las tecnologías y la imperiosa necesidad que el pueblo cuente con una vital protección social.

La valía y grandeza de la seguridad social las he ponderado siempre en mi dilatada tarea académica, con las aleccionadoras palabras del Canciller alemán Otto Von Bismarck, gestor del primer seguro social del planeta, en la penúltima década del siglo XIX: “Por caro que parezca el seguro social, resulta menos gravoso que los riesgos de una revolución”¹

31

Algo hemos hecho mal en nuestros países latinoamericanos, porque perdemos de vista que la seguridad social no es un gasto, sino una inversión, en lo mejor de un país, que es su gente. Sin embargo, la dura realidad nos demuestra que no hay la voluntad política del Estado nacional para reforzar a este magnífico manto protector ni tan siquiera, en tiempos de pandemia mundial, cuando la seguridad social es un derecho fundamental exigible al propio Estado. Él es el único responsable, primario y final, según las normativas constitucionales de los países de la región y los tratados, pactos y convenios internacionales adoptados por los países civilizados, que aglutina la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Este derecho internacional público, llamado seguridad social, es el último bastión de protección efectiva y exigible que tienen los millones de seres humanos que de él dependen, aunque la clase política y/o la población misma no le valoren adecuadamente como deberían hacerlo.

Es obvio que todo trabajo decente debería ir acompañado de una efectiva protección social, siendo notorio el abandono en que se tiene, hoy

¹ Por cierto, dicha frase la he utilizado en mi libro: “Nuevo derecho de la seguridad social”, publicado por la Editorial Porrúa, México, 1997, que a la fecha tiene 14 ediciones. Actualmente, lo estoy reescribiendo para adecuarlo a la compleja realidad de la tercera década del siglo XXI.

día, a las personas productivas por meras razones ideológicas, máxime cuando con preocupación constatamos que en la seguridad social mexicana se han venido creando verdaderos “nichos de mercado” privados, con afanes de lucro en materia de salud, pensiones, vivienda, estancias infantiles y otras prestaciones sociales más². Dicho de manera simple, sucede que en vez de tener más Estado que nos cuide a todos, tenemos más mercado y asuntos públicos, en manos privadas, con fines lucrativos.

Por eso, pensemos en el futuro del empleo, bajo los parámetros de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Los *iuslaboralistas* y segurólogos sociales deberíamos enfocarlo de manera distinta a la que estamos acostumbrados, para estar mejor preparados e intentar reducir el eventual daño que, en materia de empleos formales, provocará el fenómeno de la Cuarta Revolución Industrial o Industria 4.0³, que le ha pasado de noche a nuestros gobernantes. Básicamente, porque en un futuro muy cercano nos daremos cuenta de que el trabajo cambiará radicalmente, máxime cuando estamos en una compleja época de cambios globales profundos y disruptivos inéditos.

¿Ha visto algún lector cómo funciona la realidad aumentada? ¿Ha visto alguien operar el internet de las cosas? ¿Sabe usted que existen fábricas de robotización inteligente, donde no hay seres humanos en el proceso de producción de teléfonos móviles inteligentes? ¿Ha oído hablar de la empresa electrónica china, del gigante Alibabá y su enorme éxito llamado Ant Group?⁴

Comparto al lector que, en mi dilatada tarea académica universitaria, en México, he expresado, desde hace al menos un par de décadas, la idea de que la tecnología y el derecho deben estar estrechamente vinculados —nos guste o no—, a fin de poder comprenderlos y regularlos de mejor manera. Por ejemplo, como el llamado home office, es decir, trabajar en casa, a distancia o de forma remota, pero siempre haciendo uso del internet. Pienso que el derecho informático debería ser parte de los planes y

² RUIZ MORENO, Ángel Guillermo. Las Pensiones: el gran desafío pendiente de México. En: Colección Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. México: Editorial Tirant lo Blanch, 2020. p. 48-55.

³ RUIZ MORENO, A., RUIZ BUENROSTRO, A. y CALVILLO, S. México y la Industria 4.0. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2019. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/12/5645/8.pdf>

⁴ Al respecto véase la nota íntegra en la web: <https://www.elpais.com.uy/el-empresario/empresa-china-ant-group-sale-bolsa-transforma-mayor-opi-historia.html>

programas de estudio de todas las universidades públicas y/o privadas que forman nuevos juristas, máxime cuando ya tenemos juicios y medios de impugnación, de diversa índole, que se tramitan en línea, a través de las redes informáticas. Hoy día, el trabajo digital está en todas partes, incluidas las universidades.

2. La iniciativa del centenario de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativa al futuro del empleo

La Organización Internacional del Trabajo (OIT), con ocasión de su celebrado centenario, como referente mundial, en materia de *trabajo y de empleo* —conceptos que no son sinónimos—, visualizó de manera acertada y oportuna el complejo tema del futuro del trabajo en el mundo. Una transformación profunda que estará ligada a la tecnología inteligente, a las plataformas digitales, a la *robotización* de las tareas y al uso masivo de datos, a través de Internet. Un ejemplo de ello es el caso de los llamados *riders digitales*, quienes no suelen beneficiarse de la seguridad social, sino de la protección diseñada mediante el llamado piso de protección social, que es una especie de “escalera” o pilar, que la propia Organización Internacional del Trabajo (OIT) define como *bidimensional*⁵.

En la memoria del director general de la precitada organización, durante la Conferencia Internacional del Trabajo, de la 104ª reunión celebrada en Ginebra, en 2015, y a iniciativa del propio Guy Ryder, se determinó materializar una *iniciativa del centenario* acerca del tema que más interés había despertado en dicho organismo mundial: el probable futuro del empleo en el mundo y lo que está por venir.

El objetivo era visionario, pues se intentaba determinar de qué manera, en un mundo de economía globalizada digital, en la era del conocimiento y la hípertecnología, atisbándose la Cuarta Revolución Industrial — mejor conocida como *Industria 4.0*—, evolucionaría la producción de los bienes y servicios. La idea era pensar cómo se trasformaría el empleo mediante la denominada *robotización inteligente*, la

⁵ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. La Estrategia de Desarrollo de los Sistemas de Seguridad Social de la OIT. El Papel de los Pisos de Protección Social en América Latina y el Caribe, 2014. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_317898.pdf

utilización de datos y algoritmos, así como la productividad y la protección social de los operarios.

El uso masivo de Internet, a lo largo y ancho del planeta, ha llegado para quedarse, siendo una potente e indiscutida realidad, en medio de una pandemia viral, de calado mundial, que nos obligó a quedarnos confinados en casa. El trabajo se efectuó —y se seguirá efectuando por largo tiempo— mediante el llamado *home office*, teletrabajo o trabajo a distancia⁶. Si bien el tema es objeto de una gran polémica, entre los factores de la producción, la Organización Internacional del Trabajo (OIT), como organismo tripartito rector en materia de empleo, intentará anticiparse para alzar la guardia y estar mejor preparada para enfrentar el colosal desafío.

Obviamente, el empleo no se extinguirá, pero sí cambiará la manera de efectuarse, porque al concretarse los avances tecnológicos, inevitablemente se destruirán millones de empleos, de tareas repetitivas que la tecnología cubrirá; no obstante, a la par, se tendrán que crear otros tipos de empleos que requerirán necesariamente de experticia para desempeñarse. Ante este escenario de cambios radicales, la capacitación y el adiestramiento jugarán, sin duda, un rol preponderante.

El punto es que para sacar con éxito la *iniciativa del centenario*, se propusieron tres fases clave: a) la primera fue la invitación abierta a todos los sectores de los países miembros de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) para participar proactivamente en este ambicioso proyecto; b) la segunda fue el establecimiento de una *Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo*, que haría seguimiento puntual a las opiniones de todos los expertos de los países miembros y c) en la tercera fase, se trató de analizar, discutir y difundir la referida *iniciativa*, lo cual se planeó hacerlo durante la celebración del centenario de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en 2019.

También estaba previsto que habría cuatro conversaciones acerca de las ideas planteadas, a fin de esbozar los elementos básicos de la *iniciativa del centenario*, cuyas conclusiones serían examinadas por la propia

⁶ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Trabajar en cualquier momento y en cualquier lugar: consecuencias en el ámbito laboral, 2019. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_712531.pdf

Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, para que en la 108ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo de 2019 y en el marco de la celebración del centenario de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), los resultados fueran sometidos a la consideración de todos los representantes tripartitos de los países miembros reunidos en Ginebra.

Desde luego, la tarea de escudriñar el futuro del empleo era más que necesaria, debido a que no es sencillo predecir qué ocurrirá en un mundo en permanente cambio, ya que la tarea no solo abarcaba el tema del empleo y la necesaria readecuación de la seguridad social para proteger al operario y su familia en las nuevas formas de trabajo, sino que implicaba un cambio estructural en todos los órdenes. Precisamente, por eso debía contarse con la participación proactiva de todos los actores sociales, entre ellos, descollando los representantes gubernamentales, patronales y sindicales de los países miembros de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), convocándose, además, al sector académico y científico. Es decir, se invitó a participar a la colectividad entera.

35

Por lo ambicioso del proyecto, fue necesario crear una unidad específica en la Oficina Internacional del Trabajo, para movilizar los recursos y financiar las actividades por desarrollar, todo bajo la dirección de especialistas con perfiles idóneos. Así, el factor decisivo, en dicha *iniciativa del centenario*, fue la participación proactiva de los propios representantes tripartitos de los Estados miembros de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), siendo un hecho irrefutable que el fenómeno del empleo no tenga límites, por tratarse de un asunto global, en este planeta interconectado digitalmente en el que las fronteras se desvanecen.

Desde un inicio, en el capítulo 2: “El mundo del trabajo de hoy” — párrafos del 22 al 27 de *la Iniciativa del centenario relativa al futuro del trabajo*—, publicado por Organización Internacional del Trabajo (OIT)⁷, se establecen datos que, racionalmente analizados y ponderados, nos mueven a reflexionar tanto a *iuslaboralistas* como a segurólogos sociales. Entre otros

⁷ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Iniciativa del centenario relativa al futuro del trabajo. Memoria del director general. Informe I. Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra, 2015. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_370408.pdf

temas, se enlistaron los siguientes datos de hace un lustro, citados a continuación:

- En grueso, se calcula que los trabajadores en el planeta suman aproximadamente tres mil millones de personas.
- Hay más hombres que mujeres con trabajo fijo. La tasa de participación femenina en el mercado de trabajo global ha aumentado desde el pasado siglo.
- En todo el mundo hay más de 200 millones de desempleados, que son unos 30 millones más que en el año 2008, cuando ocurrió la denominada Gran Recesión económica, en los Estados Unidos de América.
- El déficit de empleos, para ese entonces, era de 62 millones de puestos de trabajo y la tendencia seguía al alza, lo cual demuestra la actual crisis en el empleo decente.
- De acuerdo con los datos más recientes disponibles, las diferencias salariales de género se mantienen, todavía, por encima del 20% de diferencia.
- Las tendencias demográficas del empleo atraen a 40 millones de personas cada año, lo que implicará la creación de más de 600 millones de empleos para el año 2030.
- Lo más probable es que las nuevas plazas de empleos *sectorizados* se creen de la siguiente manera: en el sector servicios, el 49%; en el sector de la agricultura, el 29% y en el sector industrial, el 22% restante.
- Estos nuevos empleos deberían estar mejor remunerados, por una simple tendencia demográfica, debido al eventual sostenimiento de las personas mayores de 65 años, que a 2015 se elevaba al 8% de la población mundial, pero que en 2040 se elevará hasta cerca del 14%.

- Si bien el número de los trabajadores del mundo que viven en situación de pobreza extrema se ha reducido significativamente en las últimas décadas, se calcula que unos 319 millones de individuos —que se concentran en los países en vías desarrollo— siguen sobreviviendo con \$1.25 dólares estadounidenses al día.
- No obstante, la notoria reducción de la pobreza extrema sucede en medio de las desigualdades, las cuales han aumentado en muchos países, en las últimas cuatro décadas, disminuyendo a la par la participación del empleo en el producto interno bruto nacional, pasando del 75%, a mediados de los años setenta del siglo pasado, al 65%, a mediados del decenio de los años 2000, según se establece y razona en el *Informe mundial sobre salarios 2012-2013* de la propia Organización Internacional del Trabajo (OIT), siendo este un tema ignorado que la clase política se niega a reconocer.
- El problema de la pobreza va unido a la protección y seguridad sociales, a las que solo puede acceder apenas el 27% de la población mundial, a pesar de que la aspiración de instrumentar en los países, un piso mínimo de protección social ha suscitado un amplio apoyo internacional al aumentar los niveles de protección.

En la citada *Iniciativa del centenario relativa al futuro del trabajo*, se aborda el tema acerca de la calidad del trabajo, el cual se divide en 4 partes, a saber:

- 1) La Organización Internacional del Trabajo (OIT) reconoce que la mitad de las ocupaciones y de la producción de la fuerza de trabajo se concentra en la economía informal⁸. En el denominado *Informe mundial sobre salarios 2012-2013. Los salarios y el crecimiento equitativo*, se afirma que, a pesar de que la economía informal es mucho mayor en los países en desarrollo, el trabajo informal sigue existiendo e incluso, está aumentando en los países industrializados.

⁸ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Informe mundial sobre salarios 2012-2013. Los salarios y el crecimiento equitativo. Ginebra, 2013. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-dgreports/-dcomm/documents/publication/wcms_195244.pdf

- 2) Cada año, alrededor de 2.3 millones de trabajadores pierden la vida en riesgos laborales. Cifra a la cual se le suman numerosos casos de enfermedades profesionales, lo que representa un costo social y económico muy alto para los trabajadores, los propios empleadores y, en consecuencia, para los sistemas de seguridad y protección social en su conjunto, calculado en un 4 % del producto mundial⁹.
- 3) La Organización Internacional del Trabajo (OIT) afirma que “también hay una creciente toma de conciencia de los costos humanos y económicos de los niveles actuales de estrés mental en el trabajo. Se afirma que, en muchas economías adelantadas, el número de personas en edad de trabajar que no pueden seguir haciéndolo por problemas de salud supera en la actualidad el número de personas desempleadas”. Esta estadística debería movernos a la reflexión serena del enorme impacto social y económico que esto representa para los factores de producción y, desde luego, obligarnos a repensar los actuales sistemas laborales y de seguridad social.
- 4) La Organización Internacional del Trabajo (OIT) reconoce que el pleno respeto universal de los derechos y principios fundamentales en el trabajo sigue siendo un objetivo lejano de alcanzar, debido a que, muy a pesar de los significativos alcances logrados en los últimos años, ha habido retrocesos por diversos factores. Así, se calcula que aún hay 168 millones de niños que trabajan en el planeta y que existen 21 millones de individuos que son víctimas de trabajo forzado. Sin dejar de lado que persiste una discriminación laboral muy arraigada por motivos de género, étnico, religioso y por discapacidades.

En tal contexto, la probable evolución futura del empleo decente *será el resultado de un sinnúmero de decisiones públicas y privadas; nacionales e internacionales. Del mismo modo, a pesar de la dinámica de cambio observable, o de algunas situaciones muy duras, lo único cierto es que el futuro del trabajo dependerá de lo que hagamos todos.* El reto es muy claro para la Organización

⁹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. La transición de la economía informal a la economía formal. Informe V (1). Conferencia Internacional del Trabajo, 103ª reunión, Ginebra, 2014. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_218350.pdf

Internacional del Trabajo (OIT): *conseguir que el trabajo sea lo que todos deseamos*¹⁰.

3. La Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Resultados presentados en 2019

En el documento *Trabajar para un futuro más prometedor. Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo*, elaborado para su discusión en el centenario de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en 2019, —cuyo prefacio lo escribieron Cyril Ramaphosa (Sudáfrica) y Stefan Löfven (Suecia), siempre bajo la batuta del director general Guy Ryder— se establecieron, en tres capítulos, las prioridades y prospectivas logradas acerca del empleo del futuro¹¹.

Conviene resaltar que tanto Ramaphosa como Löfven reconocen que sabían de la enorme importancia de las políticas laborales, debido a su participación en numerosos acontecimientos y procesos experimentados en sus países —fungieron respectivamente como presidente y primer ministro—. Ambos entendían a cabalidad el poder que tienen las soluciones conjuntas logradas a través del diálogo social, entre los empleadores y los trabajadores, habiendo sido testigos y parte de transformaciones sociales, en las que el mercado del trabajo ha jugado un papel esencial en todas las sociedades del mundo. Es decir, que el trabajo es un detonante clave del progreso de las sociedades contemporáneas.

Cabe apuntar que la *Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo* inició labores en octubre de 2017, por invitación del director general de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), reuniéndose en cuatro ocasiones, para sacar en conjunto ideas, discutirlas y alcanzar consensos, habiendo sido la última reunión en noviembre de 2018. Dicha comisión estuvo compuesta por destacados especialistas procedentes de todas partes del mundo, de diversos sectores y con distintos perfiles

¹⁰ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Iniciativa del centenario relativa al futuro del trabajo. Memoria del director general. Informe I. Op. Cit., p. 7.

¹¹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Trabajar para un futuro más prometedor. Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo*. Ginebra, 2019. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/publication/wcms_662442.pdf

profesionales, con múltiples experiencias y perspectivas reales del trabajo a futuro. En tales reuniones generales, se definieron los principales problemas que llevaron luego a formular recomendaciones sobre las medidas a tomar por parte de todos los actores sociales: los gobiernos y las organizaciones de empleadores y de trabajadores.

Ramaphosa y Löfven añaden, en tan trascendente documento, que hubo muchas reuniones aparte de las cuatro referidas y que en ellas se establecieron variadas propuestas con discusiones complejas que se analizaron, pero que no quedaron plasmadas en el informe final, dado que la secretaría de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) —siempre bajo la batuta de su director general—, efectuó una revisión final, a cargo de Sarah Murray (asesora y redactora de la *comisión*), quien afinó y enriqueció el texto publicado. Empero, los responsables dejan claro que se plasman las transformaciones que afronta el mundo del empleo, así como las ideas para encauzarlas y aprovecharlas de mejor manera, en todo el planeta, en aras de alcanzar un futuro laboral más prometedor.

En tal contexto, diremos que la *Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo*¹² ha establecido nuevas fuerzas que están transformando el mundo laboral, las cuales exigen tomar medidas más enérgicas. En este orden, se entiende que habrá *innumerables oportunidades para mejorar la calidad de vida de los trabajadores, ampliar las opciones disponibles, cerrar la brecha de género y hasta revertir los estragos de las desigualdades a nivel mundial. Sin embargo, nada de ello ocurrirá por sí mismo, pues sin esas medidas enérgicas recomendadas nos dirigiremos a un mundo en el que se ahondarían, aún más, las desigualdades y la incertidumbre existente. De allí, la trascendencia de dicha prospectiva laboral con visión de futuro.*

Cierto es que los avances tecnológicos, en especial, la inteligencia artificial, la automatización y la robótica, que forman parte de la Cuarta Revolución Industrial o Industria 4.0, crearán nuevos puestos de trabajo. Empero, quienes van a perder sus trabajos, en esta transición laboral, serán los menos preparados para aprovechar las nuevas oportunidades

¹² Los datos fueron tomados del documento: ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Trabajar para un futuro más prometedor. Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo. Ginebra, 2019. Op. Cit.

tecnológicas, debido a que las competencias laborales actuales no se ajustarán a los trabajos que se crearán mañana y, en consecuencia, las nuevas competencias adquiridas pueden quedar desfasadas rápidamente.

Se prevé, además, que la “ecologización” de nuestras economías creará también millones de puestos de trabajo, en la medida que se adopten prácticas sostenibles y el uso de tecnologías limpias. En cambio, otros puestos de trabajo rutinario desaparecerán, cuando los países vayan reduciendo progresivamente sus industrias basadas en el carbón y en el uso intensivo de los recursos naturales para generar energía. Es en este trascendente par de temas donde me duele afirmar que México está en pañales, a pesar de ser la 15ª economía del mundo, porque el Gobierno se quedó en el pasado y no quiere ver el futuro.

Pensemos que la evolución demográfica no es un factor desdeñable. Si bien es cierto que el aumento de la población juvenil, en algunas regiones del mundo, y el envejecimiento de la población, en otras, pueden ejercer presión sobre los mercados de trabajo o los sistemas de la seguridad social, también lo es que paralelamente estos cambios abren nuevas vías que nos brindan la posibilidad de contar con sociedades proactivas, basadas en los cuidados y la inclusión.

Así las cosas, tenemos que aprovechar las posibilidades que nos brindan estas profundas transformaciones para crear un futuro más prometedor y conseguir seguridad económica, igualdad de oportunidades y justicia, reforzando el tejido social. Con sensatez, se propone aprovechar el momento y revitalizar el *contrato social*. Para abrir esas vías —que son claves en un mundo en plena transformación—, se requiere una acción comprometida por parte de los gobiernos y una participación proactiva del lado de las organizaciones de empleadores y trabajadores.

Los actores sociales, del mundo laboral, deben revitalizar el *contrato social* en busca de asegurarle a los trabajadores una participación justa en el progreso económico, donde se respeten sus derechos y la protección de riesgos a los que se exponen, a cambio de su constante contribución a la economía.

Ahora bien, afirma la Organización Internacional del Trabajo (OIT) que el diálogo social puede y debe desempeñar un papel fundamental de

garantizar la pertinencia del renovado *contrato social*, con miras a afrontar los cambios en curso. Así, todos los actores sociales del mundo laboral deben intervenir plenamente, en particular, aquellos millones de trabajadores que están excluidos. Por eso, la *Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo* propone un programa centrado en los individuos, que fortalezca el *contrato social*, situando a las personas y al trabajo que realizan en el centro de las políticas económicas y sociales, según las políticas públicas y la práctica empresarial cotidiana.

El citado programa se asienta en tres ejes de actuación que, tal y como lo interpreta la *Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo*, combinados entre sí generarían crecimiento, igualdad y sostenibilidad para las generaciones presentes y futuras.

A continuación, se expondrán los tres ejes; no obstante, por su enorme importancia y trascendencia, se reproducen íntegramente a fin de no perder la ilación de las ideas.

1. Aumentar la inversión en las capacidades de las personas. Al

propiciar que las personas prosperen en una era digital, libre de emisiones de carbono, nuestro planteamiento no se limita al capital humano, sino que incide en las dimensiones más generales de desarrollo y progreso en las condiciones de vida, incluidos los derechos y un medioambiente propicio que haga posible que los sujetos puedan ampliar sus oportunidades y mejorar su bienestar.

- *El derecho a un aprendizaje a lo largo de la vida que le permita a las personas adquirir competencias, perfeccionarlas y reciclarse profesionalmente.* El aprendizaje permanente engloba el formal e informal desde la primera infancia y toda la educación básica hasta el aprendizaje en la vida adulta. Los gobiernos, los trabajadores y los empleadores, así como las instituciones educativas tienen responsabilidades complementarias a la hora de generar un ecosistema de aprendizaje a lo largo de la vida, el cual debe ser efectivo y contar con la financiación adecuada.

- *Incrementar las inversiones en las instituciones, las políticas y las estrategias que presten apoyo a las personas a lo largo de las transiciones que entraña el futuro del trabajo.* Los jóvenes necesitarán ayuda para navegar por las dificultades, cada vez mayores, que entraña la transición de la escuela al trabajo. Habrá que aumentar las posibilidades de los trabajadores de edad avanzada, para que puedan seguir siendo económicamente activos, mientras lo deseen, lo que invita a trabajar para un futuro más prometedor que a la par generará una sociedad más activa a lo largo de toda la vida. Será preciso ayudar a todos los trabajadores en las transiciones frecuentes del mercado laboral, que afrontarán en el curso de sus vidas. Las políticas activas del mercado de trabajo han de hacerse proactivas para ampliarse los servicios públicos de empleo.
- *Aplicar un programa transformador y mensurable para la igualdad de género.* El mundo laboral empieza en el hogar. Desde las licencias de paternidad hasta la inversión en los servicios públicos de cuidados. Las políticas han de promover que se comparta la prestación de cuidados no remunerados en el hogar, para crear una auténtica igualdad de oportunidades en el lugar de trabajo. El fortalecimiento de la voz de las mujeres, de su liderazgo, la eliminación de la violencia y del acoso y la aplicación de políticas de transparencia salarial son condiciones para la igualdad de género. Es preciso también adoptar estas medidas en los puestos de trabajo del mañana, ya que las nuevas tecnologías las harán posibles.
- *Proporcionar protección social universal desde el nacimiento hasta la vejez.* El futuro del trabajo requiere un sistema de protección social sólido y con capacidad de respuesta, basado en los principios de solidaridad y de reparto de riesgos, que subvenga a las necesidades de las personas a lo largo de su ciclo vital. Esto exige un piso de protección social que asegure un nivel básico de protección para todas las personas vulnerables, complementado por regímenes contributivos de seguridad social que proporcionen niveles mayores de protección.

2. Aumentar la inversión en las instituciones del trabajo. Nuestras recomendaciones tratan de consolidar y revitalizar las instituciones que regulan el trabajo. Las instituciones, junto con su reglamentación, los contratos, los convenios colectivos y los sistemas de la inspección laboral, son las piedras angulares de las sociedades justas. Son las forjadoras de las vías que llevan a la formalización, la reducción de la pobreza laboral y a un futuro de trabajo con dignidad, seguridad e igualdad económica.

- *Establecer una garantía laboral universal.* Todos los trabajadores, con independencia de su acuerdo contractual o situación laboral, deberían disfrutar de los derechos fundamentales, de un salario vital adecuado (Constitución de la Organización Internacional del Trabajo —OIT—, 1919), de tener límites máximos respecto a las horas laborales y una protección en relación con la seguridad y la salud en el trabajo. Los convenios colectivos o la legislación pueden aumentar este piso de protección social. Esta propuesta contribuye también a que se reconozcan la seguridad y la salud como principios y derechos fundamentales.
- *Ampliar la soberanía sobre el tiempo.* Los trabajadores necesitan una mayor autonomía sobre su tiempo, sin dejar de satisfacer las necesidades de la empresa. Aprovechar la tecnología para ampliar las oportunidades y conciliar la vida profesional con la personal puede ayudar a alcanzar este objetivo y encarar las presiones derivadas de la difuminada línea entre el tiempo laboral y el personal. Será preciso perseverar en los esfuerzos encaminados a aplicar límites máximos al tiempo de trabajo, además de medidas para mejorar la productividad, así como un mínimo de horas de trabajo garantizadas que generen opciones reales de flexibilidad y control sobre los horarios.
- *Garantizar la representación colectiva de los trabajadores y los empleadores, a través del diálogo social, como bien público promovido*

activamente desde las políticas públicas. Todos los trabajadores y empleadores deberán disfrutar del reconocimiento de su libertad sindical y del derecho de negociación colectiva con el Estado, como garante de esos derechos. Las organizaciones de trabajadores y de empleadores deben robustecer su legitimidad representativa, a través de técnicas de organización innovadoras que lleguen a quienes están involucrados en la economía de las plataformas, incluso, a través del uso de la tecnología. Asimismo, deben recurrir a su poder de convocatoria para poder traer diversos intereses en torno a la negociación.

- *Encauzar y administrar la tecnología en favor del trabajo decente.* Esto significa que los trabajadores y directivos han de diseñar la concepción del puesto de trabajo. También implica que se adopte un enfoque de inteligencia artificial, bajo el control humano, que garantice que las decisiones definitivas serán tomadas por personas. Debería establecerse un sistema de gobernanza internacional de las plataformas digitales del trabajo que exija respeto por determinados derechos y protecciones mínimas. Los avances tecnológicos requieren de la reglamentación del uso de datos y de la responsabilidad sobre el control de los algoritmos en el mundo laboral.

45

3. Incrementar la inversión en trabajo decente y sostenible.

Recomendamos inversiones transformadoras en áreas clave, en favor del trabajo decente y sostenible, de conformidad con la Agenda 2030, para el desarrollo sostenible de las Naciones Unidas.

- *Incentivos para promover inversiones en áreas clave en favor del trabajo decente y sostenible.* Por un lado, inversiones de este tipo impulsarían la igualdad de género y, además, podrían crear millones de puestos de trabajo y nuevas oportunidades para las micro, las pequeñas y medianas empresas. Por otro lado, el desarrollo de la economía rural, del cual depende el futuro de muchos de los trabajadores del mundo, debería convertirse en una prioridad. Es necesario orientar la inversión hacia infraestructuras materiales y digitales de alta calidad

para reducir la brecha existente y apoyar la creación de servicios públicos de valor elevado.

- *Remodelar las estructuras de los incentivos empresariales en pro de las estrategias de inversión a largo plazo y explorar los indicadores suplementarios de desarrollo humano y bienestar.* Dentro de estas medidas, cabe contemplar las políticas fiscales justas, la revisión de las normativas contables empresariales, implementar una mayor representación de las partes interesadas y cambiar las prácticas de presentación de los informes. Han de adoptarse también nuevos modos de medir el desarrollo de los países para que den cuenta de las dimensiones distributivas del crecimiento, del valor del trabajo no remunerado que se realiza en el servicio doméstico y en las comunidades, así como de las externalidades de la actividad económica, por ejemplo, la degradación medioambiental¹³.

Hasta aquí la transcripción íntegra de los tres ejes referidos.

Tras la atenta lectura de estos tres ejes de actuación, que la *Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo* de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) propone, solo nos resta a todos actuar y asumir las responsabilidades inherentes de cada Estado miembro, a lo cual se nos exhorta como el principio de un camino que a cada uno de ellos compete. Siendo dicho organismo mundial rector del tema laboral, en todo el planeta, es el idóneo para servir de brújula y guía del camino que tenemos por delante, siempre más allá de los intereses políticos y económicos particulares de cada país —que siempre han existido y seguirán existiendo—, los cuales deberemos sortear para generar crecimiento, igualdad y sostenibilidad para las generaciones presentes y futuras.

4. Expectativa del futuro del trabajo en México tras la importante reforma a la Ley Federal del Trabajo del 1º de mayo de 2019

Para comenzar, conviene decir que el 24 de febrero de 2017, se publicó en el Diario Oficial de la Federación (DOF) de México la

¹³ 13 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Trabajar para un futuro más prometedor. Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo. Ginebra, 2019. Op. Cit.

trascendente reforma y adición efectuada por el Constituyente permanente al artículo 107 —relativo a las nuevas atribuciones del Poder Judicial de la Federación, para resolver juicios de índole laboral—, así como las profundas reformas efectuadas al mítico artículo 123, en su apartado A —que rige al empleo ordinario en todo el país—. Ambos son preceptos de la actual Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM)¹⁴. Sin duda, por su trascendencia, debido al *cambio de operador* de la justicia y de la seguridad social, la reforma efectuada es considerada la más trascendental en materia laboral, en un siglo de vigencia de nuestra Carta Magna.

El cambio constitucional se culminó con éxito tras un largo y complejo proceso de investigación situacional, en materia de justicia laboral, debido a que en México todavía existían y operaban, desde la Constitución mexicana promulgada en la ciudad de Querétaro el 5 de febrero de 1917, las denominadas “Juntas de Conciliación y Arbitraje”. Estas juntas funcionaban como organismos administrativos de conformación tripartita que tramitaban los conflictos en materia laboral, en todo el país, en un procedimiento de arbitraje uninstitucional que concluía con un laudo arbitral —que no sentenciaba, debido a que no era un juicio—. Al depender del poder ejecutivo, operaban con una enorme influencia política y económica para dirimir conflictos individuales y/o colectivos, tanto a nivel federal como en las 32 entidades federativas del país.

Los mexicanos contamos con una única legislación laboral para regular los complejos temas del empleo, en las relaciones individuales o colectivas, así como con un procedimiento laboral común. No obstante, sucede que la justicia laboral se tramita e imparte dependiendo del lugar en donde se dé el conflicto, con la injerencia, en gran medida, del factor político en turno a nivel federal o bien de quienes ejercen el poder en alguna de las 32 entidades locales (provinciales) en el país.

Esa peculiar manera de hacer justicia laboral, en un país tan “presidencialista” como el nuestro —en donde el factor político impone más que la norma legal—, funcionó muy bien durante casi medio siglo,

¹⁴ DECRETO DE REFORMA A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 24 de febrero de 2017. Disponible en: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5472965&fecha=24/02/2017

sobre todo, en la era de pleno empleo nacional, una etapa que duró entre las décadas de los años cincuenta a los setenta del siglo XX. Empero, después de esos años, lenta e inexorablemente, nuestros peculiares tribunales laborales, antes citados, se volvieron obsoletos y quedaron rebasados por la compleja realidad actual, en una época de globalización económica y de abiertas políticas neoliberales, que si bien obtuvieron algunos buenos resultados económicos, también evidenciaron un problema mayor —el cual aún persiste—: la injusta redistribución de la riqueza en el país y la casi total ausencia de justicia social.

Es por ello que debido a una serie de presiones de organismos nacionales e internacionales, de manera preponderante, la propia Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre todo, al haber sido México el país donde, por vez primera, se contemplaron los *derechos sociales*, en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) (en especial, en materia educativa, agraria, laboral y de protección social), resultaba más que necesario actualizar nuestros procedimientos jurisdiccionales para que estuvieran a la altura del mundo laboral de hoy y de los desafíos que presentará el siglo XXI¹⁵.

48

Fue entonces que se decidió cambiar al operador de justicia, determinándose 4 años para la extinción de las ahora anacrónicas “Juntas de Conciliación y Arbitraje” y dejándole la tarea a quienes lógicamente debían administrar justicia: *el Poder Judicial de la Federación y los Tribunales Superiores de Justicia de las 32 entidades federativas del país* que, por cierto, ya incluyen a la Ciudad de México, al tener instaurada una jurisdicción concurrente, federal y local, que depende siempre de la competencia de cada una de ellas, la cual está prevista en el artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) y en la Ley Federal del Trabajo (LFT), legislación reglamentaria del apartado A de dicho precepto constitucional.

El proceso de implementación de la reforma en materia de justicia laboral duró más de dos años, debido a que bajo el Gobierno del presidente anterior, quien tuvo un gran bono político al inicio de su gestión debido al

¹⁵ RUIZ MORENO, A, y RUIZ BUENROSTRO, A. La instrumentación de la reforma en materia de justicia laboral y de seguridad social en México. *Revista de Derecho Global. Estudios sobre Derecho y Justicia*, Año 4, número 10, noviembre 2018–febrero 2019, pp. 127-152. ISSN: 2448-5128, e-ISSN: 2448-5136.

llamado *Pacto por México*¹⁶, se hizo todo lo necesario para sacar adelante un anteproyecto de reforma laboral, muy interesante, el cual presentó algunas fallas e imprecisiones que fueron criticadas, sobre todo, por las organizaciones obreras y académicas. No obstante, al final no se logró el cometido debido a la polarización del tema electoral preexistente, donde el pueblo votó por un cambio drástico en el Gobierno federal.

Ya con el actual presidente, se elaboró otro anteproyecto diametralmente distinto, centrado en controlar en el Gobierno federal todo el tema laboral. Su objetivo era terminar con los contratos de protección laboral, el *outsourcing* y otros temas más, modificando la Ley Federal del Trabajo (LFT) en un sinnúmero de cuestiones que abarcaron, entre otras, el procedimiento laboral, en sede judicial, previsto de una manera utópica, al ser un centro único de registros de contratos colectivos y sindicatos, con una inédita figura jurídica en materia laboral: la *instancia conciliatoria* previa y obligatoria a la demanda ante los jueces laborales, la cual consiste en un procedimiento de conciliación previa, que no aplica en materia de seguridad social, al ser de competencia federal.

49

Obviamente, a tales reformas se ha opuesto todo el sector patronal, lo que produjo el lógico fenómeno del divisionismo, creándose, en consecuencia, nuevas organizaciones sindicales que intentaron quitarles fuerza a las tradicionales confederaciones y federaciones sindicales preexistentes. Sin embargo, será muy difícil erradicar del país el corporativismo sindical que duró un siglo. El punto focal de la reforma es el evidente proceso de concentración de las decisiones del Gobierno federal y la total centralización laboral de registros de organizaciones sindicales y contratos colectivos de trabajo que, desde luego, le resta fuerza a la negociación colectiva en las entidades federativas, creándose nuevas instituciones públicas para controlar y vigilar todo el tema laboral.

Así las cosas, el 1º. de mayo de 2019, se publicó en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el Decreto legislativo de reforma, que adiciona y

¹⁶ EMBAJADA DE MÉXICO EN ITALIA. Pacto por México. En él se unieron los partidos políticos más importantes del país, 2012. Disponible en: https://embamex.sre.gob.mx/bolivia/images/pdf/REFORMAS/pacto_por_mexico.pdf

deroga preceptos tanto de la Ley Federal del Trabajo como de las cuatro legislaciones más¹⁷.

Los siguientes datos puntuales podrán ilustrar la enorme trascendencia del cambio:

- Se reformaron en el mismo Decreto, además de la Ley Federal del Trabajo (LFT), cuatro leyes más: a) La Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación; b) la Ley del Seguro Social; c) la Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda de los Trabajadores y d) la Ley Federal de Defensoría de Oficio. Todo en aras de complementar a nivel nacional este *nuevo sistema de justicia laboral* que requerirá cambios legales en las 32 entidades federativas del país.
- En esencia, se efectuó una reforma sustancial de 535 artículos que modificaron más del 50% de la anterior Ley Federal del Trabajo (LFT), es decir, que transformará de manera sustancial las reglas de la libertad sindical y la negociación colectiva, tras la aprobación del Convenio 98 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), así como la impartición de justicia laboral, con un renovado procedimiento. Paulatinamente, irán desapareciendo las Juntas de Conciliación y Arbitraje, tema que se estima concluirá en cuatro años a partir de la entrada en vigor de la reforma, debido a que el único operador de la administración de justicia laboral será el Poder Judicial Federal y los Poderes Judiciales de las 32 entidades federativas del país, según su competencia.
- El 1º. de mayo de 2019, también se publicó en el Diario Oficial de la Federación (DOF) la reforma en materia sindical a los artículos 68, 69, 71, 73, 79 y 84 de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, que es la legislación reglamentaria del apartado B, del artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos

¹⁷ DECRETO DE REFORMA, adiciona y deroga la Ley Federal del Trabajo, publicado en el Diario Oficial de la Federación (DOF), el 1º de mayo de 2019, junto a las reformas efectuadas a cuatro legislaciones federales más. Disponible en: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5559130&fecha=01/05/2019

Mexicanos¹⁸, al igual que el apartado A, que regula la Ley Federal del Trabajo. Dicha reforma no siguió los trámites legislativos necesarios, pero aprovechó el momento para sacarla adelante, gracias a los diputados y senadores integrantes del Congreso de la Unión.

En lo general, los asuntos que la reforma a la Ley Federal del Trabajo, colateralmente, regula son tres:

- 1) La profunda reforma constitucional efectuada a los artículos 107 y 123, apartado A, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, del 24 de febrero de 2017.
- 2) La regulación interna a la ley, en seguimiento con la ratificación del Convenio 98 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en materia de libertad sindical y negociación colectiva, siendo uno de los 8 convenios considerados como fundamentales para la organización, fue aprobado por el Senado el 20 de septiembre de 2018 y entró en vigor el 23 de septiembre de 2019. México fue el último país latinoamericano en ratificarlo.
- 3) Sentar las bases para el cumplimiento del compromiso establecido en el “anexo 23-A” del nuevo Tratado de Libre Comercio (T-MEC), firmado entre México, Estados Unidos y Canadá en temas laborales específicos como: el establecimiento de los tribunales laborales autónomos, la justicia laboral, la democracia sindical, la equiparación de los salarios y los estándares comunes de contratación. Lo anterior, sin dejar de puntualizar que quedó condicionada la firma y ratificación del tratado a la aludida reforma laboral que, por cierto, ya ocurrió, entrando en vigor el 1º. de julio de 2020.

Esto demuestra *que México cambió su regulación laboral no por gusto, sino por necesidad*, en cuanto la dura e implacable realidad suele ser más sabia y siempre más veloz que la ciencia jurídica. Por ello, las políticas públicas nacionales, en materia laboral, deben avanzar al mismo ritmo, debido a que la misión de la ciencia jurídica y, en particular, del derecho

¹⁸ Decreto que reforma la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, reformada el 1 de mayo de 2019. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/111_010519.pdf

laboral es perseguir la compleja realidad con la idea de intentar regularla de la mejor manera.

No es posible negar que el cambio requiere de una inversión impresionante de recursos financieros, siendo un tema que no se ha querido dimensionar. Alternamente, desde la realización de este artículo ha transcurrido más de un año de la reforma, con muchas ideas, pero con proyectos no consolidados para su instrumentalización y materialización. Es más, aún se intentan efectuar nuevas modificaciones en temas complejos, como la capacitación y el adiestramiento de los jueces laborales y los conciliadores, por no hablar de los ajustes salariales obligatorios en la industria automotriz y otros temas relacionados con el Tratado de Libre Comercio (T-MEC).

En resumidas cuentas, en lo que atañe al futuro del empleo en México, vistas las actuales circunstancias, es imposible pronosticarlo. Existen tantos factores por considerar, que sería atrevido plantear escenarios probables, máxime cuando se leen los desafíos que nos ha planteado el informe rendido por la *Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo. Trabajar para un futuro más prometedor* de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

52

En este apartado, dejamos constancia de que los académicos mexicanos hemos trabajado sobre el tema del futuro del empleo y de lo que se avecina en materia laboral, lo cual se podrá constatar en el libro colectivo internacional, publicado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), intitulado: *Industria 4.0. Trabajo y Seguridad Social*¹⁹.

Sin embargo, a pesar de los cambios efectuados hasta la fecha, opino que todavía nos falta mucho por hacer, no solo por el elevadísimo coste que supone cambiar de *operador* en materia de justicia laboral y crear la infraestructura necesaria para ello, sino por la inversión colosal para operar las nuevas instituciones laborales conciliatorias en 32 entidades federativas y del Centro Federal de Conciliación y Registros Laborales de

¹⁹ RUIZ MORENO, A., RUIZ BUENROSTRO, A. y CALVILLO, S. Op. Cit.

contratos y sindicales, junto con los juzgados de lo laboral, a lo largo y ancho del país, que deben operar en toda la república en 2022.

Todos estos temas resultan incompatibles con la *política de austeridad* adoptada por el actual Gobierno federal, por lo que existen factores internos y externos que nos mueven a pensar que, sin voluntad política y sin presupuesto suficiente, habrá innumerables problemas de índole operativo, tanto a nivel federal como local.

No obstante, la dura realidad nos avisa que, más allá de la complejidad de la instrumentación legal y/o material que implica el cambio de operador de la justicia laboral, lo único cierto es que el empleo ha mudado de piel para siempre y que en la tercera década del siglo XXI lo hará aún más.

Paradójicamente, cuando más está en auge el tema de los derechos humanos en el mundo, sobreviene la pandemia y las medidas sanitarias que nos obligan al trabajo digital, lo cual implica el uso recurrente de las plataformas digitales. Así, las empresas como *Apple*, *Microsoft*, *Google* (*Alphabet*) y, desde luego, *Amazon* son consideradas las grandes ganadoras de la pandemia²⁰. Ahora mismo estamos en México en la era Zoom.

53

Entonces, la pregunta por formular es: ¿estamos realmente preparados, en América Latina, para afrontar este desafío digital?

En este orden de ideas, es posible decir que si, en algún momento se ha valorado en serio el *home office*, ha sido con ocasión de la crisis por el COVID-19. Tema sanitario que preocupa sobremanera, porque, mientras escribo este texto, México está a punto de llegar al millón de contagios y a los cien mil muertos por el virus SARS-CoV-2, siendo estadísticamente el cuarto país en número de decesos del planeta. Es más, se encuentra en el listado de los 10 países con más contagios y, para colmo, con millones de pérdidas de empleos²¹, aunque todo apunta a que se irán recuperando a

²⁰ Ver nota: Estas son las 10 empresas que más dinero ganaron a nivel mundial hasta junio por la pandemia de coronavirus. Disponible en: <https://www.eluniverso.com/noticias/2020/06/23/nota/7882005/estas-son-10-empresas-que-mas-dinero-han-ganado-nivel-mundial>

²¹ Ver nota: Inegi registra más de 15 millones de personas sin trabajo por COVID-19; mujeres son las más afectadas. Disponible en: <https://www.infobae.com/america/mexico/2020/07/27/inegi-registra-mas-de-15-millones-de-personas-sin-trabajo-por-covid-19-mujeres-son-las-mas-afectadas/>

mediano plazo. Si bien el tema sanitario es el mayor problema, se estima que la economía nacional caerá en 2020 (alrededor del 10% del PIB).

El escenario es más complejo todavía en materia laboral, porque desde marzo de 2020, cuando estuvimos confinados obligatoriamente, los tribunales laborales solo han tenido guardias y han atendido temas urgentes. Así, las audiencias de procedimientos y de seguridad social están siendo postergadas, dada la parálisis de este servicio esencial de justicia, debido a las medidas de seguridad impuestas tanto por el Gobierno federal como local. Dicho todo en cinco palabras: México afronta la tormenta perfecta.

5. Breves conclusiones

Acerca del futuro del trabajo global, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) confía en que opere adecuada y responsablemente la estructura tripartita, para que los representantes de los gobiernos, los empleadores y los sindicatos nacionales hagan la parte que les corresponde tanto en lo que atañe al diagnóstico situacional de cada país, como en cuanto a la prospectiva futura de alcanzar empleos dignos para todos.

54

Parece casi una utopía que en México se dé el diálogo social constructivo propuesto por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), para alcanzar un genuino *pacto social*, estando incierto el futuro del trabajo nacional, debido a la polarización ideológica. Es oportuno aquí parafrasear al leído escritor español y miembro de la RAE, Arturo Pérez-Reverte, al decir “no hay que tener ideología, sino biblioteca”. Alguien tiene que ceder para comenzar el diálogo social y, ahora mismo, no están dadas las condiciones para que se sienten a dialogar los empleadores, los trabajadores y el Gobierno federal, que debe convocarlos.

Por otra parte, Latinoamérica tiene una enorme tarea pendiente: terminar con la polarización ideológica para poder avanzar mediante el conocimiento científico. La Organización Internacional del Trabajo (OIT) establece que uno de los grandes temas del centenario es el *diálogo social*, para alcanzar un nuevo consenso al través de un *pacto social*, lo cual requiere de la participación proactiva de los factores de la producción, con

el objetivo de lograr una conversación intersectorial. Todo ello se hace con miras a intentar fortalecer a las organizaciones democráticas e independientes para que interactúen entre sí, en condiciones de confianza y respeto mutuo.

Al modificarse las nuevas formas de empleo y del trabajo, en general, (*trabajo total*, le llama la Organización Internacional del Trabajo), al incluir tanto al sector formal como al informal, será necesario reconfigurar las actuales figuras jurídicas, en aras de regular de mejor manera temas como: *la subordinación, la retribución, los centros de trabajo y los horarios*. Es necesario revisar si siguen siendo factores suficientes para acreditar la existencia de una relación de trabajo digital, que lleve a la ineludible obligación de otorgarles el servicio de la seguridad social a quienes trabajan virtualmente, donde quiera que se encuentren. La tecnología nos permite hacerlo, aunque debemos utilizarla como lo que es: una simple herramienta y no más.

El desafío exige tomar decisiones sociales, por medio de políticas públicas de largo aliento y de una innovadora regulación jurídica acorde con esta nueva y compleja realidad de la tercera década del siglo XXI. A fin de cuentas, se halla en juego, nada más y nada menos, que el futuro del trabajo decente y el bienestar de nuestros hijos, de nuestros pueblos y del mundo entero.

El trabajo digno nos dignifica y es lo único que le da verdadero sentido a nuestra propia existencia.

En ese contexto laboral, la seguridad social está siendo llamada a dejar de ser el cabús del tren, como siempre se la ha considerado, para convertirse, de una buena vez, en la máquina que guía y hala al empleo, por la sencilla razón que la seguridad social siempre ha evolucionado más y mejor en época de crisis. Así sea.

LOS RIESGOS PSICOSOCIALES Y EL TRABAJO EN CASA DURANTE LA EMERGENCIA SANITARIA

Neidi Soraida Aldana*

Resumen: El presente artículo tiene como finalidad analizar las consecuencias laborales que se generaron en virtud de la declaratoria mundial de pandemia y las implicaciones derivadas de la decisión del Estado colombiano de declarar estado de emergencia económica, social y ecológica. Para lograr este objetivo, se conceptualizarán términos, como *trabajo en casa y teletrabajo*, su diferenciación y el impacto que tienen estas modalidades laborales, así como los riesgos psicosociales que conllevan. También se observarán las consecuencias en la mujer y el trabajo digno, para culminar en una reflexión de naturaleza académica que sea de utilidad como referente de consulta.

56

Palabras clave: Trabajo en casa, teletrabajo, riesgo psicosocial, COVID-19, emergencia sanitaria, trabajo digno

Introducción

En la actualidad, el teletrabajo es una alternativa con la que cuentan las empresas para efectivizar la productividad de sus trabajadores, mediante la implementación de estrategias eficaces que se integren con el uso de las tecnologías de la información y de la comunicación (TIC). De esta manera, están acordes con el entorno globalizado de las nuevas realidades tecnológicas.

Desde el año 2012, con la Ley 1221 y el Decreto 0884, se reglamentó el teletrabajo en Colombia. En estas disposiciones normativas se le reconoce como una modalidad laboral que integra, por un lado, las

* Abogada egresada de la Universidad Libre de Colombia, seccional Bogotá. Estudiante de la especialización en Derecho Laboral y Seguridad Social de la Universidad Libre

garantías de seguridad social y sindicales y, por otro, aquel que estipula las condiciones laborales de los teletrabajadores, así como las relaciones del teletrabajador y el empleador, la dependencia, las obligaciones de las distintas entidades y de las administradoras de riesgos laborales (ARL). Así, se determina la labor que cumple al permitir el desarrollo de los principios de igualdad, voluntariedad y reversibilidad propios de este modelo.

Cabe señalar que, según las cifras de Eurostat, solo el 5.2% de la población activa en Colombia ejecuta la prestación de servicios bajo la modalidad de teletrabajo (Segura, 2020). Por su parte, el Centro Nacional de Consultoría, la Corporación Colombia Digital y el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC), en el cuarto estudio de inserción del teletrabajo en las empresas colombianas, realizado en 2018, arrojó como resultado una consolidación de esta modalidad con 122 mil trabajadores, en comparación con los 31553 que se dieron para el año 2012.

Ahora bien, ante la llegada del COVID-19 a Colombia, las autoridades nacionales han tomado medidas urgentes para enfrentar la crisis. El Ministerio de Trabajo expidió la Circular N.º 0021, del 17 de marzo de 2020, en la que da una serie de acciones de protección al empleo por la declaratoria de emergencia sanitaria, como consecuencia de la calificación del coronavirus SARS-CoV-2 como pandemia, por la Organización Mundial de la Salud (en adelante OMS). De manera que, mediante la anterior circular, se insta a los empleadores a que permitan el trabajo en casa por parte de sus trabajadores, al tiempo que se promueve el teletrabajo y otras disposiciones que, por la situación de crisis, podrían ser útiles para la contención de la enfermedad. Para el Ministerio de Trabajo, el trabajo en casa se usa como medida temporal, ocasional y excepcional que no debe cumplir con los requisitos instituidos para el teletrabajo, al ser una alternativa para el desarrollo del trabajo en el marco de la emergencia económica (Circular 0021, 2020).

Así las cosas, se hizo necesario, por un lado, mutar a una categoría de trabajo que permitiera en forma ágil y sin dilación que el trabajador desempeñara funciones propias en casa, a lo que se denominó *trabajo en casa*, por parte del Gobierno nacional y, por otro lado, se tiene la modalidad

del *teletrabajo*, el cual se implementó desde el año 2012. Por lo expuesto, se hace necesaria la diferenciación entre los conceptos *de teletrabajo y trabajo en casa*, de tal manera que se comprenda en qué consiste cada uno de ellos y bajo qué rigor normativo resultan procedentes.

Paralelamente, ante tal análisis conceptual, es pertinente ahondar en la importancia de cuidar el recurso humano que trabaja desde la casa y lograr determinar si esta modalidad laboral genera algún riesgo psicosocial en el trabajador. Lo anterior, debido a que la Circular N.º0021 del 17 de marzo del 2020, precisa que la salud en el trabajo se basa en la búsqueda de la promoción y el mantenimiento del bienestar no solo físico, sino mental y social de todos los trabajadores, además de enfatizar que los empleos deben ser adecuados a las aptitudes fisiológicas y psicológicas. Por su parte, Gollac (2011) considera que los riesgos psicosociales se generan por las condiciones del trabajo, las relaciones y los factores organizacionales que se relacionan con el funcionamiento mental.

A partir de lo anterior, surge la pregunta: ¿cuáles son los riesgos psicosociales a los que están expuestos los trabajadores, en el marco del teletrabajo y el trabajo en casa? Por tanto, este texto tiene como objetivo principal determinar los riesgos psicosociales a los que están expuestos los trabajadores, en el marco del teletrabajo y el trabajo en casa. Al tiempo, quiere analizar la diferencia entre el teletrabajo y el trabajo en casa, distinguir los riesgos psicosociales a los que se exponen los trabajadores en la modalidad de trabajo en casa y de teletrabajo y establecer las especificidades de los riesgos que surgen en la modalidad de trabajo en casa.

El teletrabajo y el trabajo en casa: diferencias y similitudes

El teletrabajo

Es definido, por primera vez, por el físico Jack M. Nilles, en la Universidad de California del Sur. En su investigación, establece que la modalidad de teletrabajo surge como una necesidad para evitar el desplazamiento a los lugares de trabajo y así potencializar y maximizar las labores por desarrollar. Él define esta actividad, en principio, como: *teledesplazarse y teletrabajo*, el cual consiste en trabajar con el uso de las

tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC) (Suárez, 2016, p.20).

Por otra parte, la Organización Internacional del Trabajo considera que existen varios términos con los que se relaciona el *teledesplazamiento*. Estos son: trabajo en línea, virtual, remoto, a distancia, a domicilio, flexible, distribuido, entre otros. Todos son utilizados como sinónimos del teletrabajo; no obstante, qué mal se hace al sobrestimar su importancia, dándoles el mismo significado (Organización Internacional del Trabajo—OIT—, 2016, p.2). En suma, lo que la organización deja claro es que este fenómeno genera dificultades al momento de tratar de definirlo.

En la actualidad, el teletrabajo es considerado como una manera de organizar el trabajo desde un lugar diferente a la empresa, la planta de producción o el domicilio principal designado por el empleador, que evita el contacto físico con los demás compañeros y que permite que se desarrolle la labor con la ayuda de las Tecnologías de la Comunicación (en adelante TIC). Por su parte, la Organización Internacional del Trabajo (2016) indica que “el trabajo se ejecuta de manera individual o colectiva y se puede aplicar a trabajadores asalariados o independientes” (p.3).

59

En relación con los beneficios de la implementación de esta modalidad de trabajo, Peñaloza (2012) considera que existen dos: i) los económicos, en cuanto a la reducción de costos por desplazamiento, transporte, alimentación y vestuario. Y frente al trabajo, indica que hay un aumento de la productividad y un ahorro de tiempo para el desarrollo de las actividades desde la óptica del trabajador y ii) los sociales, que se reflejan en una buena salud mental, al no tener que soportar el estrés que genera el traslado al lugar de trabajo y promover el fortalecimiento de los lazos familiares y el disfrute de la tranquilidad que otorga el estar en casa (p.32).

Las tecnologías de la información y las comunicaciones han cambiado la vida de las personas y el modo de apreciar y elaborar el trabajo. Por ello, han sido usadas por las empresas como una oportunidad de mejora continua, de transformación de procesos productivos, de modificación de las prácticas tradicionales y como progreso a una nueva modalidad de trabajo. Para Arcos (2017), la razón que justifica al

teletrabajo es la evolución de las tecnologías, al punto en que la información llega directamente a nosotros sin importar en dónde estemos (p.5).

El teletrabajo se concibe, para el ordenamiento jurídico colombiano, como una organización laboral para la realización de tareas sin depender de la asistencia física del trabajador en el sitio de trabajo designado por el empleador. Esta figura se presenta en labores remuneradas y por prestación de servicios y se desarrolla dentro de un horario laboral establecido, lo que le permite al teletrabajador realizar sus labores desde cualquier lugar, con el aprovechamiento de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC), por parte de las empresas públicas y privadas (Ley 1221, 2008, art.2).

Precisamente, el avance normativo del teletrabajo en el territorio colombiano se da con la expedición de la Ley 1221, de 2008, y el Decreto reglamentario 884, de 2012, compilado en el Decreto 1072, de 2015¹, en el cual se dan las bases para que las empresas públicas y privadas implementen el teletrabajo, bajo una seguridad jurídica, que permita un aumento de la productividad y una reducción de los costos. A su vez, admite que los niveles de vida del trabajador mejoren y se presenten óptimas relaciones entre compañeros de trabajo. También se evidencia mayor inclusión social de las personas en situación de discapacidad, además de estimular el uso de nuevas tecnologías y, asimismo, ayudar al medio ambiente².

Frente al particular, la Ley 1221 de 2008 establece tres clases de teletrabajo o de teletrabajador, dependiendo del perfil y la clase de funciones que debe desempeñar. Estas son: i) autónomo, que consiste en el desarrollo de actividades propias del trabajo desde cualquier lugar a elección de los empleados o independientes; ii) suplementario, en él, el trabajo se hace alternado entre la oficina y la casa, se teletrabaja, al menos, dos días por semana, y iii) móvil: en esta modalidad, los trabajadores hacen

¹ Específicamente, en el Capítulo 5, título 1, parte 2, del libro 2.

² Para mayor información consulte el texto titulado: "Todo lo que se debe saber sobre el teletrabajo". Disponible en: www.mintic.gov.co/portal/inicio/Sala-de-Prensa/Noticias/126148:Todo-lo-que-se-debe-saber-sobre-el-teletrabajo

uso de los dispositivos portátiles para el cumplimiento de las tareas laborales sin definición de un espacio físico concreto.

En cuanto a los motivos que llevaron al Estado colombiano a reglar el tema están: la necesidad de hacer frente al desempleo usando las TIC, lo cual permite el auge de un nuevo modelo laboral, donde la comunidad pueda hacer uso de las tecnologías, así como brindar especial protección a la mujer cabeza de familia, para que pueda ejercer actividades económicas rentables y, por último, aumentar el trabajo para las personas con limitaciones. Es por ello que, mediante el artículo 3, parágrafo 1, de la Ley 1221 de 2008, se establece dar prelación al uso del teletrabajo a las personas en situación de discapacidad, a las mujeres cabeza de hogar, a la población desplazada, a la población en aislamiento geográfico o en reclusión, entre otros.

Por otro lado, la Corte Constitucional precisó que el teletrabajo no puede ser ejercido por cualquier persona, porque, primero, se deben tener en cuenta las funciones del empleado y las propias disposiciones del trabajo, las cuales deben poder realizarse por fuera de la oficina. Para ello, es necesario que el empleador especifique los objetivos y las metas que debe cumplir el trabajador, además del tiempo designado para su desarrollo. Así, el trabajador no será sometido a cargas adicionales, sin recibir remuneración por estas, toda vez que, en este punto, las medidas legales de la carga laboral, las horas extras y el trabajo nocturno no son aplicables (Sentencia T-254, 2016). Asimismo, la vinculación en esta modalidad debe ser voluntaria y cumplir con todos los requisitos legales.

Ahora bien, esta modalidad de trabajo está acorde con la tendencia internacional de subordinación necesaria, que evita la vulneración de los derechos laborales del trabajador. Es decir, no pueden ser sometidos a excesivas cargas de trabajo, se les debe pagar bajo las mismas condiciones que a los trabajadores tradicionales (Sentencia. C-351, 2013) y se les debe garantizar la protección en seguridad social, pensión, salud, riesgos y subsidio familiar. Frente a esta última, la Corte especificó que es una prestación propia de los asalariados, que funciona como un alivio de cargas económicas, mediante el reconocimiento de una cuota monetaria para el bienestar de la familia (Sentencia C-337, 2011).

Para su implementación, es necesario que se cumpla con los requerimientos organizacionales, tecnológicos y jurídicos, de acuerdo con los parámetros establecidos en la ley. Además, los empleadores del sector privado deben dar cumplimiento a los requisitos determinados en el Código Sustantivo del Trabajo (CST), artículo 39. A su vez, el sector público aplica las disposiciones vigentes que regulan estas relaciones³. Tratándose de las obligaciones, cada sector tiene las propias.

Dichas obligaciones, se exponen a continuación:

Cuadro 1. *El teletrabajo en los dos sectores de la economía*

SECTOR PRIVADO	SECTOR PÚBLICO
El teletrabajo es voluntario, como acto libre a solicitud del empleado.	Para realizar el teletrabajo, se debe tener en cuenta la voluntariedad y pasar por una selección.
Debe darse mediante un acuerdo o por medio de un contrato de teletrabajo.	Debe adaptarse al manual de funciones y competencias laborales.
El reglamento interno de trabajo debe contar con un capítulo de teletrabajo, que integre los elementos organizacionales, tecnológicos y jurídicos propios de esta modalidad.	Incorporar mediante Resolución interna las condiciones para el desarrollo del teletrabajo.

³ Decreto 884 de 2012, artículo 3. Contrato o vinculación de teletrabajo. “El contrato o vinculación que se genere en esta forma de organización laboral de teletrabajo debe cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 39 del Código Sustantivo del Trabajo y de la Seguridad Social para los trabajadores particulares y en las disposiciones vigentes que rigen las relaciones con los servidores públicos, y con las garantías a que se refiere el artículo 6° de la Ley 1221 de 2008, y especialmente deberá indicar: 1. Las condiciones de servicio, los medios tecnológicos y de ambiente requeridos y la forma de ejecutar el mismo en condiciones de tiempo y si es posible de espacio. 2. Determinar los días y los horarios en que el teletrabajador realizará sus actividades para efectos de delimitar la responsabilidad en caso de accidente de trabajo y evitar el desconocimiento de la jornada máxima legal. 3. Definir las responsabilidades en cuanto a la custodia de los elementos de trabajo y fijar el procedimiento de la entrega por parte del teletrabajador al momento de finalizar la modalidad de teletrabajo. 4. Las medidas de seguridad informática que debe conocer y cumplir el teletrabajador. Parágrafo. En caso de contratar o vincular por primera vez a un teletrabajador, este no podrá exigir posteriormente realizar su trabajo en las instalaciones del empleador, a no ser que las partes de común acuerdo modifiquen lo inicialmente pactado y en dado caso dejaría de ser teletrabajador. Si previamente existe un contrato de trabajo o vinculación laboral y las partes de común acuerdo optan por el teletrabajo, el acuerdo que firmen deberá contener los elementos descritos en el presente artículo y será anexado al contrato de trabajo o a la hoja de vida del empleado.”

SECTOR PRIVADO	SECTOR PÚBLICO
Afiliación de los teletrabajadores al sistema de seguridad social integral. El pago de la afiliación se hace en la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes (PILA).	Afiliación de los teletrabajadores al sistema seguridad social integral.
La posibilidad de reversar el teletrabajo, por parte del empleador o el teletrabajador.	Resolución individual. Mediante acto administrativo, se otorga la condición de teletrabajador.
	Reversibilidad del teletrabajo por parte de la entidad pública o el teletrabajador.

Fuente: Decreto 884 de 2012, compilado en el Decreto 1072 de 2015 (Capítulo 5, del título 1, de la parte 2, del libro 2).

En síntesis, para que se pueda ejecutar el teletrabajo, deben concurrir las siguientes características: i) afiliar al teletrabajador al Sistema de Seguridad Social Integral; ii) cumplir con las condiciones de seguridad y salud en el trabajo con acompañamiento de las administradoras de riesgos laborales (ARL) e instar al teletrabajador a entregar el auto reporte de las condiciones laborales; iii) establecer los horarios y los días de teletrabajo (relación de dependencia) y iv) determinar las obligaciones del sector público y privado y, en general, dar cumplimiento al ordenamiento jurídico.

El trabajo en casa

Es una clase de trabajo que toma fuerza en virtud de la declaratoria de pandemia hecha por la Organización Mundial de la Salud (OMS), a raíz de la propagación del coronavirus SARS-CoV-2, también denominado COVID-19, en la que se insta a los países a tomar medidas urgentes para enfrentar la crisis. En consecuencia, el Gobierno nacional implementa acciones oportunas para mitigar la propagación de la enfermedad. El Ministerio de Salud y Protección Social, mediante la Resolución 385 del 12 de marzo de 2020, declaró el estado de emergencia sanitaria en el territorio nacional. Posterior a ello, la Presidencia de la República,

mediante el Decreto legislativo 417 del 17 de marzo, decretó el estado de emergencia económica, social y ecológica. Es así como el Ministerio de Trabajo, mediante Circular 0021 del 17 de marzo de 2020, dio los lineamientos que les permiten a las entidades públicas y privadas hacer uso de la modalidad de trabajo en casa, en procura de la protección de la salud de todos los trabajadores del territorio colombiano.

Por consiguiente, procede la entidad a definir el trabajo en casa como una modalidad de trabajo diferente al teletrabajo, que se presenta por una situación ocasional, temporal y excepcional y que se puede implementar en cualquier sector de la economía. Además, se encuadra en el numeral 4, del artículo 6, de la Ley 1221 de 2008 e indica que este define el alcance de lo que debe entenderse como trabajo en casa⁴. Sin embargo, para este tipo de trabajo no le es aplicable la exigencia del cumplimiento de requisitos instituidos en la ley, pues basta con el acuerdo entre trabajador y empleador para su desarrollo (Circular 0021, 2020).

De la misma manera, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, en diversas circulares, adoptó para sus funcionarios públicos la modalidad de trabajo en casa. Pero, en este caso particular, lo denominó trabajo remoto, porque consiste en el desarrollo de las actividades propias de los colaboradores, pero desde la casa, con el mismo horario y los mismos compromisos; solo que se realiza mediante la habilitación del acceso remoto de la información, que se maneja en la entidad, apoyándose en el recurso de las TIC y ejecutando un sistema de seguimiento de las actividades.

Al mismo tiempo, otras entidades del orden público emitieron las directrices a sus colaboradores para el desempeño de las actividades laborales desde la casa, pero esta disposición no se aplicó a todos los trabajadores, al demandar un esfuerzo adicional, en cuanto a tecnología y logística. No obstante, el primer sector en tomar las medidas para evitar la propagación del virus fue el educativo. El Ministerio de Educación ordenó a todas las entidades educativas realizar el trabajo académico en casa, lo que llevó a que todas las escuelas, los colegios, los centros educativos y las

⁴ Ley 1221 de 2008, artículo 6, parágrafo 4. “Una persona que tenga la condición de asalariado no se considerará teletrabajador por el mero hecho de realizar ocasionalmente su trabajo como asalariado en su domicilio o en lugar distinto de los locales de trabajo del empleador, en vez de realizarlo en su lugar de trabajo habitual.”

universidades optaran por el uso de herramientas tecnológicas que les permitieran seguir trabajando y, a su vez, seguir impartiendo conocimiento (Directiva No. 3, 2020).

Es preciso advertir que este compendio de medidas adoptadas por el Gobierno con la expedición del Decreto legislativo 457 del 22 de marzo de 2020 ordena el aislamiento preventivo obligatorio. Circunstancia que dificultó el desarrollo de las actividades laborales en la forma que se hacían habitualmente, puesto que los lineamientos dados por las entidades públicas, referentes al trabajo en casa, en su mayoría, no eran de obligatorio cumplimiento, pero a partir de esta directriz, sí lo eran. Por tal motivo, nuevamente, el Ministerio de Trabajo hace un llamado a todas las entidades del orden público y privado a usar otro tipo de mecanismos laborales, como el trabajo en casa, el teletrabajo, los permisos remunerados, las jornadas laborales flexibles, entre otros, que permitan contener el contagio por el COVID-19 y, al mismo tiempo, sostener la economía.

Según la Organización Mundial de la Salud (OMS), este tipo de medidas son urgentes y necesarias para la protección del trabajador, además, resaltan la importancia de sostener los puestos de trabajo, los salarios, la permanencia de los contratos de trabajo y el nivel de vida de los trabajadores y sus familias (p.10).

Consecuente con lo anterior, el Gobierno nacional, mediante el Decreto 491 del 28 de marzo de 2020, adoptó medidas urgentes para proteger a los funcionarios públicos, a los contratistas y a los particulares en ejercicio de las funciones públicas. En síntesis, exhortó a que los servicios a su cargo se desarrollen bajo la modalidad de trabajo en casa, con el apoyo de las TIC. De igual modo, el Decreto 593 del 24 abril de 2020 extendió el aislamiento preventivo obligatorio y consagró en el artículo 4 una recomendación dirigida a las entidades públicas y privadas para que desarrollen las obligaciones y funciones en la modalidad de trabajo en casa o teletrabajo hasta el levantamiento de las medidas de confinamiento. En definitiva, el trabajo en casa se presentó como una alternativa útil para mantener las relaciones laborales en el marco de la emergencia sanitaria actual.

Diferencias entre el teletrabajo y el trabajo en casa

Identificados los puntos de análisis del presente artículo: el teletrabajo y el trabajo en casa, se procede a establecer las diferencias existentes entre estos dos conceptos.

- La definición del teletrabajo se ha construido por la doctrina, la ley, la jurisprudencia y los organismos internacionales. Por su parte, el trabajo en casa es un término acuñado por el ordenamiento jurídico colombiano, a raíz de la emergencia sanitaria declarada por el COVID-19.
- Si bien es cierto que el trabajo en casa y el teletrabajo son modalidades laborales que permiten el uso de las TIC, también lo es que no son lo mismo. El trabajo en casa no es teletrabajo; es una medida de urgencia para el desarrollo de las actividades laborales dentro de la actual emergencia sanitaria.
- El teletrabajo está reglamentado por la Ley 1221 de 2008 y el Decreto 884 de 2012, compilado en el Decreto 1072 de 2015, (capítulo 5, del título 1, de la parte 2 del libro 2). El trabajo en casa no estaba en el ordenamiento jurídico hasta que el Ministerio de Trabajo, mediante la Resolución 021 de 2020, lo enmarcó en el numeral 4, del artículo 6, de la Ley 1221 de 2008, además de definirlo para efectos de su implementación en la contingencia.
- Para su adopción, el teletrabajo debe cumplir con requerimientos organizacionales, tecnológicos y jurídicos; en cambio, el trabajo en casa no tiene mayor rigurosidad, solo requiere cumplir con las labores propias de cada trabajador, pero desde la casa, en lo que duren las medidas impuestas por el Gobierno frente a la crisis.
- El teletrabajo debe ser voluntario, a solicitud del trabajador. Se hace por contrato, pacto o acto administrativo y se presenta la figura de la reversibilidad. Por su parte, el trabajo en casa, únicamente, requiere un acuerdo entre el empleador y el trabajador.

- En las dos modalidades, se debe cumplir con la afiliación al Sistema de Seguridad Social Integral, pero tratándose de la labor, en cuanto a cobertura que hace la administradora de riesgos laborales (ARL), hay que mencionar que esta entidad debe hacer acompañamiento en el teletrabajo y verificar los posibles riesgos a los que esté expuesto el teletrabajador, *contrario sensu*, las disposiciones normativas expedidas en el estado de emergencia no son claras frente a la cobertura de las Administradoras de Riesgos Laborales (ARL) con respecto a las contingencias presentes en el trabajo en casa.
- Es obligatorio que las entidades públicas y privadas impartan capacitaciones específicas aplicables al teletrabajo. Respecto al trabajo en casa, no se hizo obligatorio este punto por la premura en su implementación.
- Se debe dar cumplimiento a unas especificaciones técnicas en el domicilio del trabajador para que realice el teletrabajo; entre otras: contar con un computador, tener conexión a internet, banda ancha, contar con una silla y un escritorio avalados por la Administrador de Riesgos Laborales (ARL). El lugar de trabajo debe tener buena iluminación y cumplir con los requisitos de seguridad e higiene. En cambio, para el trabajo en casa solo es necesario un computador, una *tablet* o un dispositivo móvil con conexión a internet.

En definitiva, las dos figuras tienen algunos aspectos similares como: la subordinación, el informe del desarrollo de las actividades, el uso de las TIC, la estipulación de un horario de trabajo, mutuo disenso tácito y la supervisión del empleador o la entidad pública frente a la ejecución de los deberes por parte del teletrabajador o trabajador en casa.

Riesgos psicosociales a los que se exponen los trabajadores en la modalidad de trabajo en casa y de teletrabajo

Gollac (como se citó en Rubbini. 2012) considera que “los riesgos psicosociales en el trabajo son los riesgos para la salud mental, física y social, ocasionados por las condiciones de empleo y los factores

organizacionales y relacionales susceptibles de interactuar con el funcionamiento mental” (p.3).

Entre los factores de riesgos psicosocial, se encuentran: i) los factores del entorno y del puesto de trabajo relacionados con las cargas laborales, las extensas jornadas, la falta de adaptación ergonómica, además de no tener claras las funciones por desempeñar y un ritmo de trabajo elevado; ii) los factores organizacionales se visibilizan en la deficiente supervisión, la falta de apoyo y la ausente prevención de riesgos, la discriminación y los bajos salarios; iii) en las relaciones de trabajo, se puede presentar violencia laboral o sexual y acoso laboral (mobbing); iv) respecto a la seguridad en el empleo, no se tiene certeza sobre la estabilidad laboral y no hay un reconocimiento por parte de la empresa, que permita promocionarse y desarrollar la carrera. Finalmente, se evidencia v) una carga total de trabajo, que conlleva jornadas extensas de trabajo, doble turno, falta de tiempo para estar con la familia y poco descanso (Organización Mundial de la Salud —OIT—, 2013, p.2).

En Colombia, en materia de protección ante los riesgos psicosociales, se encuentra, en primer lugar, el Decreto 614 de 1984 que tiene por objeto el mejoramiento y el mantenimiento de la calidad de vida del trabajador, así como su protección frente a los riesgos que se presentan por agentes químicos, físicos, biológicos, psicosociales, mecánicos, eléctricos, entre otros. En segundo lugar, está la Ley 1010 de 2006, como herramienta legal que busca prevenir, corregir y sancionar el acoso laboral y otras clases de hostigamientos presentes en las relaciones laborales. En tercer lugar, la Resolución 2646 de 2008 define las responsabilidades de los actores sociales frente a la identificación, evaluación y prevención ante la exposición a los distintos factores de riesgos psicosociales a los que están sometidos los trabajadores y el estudio del origen de las patologías relacionadas con el estrés ocupacional. En cuarto lugar, la Ley 1562 de 2012 modifica el Sistema General de Riesgos Laborales. En quinto lugar, el Decreto 1477 de 2014 adopta las tablas de enfermedades laborales y, por último, está la Resolución 2404 de 2019. Cabe señalar que existe un gran número de normas, pero se quiso dar una breve generalidad del panorama evidente en el ordenamiento jurídico colombiano.

Con esto en mente, se entiende que los factores de riesgo psicosociales son condiciones que pueden causar efectos en la salud del trabajador, como: enfermedad física o mental, estrés, trastornos de la personalidad, depresión, insomnio, problemas cardíacos o digestivos, biomecánicos, etc., que se dan por aspectos intralaborales, extralaborales e individuales. El teletrabajador también está expuesto a factores que puedan desencadenar en accidentes de trabajo o enfermedades laborales. Por ello, el empleador debe incorporar en el reglamento interno o mediante Resolución las condiciones especiales para la prevención del riesgo laboral. Además, la Administradora de Riesgos Laborales (ARL) está obligada a entregar al empleador y al teletrabajador la guía técnica para la promoción de la salud y la prevención de riesgos laborales.

Dentro de este contexto, se procederá a enumerar algunos de los factores de riesgos psicosociales presentes en el teletrabajo y el trabajo en casa.

El estrés, para la Organización Mundial de la Salud (OMS) (2016) consiste en una respuesta emocional y física por un daño causado y es el primer signo de riesgo psicosocial que puede tener consecuencias en la salud mental, física y el bienestar del trabajador (p.2). En otros términos, es definido por la Resolución 2646 de 2008, al decir que es la “respuesta de un trabajador tanto a nivel fisiológico, psicológico como conductual, en su intento de adaptarse a las demandas resultantes de la interacción de sus condiciones individuales, intralaborales y extralaborales” (art. 3, literal g).

Por ende, las respuestas ante una situación de estrés son de tres tipos: i) cognoscitivo, porque mediante procesos de percepción y de pensamiento se evalúan las diversas situaciones para su clasificación como amenazantes, o no, al mismo tiempo que se valoran las reacciones emocionales de agresividad, miedo, angustia, desesperanza, soledad, etc.; ii) fisiológico: es la activación del mecanismo que manifiesta las alteraciones en la salud por el estrés y iii) de respuestas motoras, al explicar la reacción de lucha o de huida (Ministerio del Trabajo, 2014).

En concreto, el Decreto 1477 de 2014 establece la tabla actual de enfermedades laborales y en ella, desarrolla las distintas patologías que se pueden generar por el estrés, a saber:

- | | |
|--|---|
| <ul style="list-style-type: none"> ➤ Trastornos psicóticos agudos y transitorios. ➤ Episodios depresivos. ➤ Trastorno de pánico. ➤ Trastorno de ansiedad generalizado. ➤ Trastorno mixto de ansiedad y depresión. ➤ Reacción a estrés grave. ➤ Trastornos de adaptación. ➤ Trastornos adaptativos, con humor ansioso, con humor depresivo, con humor mixto, con alteraciones del comportamiento, o mixto con alteraciones de las emociones y del comportamiento. ➤ Úlcera gástrica. ➤ Úlcera duodenal. ➤ Úlcera gastro-yeyunal. | <ul style="list-style-type: none"> ➤ Úlcera péptica de sitio no especificado. ➤ Gastritis crónica no especificada. ➤ Dispepsia. ➤ Hipertensión arterial secundaria ➤ Angina de pecho ➤ Cardiopatía isquémica. ➤ Infarto agudo de miocardio. ➤ Enfermedad cerebro vascular. ➤ Encefalopatía hipertensiva. ➤ Ataque isquémico cerebral transitorio sin especificar. ➤ Síndrome de colon irritable con diarrea. ➤ Síndrome de colon irritable sin diarrea. ➤ Trastornos del sueño debidos a factores no orgánicos. ➤ Estrés postraumático. ➤ Síndrome de agotamiento profesional. (Síndrome de Burnout) |
|--|---|

Estas patologías derivadas del estrés se originan por una relación dinámica de la percepción y la experiencia, en la que influyen directamente los siguientes aspectos:

- a) Intralaborales:** son dominios relacionados con la cantidad de actividades por desarrollar, el control que se tiene del trabajo, el liderazgo, las relaciones sociales laborales y las recompensas.
- b) Extralaborales:** son aquellos relacionados con el entorno social, familiar y económico. Además, tiene influencia el lugar en el que vive el trabajador, el tiempo que pasa fuera del trabajo, la calidad de las relaciones con la familia, los canales de comunicación, las relaciones interpersonales. En suma, lo compone la influencia que tiene el entorno extralaboral.
- c) Individuales:** son las características propias del trabajador, entre las que están tópicos sociodemográficos tales como: la edad, el estado civil, el sexo, la educación, la profesión, la ubicación del domicilio, el nivel socioeconómico, los familiares dependientes y el tipo de

vivienda. Existen otros aspectos para tener en cuenta como: el tipo de contrato, la antigüedad en la labor, la modalidad de pago, el tipo de cargo, el horario de trabajo y el lugar donde se desempeñan las funciones (Resolución 02646, 2008).

De manera rápida y a modo de síntesis, se repasan los aspectos más relevantes de las causas de los riesgos psicosociales en el teletrabajador:

a) Control y autonomía en el trabajo: es propio que el teletrabajador tenga un mayor control de sus actividades si está trabajando fuera de la oficina; no obstante, muchos factores convergen en este aspecto y generan un efecto contrario a lo esperado. Por ejemplo, el no saber manejar la falta de supervisión es algo que puede variar el ritmo laboral que lleve a represar actividades. Además, la falta de control directo puede generar bajo rendimiento o exceso de cargas laborales que, al no controlarse, desembocan en estrés.

b) Uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC): en esencia, el teletrabajo se relaciona con el uso de las TIC. Es más, varios teóricos han establecido que esta modalidad de trabajo se da gracias al desarrollo de las tecnologías. Por tal motivo, el uso de herramientas tecnológicas es obligatorio para el teletrabajador, lo que puede generarle una dificultad para el desarrollo de las tareas asignadas, por la falta de adaptación, problemas de conexión, poca agilidad y falta de soporte técnico inmediato. Todos estos factores desarrollan patologías asociadas con el estrés.

c) Relaciones sociales: el teletrabajador se relaciona menos con sus compañeros de trabajo. Esta situación conduce a que se tengan sentimientos de soledad y se generen problemas de interacción laboral, aislamiento y sensación de dificultad para entablar cualquier relación. En este punto, se presentan enfermedades mentales y sociales.

d) Flexibilidad en los horarios: ha quedado claro, en el desarrollo del artículo, que es una característica de la modalidad del teletrabajo la estipulación del horario y la jornada en la que se deben gestionar los

objetivos planteados. No obstante, el teletrabajador está en libertad del manejarlos. En otras palabras, él puede realizar sus actividades antes o después, siempre que dé cumplimiento y haga sus entregas oportunamente conforme a los plazos establecidos por el empleador. Este aspecto le permite dedicar tiempo a la vida laboral, familiar y profesional, pero de no hacerlo bien, se deben asumir consecuencias como extensión de la jornada laboral, sobrecarga laboral, conflictos en el trabajo, con la familia y posible bajo desempeño profesional.

e) Conciliación de la vida personal, familiar y laboral: como se enunció en el acápite anterior, la convergencia de vida personal, familiar y laboral es más compleja para el teletrabajador y esto se debe, en gran medida, a que tiene que sobrellevar las tres cargas al mismo tiempo y en el mismo espacio. Por ello, se hace esencial la delimitación del lugar de trabajo, los horarios de aseo, la alimentación, el trabajo y la atención a la familia, para evitar situaciones de estrés.

Establecer las especificidades de los riesgos que surgen en la modalidad de trabajo en casa

72

Ha quedado claro que la modalidad de trabajo denominada *trabajo en casa* se da en medio de la emergencia sanitaria como consecuencia del COVID-19. Al mismo tiempo, se puede decir que los factores de riesgos psicosociales presentes en el *teletrabajo* son similares que los del trabajo en casa. Sin embargo, en lo que resta, se explorará la presencia de otros factores adicionales a los estudiados, los cuales hacen menos llevadero el desarrollo de las actividades laborales en la casa.

Antes de continuar, es preciso considerar que la Organización Internacional del Trabajo (2020) solicitó a los Estados la toma de medidas eficaces, en procura de los derechos de los trabajadores y sus familias, en medio de la pandemia. Por lo tanto, instó a la estimulación de la economía mediante: i) el fortalecimiento de las medidas de seguridad y salud en el trabajo ii) la adaptación de acuerdos laborales entre el trabajador y el empleador que permitan el trabajo a distancia iii) la prevención de la discriminación y la exclusión iv) el acceso a los servicios sanitarios para toda la población y v) la ampliación del derecho a bajas remuneraciones

(p.15). Adicional a ello, la misma organización propuso la conservación del empleo, la reducción del horario laboral, el subsidio y las bajas remuneraciones, a fin de mitigar los efectos negativos en el empleo, la productividad y la calidad de vida de los trabajadores (p.16).

Una vez hecha esta precisión, es evidente que las condiciones actuales en las que se desarrolla el trabajo en casa pueden generar riesgos, incertidumbre e inseguridad jurídica. Esta última, por la falta de directrices gubernamentales para evitar los riesgos laborales que le atañen. Con esta premisa, se traen a consideración las normas expedidas que pueden estar relacionadas con los riesgos laborales, en medio de la emergencia sanitaria. Estas son: el Decreto 488 del 27 de marzo de 2020, que establece, en el artículo 5, algunos lineamientos encaminados a la disposición de los recursos de las administradoras de riesgos laborales (ARL) para enfrentar el COVID-19; el Decreto Legislativo 500 del 31 de marzo de 2020, el cual incluye a las administradoras de carácter público en las disposiciones del artículo 5 del Decreto 488 y la circular 029 del 3 de abril de 2020, al indicar que las medidas tomadas por el artículo 5 del Decreto 488 solo están dirigidas a los empleadores que tengan trabajadores en exposición a riesgo directo de contagio del COVID-19. Finalmente, el Decreto 539 del 13 de abril de 2020 que ordena al Ministerio de Salud y Protección Social expedir los protocolos de bioseguridad requeridos para el sector económico, social y de administración pública para mitigar la propagación del coronavirus.

73

En el estudio normativo, el Decreto 491 de 2020 dispuso que “[...] Las autoridades deberán reportar a las respectivas administradoras de riesgos laborales la lista de los servidores públicos y contratistas que durante el período de aislamiento preventivo obligatorio presenten sus servicios, a través de teletrabajo o del trabajo en casa” (art.18), pero no se evidencian las disposiciones frente a los trabajadores del sector privado ni los lineamientos para enfrentar los riesgos psicosociales derivados de esta modalidad.

A continuación, de forma concreta, se relacionan los factores de los riesgos psicosociales a los que pueden estar expuestos los trabajadores en casa:

- a) Entorno y lugar de trabajo:** para muchos trabajadores en casa, las condiciones en las que desempeñan sus actividades no son las propicias, por lo que están expuestos a riesgos y son propensos a sufrir accidentes. Esto se presenta porque el trabajo en casa es una medida imprevista que no cuenta con las rigurosidades para su implementación. Es así como se generan motivos suficientes para llevar al trabajador a tener episodios de estrés, que pueden desencadenar en diferentes patologías.
- b) Seguridad y salud en el trabajo:** no es posible su implementación en el trabajo en casa, al requerir de una política, una organización, una planificación, una aplicación, una evaluación y un control de los riesgos a los que puede estar expuesto el trabajador y que pueden afectar su integridad y salud. Lo anterior se debe a la premura y sorpresiva llegada del COVID-19.
- c) Vigilancia de las enfermedades de origen laboral:** en la situación actual, en la que se desarrollan actividades laborales (trabajo en casa), se hace difícil el seguimiento de las enfermedades que se pueden originar por la exposición prolongada a los factores de riesgo. Esto surge a raíz de la falta de planeación, control y estudio de los riesgos por parte del empleador y la Administradora de Riesgos Laborales (ARL), además de las dificultades para desplegar acciones de prevención en tiempos de pandemia.
- d) Control sobre el trabajo y las demandas laborales:** muchos trabajadores pasaron de tener un control restringido en virtud de las órdenes que recibían en el desarrollo de su jornada, a sopesar la subordinación, casi que absoluta, en razón a que el empleador ya no puede, en forma directa e inmediata, supervisar la ejecución de las actividades de cada colaborador. Circunstancias que no son manejables, en todos los casos, por el trabajador en casa, por la falta de destrezas, de creatividad, de autocontrol, de independencia y por la imposibilidad de recibir la capacitación necesaria y la adecuación del lugar en el que se deben ejecutar las labores. Asimismo, por la ausencia de este control por parte del jefe inmediato, se debe trabajar como se pueda, se presentan cargas laborales adicionales, tareas repetitivas y exigencias

de trabajar rápidamente, lo que no permite el descanso necesario y es posible que un pequeño error o una desatención de las tareas momentáneas lleve a consecuencias serias.

e) Aislamiento: en la necesidad de preservar la salud y dados los lineamientos del Gobierno nacional, el aislamiento se toma como medida principal para contrarrestar el virus. Esta situación hace que se pierda contacto con la oficina, la familia, los colegios, las universidades y los amigos, lo que podría conducir a que se manifiesten reacciones emocionales como: miedo, impotencia, aburrimiento, desesperanza, soledad, ansiedad e insomnio, que hacen que el trabajador en casa no pueda realizar las actividades laborales y se vea expuesto a sufrir patologías derivadas del estrés.

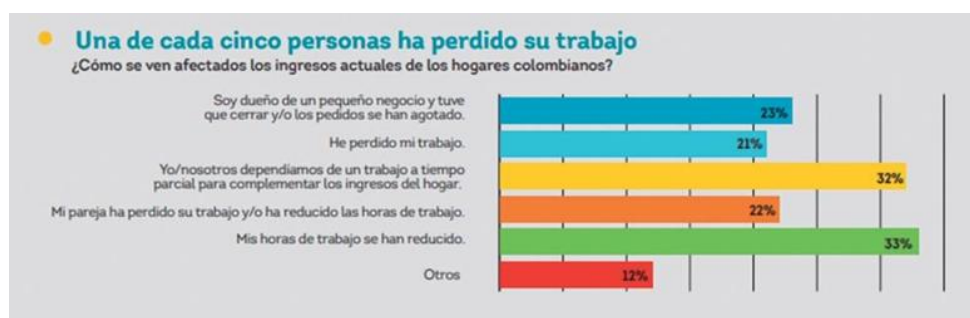
f) Uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) y los dispositivos tecnológicos: no todos los trabajadores son diestros en el uso de las TIC y presentan dificultades al trabajar 100% con instrumentos electrónicos. Debido al confinamiento, el trabajo se hace desde la casa, mediante el uso de programas operativos que, para muchos, hasta esta situación, eran desconocidos. Así, sin mayores posibilidades de capacitación y adecuación de los sistemas y los espacios, los trabajadores se tienen que acoplar a su uso. Además, se debe indicar que, sin tecnología y conectividad, no hay trabajo en casa. En esta medida, los trabajadores deben invertir en internet fijo o móvil y en un dispositivo que puede ser: una computadora, una tableta o un teléfono inteligente para la ejecución de sus tareas.

g) Relación trabajo-familia: como consecuencia del confinamiento, el trabajador en casa, ahora, debe sobrellevar las obligaciones laborales y familiares a la par. A primera vista, podría ser algo bueno, porque el trabajador puede mejorar los lazos familiares y dedicar tiempo de calidad al estar presente en casa, pero no en todos los casos es así, debido a las altas exigencias laborales y al uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y de dispositivos electrónicos que demandan mayor tiempo y esfuerzo. También las relaciones familiares conflictivas y los bajos ingresos del hogar para suplir las necesidades

básicas afectan negativamente a la familia y al desempeño laboral, generando en el trabajador en casa tensión, frustración, ansiedad, entre otros trastornos, que lo hace propenso a presentar cuadros depresivos importantes.

h) Estabilidad laboral: el trabajador en casa está bajo distintas presiones y una de esas es la incertidumbre de no saber si continuará o no con el trabajo actual, debido al efecto que tiene el COVID-19 en la economía. En Colombia, muchas empresas optaron por suspender los contratos labores por 120 días, como lo permite el artículo 51, del Código Sustantivo del Trabajo y otras dieron por terminados los contratos labores al no contar con solvencia económica. Todas estas acciones se evidencian en las cifras presentadas por TransUnion (2020), las cuales evalúan el impacto de la pandemia en las finanzas de los consumidores e indican que, a la fecha, ocho de cada diez personas han visto afectados sus ingresos familiares.

Cuadro 2. *Pérdidas de trabajo*



Fuente: Encuesta al consumidor (TransUnion, 2020).

Como se evidencia en la gráfica, los trabajadores en casa se han sometido a la reducción de los salarios y del horario laboral, pero en varios casos se han aumentado las tareas, esto es, menos salarios y más trabajo, sin ser este último suficiente. El Gobierno ha intentado paliar tal situación, mediante el Decreto 558, del 15 de abril de 2020, en el que se permite la disminución temporal de las cotizaciones al Sistema General de Pensiones y a través de la Resolución 686, del 28 de abril de 2020, en la cual el Ministerio de Salud ajusta la planilla de aportes (PILA) para que el sector público, privado y los trabajadores independientes que deseen optar por este alivio coticen sobre el 3%.

Los riesgos psicosociales y las cargas adicionales a las que están expuestas las mujeres en la modalidad de trabajo en casa.

Adicional a los riesgos psicosociales que no distinguen género, las mujeres están expuestas a unas situaciones sobrevinientes que dificultan, en mayor grado, el desarrollo del trabajo en casa. Esto se debe, en principio, a que muchas de las ocupaciones del hogar siguen recayendo en ellas y se acentúan, mucho más, en la época del confinamiento, pues hay un aumento de las actividades por realizar, como: mantener ocupados a los hijos, acompañarlos en las clases virtuales y ayudarles con las tareas, cuidar del adulto mayor, preparar los alimentos, hacer el aseo y sacar a la mascota. Es más, en muchos casos, soportan las agresiones físicas y psicológicas de su pareja sentimental. Para Niño (2019), este tipo de comportamientos se cataloga como violencia cultural y hace parte de la violencia indirecta, al estar relacionado con las creencias de algunas personas que las lleva a crear estereotipos discriminatorios hacia la mujer, bajo el supuesto de que es ella la responsable de las labores del hogar (p.14).

Estos factores provocan que las mujeres trabajen todo el día, por intervalos, pues deben atender el hogar. Además de ello, terminan trabajando en la noche y hasta los fines de semana, para poder cumplir con sus responsabilidades laborales. Todas estas circunstancias desembocan en ansiedad, la cual se ve reflejada en la alteración del sueño o en problemas gastrointestinales, entre otras patologías propias de los riesgos psicosociales.

También es importante señalar los problemas que se derivan de la doble jornada, que consiste en el cumplimiento de las acciones laborales y el desarrollo de los deberes domésticos, familiares y reproductivos. Las mujeres, al realizar estas actividades de forma simultánea, pueden plantear conflictos de tiempos y un aumento en la carga laboral que ellas mismas deben sopesar (Organización Internacional del Trabajo —OIT—, 2011; Convenio No. 156). Además, se debe plantear que la mujer no está lejos de ser víctima de acoso laboral, por el simple hecho de trabajar desde la casa, al seguir presente la relación laboral, la subordinación y el vínculo con los compañeros de trabajo.

Trabajo decente y trabajo en casa

El trabajo decente “es un concepto que busca expresar lo que debería ser, en el mundo globalizado, un buen trabajo o un empleo digno” (Organización Internacional del Trabajo —OIT—, 2004, párr.1), por su parte, Ostau y Niño (2014) lo conciben respetuoso de los derechos fundamentales, mediante la garantía de condiciones óptimas de seguridad y salud en el trabajo, una remuneración justa y suficiente que le permita al trabajador y a su familia llevar una vida digna y respetuosa de las condiciones laborales propias que permitan al trabajador mantener una condición física y mental estable (p.169).

Se puede afirmar que el concepto de trabajo decente está muy lejos de encajar en la modalidad del trabajo en casa, por múltiples motivos, entre los cuales se encuentran la imposibilidad de implementar el sistema de seguridad y salud ocupacional, la reducción salarial que transgrede el derecho al ingreso justo y proporcional al esfuerzo, la falta de respeto por los principios y derechos fundamentales, el precario seguimiento a los riesgos psicosociales presentes en el entorno de trabajo y la medición de cargas laborales. Sumado a esto, se deben mencionar los gastos en los que incurre el trabajador en casa para la adquisición de las herramientas y los equipos que le permitan la ejecución de sus labores.

78

Conclusiones

El trabajo en casa encuentra su estructura, al ser una consecuencia del confinamiento por el COVID-19, en la Resolución 021 de 2020; mientras que el teletrabajo está presente en el ordenamiento jurídico colombiano desde el año 2008, en la Ley 1221. Las dos modalidades permiten que las labores se desarrollen con el uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) y en un lugar diferente a la oficina. Ambas exigen subordinación, estipulación de los horarios y las tareas y pueden ser implementadas por el sector público y privado.

Son amplias, significativas y preocupantes las diferencias que tienen el trabajo en casa y el teletrabajo, al ser el primero una medida improvisada que busca solucionar una situación particular no esperada, como lo es el COVID-19, en cuanto ha sido impuesto abruptamente sin ninguna exigencia jurídica, siendo la única formalidad un el acuerdo entre el

empleador y el trabajador. El trabajador en casa debe tener acceso a las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) y a los dispositivos electrónicos. De no contar con ellos, le corresponde sufragar los gastos para convertir su hogar en una estación de trabajo.

Finalmente, es importante señalar los riesgos psicosociales que se presentan en los teletrabajadores y trabajadores en casa, al estar expuestos a factores que afectan su salud física y mental. Los trabajadores en casa están en mayor riesgos de exposición, por las características de su labor y son más propensos a sufrir un accidente o a tener una crisis por el estrés, al converger circunstancias tales como la nueva forma de ejecutar las tareas, el uso de las TIC, la conectividad, los nuevos dispositivos electrónicos, no contar con espacios aptos de trabajo, las relaciones familiares, la sobrecarga en las actividades laborales y la incertidumbre frente a la estabilidad laboral que la pandemia ha producido, así como, el distanciamiento social, laboral y familiar que genera angustia y el miedo al contagio.

Referencias

- Arcos, B. (2017). *Análisis jurídico-laboral del teletrabajo*. Disponible en: http://repositorio.ual.es/bitstream/handle/10835/6639/14605_TELETRABAJO%20BEATRIZ%20ARCOS%20AGUILERA.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Baudelot B. y Gollac M. (2011). *Trabajar para Ser Feliz. La felicidad y el trabajo en Francia*. Buenos Aires, Argentina. Ed. Miño Dávila y Ceil/ CONICET.
- Congreso de la República de Colombia. (2002). Ley 731 de 2002. Diario Oficial No. 44.678. [Por la cual se dictan normas para favorecer a las mujeres rurales]. Bogotá, D.C., Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. (2006). Ley 1010 de 2006. Diario Oficial No. 46160. [Por medio de la cual se adoptan medidas para prevenir, corregir y sancionar el acoso laboral y otros hostigamientos en el marco de las relaciones de trabajo]. Bogotá, D.C., Colombia.
- Congreso de la República de Colombia (2008). Ley 1221 de 2008. Diario Oficial No. 47052. [Por la cual se establecen normas para promover

y regular el Teletrabajo y se dictan otras disposiciones]. Bogotá, D.C., Colombia.

Congreso de la República de Colombia (2012). Ley 1562 de 2012. Diario Oficial No. 48488. [Por la cual se modifica el sistema de riesgos laborales y se dictan otras disposiciones en materia de salud ocupacional]. Bogotá, D.C., Colombia.

Corte Constitucional de Colombia (1995). *Sentencia C 247 de 1995*. Bogotá D.C.: [MP José Gregorio Hernández Galindo].

Corte Constitucional de Colombia (2011). *Sentencia C 337 de 2011*. Bogotá D.C.: [M.P Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]

Corte Constitucional de Colombia (2013). *Sentencia C 351 de 2001*. Bogotá D.C.: [M.P Jorge Ignacio Pretelt Chaljub].

Corte Constitucional de Colombia (2016). *Sentencia T 254 de 2016*. Bogotá D.C.: [M.P Luis Guillermo Guerrero Pérez].

Ministerio de Educación Nacional (2020). Directiva 03 de 2020. [Orientaciones para el manejo de la emergencia por COVID-19 por parte de los establecimientos educativos privados]. Bogotá, D.C., Colombia.

Ministerio de Interior (2020). Decreto 457 de 2020. Diario Oficial No. 51264. [Por el cual se imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Coronavirus COVID-19 y el mantenimiento del orden público]. Bogotá, D.C., Colombia.

Ministerio de Interior (2020). Decreto 593 de 2020. Diario Oficial No. 51295 [Por el cual se imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Coronavirus COVID-19, y el mantenimiento del orden público]. Bogotá, D.C., Colombia.

Ministerio de Justicia y del Derecho de Colombia (2020). Decreto Legislativo 491 de 2020. Diario Oficial No. 51270 [Por el cual se adoptan medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas y los

particulares que cumplan funciones públicas y se toman medidas para la protección laboral y de los contratistas de prestación de servicios de las entidades públicas, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica]. Bogotá, D.C., Colombia.

Ministerio de Protección Social (2008). Resolución 2646 de 2008. Diario Oficial No. 47059. [Por la cual se establecen disposiciones y se definen responsabilidades para la identificación, evaluación, prevención, intervención y monitoreo permanente de la exposición a factores de riesgo psicosocial en el trabajo y para la determinación del origen de las patologías causadas por el estrés ocupacional]. Bogotá, D.C., Colombia.

Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia (2020). Decreto Legislativo 539 de 2020. Diario Oficial No. 51284. [Por el cual se adoptan medidas de bioseguridad para mitigar, evitar la propagación y realizar el adecuado manejo de la pandemia del Coronavirus COVID-19, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica]. Bogotá, D.C., Colombia.

Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia (2020). Resolución 385 de 2020. Diario Oficial No. 51254. [Por el cual se declara la emergencia sanitaria por causa del coronavirus COVID-19 y se adoptan medidas para hacer frente al virus]. Bogotá, D.C., Colombia.

Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia (2020). Resolución 686 de 2020. Diario Oficial No. 51300. [Por la cual se modifican los Anexos Técnicos 1 y 2 de la Resolución 2388 de 2016]. Bogotá, D.C., Colombia.

Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y cooperación Colombia Digital (2020). *Libro Blanco. El ABC del teletrabajo en Colombia*. Bogotá D. C., Colombia: Colombia Digital.

Ministerio de Trabajo de Colombia (2012). Decreto 884 de 2012. Diario Oficial No. 48417. [Por medio del cual se reglamenta la Ley 1221 de 2008 y se dictan otras disposiciones]. Bogotá, D.C., Colombia.

Ministerio de Trabajo de Colombia (2015). Decreto 1072 de 2015. Diario Oficial No. 49523. [Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo]. Bogotá, D.C., Colombia.

Ministerio de Trabajo de Colombia (2014). Decreto 1477 de 2014. Diario Oficial No. 49234. [Por el cual se expide la Tabla de Enfermedades Laborales]. Bogotá, D.C., Colombia.

Ministerio de Trabajo de Colombia (2019). Resolución 2404 de 2019. Diario Oficial No. 51023. [Por la cual se adopta la Bateria de Instrumentos para la Evaluación de Factores de Riesgo Psicosocial, la Guía Técnica General para la Promoción, Prevención e Intervención de los Factores Psicosociales y sus Efectos en la Población Trabajadora y sus Protocolos Específicos y se dictan otras disposiciones]. Bogotá, D.C., Colombia.

Ministerio de Trabajo de Colombia (2020). Circular 0021 de 2020. [Medidas de protección al empleo con ocasión de la fase de contención de covid-19 y de la declaración de emergencia sanitaria]. Bogotá, D.C., Colombia.

Ministerio de Trabajo de Colombia (2020). Decreto Legislativo 558 de 2020. Diario Oficial No. 51286. [Por el cual se implementan medidas para disminuir temporalmente la cotización al Sistema General de Pensiones, proteger a los pensionados bajo la modalidad de retiro programado y se dictan otras disposiciones en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica]. Bogotá, D.C., Colombia.

Ministerio de Trabajo de Colombia (2020). Circular 029 de 2020. [Los elementos de protección personal son responsabilidad de las empresas o contratantes; ante la presente emergencia por covid-19, las administradoras de riesgos laborales apoyarán a los empleadores o contratantes en el suministro de dichos elementos exclusivamente para los trabajadores con exposición directa a covid-19]. Bogotá, D.C., Colombia.

Ministro de Trabajo y Seguridad Social (1984). Decreto 614 de 1984. Diario Oficial No. 3656. [Por el cual se determinan las bases para la

organización y administración de Salud Ocupacional en el país]. Bogotá, D.C., Colombia.

Niño, N. (2019). Perspectiva y enfoque de género: herramienta para la toma de decisión judicial. En: *Temas sociojurídicos*. doi: 10.29375/01208578.3741

Organización Internacional del Trabajo —OIT—. (1984). *Factores psicosociales en el trabajo: Naturaleza, incidencia y prevención*. Informe del Comité Mixto OIT-OMS sobre Medicina del Trabajo, novena reunión Ginebra. Serie seguridad, higiene y medicina del trabajo Núm. 56

Organización Internacional del Trabajo —OIT—. (2014). *Seguridad en el trabajo desde la perspectiva de género*. Módulo para la formación de hombres y mujeres sindicalistas. Italia: Centro Internacional de Formación de la Organización Internacional del Trabajo —OIT—.

Organización Internacional del Trabajo —OIT—. (2016). *Las dificultades y oportunidades del teletrabajo para los trabajadores y empleadores en los sectores de servicios de tecnología de la información y las comunicaciones (TIC) y financieros*. Ginebra, Suiza.

Organización Internacional del Trabajo —OIT—. (2016). *Riesgos psicosociales, estrés y violencia en el mundo del trabajo*. Boletín Internacional de Investigación Sindical. Volumen 8. Número 1-2. Ginebra, Suiza.

Organización Internacional del Trabajo —OIT—. (2020). *El COVID-19 y el mundo del trabajo: Repercusiones y respuestas*. Observatorio de la OIT. Tercera edición. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/—dgreports/—dcomm/documents/briefingnote/wcms_743154.pdf

Osio, L. (2010). El Teletrabajo: Una opción en la era digital. *Observatorio Laboral Revista Venezolana* , 3 (5), pp.93-109. Universidad de Carabobo.

- Ostau de Lafont, F.R., Niño Chavarro, L.A. (2014). La justicia laboral como elemento esencial del trabajo decente en Colombia. *Revista Verba Iuris*, 33, pp.165-182.
- Peñaloza, J. (2012). Teletrabajo: reto de las nuevas organizaciones. *Dictamen Libre*, Volumen 10. Edición No. 11, pp. 30-34.
- Presidencia de la República de Colombia. (2017). Decreto 588 de 2017. Diario Oficial No. 50197. [Por el cual se organiza la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la no Repetición]. Bogotá, D.C., Colombia.
- Presidencia de la República de Colombia (2020). Decreto Legislativo 417 de 2020. Diario Oficial No. 51259. [Por el cual se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional]. Bogotá, D.C., Colombia.
- Rubbini, N. (2012). Los riesgos psicosociales en el teletrabajo. VII Jornadas de Sociología de la UNLP, 5 al 7 de diciembre de 2012, En *Memoria Académica*. La Plata, Argentina. Disponible en: http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/trab_eventos/ev.2237/ev.2237.pdf
- Ruiz, E. (2018). El teletrabajo como solución medita para el desempleo en Colombia. Disponible en: *Derectum*, 3(1). doi: 10.18041/2538-9505/derectum.1.2018.4707
- Suárez, A. (2016). Teletrabajo: realidad y bienestar. *Desbordes, revista de investigaciones*. UNAD. Vol. 7 enero-diciembre.
- Torres Tarazona, L. A., Niño Patiño, N. y Rodríguez Jaramillo, N. (2016). Interpretación extensiva del acoso laboral en Colombia. *Revista Academia & Derecho*, 7 (12), pp.87-122.
- TransUnion. (2020). Encuesta al consumidor dificultades financieras por COVID-19. Disponible en: <https://static.hsbnoticias.com/sites/default/files/documents/2020/04/dificultades-economicas-para-consumidores.pdf>

EFFECTOS DEL COVID-19 EN LAS RELACIONES LABORALES EN AMÉRICA LATINA – COLOMBIA

*Martha Elisa Monsalve Cuéllar**

Resumen: El presente trabajo analiza los efectos del COVID-19 en las relaciones laborales. Lo anterior, en el contexto de América Latina, haciendo una referencia principal a Colombia. Por tanto, es preciso abordar los aspectos históricos en relación con las pandemias más alarmantes que incidieron en la crisis global. Se realiza una presentación comentada de las normas laborales y de seguridad social emitidas frente al COVID-19, que afectaron a los sujetos y que integran las relaciones laborales. Se abordan, brevemente, las formas de trabajo a través de las tecnologías, la inclusión del COVID-19 como enfermedad profesional, los impactos en la administración de justicia y sus consecuencias en lo socioeconómico y político.

86

Palabras clave: Efectos, relaciones laborales, COVID-19, normas laborales, seguridad social, crisis socioeconómica y política.

1. Introducción

La historia de la humanidad registra diferentes crisis, como la vivida al finalizar la Primera Guerra Mundial, en 1918. También está la gripa española que brotó en Francia desde 1918 hasta 1920 y se extendió por Europa, causando miles de muertos; el crack financiero de 1929; la llamada

* Doctora en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Gran Colombia. Especialista en: Derecho Laboral Colectivo en la Universidad de Castilla-La Mancha; Seguridad Social en la Universidad de Histadrut, en Israel; Medios Alternativos de Solución de Conflictos en la Universidad de Harvard; Normas Internacionales del Trabajo (CIF) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en Turín. Estudios en derechos humanos, en la Escuela Superior de Guerra, Bogotá; Instituto Berg, Madrid. Miembro de número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Presidenta del Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo y de la S.S. ILTRAS. Consejera técnica del Grupo de Empleadores y asistente a la Conferencia Internacional del Trabajo, desde 1989 por Colombia. Presidenta de ILERA Colombia. Profesora invitada a universidades latinoamericanas y europeas. Docente investigadora. Coordinadora de numerosos libros colectivos. Autora de artículos para libros y revistas especializadas. Conferencista internacional y nacional.

Crisis de los Tigres Asiáticos, en 1987 y la crisis financiera de 2008, de la cual después de 12 años se estaba saliendo con gran dificultad.

De una manera sorpresiva y avasalladora, a finales de 2019, hace su aparición en la ciudad de Wuhan, el denominado COVID-19, el cual sin que se conozcan cifras exactas (porque los países socialistas se cuidan muchísimo en no dejar filtrar datos de catástrofes u otras situaciones que afecten su imagen) arrasó, completamente, una ciudad de 10 millones de habitantes. Muy pronto, aparecieron los primeros síntomas en Italia y, posteriormente, en España, con especial virulencia en estos dos países, aunque se generalizó en Europa y en el Reino Unido.

Se quiso indagar las razones, por las cuales, en la región de Lombardía, en Italia, especialmente en Bérgamo, las personas fallecían por centenares cada día. Es un emporio textil donde tienen asiento muchas empresas chinas. En Milán, compiten las firmas más reconocidas de la moda con las imitaciones propias de los chinos y ellos llevan los diseños desde el reconocido centro de la moda italiana.

En España y Reino Unido, se cometieron graves imprudencias en medio de esta pandemia: en España, los días 7 y 8 de marzo de 2020 permitieron manifestaciones multitudinarias, en donde se aglomeraron especialmente mujeres. Y, en el Reino Unido, el Primer Ministro consideró que se trataba de otra gripa de las que aparecen como consecuencia del cambio de estación, ya que estaba arribando la primavera. Él, en persona, fue víctima del COVID-19.

El 6 de marzo de 2020, y proveniente de Italia, una colombiana portadora del virus contagió un buen número de personas, por desconocer que estaba infectada. Ante la evidencia de síntomas, se sometió a las pruebas, la cuales arrojaron resultados positivos. Sin embargo, la contaminación se dio hasta que se adoptaron las medidas tomadas en el Decreto 417, del 17 de marzo de 2020.

La Alcaldía de Bogotá procedió a realizar un simulacro de aislamiento preventivo obligatorio, previsto por el Gobierno nacional, mediante el Decreto presidencial 457, del 22 de marzo de 2020, donde se limitaba la movilidad de los ciudadanos como medio efectivo para evitar el contagio del COVID-19, declarado como pandemia por la Organización

Mundial de la Salud (OMS). Dicha medida, se efectivizó entre el 19 de marzo y el 13 de abril de 2020. Posteriormente, se amplió el aislamiento hasta el 27 de abril de 2020, con 35 excepciones de movilidad en empresas de servicios, relacionados con los servicios públicos esenciales, entre ellos, salud, alimentos, transporte de alimentos y artículos de primera necesidad, vigilancia, fuerzas armadas y de policía.

A partir de esa fecha, se inició una reactivación de las actividades en la construcción y la manufactura, previo cumplimiento de los protocolos debidamente certificados por las respectivas alcaldías. A partir del 11 de mayo de 2020, después de pasados los puentes de ese mes, se da un retorno progresivo, inteligente y bajo normas de prevención obligatorias, como el uso de tapabocas, la desinfección constante de las manos, el mantenimiento de la distancia de dos metros, el evitar las aglomeraciones y el contacto con las personas y la restricción en el uso de transporte público a un 35%. Lo anterior, con el propósito de retomar las actividades tendientes a la recuperación de la economía completamente deteriorada como consecuencia de la inactividad de los sectores de producción y el aislamiento obligatorio de los trabajadores, lo que tuvo como efecto el aumento del desempleo por la imposibilidad de las empresas de pagar las nóminas. A su vez, se generó un consecuente aumento de la pobreza, ya superior al 60%, y de la informalidad, amenazando la democracia de un país con niveles superiores de inequidad sin resolver, lo cual dio paso al proselitismo.

88

Se amplió a 46 el número de actividades por realizar tendientes a recuperar las ocupaciones generadoras de trabajo e ingresos a los trabajadores y, con ello, ir reactivando paulatinamente la vida productiva del país.

2. El comportamiento del coronavirus al 7 de junio de 2020

Para iniciar, se resalta que el Gobierno nacional de Colombia expidió diferentes instrumentos para evitar el contagio del COVID-19 y así, garantizar los derechos de los colombianos y salvaguardar su integridad. Es por ello por lo que algunas de las disposiciones más relevantes fueron: el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, donde el Gobierno, con fundamento en el art. 215 de la Constitución Nacional de Colombia, el cual

lo reviste de facultades extraordinarias por 30 días prorrogables hasta 90 días, declaró emergencia económica, social y ecológica, como consecuencia del arribo del coronavirus, ante el primer caso evidenciado en el país. Con ello, la expedición de los decretos, leyes y demás disposiciones le permitieron hacer frente a dicha situación, de por sí grave, con el fin de proteger la vida, la salud y la economía, preservando el trabajo y la sostenibilidad de las empresas como fuente de este.

Asimismo, el Decreto 457 del 22 de marzo de 2020 fue objeto de ampliaciones, en la medida en que crecía el contagio, y restringía la movilidad debido a que se decretaba el aislamiento preventivo obligatorio de todas las personas habitantes de la República de Colombia: hasta el 13 de abril de 2020, inicialmente. Luego al 27 de abril; posteriormente, al 13 de mayo ampliándose al 15 de junio y, después, al 31 de agosto de 2020. Las personas mayores de 70 años y los mayores de 60, con preexistencias que los hicieran vulnerables, desde un comienzo fueron aisladas de forma preventiva.

Dicha excepción fue motivo de airadas protestas, aduciendo discriminación.

89

Se suspendieron las clases en todos los niveles de escolaridad, pero para no perder los cursos, se acudió a la educación virtual hasta el 31 de agosto de 2020. Esto también originó protestas, pues muchas instituciones educativas tuvieron que improvisar por no estar preparadas tecnológicamente, además de cuestionar la calidad de la educación impartida. Se cancelaron las operaciones aéreas nacionales e internacionales, exceptuados los vuelos humanitarios, que repatriaron a más de 3000 colombianos, provenientes de diversas partes del mundo.

A partir del 23 de marzo de 2020, se interrumpieron los términos judiciales, los cuales se ampliaron hasta el 1 de julio de 2020. No obstante, a partir del 15 de junio, los funcionarios podían ir a sus despachos sin atender público y siguiendo las normas de bioseguridad.

Paulatinamente y bajo estrictas medidas de protección sanitarias, se fue autorizando por parte del Gobierno nacional, con vigilancia de las alcaldías, la práctica de deportes, la salida de los niños y las personas adultas, por tiempos breves, 3 veces a la semana, tratando de regresar a la

normalidad, pero con un aumento bastante serio en el número de contagios.

El Gobierno nacional declaró, mediante el Decreto 637 del 6 de mayo de 2020, el estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional, en un segundo período de 30 días, vencido ese plazo del 5 de junio. Hasta ese momento, no se conocía la expedición de uno nuevo en ese sentido.

Se resalta que, por recomendación del equipo técnico científico que asesoraba al Gobierno nacional, los plazos de aislamiento preventivo obligatorio basados en los 14 días establecidos, como incubación y manifestación del virus y según las cifras de contagiados, se modificaron (modificaciones a las que hemos hecho alusión a lo largo de este trabajo).

Ante la apertura de los centros comerciales, el 15 de junio, el Ministro de Trabajo insistía en que todo trabajo que pudiera realizarse desde la casa, se hiciera a través de *teletrabajo o home office*, evitando desplazamientos, ya que QUÉDATE EN CASA fue el instrumento más eficaz para evitar el contagio.

90

El Decreto 486 del 27 de marzo de 2020 creó un incentivo económico para los trabajadores y productores del campo, pues pretendió evitar el desabastecimiento. Por otro lado, en el Decreto 488, de la misma fecha, se dictaron las medidas de orden laboral dentro de la emergencia económica, social y ecológica para conservar el empleo y brindar alternativas a los trabajadores y empleadores dentro del estado de excepción. Ellos, con los transportadores, realizaron una labor digna de mención.

El Decreto 491 del 28 de marzo de 2020 adoptó las medidas de protección laboral para los contratistas de prestación de servicios de las entidades públicas. Así, como el Decreto 499 del 31 de marzo de 2020, en materia de contratación administrativa, estableció las medidas para importar dispositivos médicos y elementos de protección personal.

El Decreto 507 del 1 de abril de 2020 favoreció el acceso de los hogares vulnerables a los productos de la canasta familiar y junto con el Decreto 518 del 4 de abril de 2020, se creó el Programa de Ingreso

Solidario, consistente en transferencias monetarias para personas y hogares en situación de pobreza y vulnerabilidad.

Durante la emergencia declarada como pandemia por COVID-19, según la Organización Mundial de la Salud (OMS)¹, se expidieron 152 decretos, 1 acuerdo, 153 resoluciones, 70 circulares y 6 directivas. Todos estos documentos se publicaron.

El COVID-19, en cifras a 7 de junio de 2020, llevaba:

- Contagiados: 39236
- Recuperados: 15322
- Fallecidos: 1259

3. Resumen de las normas laborales y de la seguridad social emitidas frente al COVID-19

- i) Protección a los trabajadores.** Medidas flexibilizadoras: vacaciones colectivas, permisos remunerados, licencias no remuneradas, reducción de la jornada, reducción del salario, trabajo por turnos.

91

En la lucha por proteger a las empresas y a los trabajadores de las consecuencias económicas y del aislamiento preventivo obligatorio, solo 46 sectores fueron autorizados para trabajar y mantener la prestación de servicios públicos esenciales. Se dictaron normas acudiendo a los Fondos de Garantía, adiciones al Presupuesto de Recursos de Capital y Presupuesto General de la Nación, con vigencia al 2020, por 15 billones de pesos colombianos, lo cual implicó un endeudamiento público inquietante, frente a la baja capacidad de pago que aumentó los niveles de riesgo económico del país.

La Circular 035 del Ministerio de Trabajo, del 4 de abril de 2020, dio la posibilidad de flexibilizar los derechos de los trabajadores y ser materia de concertación en el empleador asuntos como: vacaciones anticipadas, colectivas, compensables, ajuste de la jornada laboral, reducción proporcional del salario, suspensión o modificación de los

¹ SUIN JURISCOL. Normativa para la atención de la emergencia del COVID-19. Bogotá D.C., 2020.

beneficios extralegales y licencias remuneradas compensables. Posteriormente, se evidenciaron las horas de trabajo adicionales sin que se tratara de horas extras.

También, se escucharon fórmulas como la suspensión del auxilio de transporte, cuando no se fuera a laborar, para convertirlo en un auxilio de conectividad para el trabajo en casa. Al compensar en dinero los vestidos y el calzado de labor correspondiente a la primera entrega que se debía efectuar el 30 de abril, el trabajador pudo tener ingresos para las necesidades básicas de alimentación.

No se puede dejar de mencionar que, infortunadamente, se presentaron abusos por parte de algunos empleadores, pues exigieron a los trabajadores solicitar licencias no remuneradas bajo un manto de “iniciativa libre del trabajador”, lo cual no era verdad. Además, la licencia no remunerada, como causal de suspensión del contrato de trabajo requiere aquiescencia del trabajador, cuya utilización en períodos de crisis debe suponer el especial y preferente control de la autoridad administrativa laboral, en desarrollo del principio protector que inspira el ordenamiento laboral.

Se acudió a decretar vacaciones colectivas, anticipadas y causadas. Es más, se propuso anticipar otro período. En la Circular 033 del Ministerio de Trabajo, se adaptó con un día de antelación la solicitud o el otorgamiento de las vacaciones. Ante ello, se presentaron manifestaciones de inconformidad con respecto al otorgamiento de vacaciones, sin poderlas disfrutar. Allí, se presentó conflictividad. Las empresas con personal tercerizado acudieron a las empresas de servicios temporales (EST) (el 5% de los trabajadores son tercerizados a través de estas empresas), que les suministraban el personal y a las prestadoras de servicios especializados para rescindir los contratos comerciales que entre ellos existían, con grave perjuicio para los sectores, siendo esta otra gran fuente de conflictividad.

Partiendo del hecho de que el coronavirus golpeó a todo el mundo, se ha hecho evidente una muestra de solidaridad, nunca vista, donde cada quien ha contribuido en la medida de sus posibilidades. Es así como se dieron las oportunidades de llegar a acuerdos de reducción de salarios, de ajuste de las jornadas laborales, conforme a las normas de movilidad. También se produjo la suspensión de los auxilios extralegales, con compensaciones a largo tiempo, de manera temporal, conforme se iba retornando a la normalidad, que no se previó como próxima, pero que tuvo que basarse en la confianza generada por las relaciones laborales.

ii) Suspensión de los contratos de trabajo (artículo 4 de la Ley 50 de 1990, numerales 1 y 3). Si bien es cierto que se tomaron medidas por los empleadores, dada la restricción de la movilidad y debido al aislamiento preventivo obligatorio para evitar la propagación del virus, también lo es que la posibilidad de la prestación de servicios, por parte de los trabajadores, no pudo realizarse por motivos de fuerza mayor, los cuales acuden a la figura de suspensión del contrato de trabajo, prevista en el artículo 4 de la Ley 50 de 1990, que no genera la obligación del pago de salarios ni de la prestación de servicio, afectando vacaciones, cesantías e intereses a cesantías y primas.

No obstante, los empleadores acudieron a las normas laborales vigentes, por no contar con liquidez ni poder alcanzar los créditos que se ordenó a la banca conceder. Ellos utilizaron la figura de la suspensión del contrato de trabajo, por fuerza mayor o caso fortuito, consagrado en la Ley 50 de 1990, numeral 1 y a la suspensión del contrato de trabajo hasta por 120 días por razones técnicas y económicas previstas en el mismo artículo, pero en el numeral 3, siendo el Ministerio de Trabajo el que debía autorizar dicha suspensión, al analizar los fundamentos que debe probar la empresa. Según el informe del ministerio, hubo 564 solicitudes que esperaban recibir las medidas de alivio, de tipo tributario y los auxilios a la nómina y para las primas de servicios, siempre y cuando, se mantuvieran los trabajadores.

Frente a la aplicación de los numerales 1 y 3, del artículo 4, de la Ley 50 de 1990, sobre la suspensión de los contratos, en casos de fuerza mayor o caso fortuito y razones económicas o técnicas, hasta por 120 días, el Ministerio de Trabajo expidió la Circular 033, para protección del empleo, en la fase de mitigación del COVID-19, facilitando alternativas para no acudir a la suspensión de los contratos de trabajo y dejar a miles de trabajadores sin salario en momentos tan difíciles.

- **Fuerza mayor o caso fortuito**

La calificación de la fuerza mayor y el caso fortuito, en caso de controversia, compete al juez laboral.

- **Razones de tipo técnico o económico**

- a) Suspensión de los contratos de trabajo hasta por 120 días, previa autorización del Ministerio de Trabajo. De la solicitud, simultáneamente, deben ser notificados los trabajadores.
- b) Cierre de la empresa después de 120 días de suspensión de los contratos de trabajo. Se debe pagar la indemnización, por terminación del contrato de trabajo sin justa causa.
- c) Terminación del contrato de trabajo sin justa causa, por parte del empleador, con pago de la indemnización correspondiente (Ley 789, 2002, art.28).

Consecuencias de estas medidas:

- a) No hay prestación de servicios ni pago de salarios.
- b) La Corte Constitucional ha dicho que, mientras dure la suspensión del contrato de trabajo y por tiempo determinado, el empleador debe continuar con el pago de los aportes a la seguridad social, por los riesgos de pensiones y salud.

Es la justicia laboral la que califica, en caso de controversia, la existencia de las causas que se aleguen para la suspensión de los contratos de trabajo, la terminación después de los 120 días y el cierre de la empresa.

iii) Cierre de las empresas por la suspensión de los contratos de trabajo por más de 120 días. La pérdida de puestos de trabajo elevó la tasa de desempleo al 19.6%, la más alta en los últimos 10 años, en el primer trimestre, por efectos del coronavirus. La suspensión de los contratos de trabajo hasta por 120 días, con autorización del Ministerio de Trabajo, por razones técnicas y económicas fue solicitada por 1170 empresas, según los datos del Ministro de Trabajo. Así, se dio el cierre de las empresas por la suspensión de pago. El caso Avianca fue un ejemplo, porque, aunque no poseía capital colombiano, era panameño, sí empleaba a 2200 trabajadores colombianos que quedaron cesantes. Esto muestra un panorama desolador con respecto al empleo.

Fue tan grave el impacto de esta pandemia, que, en el año 2021, se reflejó el crecimiento económico: en los dos primeros meses de ese año estaba en el 4%. Se calcula que para el siguiente año no se alcanzó ni 5%. La recuperación económica fue muy lenta y los efectos en la seguridad social incalculables, más cuando quedó al descubierto la gran debilidad del sistema de salud.

iv) Despidos colectivos. La Resolución 0803 de 2020 del Ministerio de Trabajo no autoriza despidos colectivos. Vale resaltar que la resolución no dio vía libre para que los empleadores procedieran a suspender los contratos o a efectuar despidos colectivos. Por el contrario, este acto administrativo centralizó la atención de estas peticiones, por parte de los empleadores, con el fin de evitar la destrucción del empleo, en la que se alegara la existencia de una fuerza mayor, al ser una situación que le corresponde determinar al juez del trabajo². A su vez, es pertinente aclarar que esos permisos

² SALAZAR, Sania. Gobierno no ha aprobado despidos colectivos por Coronavirus. Bogotá D.C., 2020.

solo los otorgó el ministerio, desde Bogotá, razón por la cual no los podían conceder las regionales de la entidad.

Cuando se declara el despido colectivo, por haber sobrepasado el 20% del total de la nómina de terminaciones de contratos de trabajo sin justa causa realizadas en los seis meses anteriores, procede la acción de reintegro con el pago de los salarios dejados de percibir, las prestaciones sociales y los pagos parafiscales.

4. Las formas de trabajo. El teletrabajo (Ley 1221 de 2008 y Decreto 0884 de 2012 vs., las modalidades de aplicación temporal: trabajo en casa (home office), trabajo remoto o a distancia

El teletrabajo está regulado en Colombia por la Ley 1221 de 2008 y su Decreto reglamentario 0884 de 2012, los cuales salvaguardaron y ampararon los trabajos y los estudios. Sin ellos no hubiese sido posible la continuación y el incremento de esta forma de trabajo, que hoy cuenta con gran aceptación y un creciente número de teletrabajadores. Hecho que no hubiese sido posible sin contar con los avances tecnológicos.

96

Se olvidó el individualismo cuando se tuvo en cuenta que el problema era de todos. Las personas se convirtieron en seres más solidarios. Se recuperó el valor de la familia. Todos se refugiaron en sus hogares para protegerse, inclusive los migrantes quisieron, como fuera, regresar a casa. Este fenómeno, que va a repercutir tanto en la industria del turismo como en el transporte aéreo, va a cambiar la fisonomía de las migraciones.

Colombia fue el primer país latinoamericano que reguló el teletrabajo, con varias formas: autónomo, móviles, suplementarios y al teletrabajador. Actualmente, es una gran fuerza laboral. Las nuevas modalidades, trabajo remoto y trabajo en casa, han contribuido a mantener los resultados positivos, lo cual genera un incremento de esta modalidad, porque entre sus beneficios se destacan el abaratamiento de los costos, lo que ayuda al medio ambiente y a la armonización de la vida personal, familiar y laboral. El estudio en casa facilitó esta modalidad y permitió cambios: el estudio virtual se incrementó de la noche a la mañana, la

Revolución 4.0 se aceleró, se incrementó el uso de la tecnología, de las plataformas y de los medios de comunicación en menos de dos semanas.

Aparte del trabajo en casa, otros alivios para las empresas fueron: los plazos tributarios, la rebaja en los aportes al sistema pensional por dos meses, la destinación del 7% de la cotización de las administradoras de riesgos laborales (ARL) para elementos de seguridad destinados al sector de la salud, los aportes solidarios desde las pensiones de jubilación de 10 millones, o más, para contribuir a mitigar las consecuencias económicas, el descuento de los salarios de los empleados públicos y de la rama ejecutiva, mediante una tasa para salarios de 10 millones, o más, y de 15 millones, o más, la devolución del IVA a los estratos 1 y 2, tres días sin IVA, tres veces al año, para fomentar el consumo, facilidades de crédito blando para pymes y el auxilio de nómina, por 4 meses, equivalente a la tercera parte del salario mínimo legal mensual vigente para los formalizado,; alivios en pagos a los bancos, sobre créditos, con la reducción de intereses, entre otros.

5. Salud y seguridad en el trabajo (Decreto 500 de 2020).

Es a través del Decreto 500 del 31 de marzo de 2020 que se adoptan las medidas de orden laboral, relativas a la destinación de los recursos de las cotizaciones a las administradoras de riesgos laborales de carácter público, en el marco del estado de emergencia económica, social y ecológica. Por su parte, el Decreto 488, de la misma fecha, acoge las 96 medidas de orden laboral, para la conservación del empleo y poder brindar alternativas a los trabajadores y empleadores mediante el consenso, la autocomposición y el diálogo social, bajo el marco legal dispuesto para garantizar los derechos de los trabajadores y empleadores en medio de la pandemia.

Se debe destacar que, frente al mandato de “Quédate en casa”, un país con altos niveles de informalidad (60%), con un nivel de la pobreza del 56%, donde las pymes, que son el 96% de las empresas, generan el 80% del empleo, las consecuencias del coronavirus fueron de proporciones incalculables. Estas se empezaron a conocer cuando el Gobierno tuvo que dictar una serie de medidas, acudiendo a los fondos de garantía y a las reservas, para crear un fondo de ingreso solidario, el cual es un programa

de apoyo al empleo formal, que flexibiliza las normas laborales para que los trabajadores tengan acceso a derechos como: el auxilio de las cesantías, que es un ahorro, a utilizar las vacaciones anticipadas solicitadas y concedidas en el menor término, al auxilio de desempleo, a través de las cajas de subsidio familiar, a programas como Familias en Acción y al suplemento alimenticio para los niños en edad escolar y el Programa del Adulto Mayor. Se utilizaron todas las iniciativas y los fondos posibles para proteger a los trabajadores, más vulnerables, e incentivar a las empresas para que mantuvieran a sus trabajadores.

Por lo anterior, la gran preocupación fueron los trabajadores independientes, los que día a día pueden cotizar a la seguridad social, pero que dependen de su trabajo autónomo. Ellos eran más del 50% de los trabajadores. Se orientaron muchas acciones de asistencia social, pero fueron insuficientes dada la magnitud del problema. Colombia tiene gran porcentaje de informalidad y fueron estas personas las que más sufrieron, porque no podían trabajar, debido a las medidas tomadas por el Gobierno nacional.

Todos los fondos públicos de garantía se pusieron a disposición para pelear las consecuencias económicas de esta terrible adversidad.

98

6. El impacto de la conflictividad en la administración de justicia. El diálogo social, la autocomposición, la revisión y los medios alternativos de resolución de conflictos

No queda duda de que debido a la situación que presentó el mundo, los efectos negativos como consecuencia del COVID-19, en el sector laboral, no se hicieron esperar, pues se evidenció la vulneración de los derechos en cuanto a los salarios, la jornada, el anticipo de las vacaciones, la movilidad, entre otros. Es por ello por lo que los trabajadores no dejaron pasar estos actos, interponiendo demandas y solicitudes que garantizaran y salvaguardaran sus derechos.

Frente a las solicitudes elevadas y a la utilización abusiva que se hizo de las figuras legales, se recomendó desde el Ministerio de Trabajo acudir a las asesorías que propusieran soluciones como: el consenso, la autocomposición, el acuerdo de voluntades y la primacía de la voluntad de las partes, en cuanto eran la mejor forma, o salida, para evitar el cúmulo de

demandas y tutelas que se estaban instaurando y que ocasionaron congestión en la administración de justicia. Por medio de la creación de acuerdos, se salió adelante, pero aquellos que fueron incumplidos provocaron conflictividad, por lo cual fue necesario crear una confianza que partiera de la buena fe y ayudara a crear nuevas relaciones laborales.

Es así como quedó planteada, conforme a la legislación laboral vigente, la posibilidad de revisión de los contratos individuales de trabajo, por razones que sobrevinieran imprevisibles y por graves alteraciones de la normalidad económica, además de acudir a las convenciones colectivas previstas en los artículos del Código Sustantivo del Trabajo y al artículo 480 del Derecho Colectivo, por acuerdo entre las partes y mediante el diálogo social, el cual es entendido según la Organización Internacional del Trabajo (OIT) como: “todo tipo de negociación, consulta o sencillamente intercambio de información entre representantes del Gobierno, trabajadores y empleadores, sobre asuntos de interés común relativos a políticas económicas y sociales”³

No está por demás recomendar que todos los acuerdos deben constar por escrito y suscritos por las partes para mayor efectividad.

99

La pandemia y sus efectos no selectivos implicaron sacrificios y cesiones para todos, si se quería salvar la economía del país, la sostenibilidad de la empresa y el empleo. Además, fue un hecho evidente la equidad del coronavirus, al afectar a todas las personas, aunque en mayor grado a algunas. Por esta razón, fue preciso que todos, mediante la *solidaridad*, el *dialogo social*, el consenso y la autocomposición, actuaran para recuperar, a largo plazo, parte de lo perdido.

La inflación no creció, porque no había poder adquisitivo ni consumo. Las personas se limitaron a subsistir, en medio de una lucha feroz, en donde el reto era retomar las actividades productivas, cuidando la salud de manera extrema, aprovechando todos los protocolos de bioseguridad, para lo cual se requirió una gran conciencia ciudadana y una disciplina a toda prueba.

7. Los efectos socioeconómicos y políticos de la pandemia

³ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). El diálogo social y el tripartismo. Bogotá D.C., 2020.

En un momento de la situación provocada por el coronavirus, y de conformidad con las autoridades que mantuvieron un monitoreo sobre el desarrollo del contagio, se dice que estaban en el *pico* y, por ello, fue preciso regresar a medidas de aislamiento, por sectores, en la capital del país. Ello se reflejó en la recesión económica que se evidenció en muchos sectores de la economía, los cuales resultaron afectados sensiblemente y para los cuales, las medidas de reapertura de las actividades no empezaron a operar de inmediato. No obstante, esa manera progresiva, a la cual denominaron *recuperación inteligente*, al estar sujeta al cumplimiento de estrictos protocolos de bioseguridad, que para los efectos de su implementación resultaron muy costosos, no todos los negocios pudieron asumirlos. Es así como, por las medidas de aislamiento preventivo obligatorio que se mantuvieron de manera escalonada, a partir de marzo 25, la recuperación fue muy lenta y afectó los sectores de turismo, los restaurantes, los bares, los establecimientos de diversión, los espectáculos masivos, los cines y los teatros, los cuales apenas empezaban a considerarse dentro del plan de reapertura.

Las pymes, seriamente golpeadas, constituían el 93% de las empresas en el país, con una generación de empleo del 96%. No obstante, los auxilios a la nómina de la tercera parte, por cuatro meses, tuvieron que reducir el número de trabajadores de manera muy sensible. Las cifras que se escucharon, desde medios autorizados, fijaban el desempleo, en el mes de junio, en el 19.3%, pero con tendencia al aumento en julio y agosto. Esta cifra pudo llegar a un 25%, cifra nunca vista en el país ni en los peores momentos de su economía.

Desde el Ministerio de Trabajo, se dijo que 1774 empresas habían solicitado autorización de cierre, razón por la cual, junto con el Gobierno nacional, se hicieron esfuerzos para evitar esta situación que agravaba el desempleo. Se señaló, igualmente, que 5300000 personas habían perdido sus empleos. Sin embargo, se resaltaron todas las medidas que el Gobierno tomó para proteger el empleo y evitar los despidos, mediante las posibilidades de flexibilización de las relaciones laborales.

Por estas razones, se incrementó el teletrabajo, el trabajo remoto o a distancia, se incentivó el desarrollo de todas las actividades a través de la virtualidad y se implementaron innumerables servicios domiciliarios. Un

ejemplo de ello fue la telemedicina, a la cual se acudió, entre otras, para obviar la congestión de un debilitado y precario sistema hospitalario que, en muchos momentos, debió acudir a la improvisación y habilitación de sitios para atender a los pacientes, dando prioridad a los enfermos por COVID-19 que requerían de las unidades de cuidados intensivos (UCIS). El número de estos sitios se mantuvo controlado en cuanto a ocupación, gracias a las medidas de aislamiento preventivo obligatorio que, en el lapso de dos semanas, se programó conforme a las tasas de contagio y según el aumento en el número de fallecimientos.

Los datos, el 22 de agosto de 2020, señalaban: 533103 contagiados, 359792 recuperados y 16968 fallecidos, cifra que, lamentablemente, indicaba que las medidas de aislamiento preventivo obligatorio no eran tan satisfactorias, dada la inminente lucha por sobrevivir de los menos favorecidos quienes, además, pertenecían al gran grupo de trabajadores informales, que sobrepasaban el 50% de la población y que debían salir para obtener su sustento diario.

Fue dramático el aumento de la pobreza, pues, lamentablemente, presentó un retroceso en lo que se había logrado en su disminución en los últimos años y volvió a más del 50% de la población, acorde con la inflación del 0.0% que indicaba que no existía poder adquisitivo y eso se reflejó en la gran cantidad de negocios clausurados por la imposibilidad de pagar el arrendamiento de los locales y las nóminas de empleados. Es cierto que los fondos movidos por el Gobierno ayudaron al pago de las nóminas durante cuatro meses, a pesar del endeudamiento colosal que implicaba acudir a todos los fondos públicos. Todo se hizo para tratar de aliviar el impacto económico causado por la pandemia.

La única forma de generar riqueza fue mediante el trabajo, el cual daba la posibilidad de contar con recursos para mover la economía. De allí que todos los esfuerzos desde el Gobierno, las empresas y los gremios económicos se encaminaran a la protección y reactivación de los sectores que jalonan la economía. Sin embargo, las consecuencias de la crisis generada por la pandemia serán incalculables e irreparables.

Un grandísimo espíritu solidario buscó enfrentar de la mejor manera esta situación tan difícil de sobrellevar. Los esfuerzos de todos los sectores

tuvieron que ser del mismo tamaño que los efectos destructivos que, día a día, fueron apareciendo en las cifras de la economía nacional, presagiando momentos más difíciles aún. Los cálculos sobre el crecimiento económico de los dos primeros meses 2022 anunciaban que sería del -5%, augurando una situación económica muy seria para el país.

Las bajas en los precios del petróleo golpearon seriamente la economía, que había realizado sus cálculos presupuestales con un petróleo a 60 dólares/barril, cifra que estuvo muy por encima del precio de ese momento en el mercado: 27 dólares y para Colombia, menos, porque nuestro petróleo se refinaba fuera, lo que hizo que el precio quedara en 23 dólares/barril, razón por la cual teníamos un déficit enorme en la balanza presupuestaria, frente al crecimiento inusitado de la deuda pública.

El impacto de la migración venezolana en la oferta y demanda de trabajo era muy serio. Por un lado, se afectaron los costos y la ocupación de los sistemas de salud al ser una población enferma, desnutrida, con un número promedio de 3 niños por pareja y con madres gestantes. Ello colapsó los servicios de salud, al invocar el derecho de los migrantes a la no discriminación. Por otro, se incrementó la inseguridad y la violencia, pues estas personas en estado de necesidad se tornaron violentas. Se estableció, plenamente, en hechos de delincuencia la presencia de venezolanos.

El panorama económico del país era muy preocupante. Los gremios y el Gobierno buscaron salidas a esta grave crisis, que tendió a agravarse, porque el país, por el alto contagio del virus, no lograba estabilizar su actividad productiva. Se seguía dependiendo de la virtualidad en un alto porcentaje. Por fortuna, el país contaba con el teletrabajo, el cual estaba reglamentado y permitió la conservación de muchos puestos de trabajo y así, continuar con la actividad productiva. Esta modalidad se incrementó en los sectores donde había sido viable.

Los efectos, en el orden social, en cuanto a la salud y seguridad en el trabajo, permitieron afirmar que la pandemia nos sorprendió en medio de un sistema de salud precario, azotado por la corrupción y la mala administración, lo que dejó al descubierto su escasez y la falta de supervisión efectiva.

Habíamos venido presenciando el cierre de hospitales públicos y de entidades promotoras de salud (EPS) por malos manejos. Circunstancia que, con la llegada de la pandemia, evidenció toda la debilidad del sistema, el cual se agravó por la situación de carácter laboral del personal vinculado a los servicios públicos de salud mediante contratos de prestación de servicios sin protección social. Esto hizo presa fácil del COVID-19 a 163 médicos que fallecieron como consecuencia del virus. Por esta razón, se debió acudir a la normatividad de emergencia para protegerlos, por medio de la declaratoria de enfermedad profesional, a quienes por exposición al contagio adquirieron el virus. Ellos debían ser protegidos por las administradoras de riesgos laborales (ARL). De igual manera, ocurrió con la dotación de los elementos protectores de la salud y seguridad en el trabajo.

Lo expuesto nos hace volver los ojos al sistema de Seguridad Social en Salud, en cuanto será necesario someterlo a una reforma estructural que busque erradicar todos los sistemas de protección social precarios. Si no es por los sistemas: Familias en Acción, el Sisbén, Protección al Adulto Mayor, el apoyo al desempleo y el auxilio alimentario para estudiantes de primaria, la situación hubiese sido insostenible, ya que la filantropía no alcanzó para tanto.

103

Todos los servicios públicos y privados de la salud se vieron saturados por la cantidad de personas contagiadas. Situación que se agravó al no contar con las unidades suficientes de respiradores. Los pacientes fueron atendidos en sus casas, con todos los riesgos de contagio para el resto de la familia. En pocas palabras, fue necesaria una pandemia para que los ojos se volvieran al Sistema de Seguridad Social en Salud y establecer el estado de abandono e inestabilidad en el que se encontraba.

En el aspecto político, lamentablemente, se agravó el estado de polarización que en los últimos meses venía presentando una oposición fortalecida por el aumento de la actividad de los grupos de izquierda y la situación planteada frente al fortalecimiento del grupo disidente de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), hecho que dio nuevas fuerzas al Ejército Popular de Liberación (EPL) y aumentó desproporcionadamente el número de hectáreas de cultivo de coca. Ello generó enfrentamientos entre los cultivadores y los grupos alzados en

armas por el control absoluto de ingresos ilícitos. Los agricultores que se negaron a sustituir sus cultivos para sembrar coca fueron asesinados.

Es así como aumentaron las cifras de muertes violentas de líderes sociales debidas a ajustes de cuentas y líos de tierra, puesto que los grupos ilegales continuaron la racha de despojar de sus tierras a los campesinos poseedores legales. Esa era la situación real. No obstante, fue desvirtuada por quienes pretendieron responsabilizar al Gobierno y a las Fuerzas Militares de esas muertes violentas. Posteriormente, continuaron los secuestros y el reclutamiento de niños para llevarlos a grupos insurgentes. Es más, tres líderes de las FARC, en abierta violación al acuerdo firmado, huyeron del país y se refugiaron en Venezuela, desde donde dirigieron las operaciones guerrilleras del Catatumbo, en las proximidades de la frontera. Esos son los hechos que la prensa extranjera, pagada por el narcotráfico, desvirtuó para evitar que se conociera la verdad de lo que sucede en Colombia y la imagen del gobierno legítimo fuera afectada.

A lo anterior se le agregó un clima agitado por un proceso instructivo, nada claro, contra un expresidente, de amplia y reconocida reputación a nivel nacional e internacional, que dejó al descubierto una administración de justicia infiltrada, politizada y corrupta. La misma que no ha sido clara respecto al Cartel de la Toga y que es afectada por la forma de elección de los magistrados de las altas cortes, dados los vicios de la Constitución Política de 1991, los cuales han permitido que la administración de justicia sea politizada, toda vez que la designación realizada desde el Congreso de la Republica de los magistrados, con gran y grave influencia de los grupos políticos, fue muestra de los compromisos adquiridos con quienes lo eligen. De esta forma, quedó completamente desvirtuada la independencia del orden judicial y dio paso a niveles de corrupción muy altos en el sistema de administración de justicia.

El país de varios años atrás clama por una reforma a la justicia, aspecto que no ha sido posible, pues los proyectos mueren en el Congreso, en las manos de quienes tienen intereses políticos de mantener el *statu quo* que tanto perjudica al país.

Escenario agravado por el sistema de elección de los órganos de control que, por esos mismos vicios de la Constitución de 1991, se

convierten en cargos con incidencia política, que les quita la objetividad y la independencia para realizar la tarea de control y garantía que requieren los órganos del Estado para sancionar, en el momento necesario, a quienes incurren en el incumplimiento de sus funciones e incursionan en actos de corrupción. Esto ocurre porque esos funcionarios provienen de grupos políticos a los cuales sirven obsecuentemente desde sus cargos, en agradecimiento por su nombramiento.

Son reformas de fondo las que clama a gritos la institucionalidad colombiana al sufrir los embates de la politiquería, la corrupción y los graves enfrentamientos entre los diferentes sectores, de los cuales no escapan las Fuerzas Militares y la Policía, al ser instituciones que no han sido ajenas a actuaciones de corrupción, pero que también son blanco de acciones políticas para desestabilizar el país, en aras de una toma del poder. Toma que ha sido proyectada desde el Foro de San Pablo y retomada por el Foro de Puebla al cual pertenecen figuras muy prestantes de la izquierda colombiana y que tienen un papel preponderante en ese foro.

Consideramos que la llegada del COVID-19, en marzo del año 2020, a tierra colombiana, no pudo ser más inoportuna. Llegó cuando el país empezaba a presentar factores importantes de reactivación en sectores influyentes como el turismo, el cual trajo al país 37 millones de turistas en 2019, cifra que para los dos primeros meses del año presentaba un crecimiento del 2.6 %, anunciando un resultado muy positivo para el final del año. Este sector recibió el azote devastador de la pandemia, cuyos resultados en cifras aún no alcanzamos a calcular.

Por razones injustificadas, injustas, parcializadas y polarizadas no se ha dado el reconocimiento que merece el Gobierno, por tratar de hacer lo mejor para afrontar la pandemia y sus efectos. Esta administración, en un primer momento, conformó un equipo con todos los miembros del gabinete, los gobernadores y los alcaldes, se apoyó en un personal técnico y científico, para que los guiara y asesorara frente a un enemigo desconocido, del que nada sabíamos ni sabemos, mientras no afloraran los resultados de una vacuna confiable, la cual estaba en ese momento tan lejana, precisamente por la carencia de datos sobre las causas y el origen del virus.

Desde una rabiosa oposición, se hizo lo posible por desconocer la tarea hecha por el Gobierno, toda vez que se criticó sin evaluarla y así, buscar el protagonismo de algunos funcionarios que estaban detrás de un caudal político, para aspiraciones futuras, lo cual dio origen a acciones contradictorias y descoordinadas que pretendían afectar el trabajo en equipo del Gobierno y así, acrecentar la crisis, el inconformismo y, sobre todo, el empobrecimiento, terreno abonado para los fines políticos que perseguían.

Este recuento da un contexto de la situación política que afrontó el Gobierno y por la que declaró la emergencia económica, social y sanitaria, por 60 días, además de proferir más de 100 decretos para sortear la emergencia y la situación económica del país. Decretos que el control de constitucionalidad, que debe hacer la Corte Constitucional, organismo que también es víctima de la polarización, la politización y la marcada tendencia de izquierda entre sus integrantes, empezó a declarar inexequibles, siendo la declaratoria más grave la que ordenó restituir las 2/3 partes de los aportes al régimen de pensiones, por los meses de mayo y junio. Mediante el Decreto 558, el Gobierno nacional y como alivio a los empleadores y trabajadores independientes había dispuesto no pagar en esos momentos tan cruciales para la economía. Esa decisión le costó al erario tres billones de pesos y, en medio de las circunstancias económicas que vivía el país, se agravó, puesto que tuvo que echar mano de todas las reservas públicas y mover todos los fondos para evitar que la economía nacional tuviera un desplome mayor.

Consideramos que ese Gobierno, democrático por fortuna, tuvo que afrontar el embate de algo nunca visto e imposible de calcular, pero empeorado por tener dentro del país una grave crisis social, institucional y por estar polarizado. Colombia sufrió los ataques de una izquierda fortalecida, dirigida por intereses claros desde afuera, por una guerrilla revitalizada conducida desde Venezuela, con el apoyo de un dictador que ha pisoteado los derechos humanos, cuyas acciones delictivas perjudicaron enormemente, por la proximidad y extensión de sus fronteras y por la gran cantidad de migrantes de ese país en nuestro territorio, adicional a toda la acción política y de descrédito que desde ese país se genera hacia Colombia.

No es nada envidiable lo que le tocó afrontar al presidente Duque a dos años de su gobierno, el cual empezaba a repuntar, después del desmedro y postración en que nos había dejado el Gobierno Santos. Sin embargo, en los dos años que le quedaban no alcanzó ni a un tercio de la gestión en la búsqueda de una recuperación económica, social y política tan difícil. El escenario empeoró porque en 2021, como sucede siempre en el período preelectoral, hubo una la parálisis notoria, especialmente en el Congreso, que, en esa oportunidad, se vio privado de uno de sus líderes más importantes, quien ejercía una labor de coordinación muy destacada para sacar adelante los proyectos de ley, pero que resultó privado de su libertad y afrontando un juicio político no jurídico. Para ese entonces, el Congreso tendría la ausencia del senador que renunció en vista de no gozar de las garantías de un debido proceso.

El panorama colombiano se presagiaba oscuro, difícil y lleno de incertidumbre. Serían las fuerzas vivas del país las que lograrían contrarrestar tan amenazantes fuerzas.

8. Reflexiones y conclusiones

107

A modo de colofón, se establece que toda crisis presenta oportunidades y, en mayor o menor medida, deja enseñanzas que se deben asimilar. Así, la originada por el COVID-19 no es la excepción frente a las otras grandes sufridas por la humanidad.

Por su carácter de imprevista y absolutamente desconocida, nos obligó a reaccionar muy rápido y a utilizar toda una capacidad de respuesta frente a los hechos que superaban nuestras posibilidades. Tocó todos los sectores de la vida nacional y allí tuvimos que adaptar, innovar o crear, lo cual hace recordar las obras de Andrés Oppenheimer⁴, a quien citamos cuando hacíamos referencia a la revolución tecnológica llamada 4.0, la misma que nos avasalló y que, por fortuna, nos permitió no morir en el silencio, en la incomunicación y en la improductividad. Fue la salvadora de este enemigo oculto que llegó arrasando vidas.

Volvimos los ojos a un ser superior, sin importar el credo, y le pedimos clemencia, porque era un fenómeno de supervivencia que

⁴ OPPENHEIMER Andrés. Crear o Morir. Bogotá D.C., 2016; Sálvese quien pueda. Bogotá D.C., 2018.

afectaba la vida, en cuanto a la salud y a la manutención. Aprendimos a compartir en casa los trabajos, las responsabilidades familiares, a mantener el diálogo perdido, por el uso del dispositivo, a jugar, a hacer ejercicio y a respetar los espacios para trabajar y estudiar, logrando armonizar la vida personal, laboral y familiar.

El ambiente lo agradeció y los animales desterrados volvieron a tener sus espacios. Gracias a todo ello, hoy respiramos un aire menos contaminado. Se incrementaron actividades como los servicios domiciliarios, las ventas por internet, las citas médicas y los exámenes de laboratorio virtuales. Todo se sigue ofreciendo a domicilio, con un ahorro grande de tiempo y costos que contribuirán a la recuperación económica que tanto necesitamos. Fue una gran oportunidad de trabajo, especialmente, para los migrantes venezolanos, aproximadamente, 2'400.000, quienes vinieron a agravar las condiciones de la pandemia.

Es innegable que el mundo cambió, al igual que el futuro de las relaciones laborales. El tiempo se partió en dos: antes y después del coronavirus. Muchas de las actividades laborales que creamos, que ideamos para afrontar la emergencia, presentaron gran positividad, seguramente se quedarán y serán materia de reglamentación. El manejo de la flexibilidad nos ayudará a superar tantas consecuencias de la crisis. Pensar en normas garantistas en estos momentos de recesión es olvidar que esta fue una de las causas mayores de la “huida del derecho del trabajo”.

Al repasar las normas internacionales del trabajo, encontramos muchos instrumentos que sirven de base para manejar este futuro laboral, donde habrá sectores que jalonarán la economía, direccionando los esfuerzos de recuperación, a saber:

- a) Administración pública y gasto público: todos los recursos del Estado se movilizaron. Las inversiones en estructuras y bienes públicos no deben esperar.
- b) Investigación y tecnología: todo un reto para las universidades y el Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC).

- c) La agricultura y la producción alimentaria: gracias a ese incentivo dado a los productores, como primera medida, no se presentó un evidente desabastecimiento. Colombia puede ser fácilmente la despensa del mundo, con inversión en tecnología agropecuaria y mejoramiento de servicios esenciales, para que las comunidades permanezcan en el campo sin congestionar las grandes ciudades, ya de suyo, invivibles.
- d) Informática y comunicaciones: se apreció su importancia, pero hay que perfeccionarla. La Revolución 4.0 se tuvo que desarrollar en dos semanas y seguirá incrementándose.

Existen grandes retos para el futuro del trabajo, pero como anotaba el Informe de la Comisión Mundial, en enero 22 de 2019: la dignidad humana, el diálogo social y la necesidad de nuevas organizaciones de empleadores y trabajadores debe prevalecer y fortalecerse, junto con la Recomendación 205, de 2017, sobre *resiliencia*. Ambas son precisamente las acciones por seguir cuando se sufren estas adversidades. Lo ocurrido nos tiene que llevar a la construcción de un mundo mejor, siendo más humanos y humildes, después de haber comprobado que somos tan pequeños y vulnerables y que solo el trabajo puede combatir la desigualdad.

109

Muy golpeada se encuentra la seguridad social, porque quedó al descubierto la fragilidad del sistema de salud, a pesar de que ese puñado de médicos, enfermeras y personal afrontaron como héroes la cruenta situación. Este sector nos ha permitido estar aquí. Una gratitud eterna.

Viene un proceso de recuperación de la economía, del tejido social y del trabajo tan seriamente afectado. Conforme a los expertos, hay sectores en los cuales se va a basar la recuperación, en donde la creatividad y la innovación que distingue a los colombianos será la base para hacerlo. No obstante, hay muchas enseñanzas que dejó esta adversidad sobre las prácticas laborales, las cuales continuarán.

Hoy existen nuevas relaciones laborales basadas en el consenso, las cuales definitivamente tienen que ser temporales, mientras se logran

equilibrar las cargas, pero hay que partir de la base de la buena fe y de la confianza entre las partes. No es conveniente ser muy garantistas con el nuevo ordenamiento jurídico. Por el contrario, con emprendimiento, disciplina y siendo autodidactas, se podrá producir riqueza, levantar la economía y rehacer el mundo juntos.

Referencias

Congreso de la República de Colombia. (1990). Ley 50 de 1990. Diario Oficial No. 39618. [Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones]. Bogotá, D.C., Colombia.

Congreso de la República de Colombia. (2002). Ley 789 de 2002. Diario Oficial No. 45046. [Por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo de Trabajo]. Bogotá, D.C., Colombia.

Congreso de la República de Colombia. (2008). Ley 1221 de 2008. Diario Oficial No. 47052. [Por la cual se establecen normas para promover y regular el Teletrabajo y se dictan otras disposiciones]. Bogotá, D.C., Colombia.

Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural. (2020). Decreto 486 de 2020. Diario Oficial No. 51269. [Por el cual se crea un incentivo económico para los trabajadores y productores del campo y se adoptan otras medidas para garantizar el permanente funcionamiento del sistema de abastecimiento de productos agropecuarios y seguridad alimentaria en todo el territorio nacional, dentro del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica]. Bogotá, D.C., Colombia.

Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. (2020). Decreto 507 de 2020. Diario Oficial No. 51274. [Por el cual se adoptan medidas para favorecer el acceso de los hogares más vulnerables a los productos de la canasta básica, medicamentos y dispositivos médicos, en el marco de la Emergencia Económica, Social y Ecológica decretada mediante el Decreto 417 de 2020]. Bogotá, D.C., Colombia.

Ministerio de Hacienda y Crédito Público. (2020). Decreto 518 de 2020. Diario Oficial No. 51277. [Por el cual se crea el Programa Ingreso

Solidario para atender las necesidades de los hogares en situación de pobreza y vulnerabilidad en todo el territorio nacional, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica]. Bogotá, D.C., Colombia.

Ministerio de Interior. (2020). Decreto 457 de 2020. Diario Oficial No. 51264. [Por el cual se imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Coronavirus COVID-19 y el mantenimiento del orden público]. Bogotá, D.C., Colombia.

Ministerio de Justicia y del Derecho. (2020). Decreto 491 de 2020. Diario Oficial No. 51270. [Por el cual se adoptan medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas y los particulares que cumplan funciones públicas y se toman medidas para la protección laboral y de los contratistas de prestación de servicios de las entidades públicas, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica]. Bogotá, D.C., Colombia.

Ministerio de Trabajo. (2020). Circular 033 de 2020. [Medidas de protección al empleo en la fase de mitigación del nuevo coronavirus COVID 19]. Bogotá, D.C., Colombia.

Ministerio de Trabajo. (2020). Circular 035 de 2020. [Vigencia de la certificación para Trabajo Seguro en Alturas, de conformidad con el artículo 8 del Decreto Legislativo 491 de 2020, expedido en el Marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, declarado mediante el Decreto 427 de 2020]. Bogotá, D.C., Colombia.

Ministerio de Trabajo. (2012). Decreto 0884 de 2012. Diario Oficial No. 48417. [Por medio del cual se reglamenta la Ley 1221 de 2008 y se dictan otras disposiciones]. Bogotá, D.C., Colombia.

Ministerio de Trabajo. (2020). Decreto 488 de 2020. Diario Oficial No. 51269. [Por el cual se dictan medidas de orden laboral, dentro del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica]. Bogotá, D.C., Colombia.

- Ministerio de Trabajo. (2020). Decreto 500 de 2020. Diario Oficial No. 51273. [Por el cual se dictan medidas de orden laboral, relativas a la destinación de los recursos de las cotizaciones a las Administradoras de Riesgos Laborales de carácter público, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica]. Bogotá, D.C., Colombia.
- Ministerio de Trabajo. (2020). Resolución 803 de 2020. Diario Oficial No. 51335. [Por medio del cual se crea el Programa de Apoyo para el pago de la Prima de Servicios- PAP para el Sector Agropecuario, en el marco de la Emergencia Sanitaria ocasionada por el Coronavirus COVID 19]. Bogotá, D.C., Colombia.
- Monsalve, M. E. (2017). *El Futuro del Trabajo. Análisis Jurídico y Socioeconómico*. Madrid, España. Editorial Alderabán.
- Oppenheimer, A. (2016). *Crear o Morir*. Bogotá D.C., Colombia.
- Oppenheimer, A. (2018). *Sálvese quien pueda* Bogotá D.C., Colombia.
- Organización Internacional del Trabajo —OIT—. (2020). *El diálogo social y el tripartismo*. Bogotá D.C., Colombia.
- Presidencia de la República de Colombia. (2020). Decreto Legislativo 417 de 2020. Diario Oficial No. 51259. [Por el cual se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional]. Bogotá, D.C., Colombia.
- Presidencia de la República de Colombia. (2020). Decreto 637 de 2020. Diario Oficial No. 51306. [Por el cual se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional]. Bogotá, D.C., Colombia.
- Salazar, S. (2020). *Gobierno no ha aprobado despidos colectivos por Coronavirus*. Bogotá D.C., Colombia.
- SUIN-Juriscol. (2020). *Normativa para la atención de la emergencia del COVID-19*. Bogotá D.C., Colombia.

NUEVO PARADIGMA DE LA JORNADA MÁXIMA DE TRABAJO A RAÍZ DE LA EMERGENCIA SANITARIA*

*Oscar Raúl Chuquillanqui Aragón**

Resumen: La presente investigación sobre el derecho a la jornada máxima de trabajo expone dos problemáticas generadas a causa de la pandemia por COVID-19, que le restan eficacia al derecho bajo estudio. Ello generó la búsqueda de un nuevo paradigma de la jornada máxima de trabajo dentro de esta “nueva normalidad”.

Palabras clave: jornada máxima de trabajo, trabajo a distancia, sistema de transporte público, agotamiento, derecho a la desconexión, nueva normalidad, emergencia sanitaria.

Sumario: I. Introducción. II. La jornada máxima de trabajo y su impacto en la salud, la economía y en el ámbito social. III. Los orígenes de la jornada máxima de trabajo en el Perú. Un proceso de maduración de ideas. IV. La emergencia sanitaria producto del COVID-19 y su afectación a la jornada máxima de trabajo. V. El nuevo paradigma de la jornada máxima de trabajo. VI. Algunas pinceladas sobre la reducción de la jornada máxima de trabajo. VII. Conclusiones. VIII. Referencias.

1. Introducción

En el presente trabajo se analizará el estado actual de la jornada máxima de trabajo y los importantes fines que persigue, haciendo un pequeño, pero significativo recorrido histórico por su implementación en

* El presente trabajo está dedicado a la norma más importante de mi vida, no me refiero a la Constitución, pero sí a mi madre Norma Aragón Ramírez, gracias por todo.

* Abogado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Especializado en Derecho Laboral. Autor de artículos sobre su área de especialización publicados en distintas revistas jurídicas. Ponente en seminarios nacionales e internacionales. Asociado de la Sección Peruana de Jóvenes Juristas adscrita a la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Correo electrónico personal: oscar.chuquillanqui@gmail.com

el Perú. Asimismo, nos detendremos en examinar cómo la pandemia generada por el COVID-19 ha creado y/o adelantado nuevas problemáticas en torno a este derecho, como, por ejemplo, el poco cumplimiento de la jornada máxima al realizar trabajo a distancia (teletrabajo o trabajo remoto) o la importancia de que un país cuente con un sistema de transporte público eficiente, que permita estar alineado al fin primordial que busca proteger el derecho a la jornada máxima de trabajo: evitar el agotamiento.

Como es de conocimiento general, distintos gobiernos, entre ellos el peruano, como medida de prevención de contagios del COVID-19 estableció y fomentó modalidades de trabajo a distancia. No obstante, al menos en el caso peruano, en un inicio, no se consideró alguna medida específica que permitiera cumplir con la jornada máxima de trabajo dentro de los esquemas laborales no presenciales y cuando se hizo, estas no fueron las más idóneas.

Por otro lado, ya en la etapa de reactivación económica, en la cual muchas empresas requerían la presencia de sus trabajadores, se generó un nuevo problema vinculado al sistema de transporte público, siendo en esta oportunidad, por temas de extensión. La problemática estará enmarcada en Lima metropolitana, ciudad que antes de la pandemia generada por el COVID-19 ya contaba con un sistema de transporte público ineficiente y que en la etapa de reactivación económica (poscuarentena) ha empeorado debido a las medidas de prevención de contagio determinadas por el Gobierno.

En consecuencia, este énfasis en la crisis del sistema de transporte generado por la pandemia del COVID-19, nos permite reflexionar que esta problemática no es de menor importancia o ajena al derecho laboral, ya que la ineficiencia del sistema de transporte genera agotamiento en los usuarios (muchos de ellos trabajadores), abriendo la puerta a otros inconvenientes, como el detrimento de su rendimiento productivo, la afectación de su salud física y mental, el estrés, el daño a su sistema inmunológico, entre otras, siendo las mismas problemáticas que el derecho de jornada máxima busca evitar.

Por ello, con la finalidad de ir construyendo un nuevo paradigma de este derecho, propondremos, desde la perspectiva laboral, algunas posibles soluciones para ambas situaciones antes mencionadas, concluyendo con una breve reflexión sobre el futuro del derecho a la jornada máxima de trabajo.

2. La jornada máxima de trabajo y su impacto en la salud, la economía y en el ámbito social

Consideramos que un primer acercamiento al tema sobre la jornada máxima de trabajo, al menos desde la perspectiva de los hechos, se hace recurriendo a la historia recogida en la película *I Compagni*, del director italiano Mario Monicelli (1963), en la cual se cuenta la historia de un grupo de trabajadores de una fábrica de Torino, Italia, de finales de 1800, quienes, ante el accidente de trabajo de un compañero, deciden iniciar una huelga con la intención de buscar, entre otras cosas, una menor jornada de trabajo. Rescatamos esta obra audiovisual por la escena que inicia cuando un trabajador, aprovechando los minutos de almuerzo, se dirige presuroso hacia la puerta de salida de la fábrica, donde lo esperaba su esposa y su hijo (un bebé de meses). Al reunirse, apenas divididos por las rejas de la fábrica, la esposa le recrimina por obligarla a sacar al bebé de su casa y exponerlo a un clima extremadamente frío. La respuesta del padre es exquisita al señalar lo siguiente: “Nunca le veo, cuando salgo duermo (entiéndase de la casa al trabajo), cuando vuelvo (del trabajo a la casa) duermo, tengo derecho a verle (el padre le hace gestos al bebé, mientras este llora). Mira a tu papá, ah míralo; ni siquiera, me conoce” (Monicelli, 1963) ⁵. Ello deja en evidencia que la excesiva jornada de trabajo estaba afectado directamente su vida personal, al no tener tiempo para compartir en familia. Hecho que, en la actualidad, lamentablemente, se sigue repitiendo en varios grupos de trabajadores.

Ya centrándonos en hechos históricos, cuando se aborda la temática de jornada máxima, se suele citar como antecedente trascendental a las manifestaciones convocadas para el 1 de mayo de 1886, por la Federación Estadounidense del Trabajo (*American Federation of Labor*), en

⁵ La información entre paréntesis fue agregada por nosotros. Escena con diálogos transcritos del minuto 9, con 19 segundos aproximadamente.

reivindicación de la jornada de ocho horas, más específicamente de los obreros industriales. Dichas manifestaciones tuvieron su epicentro en Chicago y su desenlace en la protesta del parque de Haymarket, donde hubo un enfrentamiento con los efectivos policiales que ocasionaron que se detuvieran 31 manifestantes, quienes, luego de un juicio arbitrario, fueron condenados a prisión y 5 de ellos a muerte, pasando a ser denominados *Los mártires de Chicago* (Seitz, 2017).

Por su parte, a nivel normativo internacional, el hito más importante sobre la jornada máxima de trabajo lo encontramos en el año 1919, cuando después de la primera guerra mundial y en el contexto de la primera conferencia internacional de trabajo de Washington, la Organización Internacional de Trabajo (en adelante OIT) mediante el Convenio n.º1 sobre las horas de trabajo (industria), estableció que

(en) todas las empresas industriales públicas o privadas, o en sus dependencias, cualquiera que sea su naturaleza, con excepción de aquellas en que solo estén empleados los miembros de una misma familia, la duración del trabajo del personal no podrá exceder de ocho horas por día y de cuarenta y ocho por semana⁶. (Organización Internacional de Trabajo — OIT—, 1919).

117

Pese a que los representantes de los empleadores “rechazaban la posibilidad de una limitación de la jornada aduciendo que no era oportuna en un momento en que la economía arruinada por la guerra exigía un supremo esfuerzo de trabajo” (De Buen, 1979, pp.136-197).

Esta limitación a la jornada de trabajo, como bien lo resume De Buen (1979), no es solo un tema proteccionista, sino que, con base en estudios médicos, psicológicos, económicos y sociales quedó evidenciado que “la fatiga entorpece la actividad y llega a provocar agotamiento”, lo que desencadena en accidentes de trabajo, disminución de las defensas que

⁶ Vale precisar que la OIT estableció como excepciones a la limitación de la jornada máxima diaria y semanal los siguientes casos: (i) el personal de dirección y de confianza, (ii) siempre que no se supere el límite semanal de 48 horas, se podrá exceder el límite diario de 8 horas en máximo una adicional y (iii) cuando los trabajos sean realizados por equipos, se podrá exceder el límite de horas diario y semanal siempre que el promedio de horas de trabajo calculado, en un período de tres semanas o menor, no exceda de 8 horas diarias o 48 semanales (jornadas acumulativas).

evitan las enfermedades, disminución de la productividad (calidad y volumen) e impactan en la vida social del trabajador⁷ (p.135).

Haciendo nuestra la idea de De Buen (1979) y desarrollándola en el contexto actual, consideramos que el agotamiento generado en un trabajador desencadena a su vez problemas en tres aspectos de su vida, como son la salud, la economía y lo social. Vale precisar que la afectación no solo involucra al trabajador, sino también involucra y afecta al empleador, como veremos a continuación. Entonces, respecto a las afectaciones en la salud, estas se manifiestan, en mayor probabilidad, donde se puede ser víctima de un accidente de trabajo y en el debilitamiento del sistema inmunológico, hecho no menor en la coyuntura de la pandemia por COVID-19. Esto, a su vez, afecta al empleador al tener que asumir los costos derivados de un accidente de trabajo y/o cubrir las faltas de un trabajador con problemas de salud, en general.

Sobre los problemas en torno a la economía, evidentemente, un trabajador agotado verá reducida su productividad, tanto en calidad como en cantidad; lo que, a su vez, también afecta al empleador al tener productos (bienes o servicios) por debajo de sus expectativas. Ello puede generar problemas con clientes o terceros o provocar más trabajo y esfuerzo a su área de control de calidad (o la que haga sus veces). Finalmente, la afectación en lo social del trabajador se configura cuando, por el exceso de trabajo, este deja de lado o sacrifica, en mayor o menor medida, su vida personal (como relacionarse con la familia o amistades), con la intención de cumplir con las obligaciones laborales. Esto puede acarrear problemas psicológicos en el trabajador y en el empleador, dificultades internas como afectaciones en el clima laboral, personal desmotivación, fuga de talento, etc.

Como vemos, el cumplimiento de la jornada máxima de trabajo no solo es beneficioso para el trabajador, sino que, en igual medida, tiene efectos positivos para el empleador. Por ello, ambas partes deberían unir esfuerzos para buscar planteamientos que permitan su respeto y cumplimiento.

⁷ Si bien De Buen, no hace mayor precisión sobre la vida social, entendemos que no solo se refiere al tiempo de ocio o distracción del trabajador, sino que también hace referencia a su vida familiar.

3. Los orígenes de la jornada máxima de trabajo en el Perú. Un proceso de maduración de ideas

En el Perú, conforme al historiador Jorge Basadre (2014), uno de los primeros reclamos en el que se planteó, dentro de los requerimientos iniciales, una jornada de 8 horas diarias (de 7 a. m. a 10 a. m. y de 12 p. m. a 5 p. m.) fue la realizada por los jornaleros del Callao, el 1 de mayo de 1904. Reclamos que no fueron tomados en cuenta por sus empleadores y provocó el inicio de una huelga el 6 de mayo del mismo año. Esta, luego de varias idas y vueltas, el 19 de mayo culmina con el sensible fallecimiento de Florencio Aliaga y el acogimiento parcial de los requerimientos de los huelguistas, principalmente en el extremo del aumento de jornales (pp.128-134).

Años después, a finales de 1912, la Unión de Jornaleros del puerto del Callao y la Federación Obrera y Regional del Perú⁸, en la asamblea realizada el 15 de noviembre, plantearon la realización de una huelga por la jornada de las 8 horas, en el Callao. El 5 de enero de 1913, se presentó el pliego de reclamos que adicionaba al pedido de la jornada de 8 horas, el aumento de los salarios y el apoyo médico en caso de accidentes de trabajo. Sin embargo, al no ser aceptados los ofrecimientos de sus empleadores, la huelga inició el 7 de enero de 1913. El 10 de enero fueron aceptados los reclamos de los trabajadores portuarios del Callao, convirtiéndose en los primeros peruanos en gozar de una jornada de 8 horas (Basadre, 2014, pp.77-78). Este hecho ocurrió más de 7 años antes a la aprobación del Convenio No. 1 de la Organización Internacional del Trabajo (1919).

En el período de 1916 a 1918, se produjeron varias huelgas en todo el país y el reclamo transcendental era el aumento de los jornales; sin embargo, en algunos casos ya se solicitaba textualmente la aplicación de la jornada de 8 horas. Resalta la huelga de 1916 de trabajadores campesinos de Huacho, Sayan Supe, Barranca y Pativilca; la misma que fue reprimida en Huacho, ocasionando la muerte 10 trabajadores protestantes, quienes

⁸ Conforme con Basadre (2014), esta última estaba conformada por “la Sociedad de Resistencia de los obreros galleteros y anexos; la Federación de Electricistas; el Gremio Liberal de Empleados (mozos de hoteles), la Federación de Obreros Panaderos “Estrella del Perú”; la Unificación Textil de Vitarte y la Unificación Proletaria Textil de Santa Catalina” (p.76).

fueron considerados como precursores del reclamo por la jornada de 8 horas (Basadre, 2014, pp.277- 280).

Luego, durante el Gobierno del presidente José Pardo, en 1918, se emitió

la ley Manzanilla sobre el trabajo de las mujeres y niños que estableció para ellos la jornada de ocho horas, un grupo de dirigentes sindicales se puso de acuerdo en el plan de obtener la misma jornada para todos los obreros. (Basadre, 2014, pp.281).

En 1918, en el Perú, ya había 2 grupos de trabajadores adicionales a los estibadores del puerto del Callao que gozaban de la jornada de 8 horas. Además, trabajadores de otros sectores empezaron a considerar pertinente solicitar el mismo reclamo.

Finalmente, en diciembre de 1918, obreros del sector textil de distintas fábricas acordaron apoyarse entre sí para obtener mejoras salariales, y teniendo en cuenta el clima de cooperación de otros obreros de distintos sectores económicos, decidieron demandar la reducción de la jornada de trabajo. Las huelgas empezaron desde el 12 de diciembre de 1918, concluyendo con el exitoso paro general realizado en Lima y Callao los días 13, 14 y 15 de enero de 1919. Esta paralización de la capital y de su principal puerto no dejó mucho margen de acción al presidente José Pardo, por lo que, el 15 de enero, por insistencia del Ministro de Fomento, el señor Manuel Aurelio Vinelli, emitió un Decreto, declarando la jornada de 8 horas para trabajadores del Estado y del sector privado, en ambos casos, sin que existiera reducción de salarios (Basadre, 2014, pp.281-293).

Todo este proceso de reclamos y huelgas permitió que los trabajadores tuvieran un juicio crítico sobre las jornadas excesivas en las que laboraban y, su vez, los empleadores, poco a poco, también fueron entendiendo que la reducción de la jornada no traía consigo pérdidas económicas cuantiosas, sino que podrían verse beneficiados de alguna manera con esta reducción (menos huelgas, menos pagos por accidentes de trabajo, etc.). Pero, en este capítulo del trabajo, queremos dejar en claro que este proceso de maduración de ideas de ambas partes tomó su tiempo y les generó distintas afectaciones, incluso a terceros.

Dando un salto histórico importante, Perú ratificó el Convenio No. 1 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) (1919), en 1945, y en nuestra normativa vigente, la jornada máxima de trabajo está regulada constitucionalmente (Constitución Política del Perú, 1993) y en el ámbito legislativo (Trabajo y Promoción del Empleo, 2002a) (Trabajo y Promoción del Empleo, 2002b) bajo la fórmula de 8 horas diarias o 48 horas semanales, permitiendo excepciones como las jornadas acumulativas. El ejemplo típico son los trabajadores de los campamentos mineros. Es en este contexto en el que arriba la pandemia producto del COVID-19 al Perú.

4. La emergencia sanitaria producto del COVID-19 y su afectación a la jornada máxima de trabajo

En palabras de la Organización Mundial de la Salud (OMS) (2020),

Los Coronavirus son una extensa familia de virus que pueden causar enfermedades, tanto en animales como en humanos. En los humanos, se sabe que varios Coronavirus causan infecciones respiratorias que pueden ir desde el resfriado común hasta enfermedades más graves como el síndrome respiratorio de Oriente Medio (MERS) y el síndrome respiratorio agudo severo (SRAS). El Coronavirus que se ha descubierto más recientemente causa la enfermedad por Coronavirus COVID-19.

121

Este nuevo tipo de coronavirus, descubierto el 31 de diciembre de 2019, en Wuhan (China), se viene propagando por todo el mundo y llegó oficialmente a Perú el 7 de marzo de 2020.

Asimismo, la Organización Mundial de la Salud (OMS) (2020) ha informado que el contagio de este

virus se produce por el contacto o cercanía habitual con una persona infectada, ya que, cuando esta tose o exhala expulsa gotículas procedentes de la nariz o la boca que salen despedidas, pudiendo caer en objetos que rodean a una persona sana, quien de tocar dichos objetos o superficies y luego tocarse ojos, nariz o boca y/o inhalar directamente las gotículas esparcidas por una persona con COVID-19 podrá contagiarse. En otras palabras, el contagio se produce por la interacción ordinaria de una persona infectada y una

persona sana, como puede ser el saludo, las conversaciones, reuniones, compartir espacios cerrados por largos períodos de tiempo, entre otros.

Ante ello, gobiernos de distintos países, entre ellos el de Perú, tomaron medidas para evitar el contagio con base en el distanciamiento social. La expresión más drástica y, en teoría, más eficiente es la cuarentena; sin embargo, dicha medida a la larga tiene un impacto negativo en la economía de los países. Por ello, estas se han ido levantando luego de controlar, en mayor o menor medida, el número de contagios.

No obstante, en el Perú, luego de terminada la cuarentena, se mantienen las medidas para evitar contagios como las profilácticas, que implican el uso de las mascarillas, la desinfección y el lavado de manos y el distanciamiento social que obliga a conservar una distancia prudencial en la interacción con otras personas, generándose lo que la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (Unesco) (2020) ha denominado “nueva normalidad”. Ello involucra cambios en la forma de saludarnos o despedirnos hasta cambios con impactos en las relaciones laborales, donde el trabajo remoto apoyado en las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) tomó mayor preponderancia en algunos grupos de trabajadores.

122

Asimismo, levantada la cuarentena, se produjo un colapso en el servicio de transporte público, producto del nuevo aforo reducido de los buses, con la intención de mantener el distanciamiento social y evitar contagios.

a. El trabajo remoto genera jornadas excesivas

Con la llegada del COVID-19 a Perú, se buscó controlar los contagios y reforzar nuestro sistema de salud, por lo que el Gobierno, mediante el Decreto supremo No. 044-2020-PCM (Presidencia del Consejo de Ministros, 2020), estableció el aislamiento social obligatorio (cuarentena), iniciando el 16 de marzo de 2020 hasta el 30 de junio, completando un período de 3 meses y 16 días, en los cuales únicamente podían salir a laborar los trabajadores de las actividades esenciales. Los demás tenían que realizar trabajo a distancia y en caso de no ser compatible con esa modalidad, se recurrió a la suspensión de labores.

Centrándonos en el trabajo a distancia, el Gobierno, en un primer momento, mediante la Resolución ministerial No. 055-2020-TR (Trabajo y Promoción del Empleo, 2020) (norma que incluía un modelo de acuerdo para que empleador y trabajador opten por el teletrabajo), apostó por promover el teletrabajo en el contexto de la pandemia por el COVID-19, institución regulada en el Perú desde 2013, mediante la Ley No. 30036 (Congreso de la República del Perú, 2013) y reglamentada, tardíamente, en el año 2015, mediante el Decreto supremo No. 017-2015-TR (Trabajo y Promoción del Empleo, 2015).

Pese a que no es intención de este escrito desarrollar y profundizar en esta modalidad laboral, sí nos parece pertinente mencionar que el teletrabajo, previo a la pandemia por COVID-19, no tuvo mucha acogida en el mercado laboral peruano, principalmente por la cantidad de requisitos formales que debían ser incluidos dentro del contrato de trabajo⁹ o por la poca claridad sobre el pago de la compensación económica, en los casos que el trabajador proporcionara las condiciones para ejecutar el teletrabajo. Tampoco hubo claridad sobre las obligaciones en materia de seguridad y salud y, finalmente, la norma no promocionó los beneficios que podría obtener el empleador de optar por esta modalidad.

123

Luego de ese primer intento de promoción al teletrabajo, en el contexto de la emergencia sanitaria, el Gobierno, mediante el Decreto de urgencia No. 026-2020 (Poder Ejecutivo, 2020a), cambió de estrategia y optó por crear una nueva institución denominada trabajo remoto, la cual no requería el acuerdo del trabajador (voluntariedad) para su aplicación y no contaba con mayores requisitos formales, con la intención de poder implementarlo de forma célere. No obstante, en nuestra opinión, se hubiera podido perfectamente flexibilizar el teletrabajo mientras durara la emergencia sanitaria (o incluso en escenarios de otras emergencias) y obtener los mismos resultados¹⁰.

En consecuencia, el trabajo remoto se instauró, desde el 16 de marzo de 2020 (Poder Ejecutivo, 2020a), con vigencia condicionada a la duración

⁹ Es una obligación que el contrato de teletrabajo conste por escrito y detalle lo siguiente: las Tecnologías de la Información y la Comunicación por utilizarse; la explicación para la adecuada utilización de los instrumentos de trabajo; el monto de compensación, en el caso de que el teletrabajador utilice sus propias herramientas; las medidas sobre seguridad de la información de la empresa; especificar la jornada de trabajo; establecer cuáles serían los mecanismos de control y precisar la razón por la que se optaba por el teletrabajo.

¹⁰ Al respecto ver Chuquillanqui,(2020).

del estado de emergencia declarada por el Gobierno. No obstante, mediante el Decreto de urgencia publicado el 1 de noviembre de 2020, entre otros aspectos, se independizó su vigencia, ampliándolo hasta el 31 de julio de 2021 (Poder Ejecutivo, 2020c). Si bien es cierto que esta medida evita el contagio de los trabajadores, también lo es que el Gobierno demoró más de 7 meses en establecer las medidas que, en el contexto del trabajo no presencial, salvaguardaran el cumplimiento de la jornada máxima de trabajo, pese a que, según las cifras del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, a octubre 2020 se contaba con 250 mil trabajadores formales que realizaban trabajo remoto en el Perú (RPP Noticias, 2020). Ello sin contar la gran cantidad de informales que también se sumaron a esta modalidad.

Al respecto, resulta importante la encuesta realizada por *Global Research Marketing*, mediante la cual determinaron que el 85% de los limeños sienten que en la modalidad de trabajo remoto laboran más que en la modalidad presencial, es decir, que antes de la llegada del COVID-19 (RPP Noticias, 2020). En el mismo sentido, la Defensoría del Pueblo¹¹, mediante el documento de trabajo No. 002-2020-DP/ADM, llama la atención sobre una problemática que se viene detectando en la aplicación del trabajo remoto

debido al desarrollo de las herramientas tecnológicas, muchas veces el empleador dispone del tiempo del/la trabajador/a y se contacta en cualquier momento del día o la semana para solicitar nuevas tareas, planificar reuniones, o simplemente para realizar coordinaciones laborales, sin respetar los fines de semana, feriados, o algún horario en particular. (Defensoría del Pueblo, 2020, p.8).

Asimismo, hace hincapié en que las mujeres son las más perjudicadas con las largas jornadas del trabajo remoto, ya que, conforme a la información estadística que maneja, ellas son las que se encargan, en mayor medida, del cuidado de los hijos (Defensoría del Pueblo, 2020, p.6).

Por nuestra parte, consideramos que, si bien algunos empleadores vulneran la jornada máxima de trabajo con conocimiento de causa, otro

¹¹ Organismo constitucionalmente autónomo, que tiene entre sus funciones la defensa de los derechos fundamentales de las personas y de la comunidad, conforme el artículo 162 de nuestra Carta Magna.

grupo de empleadores lo puede estar haciendo sin intención. Es que no debemos olvidar que estamos viviendo una “nueva normalidad” que implica relacionarnos de una manera distinta, dejando de lado la interacción presencial y dándole mayor cabida a la virtual, ubicándonos en un nuevo escenario que requiere que tanto empleador como trabajador se adapten y entiendan que buscar soluciones para que la empresa no se vea afectada económicamente es tan importante como respetar los períodos de descanso del trabajador bajo la modalidad no presencial. Lamentablemente, esta madurez de ideas no se alcanza de un día para otro, sino que requiere de tiempo y sacrificios de ambas partes

—tal y como vimos en el pequeño recuento histórico peruano sobre la obtención de la jornada de 8 horas—. Sin embargo, con el desarrollo constitucional y el marco legal, consideramos que el Gobierno, desde un inicio, debió tener mayor presencia, ya sea mediante una norma que permita el derecho a desconexión y/o con fomentos de políticas públicas de respeto a la jornada máxima de trabajo en la “nueva normalidad” y no esperar más de 7 meses para hacerlo.

Otro factor para tomar en cuenta es que el trabajo presencial permite tanto la comunicación verbal como la no verbal entre el empleador y el trabajador, mientras que en el escenario de las comunicaciones por teléfono o los servicios de mensajería instantánea (trabajo remoto), muchos elementos de la comunicación no verbal quedan excluidos, los cuales consideramos que son importantes para el respeto de la jornada máxima de trabajo. Por ejemplo, en una relación presencial, el hecho de que el trabajador salga de su centro de labores despidiéndose de sus compañeros y/o de su jefe expresa, de alguna manera, que su jornada de trabajo concluyó, sin decirlo textualmente en ningún momento. Esta posibilidad desaparece en el contexto del trabajo remoto, por lo que la única posibilidad es hacerlo mediante la comunicación escrita o verbal directa con el empleador, lo que en la práctica podría ser más que complicado, ya que según Allan Pease (2006), la comunicación no verbal tiene un impacto cinco veces mayor al canal verbal (p.28).

En consecuencia, si bien el trabajo remoto ha servido para evitar contagios por COVID-19, también lo es que ha sido a costa del cumplimiento efectivo de la jornada máxima de trabajo, hasta el tardío y

reciente reconocimiento legal del derecho a la desconexión (más de 7 meses después), por lo que consideramos importante analizar su regulación para determinar si la espera ha valido la pena.

b. El colapso de los medios de transporte público genera mayor agotamiento en los trabajadores

Debemos indicar que antes de la llegada del COVID-19 al Perú, ya había una afectación por el tiempo que demoraba y por las condiciones en las que viaja un trabajador para ir a su centro de labores. Todo ello influye en su nivel de agotamiento que, como vimos líneas arriba, trae consecuencias negativas en su salud, productividad y aspectos sociales. Con esto no pretendemos que los trabajadores no tengan un desgaste de energía al trasladarse. Pero ya es momento de que se haga hincapié en que ese desgaste de energía debe ser razonable, utilizando un ejemplo algo extremista, pero a la vez real. De nada sirve que se respete la jornada máxima de un trabajador (8 o 9 horas diarias) si en trayectos acumula más de 4 horas también diarias, como es el caso del 7% de los limeños (Marketwin, 2018).

Mucho antes del inicio de la pandemia, en el año 2016, el Banco de Desarrollo de América Latina (2017) concluía que “el latinoamericano promedio dedica aproximadamente 1 hora y 20 minutos al día a desplazarse de su casa al trabajo. Como cualquier promedio, esta cifra esconde variaciones importantes entre ciudades de la región” (p.138), haciendo la precisión de que “en ciudades como San Pablo, Bogotá, Quito, Ciudad de México, Ciudad de Panamá y Lima, el 25% de los trabajadores invierte más de dos horas al día, en total, en trasladarse entre su casa y su trabajo” (p.139), siendo los más afectados con el mayor tiempo de viaje los trabajadores que usan el sistema de transporte público (p.139).

Centrándonos en Lima, recogemos un estudio del año 2018 en el cual, si bien el sujeto de análisis no es el trabajador de forma exclusiva, sí señala que el 64% de personas encuestadas indicó que se moviliza por motivos de trabajo (Marketwin, 2018, p.10), por lo cual las conclusiones del estudio recogieron las problemáticas de transporte de un importante sector de trabajadores. En ese sentido, la Consultora Marketwin (2018) concluye que los limeños, en el 2018, dedicaron en promedio 2 horas al día a trasladarse

en medios de transporte, pero lo que es aún más dramático es que el 51% de ciudadanos de Lima se encuentra sobre el promedio de 2 horas al día, divididos de la siguiente manera: el 28% entre 2 a 3 horas al día, el 16% entre 3 a 4 horas al día y el 7% más de 4 horas al día (p.12). La razón de ello, según los encuestados, puede deberse principalmente a la saturación de vehículos, la falta de respeto a las normas de tránsito, el exceso de carros y los conductores imprudentes, entre otros (p.33).

Sobre el impacto en la salud de los usuarios de los medios de transporte, en público, podemos advertir en el 2016, el Instituto Nacional de Salud, organismo público ejecutor del Ministerio de Salud, advertía que se puede contraer gripe, resfrío, alergias, dermatitis, conjuntivitis, tuberculosis (TBC), pediculosis, etc. (Instituto Nacional de Salud, 2016). Por su parte, los usuarios afirman que el impacto de pasar horas en los medios de transporte les genera problemas de estrés (72% de los encuestados), dolores generales (24% de los encuestados), problemas respiratorios (24% de los encuestados), contracturas musculares (16% de los encuestados), entre otros (Marketwin, 2018, p.23).

Por todo lo dicho, podemos concluir que antes del inicio de la pandemia ocasionada por el COVID-19, Lima tenía un sistema de transporte público ineficiente, cuyo funcionamiento implicaba que el 51% de los usuarios dispusieran de más de 2 horas diarias solo en traslados. Si a ello le sumamos que no existía un aforo máximo por cada unidad, más aún en la hora pico, las unidades de transporte se convertían en auténticas “latas de sardinas”, pero con personas, quienes, por estas condiciones, sufrían de un agotamiento adicional que podía traer perjuicios a su salud física y/o mental, problemas en la productividad de su trabajo y en su vida personal.

Durante la cuarentena, como resulta obvio, el sistema de transporte público no tuvo los inconvenientes antes señalados, porque se redujo el número de usuarios, ya que durante el distanciamiento social obligatorio impuesto por el Gobierno solo se permitió que los trabajadores vinculados a labores esenciales siguieran desempeñando sus funciones con normalidad. Sin embargo, el 1 de julio de 2020, en el escenario poscuarentena, algunos sectores empresariales empezaron a reactivarse, requiriendo la presencia física de sus trabajadores, quienes tenían que

hacer uso del sistema de transporte. Ante esta situación, el Gobierno dispuso medidas para evitar contagios en dichos medios. En un primer momento, se comunicó que las unidades de transporte tendrían que respetar la distancia de un metro entre cada pasajero, para lo cual, además del uso obligatorio de mascarilla, se tendría que dejar un asiento libre entre cada pasajero. Esta solución aplicada a una industria acostumbrada a que las personas viajen hacinadas resultaba muy perjudicial en términos económicos. Razón de peso para autorizar su operación con la totalidad de sus asientos llenos (prohibiendo que los pasajeros viajaran de pie), siempre que estos utilizaran una mascarilla y protector facial a la vez. Además, las empresas de transporte se harían acreedoras a un subsidio (en dinero o en especie) por parte del Estado. Esto les permitiría seguir operando, pese al perjuicio económico causado por la reducción de su aforo. Ello conforme al Decreto de urgencia No. 079-2020 (Poder Ejecutivo, 2020b).

Lamentablemente, pese a las medidas preventivas tomadas, el diario La República informaba sobre la aglomeración de las personas en los paraderos y en los propios buses:

Pese a que personal de ATU¹² supervisa cumplimiento de restricciones en el transporte público, varios buses lucen llenos convirtiéndose en un foco infeccioso de la COVID-19. Asimismo, los peatones se pelean para lograr subir a una unidad. (La República, 2020).

Por su parte, el diario El Comercio informaba sobre el primer día sin cuarenta de la siguiente manera:

En las primeras horas de la mañana se reportaron algunos problemas al momento de abordar los buses y combis debido a que las personas se aglomeraban para utilizar estos vehículos a fin de acudir a sus centros de trabajo. Algunos de los usuarios expresaron su malestar por el tema del aforo limitado y las largas colas en los paraderos. (El Comercio, 2020).

¹² ATU: Autoridad de Transporte Urbano para Lima y Callao.

Como puede apreciarse, el nuevo aforo impuesto a las unidades del sistema de transporte ocasionó que el sistema colapsara, por lo que, en la nueva normalidad poscuarentena, no solo se mantienen los largos períodos para trasladarse al centro de trabajo, sino que, ahora, se le debe sumar el tiempo de espera en los paraderos para poder abordar una unidad, o en el peor escenario, asumir el riesgo de contagio al abordar una unidad con un aforo prohibido.

Entonces nos preguntamos, teniendo en cuenta los problemas que arrastraba el sistema de transporte antes de la llegada del COVID-19 y las políticas de nuevo aforo establecidas poscuarentena, ¿estamos presenciando el colapso de nuestro sistema de transporte? Si bien no podemos asegurarlo de forma categórica, sí resulta evidente que el funcionamiento poscuarentena del sistema de transporte público de Lima no está evitando el contagio del COVID-19, o no está siendo tan eficiente como se esperaba y, para fines más concretos del presente trabajo, no está evitando que los trabajadores, usuarios del sistema de transporte, acumulen agotamiento, vaciando de contenido al derecho de jornada máxima de trabajo. Posiblemente, este último punto no fue tomado en cuenta por el Gobierno al momento de tomar las medidas para el reinicio del transporte en la “nueva normalidad” poscuarentena.

129

5. El nuevo paradigma de la jornada máxima de trabajo

Planteamos la tesis que la “nueva normalidad”, producto de la pandemia por COVID-19, ha impactado de forma negativa en la jornada máxima de trabajo y ha generado nuevas formas de incumplimiento, lo que le ha restado eficacia en la protección de sus fines. Así, es pertinente reflexionar en torno a las medidas que puedan devolver a la jornada máxima de trabajo su razón de ser, generando para ello un nuevo paradigma en su aplicación y tutela.

5.1. Propuestas de solución respecto al trabajo a distancia: el derecho a la desconexión

Independientemente de la institución y/o nomenclatura que se utilice para definir el trabajo a distancia, consideramos que dentro de su estructura debe primar la salvaguarda de la jornada máxima de trabajo.

Pensamos que una de las formas para cumplir ese objetivo la encontramos en el derecho a la desconexión.

A nivel teórico, el derecho a la desconexión consiste en la facultad que tiene el trabajador, dentro del escenario de hiperconectividad, de no responder o no comunicarse con su empleador mediante las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) u otras que tenga a su disposición dentro del período de descanso. A su vez, es la posibilidad de negarse a cumplir requerimientos de su empleador sin el riesgo de ser sancionado o ser víctima de represalia por ello (Azócar, 2019, p.13). Como se puede apreciar, el derecho a la desconexión no es exclusivo de trabajadores en modalidad de trabajo a distancia (teletrabajo o trabajo remoto), sino que podría ser perfectamente aplicable en trabajadores presenciales que ven aumentada su jornada de trabajo fuera de su centro de labores, principalmente a causa de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC). Sin embargo, este escenario agregaría elementos de discusión al debate que, por temas de extensión, no profundizaremos.

No obstante, hay autores que señalan:

el contenido mínimo del derecho a la desconexión encuentra un espacio ya ocupado por los institutos clásicos que conforman el tiempo de trabajo, así como también se inserta en la finalidad protectora del derecho fundamental a la seguridad y salud en el trabajo. De manera que este derecho vendría únicamente a ingresar a los sistemas jurídicos como una categoría autónoma, que resultaría sobreabundante y nada novedosa en cuanto a su contenido. (Rosenbaum, 2019, p.118).

Nosotros no compartimos la posición del profesor Rosenbaum, toda vez que la pandemia generada por el COVID-19 ha traído consigo un nuevo escenario, en el cual los propios derechos señalados por el autor vienen siendo incumplidos. Por ejemplo, la seguridad y la salud en el trabajo (ya que al realizarse el trabajo fuera de las instalaciones de la empresa se difuminan bastante la responsabilidad y las obligaciones del empleador). Pero, entrando en el tema principal de nuestra investigación, la jornada máxima de trabajo también viene siendo vulnerada, porque este derecho se pensó para una realidad distinta en la cual, si un trabajador salía de su

centro de labores no podía ser interrumpido durante su tiempo de descanso (La tecnología de los años en los que se consagró este derecho no lo permitía).

Esta realidad fue modificada, primero, con la llegada de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC), pues fueron desvaneciendo parcialmente la frontera entre el tiempo de trabajo y el tiempo de descanso; sin embargo, aún se mantenían determinadas conductas no verbales que conservaban la delimitación entre dichos tiempos. Reiteramos el ejemplo de un trabajador que sale de su oficina o de la planta donde labora: sin decirlo de forma textual, claramente está manifestando que culminó su jornada de trabajo. No obstante, en el escenario peruano del trabajo remoto, institución creada por la emergencia sanitaria, se ha eliminado la posibilidad de ese tipo de conductas no verbales y se ha reforzado el uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) como herramienta de control.

Entonces, si bien el derecho a la jornada máxima existe, a nivel legal y constitucional, se necesita de nuevas herramientas para su efectivo cumplimiento dentro de esta “nueva normalidad”. Dicho de otro modo, si hoy en día, el trabajador no puede salir de su centro de labores de forma física, debería poder desconectarse de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) en clara señal de haber culminado su jornada de trabajo. ¿Por qué esto debe ser regulado como un nuevo derecho y no únicamente se interpreta a partir del derecho de jornada máxima de trabajo?

Consideramos que la respuesta es simple: para que la jornada máxima de trabajo sea respetada por sí misma dentro de una relación de trabajo a distancia, debe haber una inversión de tiempo en el cual ambas partes, posiblemente con conflictos de por medio, acuerden buscar y aplicar métodos de trabajo que no vulneren la jornada máxima (muy parecido a lo ocurrido con la obtención de la jornada de 8 horas de las primeras décadas del siglo XX). En este tiempo, ambas partes se verán perjudicadas. Además, teniendo en cuenta que ni el empleador ni el trabajador son necesariamente abogados, por ende, no tienen la obligación de hacer un ejercicio de interpretación de ese tipo. El Gobierno debió dotar desde un inicio (16 de marzo de 2020, en el caso peruano) al trabajador de

una herramienta que permitiera el adecuado cumplimiento de la jornada máxima de trabajo y, a su vez, sirviera de límite al empleador para poder distribuir los encargos laborales de una mejor manera. De hacerlo así, ambos hubieran ganado. Por ello, el trabajador obtiene un período de descanso efectivo y, por otro lado, el empleador contará con un colaborador sin agotamiento.

Saludamos a la publicación del Decreto de urgencia No. 127-2020, que entró en vigencia el 2 de noviembre de 2020¹³, el mismo que incorporó, por primera vez en el Perú, el derecho a la desconexión digital. Sin embargo, consideramos que esta respuesta por parte del Gobierno es tardía e incompleta. Es tardía porque han pasado, exactamente, 7 meses y 17 días desde la entrada en vigencia del trabajo remoto, el cual ha venido siendo aplicado sin ninguna salvaguarda al derecho a la jornada máxima. Además, resulta incompleta por los siguientes motivos:

Conforme a la reciente implementación del derecho a la desconexión digital (Poder Ejecutivo, 2020c), es de resaltar que la definición establecida no prohíbe la aplicación de una sanción al trabajador que haga uso del derecho a la desconexión, con lo cual se desincentiva que los trabajadores lo reclamen de forma unilateral, más aún cuando dentro de nuestras normas laborales, se regula como causal válida de despido el “incumplimiento de las obligaciones de trabajo que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral, la reiterada resistencia a las órdenes relacionadas con las labores, la reiterada paralización intempestiva de labores” (Trabajo y Promoción del Empleo, 1997)¹⁴. Entonces, si las acciones realizadas para el ejercicio de un derecho podrían ser similares a los hechos que configuran un despido, el incentivo por parte de los trabajadores para ejercer el derecho a desconexión es mínimo.

Asimismo, de la citada norma no se desprende con claridad si el derecho a la desconexión digital se podrá aplicar, cada día, al acabar la jornada diaria de trabajo, ya que de forma textual solo señala que es aplicable para “los días de descanso, licencias y períodos de suspensión de

¹³ El presente trabajo fue presentado con fecha anterior.

¹⁴ “Artículo 25.-Falta grave es la infracción por el trabajador de los deberes esenciales que emanan del contrato, de tal índole, que haga irrazonable la subsistencia de la relación. Son faltas graves:

a) El incumplimiento de las obligaciones de trabajo que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral, la reiterada resistencia a las órdenes relacionadas con las labores, la reiterada paralización intempestiva de labores [...]”

la relación laboral” (Poder Ejecutivo, 2020c). Creemos que lo citado es un error, puesto que el descanso semanal obligatorio o las vacaciones no son los únicos derechos que buscan el descanso del trabajador, sino que, como lo hemos especificado, la jornada máxima de trabajo también lo hace ya sea de forma diaria o semanal.

Si bien podría interpretarse que dentro del alcance de la “suspensión de la relación laboral” se encuentra incluido el período de tiempo transcurrido entre el fin de la jornada diaria y el inicio de la jornada del día siguiente, aun haciendo ese esfuerzo queda la duda, ante el vacío legal, sobre el tiempo en horas que duraría esa desconexión. Creemos también que establecer un derecho a la desconexión total, en los casos de, por ejemplo, vacaciones o descanso semanal obligatorio es irrazonable, ya que puede haber casos muy puntuales, en los que se requiera una coordinación o un requerimiento que no tomaría más de unos minutos y que no afectarían en nada el descanso del trabajador.

133

Finalmente, se ha establecido que el derecho a la desconexión digital también será aplicable a los trabajadores no comprendidos dentro de la jornada máxima que gozan de derecho de desconexión en los días de descanso, en las licencias y en los períodos de suspensión. Ellos también tendrán el derecho de desconectarse por 12 horas en cada período de 24 horas. En el Perú, el grupo de trabajadores no comprendidos dentro de la jornada máxima está compuesto por los trabajadores de dirección, es decir, trabajadores no sujetos a fiscalización inmediata y aquellos que prestan servicios intermitentes de espera, vigilancia o custodia (Trabajo y Promoción del Empleo, 2002a)¹⁵ (Trabajo y Promoción del Empleo, 2002b)¹⁶. Pero presagiamos que se generará un gran debate en torno a la

¹⁵ “Artículo 5.-No se encuentran comprendidos en la jornada máxima los trabajadores de dirección, los que no se encuentran sujetos a fiscalización inmediata y los que prestan servicios intermitentes de espera, vigilancia o custodia.”

¹⁶ “Artículo 10.-Para efectos del artículo 5 de la Ley se considera como:

- a) Trabajadores de dirección, a quienes reúnen las características previstas en el primer párrafo del artículo 43 del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobado por Decreto supremo No. 003-97-TR.
- b) Trabajadores que prestan servicios intermitentes de espera, vigilancia o custodia, a aquellos que regularmente prestan servicios efectivos de manera alternada con lapsos de inactividad; y
- c) Trabajadores no sujetos a fiscalización inmediata, aquellos trabajadores que realizan sus labores o parte de ellas sin supervisión inmediata del empleador, o que lo hacen parcial o totalmente fuera del centro de trabajo, acudiendo a él para dar cuenta de su trabajo y realizar las coordinaciones pertinentes.

Artículo 11.-No se encuentran comprendidos en la jornada máxima los trabajadores de confianza, cuyas características se encuentran definidas en el Artículo 43 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral

definición de trabajadores no sujetos a fiscalización inmediata, ya que conforme con las normas actuales se señala que son:

aquellos trabajadores que realizan sus labores o parte de ellas sin supervisión inmediata del empleador, o que lo hacen parcial o totalmente fuera del centro de trabajo, acudiendo a él para dar cuenta de su trabajo y realizar las coordinaciones pertinentes. (Trabajo y Promoción del Empleo, 2002b).

Como se puede apreciar, la definición citada podría semejarse a la de los trabajadores bajo modalidad remota, lo que genera en la práctica mayor confusión sobre los titulares del derecho de desconexión digital diaria de 12 horas. No obstante, creemos que ello se debe a una mala técnica legislativa, ya que, lamentablemente, no ha sido intención del Gobierno extender el extremo de 12 horas continuas diarias a todos los trabajadores bajo modalidad remota. Esto nos permite recurrir nuevamente al recuento histórico que hicimos al inicio y es que, al igual que el reconocimiento de la jornada máxima de trabajo, fue siendo otorgado a determinados grupos de trabajadores, en un inicio, para luego extender su aplicación. Creemos que lo mismo sucederá con el derecho a desconexión, en su vertiente diaria de 12 horas continuas, en un período de 24 horas.

Por último, respecto al tiempo de 12 horas, en un período de 24 horas, en el contexto de desconexión digital diaria, concordamos en la cantidad de tiempo (aunque también pudieron ser 10 horas), ya que les permite a las partes pactar un tiempo mayor, si así lo consideran. Dicho de otro modo, estamos ante una norma de derecho necesario/relativo y no frente a una norma de derecho dispositivo, lo cual les permite a las partes pactar, de forma individual o colectiva, un período de desconexión mayor, pero siempre respetando las horas establecidas en la norma como punto de partida para la negociación, la cual es la predilecta por el derecho laboral (Neves Mujica, 2018, p.61). De esa forma, también queda abierta la posibilidad de que las partes pacten de forma extraordinaria horas extras, sin que ello implique alguna modificación al derecho de desconexión. Esto,

lamentable, sigue siendo la reducida titularidad del derecho a la desconexión diaria otorgada por el Gobierno.

En consecuencia, consideramos que la actual legislación sobre el derecho a la desconexión digital no resolverá el problema de la afectación a la jornada máxima de trabajo en el contexto del trabajo remoto, ya que, para hacerlo, debió, en nuestra opinión, establecer lo siguiente: (i) mecanismos de protección en favor del trabajador que decida ejercer su derecho; (ii) se debió otorgar el derecho de desconexión en su vertiente diaria, es decir, por un período de 12 horas (10 horas si se quiere) para todo trabajador bajo modalidad remota. Lo peor es que la actual legislación podría llevar a interpretaciones forzadas que podrían generar conflictos laborales; (iii) se debió tomar en cuenta los intereses del empleador, ya que establecer una desconexión absoluta, en escenarios de licencias o suspensiones del vínculo laboral (como vacaciones u otros), es extremista, en cuanto puede haber coordinaciones o requerimientos mínimos que no afecten el descanso del trabajador. Por todo lo dicho, teniendo en cuenta que se está regulando el derecho a la desconexión con más de 7 meses de atraso, no podemos darnos el lujo de hacerlo de una manera inadecuada, dejando más problemas que soluciones.

135

5.2. Propuestas de solución respecto el colapso del sistema de transporte

Antes de proponer alguna solución, invitamos al lector a desterrar dos ideas: la primera, no podemos afirmar que un sistema de transporte no tiene vinculación con los derechos laborales, ya que justamente la problemática del primero afecta los fines que el derecho a la jornada máxima de trabajo busca proteger. La segunda, las partes que conforman la relación laboral, empleador y trabajador, no pueden esperar que los inconvenientes del sistema de transporte público sean resueltos únicamente por el Gobierno, ya que los privados también podemos ser parte de la solución.

5.2.1. Aplicación de una modalidad laboral no presencial que respete la jornada máxima de trabajo

Sobre este punto, consideramos importante que exista una modalidad de trabajo a distancia definida, la cual debe ser promocionada y difundida no solo durante la emergencia sanitaria, sino que, incluso después de superada esta, ya que hay algunos puestos de trabajo que podrían seguir realizando labores a distancia, evitando, de esa forma, contribuir con el tráfico o con la saturación de pasajeros en las unidades de transporte público.

Evidentemente, esta modalidad deberá ser respetuosa de la jornada máxima, incluyendo dentro de su regulación el derecho a desconexión, desarrollado líneas arriba. Asimismo, aprendiendo del fracaso del teletrabajo, se deberá principalmente tener en cuenta lo siguiente: (i) ser claros en las formalidades que se exijan y eliminar las formalidades innecesarias; (ii) difundir los beneficios a los que podrían acceder ambas partes, si aplican la modalidad no presencial; (iii) evitar que el derecho a compensación se convierta en una traba, en la aplicación del trabajo a distancia. Para ello, consideramos que el Gobierno podría establecer un monto mínimo sobre el cual las partes puedan negociar; (iv) establecer con claridad las responsabilidades en materia de seguridad y salud en el trabajo y (v) no descartar los beneficios tributarios para las partes, ya que, al optar por esta modalidad, están contribuyendo indirectamente a mejorar el tránsito de la ciudad.

136

Lamentablemente, en el Perú hay incertidumbre sobre el futuro del trabajo a distancia, toda vez que coexisten dos instituciones. Por un lado, el teletrabajo, institución poco utilizada en el mercado laboral peruano, y por otro, el trabajo remoto, institución flexibilizada, creada en el contexto de la pandemia, pero que su duración, en principio, es temporal, ya que va hasta el 31 de julio de 2021. En consecuencia, urge aclarar el panorama laboral en este extremo, incluyendo una adecuada regulación sobre el derecho a la desconexión digital, dado que el trabajo a distancia no solo sirve para evitar el contagio por COVID-19, sino que puede ayudar a mejorar los problemas de tráfico. Esto, a su vez, le devuelve el contenido a la jornada máxima de trabajo.

5.2.2. Flexibilización del horario de trabajo

Otro de los grandes problemas del tráfico en Lima es la saturación de personas dentro de una unidad de transporte público, la cual se produce principalmente durante la hora pico. Por esta razón, consideramos que las empresas empleadoras podrían asumir el reto de organizar a sus trabajadores de tal forma que la mayoría tenga un horario de ingreso y de salida, que no colisione con la hora pico, en la medida de lo posible.

Para poder aplicarlo en el Perú, la empresa debe tener claro que solo puede hacer una modificación de horario máxima de una hora y de preferencia pactada con el trabajador, escuchando sus razones. Pueden no estar de acuerdo, ya que una modificación unilateral del horario, mayor a una hora, podría ser impugnada ante el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo o si es una modificación de horario colectiva, podría ser tomada como un acto de hostilidad en contra del trabajador y ser impugnada ante el Poder Judicial, si es una modificación individual (Trabajo y Promoción del Empleo, 2002a)¹⁷.

137

Como se puede apreciar, no será una labor sencilla, pero tampoco imposible, teniendo en cuenta que la finalidad es que los trabajadores pasen menos tiempo en el tráfico de la ciudad y, en consecuencia, se salvaguarden los fines que el derecho a la jornada máxima de trabajo busca proteger.

Por otro lado, cabe la posibilidad de que el Gobierno establezca determinados sectores productivos privados y/o entidades gubernamentales que laboren en horarios diferenciados a la hora pico. De esta forma el Estado también se involucraría en buscar una solución alternativa al tráfico, ya que no solo es un problema de transporte, sino que, como hemos venido desarrollando, también tiene impacto en las relaciones laborales.

5.2.3. Utilización de medios de transporte alternativos

¹⁷ Artículo 6.-“Es facultad del empleador establecer el horario de trabajo, entendiéndose por tal la hora de ingreso y salida, sin perjuicio de lo establecido en el Artículo 2 inciso d). Igualmente está facultado a modificar el horario de trabajo sin alterar el número de horas trabajadas. Si la modificación colectiva de horario es mayor a una hora y la mayoría de los trabajadores no estuviera de acuerdo, podrán acudir a la Autoridad Administrativa de Trabajo para que se pronuncie sobre la procedencia de la medida en un plazo no mayor de diez (10) días hábiles, en base a los argumentos y evidencias que se propongan las partes. La Resolución es apelable dentro del tercer día. Si la modificación tiene carácter individual, la impugnación de la medida por el trabajador se efectuará conforme a las disposiciones de la Ley Orgánica del Poder Judicial.”

Finalmente, el fomento de medios de transporte alternativos, como puede ser la bicicleta, el scooter, el skate u otros, puede ayudar también a reducir los estragos que genera un sistema de transporte público ineficiente. Al respecto, en Perú, están vigentes la Ley No. 30936 (Congreso de la República del Perú, 2019) y el Decreto supremo No. 012-2020-MTC (Transportes y Comunicaciones, 2020), que promueven el uso de la bicicleta por parte de los trabajadores del sector público, incentivándolos a acudir al centro de trabajo al otorgarles el beneficio de 1 día libre remunerado, si se acredita haber asistido en bicicleta en 60 oportunidades.

Lamentablemente, para el sector privado no es obligatorio otorgar o promover ningún tipo de incentivos. No obstante, es una buena oportunidad en este contexto de emergencia sanitaria, para que los empleadores privados generen incentivos hacia los trabajadores que asistan en bicicleta y así, evitar contagios por COVID-19 y contribuir a reducir el tráfico de la ciudad. Hacemos precisión para que las empresas incentiven el uso de la bicicleta, mediante el manejo de conceptos que encajen dentro de la denominación de salario emocional.

Por otro lado, el Gobierno podría incentivar a que las empresas implementen o subcontraten un servicio de movilidad para sus propios trabajadores, estableciendo determinadas rutas y puntos de recogida. Somos conscientes de que ejecutar un proyecto de este tipo podría ser oneroso para las empresas, más aún en este contexto; sin embargo, iniciativas de este tipo disminuyen las posibilidades de contagio de los trabajadores que usen ese servicio, por lo que el Gobierno podría premiarlas de alguna manera, por ejemplo, asumiendo un porcentaje de los gastos de implementación del servicio o un porcentaje del costo, si es que la empresa empleadora subcontrata el servicio de movilidad. Todo esto, siguiendo la lógica de los subsidios otorgados a las empresas que conforman el sistema de transporte en Lima y Callao, regulados en el Decreto de urgencia No. 079-2020 (Poder Ejecutivo, 2020b).

6. Algunas pinceladas sobre la reducción de la jornada máxima de trabajo

Desde nuestro punto de vista, es una consecuencia lógica que en un futuro cercano se produzca la reducción de la jornada máxima de trabajo.

De hecho, en el Perú, por un lado, algunos trabajadores que realizan tareas administrativas laboran aproximadamente 45 horas a la semana, con horarios de lunes a viernes, de 9 a. m. a 1 p. m. y de 2 p. m. a 7 p. m. Por otro lado, algunas empresas aplican de forma voluntaria el denominado horario de verano, en los meses de enero, febrero e incluso marzo. Los empleadores permiten la salida de sus trabajadores algunas horas antes (aproximadamente 4 horas antes del horario de salida regular). Si bien ninguno de los ejemplos es rotulado como reducción de la jornada máxima en los hechos, sí lo son temporalmente. En conclusión, se está en un proceso de ensayo y error, para determinar qué tan beneficioso es para las partes involucradas optar por una reducción de este tipo.

Otro aspecto importante por tener en cuenta es el progreso de la tecnología aplicada a las relaciones laborales: desde los pequeños avances, como la utilización de dos monitores por parte de los abogados, para realizar revisiones de documentos, hasta la implementación de maquinaria en plantas de producción o fábricas que facilitan la labor de los trabajadores. Estos ejemplos permiten realizar la misma productividad en cantidad y calidad en menos tiempo, lo cual debería no solo beneficiar a la empresa, sino que, en alguna medida, también a los trabajadores, mediante la reducción de la jornada.

Finalmente, recordemos que, en el actual Congreso de la República, se encuentra un proyecto ley No. 05099/2020-CR presentado el 30 de abril de 2020 por la bancada del Frente Popular Agrícola FIA del Perú (FREPA), mediante el cual plantearon la reducción de la jornada laboral a 7 horas diarias o 42 horas semanales. Si bien esta propuesta aún no es debatida por el pleno del Congreso y fue planteada en el contexto previo a la emergencia sanitaria, ya evidencia una leve tendencia hacia la reducción de la jornada máxima en el Perú, que esperamos no se vea afectada por el efecto económico de la pandemia producto del COVID-19. Como mencionamos líneas arriba, el Convenio No. 01 sobre jornada de trabajo, en sector industrial, de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) también se produjo en un contexto de crisis económica de varios países, a causa de los estragos que dejó la primera guerra mundial, pero ello no fue impedimento para que se aprobara la jornada máxima de trabajo para el sector industrial.

7. Conclusiones

Con base en todo lo expuesto en el presente trabajo, creemos pertinente detallar las siguientes reflexiones finales:

- El fin principal del derecho a la jornada máxima de trabajo es evitar el agotamiento del trabajador.
- El derecho a la jornada máxima de trabajo no solo favorece al trabajador, sino que también conlleva importantes beneficios para el empleador.
- Las modalidades laborales a distancia (entiéndase teletrabajo o trabajo remoto) requieren del derecho a la desconexión como elemento principal, para la tutela de la jornada máxima de trabajo.
- El derecho a la desconexión dentro del escenario del trabajo a distancia reemplaza, de alguna manera, a la comunicación no verbal (salir físicamente de la oficina, por ejemplo) en las modalidades presenciales.
- El sistema de transporte es una problemática que debe ser analizada, tomando en cuenta su impacto en las relaciones laborales.
- Se debe aspirar a contar con un sistema de transporte eficiente. En el caso contrario, se estaría vaciando de contenido el derecho a la jornada máxima.
- El nuevo paradigma del derecho a la jornada máxima de trabajo consiste en la aplicación de medidas que permitan su vigencia y cumplimiento en esta nueva normalidad.
- A nuestro entender, en un futuro no tan lejano, podremos ser testigos de una reducción de la jornada máxima de trabajo.

Referencias

Azócar, R. (Diciembre de 2019). *Derecho a desconectarse del trabajo: una necesidad para conciliar la vida personal y laboral*. Disponible en: Pontificia Universidad Católica de Chile: <https://politicaspUBLICAS.uc.cl/wp-content/uploads/2020/03/PAPER-N%C2%BA-119-VF.pdf>

Banco de Desarrollo de América Latina. (2017). *Crecimiento urbano y acceso a oportunidades: un desafío para América Latina*. Disponible en: <https://scioteca.caf.com/bitstream/handle/123456789/1090/RED%202017%20esp.pdf?sequence=13&isAllowed=y>

Basadre, J. (2014). *Historia de la República del Perú (1822-1933) (Vol. 12)*.

Basadre, J. (2014). *Historia de la República del Perú (1822-1933) (Vol. 13)*.

Chuquillanqui, O. (17 de marzo de 2020). *El trabajo remoto: ¿una “nueva cepa” del teletrabajo para afrontar la crisis?* Disponible en: IUS 360: <https://ius360.com/notas/el-teletrabajo-una-nueva-cepa-para-afrontar-la-crisis/>

Congreso de la República del Perú. (2013). Ley No. 30036. [Ley que regula el teletrabajo]. *Diario Oficial El Peruano*.

Congreso de la República del Perú. (2019). Ley 30936. [Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley N° 30936, Ley que promueve y regula el uso de la bicicleta como medio de transporte sostenible, modifica el Reglamento Nacional de Tránsito, aprobado por Decreto Supremo N° 033-2001-MTC y el Reglamento Nacional de Gestión de Infraestructura Vial, aprobado por Decreto Supremo N° 034-2008-MTC]. *Diario Oficial El Peruano*.

Constitución Política del Perú. (1993).

De Buen, N. (1979). *Derecho del Trabajo* (Tercera edición actualizada ed., Vol. Tomo segundo). México: Editorial Porrúa S.A.

Defensoría del Pueblo. (2020). *Sobrecarga de labores en las mujeres durante la cuarentena por la emergencia sanitaria*. Disponible en: Defensoría del Pueblo: <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2020/07/>

Documento-de-trabajo-N-002-2020-DPADM- Sobrecarga-de-labores-en-las-mujeres-durante-la-cuarentena-por-la-emergencia-sanitaria.pdf

El Comercio. (8 de julio de 2020). Coronavirus en Perú: así se vive el primer día de la nueva convivencia social. *El Comercio*. Disponible en: <https://elcomercio.pe/lima/sucesos/cuarentena-focalizada-coronavirus-peru-asi-se-vive-el-primer-dia-del-fin-del-confinamiento-en-lima-estado-de-emergencia-covid-19-nndc-noticia/>

Instituto Nacional de Salud. (8 de junio de 2016). *Estas son las enfermedades que se puede contraer en el transporte público*. Disponible en: <https://web.ins.gob.pe/es/prensa/noticia/estas-son-las-enfermedades-que-se-puede-contraer-en-el-transporte-publico>

La República. (2 de julio 2020). Así se vivió la ‘nueva normalidad’ en Puente Nuevo: aglomeración en buses y paraderos colapsados. *La República*. Disponible en: <https://larepublica.pe/sociedad/2020/07/01/cuarentena-peru-lima-paraderos-colapsados-y-pugnas-por-subir-a-buses-en-puente-nuevo-ante-inicio-de-la-nueva-normalidad-coronavirus-fotos/>

142

Marketwin. (2018). *Estudio de tráfico y tendencias de movilidad urbana en Lima*. Disponible en: <http://willardmanrique.pe/wp-content/uploads/2018/09/Estudio-de-Trafico-y-Tendencias-de-Movilidad-Urbana-2018.pdf>

Monicelli, M. (Dirección). (1963). *I Compagni* [Película].

Neves Mujica, J. (2018). *Introducción al Derecho del Trabajo* (Cuarta ed.). Lima, Perú. Fondo Editorial PUCP.

Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura —Unesco—. (2020). *La campaña “La Nueva Normalidad” de la UNESCO*. Disponible en: La Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura: <https://es.unesco.org/campaign/nextnormal>

Organización Internacional del Trabajo —OIT—. (1919). *Convenio sobre las horas de trabajo (industria)*. Disponible en: Organización Internacional

del Trabajo: ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORM
LEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C001

Organización Mundial de la Salud —OMS—. (2020). Preguntas y respuestas sobre la enfermedad por coronavirus (COVID-19). *Organización Mundial de la Salud*. Disponible en: <https://www.who.int/es/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q-a-coronaviruses>

Pease, A., y Pease, B. (2006). *El Lenguaje del Cuerpo cómo interpretar a los demás a través de sus gestos*. Barcelona, España. Amat Editorial.

Poder Ejecutivo. (2020a). Decreto de Urgencia No. 026-2020. [Decreto de urgencia que establece diversas medidas excepcionales y temporales para prevenir la propagación del coronavirus (covid-19) en el territorio nacional]. *Diario Oficial El Peruano*.

Poder Ejecutivo. (2020b). Decreto de Urgencia No. 079-2020. [Decreto de Urgencia que otorga subsidio económico a los prestadores del servicio de transporte terrestre regular de personas de ámbito provincial]. *Diario Oficial El Peruano*.

Poder Ejecutivo. (2020c). Decreto de Urgencia No. 127-2020. [Decreto de Urgencia para promover empleo formal y establece otras disposiciones]. *Diario Oficial El Peruano*.

Presidencia del Consejo de Ministros. (2020). Decreto Supremo No. 044-2020-PCM. [Decreto Supremo que declara Estado de Emergencia Nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del brote del COVID-19]. *Diario Oficial El Peruano*.

Rosenbaum, F. (2019). El “derecho” a la desconexión con especial énfasis en el sistema jurídico uruguayo. *Derecho y Sociedad*(53), 111-122.

RPP Noticias. (8 de octubre de 2020). *Trabajo Remoto: ¿Cuántas personas trabajan bajo esta modalidad?* Disponible en: RPP Noticias: <https://rpp.pe/economia/economia/empleo-trabajo-remoto-cuantas->

personas-trabajan-bajo-esta-modalidad-mtpe-trabajadores-empresas-home-office-teletrabajo-noticia-1297299

RPP Noticias. (16 de septiembre de 2020). *Trabajo Remoto: Un 85% de limeños considera que labora más horas que antes de la pandemia*. Disponible en: RPP Noticias: <https://rpp.pe/economia/economia/trabajo-remoto-un-85-de-limenos-considera-que-labora-mas-horas-que-antes-de-la-pandemia-empleo-trabajadores-empresas-teletrabajo-home-office-coronavirus-en-peru-noticia-1292862?ref=rpp>

Seitz, M. (2017). 4 grandes huelgas que cambiaron el mundo. *BBC News*. Disponible en: https://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/05/150430_economia_dia_del_trabajo_huelgas_cambiaron_historia_ms

Trabajo y Promoción del Empleo. (1997). Decreto Supremo No. 003-97-TR. [Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral]. *Diario Oficial El Peruano*.

Trabajo y Promoción del Empleo. (2002a). Decreto Supremo No. 007-2002-TR. [Texto único ordenado de la ley de jornada de trabajo, horario y trabajo en sobretiempo]. *Diario Oficial El Peruano*.

Trabajo y Promoción del Empleo. (2002b). Decreto Supremo No. 008-2002-TR. [Por el que se dicta el Reglamento del Decreto Legislativo núm. 854 modificado por la Ley núm. 27671, sobre jornada de trabajo, horario y trabajo en sobretiempo]. *Diario Oficial El Peruano*.

Trabajo y Promoción del Empleo. (2015). Decreto Supremo No. 017-2015-TR. [Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley N° 30036, Ley que regula el teletrabajo]. *Diario Oficial El Peruano*.

Trabajo y Promoción del Empleo. (2020). Resolución Ministerial No. 055-2020-TR. [Apruébase el documento denominado “Guía para la prevención del Coronavirus en el ámbito laboral”, el que, como anexo, forma parte integrante de la presente Resolución ministerial]. *Diario Oficial El Peruano*.

Transportes y Comunicaciones. (2020). Decreto Supremo No. 012- 2020-MTC. [Aprobar el Reglamento de la Ley N° 30936, Ley que Promueve y Regula el Uso de la Bicicleta como Medio de Transporte Sostenible]. *Diario Oficial El Peruano*.

LA FLEXIGURIDAD COMO ALTERNATIVA ENTRE LA ESTABILIDAD LABORAL Y LA FLEXIBILIZACIÓN

Israel de Jesús García Vanegas*

Resumen: ¿Es la flexiguridad la respuesta adecuada a las dificultades de garantizar el derecho fundamental a la estabilidad laboral en nuestro contemporáneo mundo de libre mercado? Es necesario estudiar, analizar y proponer a partir del bloque de constitucionalidad y de la legislación colombiana, la cual garantiza el derecho fundamental a la estabilidad laboral. De igual forma, es fundamental considerar las variables de protección que ofrece la figura de la flexiguridad en un escenario influenciado por la economía de mercado internacional, a fin de crear o fortalecer las instituciones de protección social al empleo y al trabajador y así, buscar un verdadero, justo y equitativo equilibrio social entre el derecho al empleo y la flexibilidad laboral contractual.

146

Palabras clave: Estabilidad laboral, derechos fundamentales, flexibilización, estado de bienestar, flexiguridad

1. Introducción

La evolución del derecho a la estabilidad como *fundamental* parte desde el momento mismo de definir jurídicamente el contrato de trabajo, durante la revolución industrial, semejándolo a un “contrato de arrendamiento”, el *locatio conductio operarum* romano, fundado en las libertades de los contratantes (Sanguineti, 2003, p.25). A esta interpretación liberal de los contratantes se le contrapuso una nueva “idea

* Abogado de la Universidad Libre, Bogotá. Abogado de la Universidad del Zulia, Maracaibo. Exjuez Laboral del Circuito. Exjuez Penal del Circuito. Magíster en Derecho Laboral y Seguridad Social de la Universidad Libre, Bogotá. Miembro del Observatorio de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad Libre, Bogotá.

básica e histórica del derecho del trabajo”, basada en el derecho al trabajo, la cual se apoya en la asimetría de los contratantes, a causa de la desigualdad del poder económico de los patronos y los obreros.

El derecho del trabajo postula la intervención legislativa del Estado para la protección del débil económico, el trabajador, y de la dimensión colectiva y participativa de las asociaciones y coaliciones en la fijación de las condiciones laborales. (Goldin, 2014, p.27) (Valverde, 1987, como se citó en Sanguinetti, 2013, pp.34-35).

El surgimiento del Estado social de derecho demandó la incorporación y garantía de un *Estado de bienestar*, (Blanco, 2008, p.s/n). En Colombia, un movimiento legislativo a favor de la flexibilización laboral trajo evidentes afectaciones al empleo formal. Por el contrario, en otras legislaciones, con influencias del modelo socialista, ha ocurrido un efecto inverso con la inamovilidad o estabilidad absoluta y la prohibición legal del trabajo tercerizado.

Ante estos planteamientos, ¿es posible aplicar el concepto y las instituciones de la figura danesa de la flexiguridad en Colombia y Latinoamérica? Proponemos hacerlo identificando y procesando datos sobre el empleo y el desempleo, desde un método deductivo-inductivo y una argumentación jurídica. Se efectuará como objetivo de este estudio jurídico la comparación de las normas internacionales, la doctrina iberoamericana y las propuestas europeas al *Libro verde*, para arribar a unas conclusiones sobre la pertinencia de la propuesta del concepto flexiguridad. Esta será la estrategia tripartita de instituciones de empleadores, trabajadores y el Estado para sincronizarla en un marco jurídico del bloque constitucional, donde se concilian el derecho al empleo, la estabilidad laboral y la libertad de contratación.

147

2. La evolución del derecho a la estabilidad laboral de la libertad a la protección como fundamental

El desarrollo doctrinario del concepto de la estabilidad laboral parte desde el momento mismo de definir jurídicamente el contrato de trabajo semejándolo a un “contrato de arrendamiento”, el *locatio conductio operarum* romano, lo cual describe Sanguinetti (2013, p.25) como:

“[...] la primera respuesta jurídica que merecieron las nuevas formas de producción estuvo marcada por la transposición de los principios del liberalismo jurídico: libertad e igualdad formales, abstencionismo legislativo e imperio de la autonomía de la voluntad individual [...]” Hoy, al dogma liberal de las libertades de los contratantes se le contrapuso una nueva “idea básica e histórica del derecho del trabajo” (Goldin, 2014, p.27), basada en tres postulados: el derecho del trabajo se apoya en la asimetría de los contratantes, a causa de la desigualdad del poder económico de los patronos y los obreros; el derecho del trabajo postula la intervención legislativa del Estado para la protección del débil económico, el trabajador. Frente al dogma liberal del entendimiento directo de la autonomía de las voluntades, el derecho al trabajo acepta “la dimensión colectiva de las relaciones laborales, admitiendo con más o menos amplitud la participación de las asociaciones y coaliciones en la fijación de las condiciones de trabajo” (Valverde, 1987, como se citó en Sanguinetti, 2013, pp.34-35). Luego, se dio paso a una nueva etapa: el Estado social de derecho, de donde surge el constitucionalismo social, que, demanda la incorporación y garantía de un *Estado de bienestar* (Blanco, 2008, p.s/n). Colombia, con la Constitución de 1991, artículo 1, se consagra como un Estado social de derecho y en el artículo 25 consagra el trabajo como derecho fundamental: “[...] toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas”.

Sin embargo, existen dificultades normativas, sustanciales y procesales para que las garantías al derecho al trabajo y a la estabilidad laboral sean constitucionalmente justas para todas las partes. La primacía del mercado, como bien jurídico por tutelar, ha venido ganando la batalla normativa frente al derecho al trabajo, el cual está categorizado dentro de los denominados derechos fundamentales incorporados en la Declaración de los Derechos Humanos, de 1948, en su artículo 23- 1: “toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo”. Este principio del derecho a la estabilidad en el empleo se encuentra amparado en los diversos sistemas de protección universal, internacional y regional, con lo cual se busca proteger a la parte débil de la relación laboral y así, lograr que se haga un trato justo, equitativo e igual. Al respecto, Pasco (1989) señala que este principio es “la garantía de

continuidad y permanencia del vínculo laboral, mientras subsista la causa que le dio origen y no sobrevenga causa legal justificada para su extinción” (p.41) y está incorporado en la Constitución de Colombia dentro de los principios mínimos fundamentales.

Almanza (como se citó en Novoa y Borda, 2015) señala que el verdadero alcance del concepto de estabilidad en el empleo se constituye así en un objeto de estudio. ¿Debe ser la duración real del trabajo y no la voluntad de las partes la circunstancia que determine la extensión en el tiempo del contrato de trabajo? Es la aplicación del principio favor negotii, según el cual, ante la existencia de dos normas o interpretaciones jurídicas referidas a un negocio jurídico, debe prevalecer la que garantiza la permanencia de este negocio en el tiempo y en el campo laboral, si se mantiene la fuente del empleo y la causa que le dio origen (p.16).

No obstante, en Colombia, la preconstitucional Ley 50 de 1990, desnaturalizó este derecho fundamental al empleo al consagrar como renovables indefinidamente los contratos a término fijo. Tal como aparece, la institución de la estabilidad laboral no ofrece en la práctica el derecho de los trabajadores a permanecer en su empleo sin ser despedidos al arbitrio del empleador o a tener derecho al reconocimiento de la existencia de la relación de trabajo o a tener un contrato laboral a término indefinido.

Igualmente, es de común práctica la suscripción de los contratos de prestación de servicios, en mayor grado por las instituciones del Estado, la intermediación por las empresas temporales de suministro de empleo, el teletrabajo y la tercerización laboral, generando una forma legal de evasión de prestaciones sociales, del derecho a la seguridad social o de acceso a los beneficios de los empleados de planta o de carrera, para cientos de miles o millones de trabajadores. Su regulación, doctrina, legislación, jurisprudencia y efectos deben ser analizados en procura de una legislación más justa, equitativa para ambas partes, empleadores y trabajadores, que permita la sobrevivencia de la figura de la estabilidad laboral, el reconocimiento y la garantía de la presunción de la relación de trabajo, sin afectar la garantía de las formas y causas del despido o terminación justa del contrato de trabajo. La Ley 789 de 2002 es aquella “por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo de Trabajo”. Sin embargo, tampoco

cumplió con ese supuesto sentido teleológico acorde a los nuevos principios constitucionales consagrados en los artículos 25 y 53.

En contraposición a los derechos y las garantías exigidos por los trabajadores en Colombia a que se reconozca la existencia de la relación de trabajo y su derecho a permanecer en el empleo con los efectos jurídico-económicos en prestaciones y los beneficios e indemnizaciones, los empresarios y empleadores venezolanos padecen la amenaza de la figura de la estabilidad laboral convertida en una camisa de fuerza: la inamovilidad laboral que impide el despido unilateral de cualquier trabajador que incumple sus obligaciones laborales en forma injustificada, no solo de quienes gozan de algún tipo de fuero. Ambas legislaciones han producido el efecto de la deslaboralización o disminución del empleo formal. Las dos legislaciones producen como efecto la ausencia de equilibrio de derechos para los trabajadores y empleadores que materialice una verdadera garantía al empleo y a la estabilidad laboral, sin convertirse en nóminas laborales pétreas o en el aprovechamiento de presuntos vacíos legales, legítimos, o no, que permiten el uso de las zonas fronterizas del derecho laboral, para el uso abusivo de formas contractuales que se convierten en fraude al derecho laboral y a sus principios fundamentales. Esto provoca el efecto de la deslaboralización formal o la congelación de una nómina de empleados, inamovible, con los efectos económicos que ello depara.

150

3. La crisis de la estabilidad laboral y la legislación según el modelo político

Un contraste se presenta entre los derechos y deberes de los trabajadores permanentes, debidamente protegidos en su derecho al salario, en sus prestaciones sociales, en la estabilidad y seguridad social, y los ocasionales, temporales, en misión o contratados por prestación de servicios. Este hecho lleva a entender si son de naturaleza diferente realmente y si es justo, constitucionalmente, legislar diferencias en los efectos jurídicos y económicos de ambas formas de vinculación y en iguales efectos de las diversas formas de desvinculación laboral.

La creación jurisprudencial colombiana de la *estabilidad reforzada* revela la necesidad de una legislación que verdaderamente garantice el

derecho al empleo y a la estabilidad laboral y que esté acorde a lo ordenado en los artículos 25 y 53 constitucionales y en el nuevo *Estatuto del trabajo*, al conciliar los principios internacionales recogidos en el texto de 1991 y en las nuevas formas de contratación surgidas del mercado de trabajo.

La disparidad entre el texto constitucional de protección al derecho fundamental al trabajo con la legislación preconstitucional es evidente, así como también lo son las modificaciones a estas normativas que, sin entrar a legislar un nuevo estatuto de trabajo, solo han traído como consecuencia la profundización de las figuras del Estado liberal del siglo XX, sin que Colombia entre a legislar acorde al nuevo Estado social de derecho. Un ejemplo de ello es que la permisividad de figuras como las cooperativas de trabajo asociado o las empresas de servicios temporales reguladas en los artículos 71 al 94 de la Ley 50 de 1990, los Decretos 1530 de 1996, 1703 de 2002, 4369 de 2006 y la Ley 828 de 2003 o la legislación para la contratación de prestación de servicios personales en la Ley 80 de 1993, modificada por la Ley 1150 de 2007 y reglamentada por el Decreto 734 de 2012, la cual solo ha traído precarización del empleo al no tener prestaciones sociales ni, en muchos casos, estabilidad laboral ni seguro de desempleo.

151

De acuerdo con las circulares del Ministerio del Trabajo del 5 y 6 de noviembre de 2011, se presentan las estadísticas ofrecidas por el Departamento Administrativo de la Función Pública, donde revelan que en

las nóminas de personal de las entidades del orden nacional al 3 de mayo de 2014 figuran 67.992 trabajadores de planta y 62.413 por prestación de servicios. En materia territorial se tiene el reporte de 110.934 trabajadores de planta y 181.944 contratos de prestación de servicios. En Bogotá en febrero de 2012: personal de planta 53.108, contratos de prestación de servicios 66.868. (Departamento Administrativo de la Función Pública, como se citó en Rojas, 2012, pp.4-9).

Lo mismo ocurre con los “estudios realizados por el Departamento Nacional de Planeación en su Unidad de Análisis Macroeconómico donde se revisan los factores que inciden en el empleo, el desempleo y las estadísticas del mercado laboral” (Gracia y Urdinola, 2000, pp.s/n).

Todo lo anterior tiene el propósito legal de romper y anular el derecho fundamental a un empleo estable y convertir a todas estas formas contractuales en mecanismos fraudulentos que van en contravía de los principios del derecho laboral, es decir, contra la estabilidad en el empleo, la prohibición de despido, el traslado o la desmejora de las condiciones de trabajo (arts. 25 y 53 constitucionales; arts. 3 y 5 del Decreto 2351 de 1965; arts. 34 y 47 del Código Sustantivo del Trabajo — CST—; art. 64, sobre la indemnización por despido injusto, en el Código Sustantivo del Trabajo — CST—, subrogado por el art. 28, de la Ley 789, de 2002). La irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales de los artículos del Código Sustantivo del Trabajo—CST—: 14 (de derechos y prerrogativas), 142 (del salario), 340 (de las prestaciones sociales). La primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales: artículos 25 y 53 de la Constitución. El contrato realidad, sobre lo cual la Corte Constitucional se ha expresado, entre otras sentencias, con la SU-040 del 9 de mayo de 2018.

No hay inocencia en estas políticas. En la práctica, es el mismo Estado colombiano el principal victimario en la violación de la garantía al derecho a la estabilidad laboral y la protección del *contrato realidad*, con un importante porcentaje de contratos de prestación personal de servicios en labores normales de las entidades públicas, lo cual se convierte en una forma de atomizar la creación de empleo formal y, de manera mediata, en debilitar las organizaciones de trabajadores en el interior de grandes empresas, federaciones, confederaciones y el mismo Estado. Ello representa la consabida dificultad para lograr negociaciones colectivas que eleven el nivel de vida de los trabajadores, en general. Tal como lo señala González (2014) en su artículo “Trabajo decente en Colombia”, al decir que

En el contexto internacional se ha criticado la situación de baja tasa de sindicalización en Colombia, que solo alcanza el 4% de trabajadores sindicalizados, a diferencia de las tasas que registran Chile 8%, Argentina 15%, España 30%, Bélgica y Holanda 65%, respectivamente. (p.142).

Esta situación rompe, teleológicamente, con lo dispuesto por el constituyente en la Constitución Política de 1991, que consagra el derecho fundamental a la estabilidad en el empleo.

En Venezuela ha ocurrido en los últimos años un efecto contrario, con la inamovilidad o estabilidad absoluta y la prohibición legal del trabajo tercerizado. La figura legal no ha venido acompañada de procedimientos administrativos de calificación de las faltas disciplinarias de los trabajadores, que garanticen los derechos de los empleadores al despido con justa causa de sus empleados, cuando estos hacen méritos para darles por terminado el contrato de trabajo. Inspectores de trabajo que responden a las políticas de Estado socialista invocan como paradigma el evitar absolutamente el despido de los trabajadores, entorpecerlo hasta el máximo, dilatarlo tanto como sea posible, lo que ocasiona que los empleadores eviten vincular nuevos trabajadores y haya desmotivación laboral en ser eficientes trabajadores, lo que se convierte en efecto de esta inamovilidad rígida, políticamente impuesta, que no mira los factores de la economía. El que renuncia o fallece, muchas veces, no es reemplazado. Ello no ha favorecido la creación de empleos.

Este marco de la institucionalidad política venezolana, entre 1999 y 2012, es decir, durante los mandatos presidenciales de Hugo Chávez, esgrimió la inamovilidad laboral como una carta de la revolución, un logro del socialismo bolivariano, una regulación revolucionaria socialista que se intensificó en la normativa laboral con el decreto ley consagratorio de la eliminación de la tercerización, en el Decreto presidencial con fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (LOTTT) (2012), en los artículos 47 y 48, las sanciones por el incumplimiento de la prohibición de la tercerización y lo referente al cumplimiento efectivo de esta disposición. Esta tercerización se entiende, entonces, como una de las formas de flexibilización laboral (Ermida y Cogotazo, como se citó en Castellanos *et al.*, 2015, pp.342-343). Ermida (1992) la define: “la propuesta flexibilizadora consiste en aflojar, eliminar o adaptar, según los casos, la protección laboral clásica, para aumentar el empleo, la inversión o la competitividad internacional” (p.13).

Consiguientemente, se demuestra que no basta la enunciación normativa si no se rodea de garantías constitucionales, políticas, jurídicas, judiciales, económicas y sociales que, de verdad, materialicen los principios constitucionales reconocidos en el bloque de constitucionalidad.

4. La flexiguridad europea como propuesta de conciliación entre las nuevas formas laborales y el derecho al empleo

La flexiguridad, como modelo desarrollado en Dinamarca, debe su denominación al sociólogo holandés Hans Adriaansens y ha sido definida por el sociólogo holandés Ton Wilthagen como:

[l]a estrategia política persigue, de manera sincronizada y deliberada, fortalecer, de un lado la flexibilidad en el mercado de trabajo, la organización del trabajo y las relaciones laborales, y de otro la seguridad, tanto en el ámbito del empleo como el de la protección social, a favor de los trabajadores. (Valdés Dal Re y Lahera Forteza, 2010, p.15).

En la Unión Europea, el espíritu de preservar y crear puestos de trabajo prioriza como objetivo proteger al trabajador como fundamento del desarrollo de la sociedad y de la nación, ayudándole a hacer frente a los cambios rápidos, para así tener seguridad en el empleo, aplicando y legislando el concepto de *flexiguridad*. Este concepto ya ha sido aplicado en algunos Estados miembros y se demostró su logro en estos objetivos. Así, el reto es utilizar esta base con instituciones de diversos pilares para la búsqueda de equidad tripartita entre la libertad de la terminación del contrato y la seguridad del empleo.

El concepto de flexiguridad tiene su origen histórico en el llamado 'Pacto de Septiembre', de 1999, mediante el cual los sindicatos de Dinamarca y la Confederación danesa de empresarios reconocieron a las organizaciones sindicales como interlocutores válidos y necesarios de negociación, mientras que los empleadores obtuvieron el derecho de gestionar la mejor organización de las empresas mediante la contratación y despido de la mano de obra. (Comité Económico y Social Europeo, como se citó en Beristain, 2013, p.11).

Esto implica en la materialización

del Estado social de derecho concretar instituciones, programas, normas y estrategias tripartitas basadas en la

solidaridad con el fin de que la personas gocen de manera efectiva, entre otros, del derecho al trabajo en condiciones equitativas y satisfactorias, el derecho a la seguridad social, a las libertades sindicales, y conforme a ello, en un nivel de vida adecuado que le asegure a toda la familia de ese trabajador la salud, alimentación, vivienda, asistencia médica y los servicios sociales necesarios sociales.

Nada de lo cual sería posible sin el derecho al empleo y a su efecto jurídico práctico, sin el derecho fundamental a la estabilidad laboral, a permanecer en el empleo, a menos que sobrevengan circunstancias de fuerza mayor o acciones u omisiones provenientes de la propia conducta del trabajador que ameriten terminar justificadamente esa relación de trabajo.

El modelo social europeo trajo, en el contexto de la llamada Estrategia de Lisboa (2006), el estudio del denominado *Libro verde*, cuyo título “Modernizar el derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI”, es considerado el primer documento donde se institucionaliza el concepto de *flexiguridad*, propiciando un mercado más equitativo, más reactivo y más inclusivo (Beristain, 2013, p.13).

155

El asunto práctico estriba en cómo aplicar los lineamientos que se han considerado en esta armonización de la flexibilización con la seguridad en el empleo, en el Libro verde de la Comisión de las Comunidades Europeas a las realidades latinoamericanas, en sus legislaciones e instituciones, a saber: a) la existencia de los contratos de trabajo suficientemente flexibles, que permitan acomodar las necesidades de las empresas y de los trabajadores; b) el desarrollo de las políticas activas de empleo eficaces capaces de fomentar la transición rápida, desde las situaciones de paro e inactividad hacia el empleo; c) el fomento de un sistema fiable de aprendizaje permanente, que permita mejorar la carrera profesional y la adaptabilidad de los trabajadores d) el desarrollo de regímenes de seguridad social modernos, que aporten unos recursos adecuados y combinados con el fomento de la movilidad laboral.

Estos lineamientos, según la comunicación al Parlamento Europeo del Comité Económico y Social Europeo (2007), “hacia los principios comunes de la flexiguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y

la seguridad” (pp.9-11) deben estar impregnados de los siguientes principios: 1. Integridad. Es una estrategia transectorial que involucra contratos flexibles a la par de las políticas activas del mercado laboral, de los sistemas de seguridad social al desempleado, acompañada de estrategias formativas y educativas. 2. Equilibrio. Es el principio que se da entre los derechos de los trabajadores y los poderes disciplinarios y nominativos del empleador y sus representantes. 3. Adaptabilidad. Es aquel principio que apela a la dinámica de los mercados, a las circunstancias económicas fluctuantes, donde el peso de la pérdida de estos cambios en las relaciones laborales no deje abandonado al trabajador a su suerte. 4. Inserción y unificación. Ambos hacen parte de la exigencia de acciones gubernamentales para no fragmentar la división entre trabajadores empleados y sin empleo. 5. Flexibilidad y seguridad. La flexibilidad para terminar los contratos de trabajo debe evitar que los trabajadores despedidos se conviertan en desempleados permanentes, sumando políticas de formación continua e implementación de prestaciones solidarias para el desempleado. 6. Igualdad y dignidad. Las dos deben estar presentes en las oportunidades de empleo y de recuperación del empleo en condiciones dignas. 7. Confianza, diálogo y participación entre los interlocutores sociales tripartitas. 8. Distribución de costos y beneficios como desarrollo del principio de solidaridad y redistribución de la riqueza.

La aplicación y el desarrollo apropiados en nuestras latitudes de las instituciones de flexiguridad originadas en las naciones nórdicas, donde se garantiza el estado de bienestar, con resguardo y garantía de los derechos sociales, sin dejar de desarrollar la economía de libre mercado con empresas exitosas internacionalmente, fiscalmente muy responsables y respetuosas del diálogo, de la concertación con los sindicatos de trabajadores, pareciera marcar un camino, una ruta a seguir.

Nuestra desigual Latinoamérica está signada, de un lado, por los bloques financieros poderosos, que influyen en la política, las leyes económicas y laborales y, de otro, por un pueblo trabajador, con escasa voz sindical, sumergido en el salario mínimo o por una clase media técnica y profesional sin estabilidad laboral y con el fantasma del desempleo a la vuelta de una carta de terminación del contrato laboral. Es decir, se

encuentra en un atasco entre las viejas formas terratenientes, el renovado neoliberalismo corporativo y las amenazas del totalitarismo socialista, probadamente fracasado.

Se necesita un camino intermedio; sin embargo, se escuchan voces como la del profesor Martínez (2008) de la Universidad de la Coruña, que no encuentran una real protección social al empleo, con las leyes españolas sobre el mercado de trabajo y la protección social que buscan órdenes europeas de flexiguridad. La búsqueda del equilibrio entre flexibilidad de los contratos laborales y la protección social al empleo y el trabajador están sobre la mesa de las decisiones políticas (pp.615-627).

5. La estrategia internacional y colombiana por el empleo decente. Instituciones en el derecho colombiano que deben hacer parte del concepto estratégico de la flexiguridad

En Colombia, se encuentra el desarrollo, si bien precario, de las instituciones que solo deben ser fortalecidas en pro de la combinación de la flexibilización laboral con un sistema de seguridad en el empleo y que cubra los períodos de pérdida del empleo. En este sentido, se encuentran instituciones que hacen parte o desarrollan los sistemas nacionales de información sobre la demanda de empleo, de formación de capital humano, de fomento al empleo, de protección al desempleado, de trabajo decente y de fortalecimiento del diálogo social y la concertación.

- a.** Sistema Nacional de Información de Demanda Laboral y El Sistema Nacional de Formación de Capital Humano. La aparición de leyes como la Ley 1429, de 2010, sobre la generalización y formalización del empleo, establecen instituciones como el Sistema Nacional de Información de Demanda Laboral, el cual tiene como objetivo

consolidar y procesar la información relativa a la demanda laboral, incluyendo al menos información de los flujos y cantidades de mano de obra demandada, las características específicas de las ocupaciones demandadas en relación a los sectores económicos, los niveles de ocupaciones y las competencias laborales demandadas, tanto en el sector público, como en el sector privado y a nivel local, regional y nacional, con responsabilidad del Departamento

Administrativo Nacional de Estadística (DANE).
(Departamento Administrativo Nacional de Estadística —
DANE—, 2015).

- b.** El Plan de Acción Laboral (PAL) y la prohibición para el uso indebido de las cooperativas de trabajo asociado (CTA) y cualquier otra forma de relación que afectase los derechos laborales. El Gobierno colombiano expidió el Decreto 583, de 2011, el cual reglamentó los aspectos generales de las investigaciones administrativas sancionatorias sobre la tercerización laboral ilegal en Colombia. Este Decreto, reglamentario del artículo 63, de la Ley 1429, de 2010 (Ley de formalización y generación de empleo), recibió muchas críticas de la Escuela Nacional Sindical, según la cual representó un retroceso en la materia, y va en contravía de lo que inicialmente se estipuló en el Plan de Acción Laboral (PAL) suscrito entre los gobiernos de Colombia y Estados Unidos, a raíz de las exigencias de este último para firmar el tratado de libre comercio entre ambos países (Ley 1429 de 2010).

Según este acuerdo o Plan de Acción Laboral (PAL) con el Gobierno de los Estados Unidos, se señaló que el Gobierno colombiano establecería una prohibición para el uso indebido de las cooperativas de trabajo asociado (CTA) y cualquier otra forma de relación que afectase los derechos laborales. Es decir, reconoció la necesidad de hacer una regulación completa y sistemática del fenómeno de la tercerización ilegal. En ese sentido, en diciembre, de 2010, se aprobó la Ley 1429, que sobre la contratación de personal por intermediación de las cooperativas de trabajo asociado (CTA) determinó en el artículo 63 que:

El personal requerido en toda institución y/o empresa pública y/o privada para el desarrollo de las actividades misionales permanentes no podrá estar vinculado a través de Cooperativas de Trabajo Asociado que hagan intermediación laboral o bajo ninguna otra modalidad de vinculación que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes". (Ley 1429 de 2010) (Subrayado fuera del texto original).

El Decreto 583, de 2011, lo que, en esencia, hizo fue legalizar la tercerización laboral en todos los escenarios, incluso en aquellos que hasta ese momento estaban protegidos por la legislación laboral, es decir, en casos de actividades misionales y permanentes. El Decreto permitió que las empresas deslindaran responsabilidades directas de la relación laboral, de su objeto o actividad principal y las trasladen a terceros proveedores, así se tratase de proveer la propia fuerza de trabajo, a través de los denominados *contratos de prestación de servicios personales*. El Gobierno colombiano legisló invocando el ejercicio del derecho presunto de la libertad de empresa, afectando los derechos que tienen los trabajadores a un vínculo laboral directo con la empresa que se beneficia de su trabajo, entre otras razones, porque se garantiza de mejor manera los derechos laborales y sindicales de los trabajadores.

En este sentido, el espíritu de preservar y crear puestos de trabajo prioriza como objetivo proteger al trabajador como fundamento del desarrollo de la sociedad y de la nación. El punto es ayudarles a hacer frente a los cambios rápidos, para así tener seguridad en el empleo, aplicando y legislando el concepto de seguridad no solo en el empleo formal, sino también fortaleciendo los mecanismos de inspección y vigilancia de tercerizaciones fraudulentas tal como se estableció en el artículo 63, de la Ley 1429, de 2010.

159

- c. Un ejemplo digno de ser copiado. El sistema global de indemnización por despido.** Entre las medidas de derecho laboral que facilitaban las transiciones en el mercado de trabajo, fruto del diálogo social a escala nacional, figuraban, en ese momento, en Europa, la Ley holandesa sobre flexibilidad y seguridad de 1999, la Ley austriaca sobre las indemnizaciones por despido de 2002 y el Decreto español de junio de 2006, que permitía la conversión de los contratos de duración indeterminada, en contratos de duración determinada con indemnizaciones por despido reducidas.

La reforma austriaca constituía un ejemplo interesante de la evolución radical de un sistema basado en la relación de trabajo tradicional, entre un trabajador y una empresa, idea histórica del contrato de trabajo, en

las palabras de Goldin, a un sistema más global basado en un fondo de ayuda a los trabajadores a nivel nacional. Quedó suprimida la relación entre el despido por un empleador y el pago de una indemnización única de despido. Estas nuevas normas permitieron a los trabajadores abandonar un empleo cuando encontraban otro, sin perder las indemnizaciones a que tenían derecho, por todo el tiempo de la relación de trabajo, la anterior y la nueva. Al ser el sistema de indemnizaciones un fondo global, ya no afectaba las cuentas de una determinada empresa.

La reforma permitió:

descartar de una vez la amenaza que podía suponer para la existencia de una empresa la obligación repentina de sufragar de una vez el costo de los despidos, mientras que la contribución de un empleador al fondo de ayuda a los trabajadores puede extenderse a lo largo del tiempo. Desde el punto de vista del trabajador, este nuevo sistema redujo el costo de la movilidad profesional en la medida en que los trabajadores ya no perdían la totalidad de sus derechos de indemnización por despido al aceptar un nuevo empleo.

160

De esta manera, la adopción de un enfoque del trabajo basado en el ciclo de vida pudo suponer que se prestara menor importancia a la protección de los empleos particulares y se otorgará mayor importancia a un marco (normativo e institucional) de apoyo, que garantizaba la seguridad del empleo, incluida una ayuda social y unas medidas activas de apoyo a los trabajadores, durante los períodos de transición empleo-desempleo-empleo.

Esta propuesta se basó en el modelo de Dinamarca, al combinar una legislación de protección del empleo, más flexible, con una intensificación de las medidas activas de seguridad social en el mercado de trabajo, una inversión considerable en la formación y unos subsidios de desempleo generosos supeditada a condiciones estrictas.

Todo esto conduce a pensar en políticas que acrecienten

una combinación entre una relajación de la legislación de protección del empleo y una asistencia adecuada a los

desempleados, en forma de compensaciones por pérdida de ingresos (políticas pasivas del mercado de trabajo) y también mediante políticas activas del mercado de trabajo. ¿Cuál puede ser la función de la Ley o de los convenios colectivos negociados entre los interlocutores sociales en el fomento del acceso a la formación y las transiciones entre las distintas formas de contratos para sostener la movilidad vertical a lo largo de una vida profesional plenamente activa? (Comité Económico y Social Europeo, 2006)

Ante todo, se debe proteger a los trabajadores y a sus familias. Este debe ser el punto central de toda legislación: el ser humano, su derecho a trabajar, a tener un empleo y un ingreso dignos, una estabilidad laboral genéricamente hablando, así no se refiera al viejo marco empleado-estabilidad laboral-patrono.

d. Fomento al empleo, protección al desempleado, trabajo decente y fortalecimiento del diálogo social y la concertación. El trabajo decente ha sido marcado como el objetivo No. 8 en el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. Por su parte, el Plan Nacional de Desarrollo 2011-2014 “Prosperidad para Todos”, implementado por la Ley 1450, de 2011, ha incluido en su articulado reglas importantes que pretenden tímidamente coadyuvar al avance en la mejora del contexto de trabajo en el país. Entre ellas, se nombran las de mayor importancia para el tema:

el fortalecimiento de las políticas de fomento al empleo y protección al desempleo (art 169), a través de nuevos recursos y estrategias que desarrollaran las cajas de compensación familiar; la creación de los empleos de emergencia (art 170), con el ánimo de mitigar los efectos de situaciones económicas críticas nacionales o locales, y generar ingresos a los ciudadanos afectados por ellas; la autorización al sistema de seguridad social integral para que se permitan las cotizaciones de los trabajadores que laboran por tiempos inferiores a un mes, y puedan hacer los aporte al sistema por días (art 171); la expansión de los subsidios del fondo de solidaridad pensional, especialmente para las madres comunitarias (art 164); y la unificación y

universalización de los beneficios del sistema de salud (art 152).

La Organización Internacional del Trabajo (OIT), teniendo en cuenta las actuales tendencias laborales, propuso, desde 1999, el Programa de Trabajo Decente (PTD), el cual se define como “trabajo productivo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad, en el cual los derechos son protegidos y que cuenta con remuneración adecuada y protección social” (Memorias del director general de la 87 reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, 1999).

Posteriormente, a la Ley 1450, de 2001, a la Ley 1753, de 2015 y al Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”, el legislador, de acuerdo con el ejecutivo colombiano también introdujo una normativa de política nacional de trabajo decente, en sus artículos 74 y 75. Fueron un par de artículos como “un saludo a los trabajadores”, sin siquiera impactar en la contratación pública de los “contratos de prestación de servicios personales, verdadero fortín del clientelismo político colombiano” o el fortalecimiento del diálogo social y la concertación laboral.

162

Igualmente, la Ley 1955, de 2019, “[p]or la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022: pacto por Colombia, pacto por la equidad”, en su artículo 195, prevé los mecanismos, los instrumentos, las acciones y los servicios que promuevan la inclusión laboral. Otras normas expedidas sobre este punto han sido, absolutamente, precarias en las medidas de emergencia, sobrevenidas, tales como la de “por medio de la cual se crea el empleo de emergencia para los damnificados y afectados en zonas declaradas en emergencia económica, social y ecológica o en situación de desastre o calamidad pública.” Fue la Ley 1488, de 2011, la que volvió a resurgir, más o menos, idéntica por la emergencia invernal de 2019. Nada serio ni consecuente en la búsqueda de una solución definitiva al empleo precario.

Nada de esto ha trascendido, el *trabajo decente* sigue brillando por su ausencia en Colombia. En este punto, es pertinente recordar la

Recomendación 198, de 2006, de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) cuando señaló, en su artículo 4:

4. La política nacional debería incluir, por lo menos, medidas tendentes:

- (a) proporcionar a los interesados, en particular a los empleadores y los trabajadores, orientación sobre la manera de determinar eficazmente la existencia de una relación de trabajo y sobre la distinción entre trabajadores asalariados y trabajadores independientes;
- (b) luchar contra las relaciones de trabajo encubiertas [...];
- (c) adoptar normas aplicables a todas las formas de acuerdos contractuales, incluidas las que vinculan a varias partes, de modo que los trabajadores asalariados tengan la protección a que tienen derecho;
- (d) asegurar que las normas aplicables a todas las formas de acuerdos contractuales estipulen a quién incumbe la responsabilidad por la protección que prevén;
- (e) proporcionar a los interesados, y en particular a los empleadores y los trabajadores, acceso efectivo a procedimientos y mecanismos que sean expeditos, poco onerosos, justos y eficaces para la solución de controversias relativas a la existencia y las condiciones de una relación de trabajo;
- (f) asegurar el cumplimiento y la aplicación efectiva de la legislación sobre la relación de trabajo, y
- (g) prever una formación apropiada y adecuada sobre normas internacionales del trabajo pertinentes, derecho comparado y jurisprudencia para la

judicatura, los árbitros, los mediadores, los inspectores del trabajo y otras personas encargadas de la solución de controversias y del cumplimiento de las leyes y normas nacionales en materia de trabajo.

Por su parte, el Decreto 2362, de diciembre 7 de 2015, “por el cual se adiciona al Título 9 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1072 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo, Capítulo 4, que establece la celebración del día del trabajo decente en Colombia”, se constituyó en otro saludo a la bandera y en buenas intenciones sin ningún programa de acción concreta efectiva y eficiente.

e. La Comisión Permanente de Concertación de Políticas Salariales y Laborales. Una institución que claramente debe desarrollar el diálogo tripartito, en la estrategia de flexiguridad, es la Comisión Permanente de Concertación de Políticas Salariales y Laborales. Escenario creado en el artículo 56, de la Constitución Política de Colombia:

Artículo 56. [...] Una comisión permanente integrada por el Gobierno, por representantes de los empleadores y de los trabajadores, fomentará las buenas relaciones laborales, contribuirá a la solución de los conflictos colectivos de trabajo y concertará las políticas salariales y laborales. La ley reglamentará su composición y funcionamiento.

164

Esta comisión tripartita busca fomentar las buenas relaciones entre los trabajadores y empleadores, contribuir con la solución de los conflictos colectivos de trabajo y concertar las políticas salariales y laborales. Le compete adicionalmente debatir y evaluar los diferentes aspectos de la normatividad laboral, adecuándose al espíritu de la Constitución y a las tendencias internacionales originadas en procesos de globalización de la economía y la apertura de mercados. Siendo el artículo 10, de la Ley 278, de 1996, la norma que creó la secretaría técnica permanente, dependiendo del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social.

Ahora bien, todo este marco normativo se queda sin lograr esas metas propuestas, ante la escasa fuerza que tienen las confederaciones de trabajadores, que hacen parte de la comisión, a saber: la Confederación

General del Trabajo (CGT), la Central Unitaria de Trabajadores (CUT), la Confederación de Trabajadores de Colombia y la Confederación Democrática de Pensionados (CDP), más un (1) representante de la Asociación de Desempleados de Colombia, según la modificación que hizo la Ley 990, de 2005, al literal c del artículo 5, de la Ley 278, de 1996.

Antecedentes del reciente fallo contra Avianca por sus violaciones a las libertades sindicales exponen las tasas de trabajadores sindicalizados, en Colombia, la cual se fijó solo en 4.6 % en un universo de 22.017.000 personas que hacen parte del mercado laboral, según el censo del Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), de 2015 y para el año 2017 del 5.8 % sobre una población económicamente activa de 24.645.972.

f. La legislación colombiana sobre los mecanismos de protección al cesante. Esta legislación es un marco para asegurar el derecho al empleo. Es un pilar básico del sostén interinstitucional la protección al cesante. En Colombia, de una forma tibia, se ha expedido la Ley 1636, de 2103, “por medio de la cual se crea el mecanismo de protección al cesante en Colombia”, la cual fue adicionada y modificada por la Ley 1780, de 2016, “por medio de la cual se promueve el empleo y el emprendimiento juvenil.”

En el artículo 2 de la Ley 1636, se prevé la implementación de cuatro esquemas del Mecanismo de Protección al Cesante (MPC). Todos ellos bajo la dirección, la orientación, la regulación, el control y la vigilancia del Gobierno nacional:

1. El Servicio Público de Empleo, como herramienta eficiente y eficaz de búsqueda de empleo.
2. Capacitación general, en competencias básicas y en competencias laborales específicas, brindada por el Servicio Nacional de Aprendizaje (Sena), las Cajas de Compensación Familiar o las instituciones de formación para el trabajo certificadas en calidad; para efectos de garantizar, en caso de ser necesario, un reentrenamiento a la población cesante.
3. El Fondo de Solidaridad de Fomento al Empleo y Protección al Cesante (FOSFEC), creado para financiar los aportes a la seguridad social de los trabajadores cesantes (salud, pensiones,

subsidio familiar) como fuente para otorgar beneficios a la población cesante que cumpla con los requisitos de acceso.

Estos requisitos contemplan la protección de todos los trabajadores del sector público y privado, que hayan realizado los aportes a las cajas de compensación familiar durante al menos un año, continuo o discontinuo, en el transcurso de los últimos tres años, así como a los trabajadores independientes o que por cuenta propia hayan realizado aportes, por lo menos dos años, continuos o discontinuos, en el transcurso de los últimos tres años. 4. Las Cuentas de Cesantías de los trabajadores, como fuente limitada y voluntaria para generar un ingreso en los períodos en que la persona quede cesante.

Los trabajadores dependientes o independientes que ahorren voluntariamente para el MPC recibirán un beneficio monetario proporcional a su ahorro que se hará efectivo con cargo al FOSFEC en el momento en que quede cesante. Dicho incentivo estará definido en la reglamentación que expida el Gobierno Nacional. (Ley 1636, 2013).

166

Ahora bien, la Ley 1780 de 2016 adicionó y modificó, en algunos aspectos, la Ley 1636, de 2013, fundamentalmente orientada a la promoción del empleo joven de los comprendidos entre las edades de 18 a 28 años. Por ejemplo, en su artículo 10 fortaleció la creación del Mecanismo de Protección al Cesante (MPC) dándole los siguientes componentes:

Promoción del emprendimiento y desarrollo empresarial, como herramienta para impulsar y financiar nuevos emprendimientos e iniciativas de autoempleo e innovación social para el emprendimiento, los cuales incluyen, entre otros, créditos y microcréditos, fondos de capital semilla para el desarrollo de negocios, desarrollo y/o apoyo a micro y pequeñas empresas, a través de la asistencia técnica empresarial, referente a la administración, gerencia, posicionamiento, mercadeo, innovación, gestión de cambio y articulación con el tejido empresarial. Todo ello a través de la aplicación de metodologías probadas directamente

por las Cajas de Compensación Familiar, o a través de alianzas con entidades expertas, que midan los resultados de su aplicación en términos de generación de empresas y/o desarrollo de las empresas apoyadas. Cajas de Compensación Familiar que deberán seguir principios de asociación, eficiencia, idoneidad y economía de escala, en la selección de aliados para operar dichos temas, bien sean entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera, otras Cajas de Compensación Familiar u otras entidades, de acuerdo con los lineamientos que para el efecto expida el Ministerio del Trabajo. Ahora bien, tales recursos destinados para financiar nuevos emprendimientos, e iniciativas de autoempleo e innovación social para el emprendimiento se regirán por el derecho privado y la decisión de financiación estará a cargo del Consejo Directivo de la Caja de Compensación Familiar respectiva. (Ley 1780, 2016).

Como se puede observar, no hay un subsidio de ingreso tal como un salario mínimo o un porcentaje del ingreso base de cotización del último año. Hasta ahora la *protección al cesante* solo se orienta para el afiliado en pago de la seguridad social y la devolución de lo ahorrado por auxilio de las cesantías. No hay aportes del Estado para estas cuentas. Tampoco aporte patronal distinto del realizado para el sostenimiento de las cajas de compensación familiar del 4% de la nómina salarial. Estos aportes a los “mecanismos” de protección al cesante, en un marco de flexiguridad, deben convertirse en verdaderos fondos de protección con aportes multipilares obligatorios, a donde bien podrían dirigirse las odiadas por los empresarios *indemnizaciones por despido injustificado*.

- g. La Comisión Permanente de Concertación de Políticas Salariales y Laborales.** Una institución que claramente debe desarrollar el diálogo tripartito, en la estrategia de flexiguridad, es la Comisión Permanente de Concertación de Políticas Salariales y Laborales. Escenario creado en el artículo 56, de la Constitución Política de Colombia:

[...] Una comisión permanente integrada por el Gobierno, por representantes de los empleadores y de los

trabajadores, fomentará las buenas relaciones laborales, contribuirá a la solución de los conflictos colectivos de trabajo y concertará las políticas salariales y laborales. La ley reglamentará su composición y funcionamiento. (Constitución Política de Colombia, 1991)

Esta comisión tripartita

busca fomentar las buenas relaciones entre trabajadores y empleadores, contribuir a la solución de los conflictos colectivos de trabajo y concertar las políticas salariales y laborales. Le compete adicionalmente debatir y evaluar diferentes aspectos de la normatividad laboral, adecuándola al espíritu de la Constitución y tendencias internacionales originadas procesos de globalización económica y apertura de mercados. (Constitución Política de Colombia, 1991).

Siendo el artículo 10 de la Ley 278 de 1996 la norma que creó la secretaría técnica permanente, dependiendo del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social.

168

Ahora bien, todo este marco normativo se queda sin lograr esas metas propuestas, ante la escasa fuerza que tienen las confederaciones de trabajadores, que hacen parte de la comisión, a saber: la Confederación General del Trabajo (CGT), la Central Unitaria de Trabajadores (CUT), la Confederación de Trabajadores de Colombia y la Confederación Democrática de Pensionados (CDP), más un (1) representante de la Asociación de Desempleados de Colombia, según la modificación que hizo la Ley 990, de 2005, al literal c, del artículo 5, de la Ley 278, de 1996.

La tasa de trabajadores sindicalizados en Colombia se fijó en 4.6 % en un universo de 22.017.000 personas que hacen parte del mercado laboral, según el censo del Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE) de 2015 y para el 2017 del 5.8 % sobre una población económicamente activa de 24.645.972 (Departamento Administrativo Nacional de Estadística —DANE—, 2017).

Al hacer un parangón entre Europa y Colombia respecto a la figura de la flexiguridad, se evidencia que Europa es todavía un niño pequeño, con

muchas necesidades de formación, pero en Colombia ese niño ni siquiera ha nacido; se encuentra en etapa embrionaria.

h. La implementación de la Recomendación 204 de 2015, de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Formalización del empleo informal. Esta recomendación, no adoptada por el Estado colombiano propende a ser aplicada a:

todos los trabajadores y todas las unidades económicas de la economía informal, incluyendo las empresas, los empresarios y los hogares, y en particular: a) quienes poseen y explotan unidades económicas en la economía informal, como: i) los trabajadores por cuenta propia; ii) los empleadores, y iii) los miembros de cooperativas y de unidades de la economía social y solidaria; b) los trabajadores familiares auxiliares, independientemente de si trabajan en unidades económicas de la economía formal o de la economía informal; c) los trabajadores asalariados con empleos informales que trabajan en empresas formales o en unidades económicas de la economía informal, o bien para ellas, incluyendo, entre otros, a los que están en situación de subcontratación o que trabajan en cadenas de suministro, o en hogares como trabajadores domésticos remunerados, y d) los trabajadores cuyas relaciones de trabajo no están reconocidas o reguladas. Entendiendo que el trabajo informal puede observarse en todos los sectores de la economía, tanto en espacios públicos como en espacios privados. (Recomendación 204, 2015).

Esta Recomendación 204 insta a los Estados miembros a tener como principios rectores necesarios, en la búsqueda de trabajo decente, aquellos que formulen estrategias coherentes e integradas para facilitar la transición a la economía formal, enumerando una amplia gama de políticas coordinadas, que son importantes para la transición, pero que a su vez deben adaptarse a cada caso concreto y ser el resultado de las consultas con los interlocutores sociales y los representantes de los trabajadores y las unidades económicas de la economía informal. La integración del marco de políticas con la política nacional de empleo constituye un elemento crucial para lograr coherencia. Este documento

señala que debe tenderse hacia la extensión progresiva de derechos a los trabajadores y a las unidades de la economía informal, en particular el acceso a la seguridad social, incluida la protección de la maternidad, de la seguridad y salud en el trabajo y del salario mínimo, teniendo en cuenta: a) la diversidad de características, circunstancias y necesidades de los trabajadores y las unidades económicas de la economía informal, así como la necesidad de abordar esa diversidad mediante enfoques específicos; b) las circunstancias, leyes, políticas, prácticas y prioridades específicas de cada país en materia de transición a la economía formal; c) el hecho de que es posible aplicar diversas y múltiples estrategias para facilitar la transición a la economía formal; d) la necesidad de coherencia y coordinación entre un amplio rango de áreas de políticas para facilitar la transición a la economía formal; e) la promoción y la protección efectivas de los derechos humanos de todas las personas ocupadas en la economía informal; f) el logro del trabajo decente para todos, mediante el respeto de los principios y derechos fundamentales en el trabajo, en la legislación y en la práctica; g) las normas internacionales del trabajo actualizadas que proporcionan orientaciones en ámbitos de políticas específicos; h) la promoción de la igualdad de género y la no discriminación; i) la necesidad de prestar especial atención a las personas particularmente vulnerables ante los déficits más graves de trabajo decente en la economía informal, incluyendo, aunque no únicamente, a las mujeres, los jóvenes, los migrantes, las personas mayores, los pueblos indígenas y tribales, las personas que viven con el VIH o que están afectadas por el VIH o el sida, las personas con discapacidad, los trabajadores domésticos y los agricultores de subsistencia; j) la preservación y el aumento, durante la transición a la economía formal, del potencial empresarial, la creatividad, el dinamismo, las competencias laborales y la capacidad de innovación de los trabajadores y las unidades económicas de la economía informal; k) la necesidad de contar con un enfoque equilibrado que combine incentivos y medidas de cumplimiento de la legislación, y l) la necesidad de prevenir y sancionar la conducta de evitar o abandonar deliberadamente la economía formal con el fin de evadir el pago de impuestos y el cumplimiento de la legislación social y laboral.

i. La renta básica universal. La expedición de los decretos de emergencia, a raíz de la pandemia por el COVID-19, se consagraron en los aumentos a los auxilios del adulto mayor, a los subsidios a Familias en Acción, a las normas de aplicación de subsidios al cesante de dos salarios mínimos, en tres meses, no en seis, como normalmente aparece legislado, se reemplazó la importancia de los instrumentos que ya han sido implementados en otros países tales como la renta básica universal.

¿Qué es la renta básica universal? Es un subsidio económico social universal consistente en una asignación monetaria pública incondicional, donde lo incondicional es lo significativo y diferenciador frente a otras asignaciones u otros subsidios por tener la condición de pobreza, vejez o invalidez, por ejemplo.

Características de la renta básica universal: 1. Que fuese igual o superior al umbral de la pobreza. 2. No estar sujeta a una carga impositiva. 3. Sustituir a cualquier otra asignación pública: pensión de vejez, subsidio, etc., en el exacto monto asignado, por ejemplo, en Colombia, el auxilio al adulto mayor que no alcanza la pensión de vejez, así como los subsidios de programas tales como Familias en Acción. 4. Se otorga a ciudadanos del país respectivo que fuesen mayores de edad o que fuesen residentes legales. 5. A los menores de edad se les otorga un porcentaje entre 20% o 50% menos. 6. Su finalidad es garantizar un mínimo vital a todo habitante del Estado respectivo. Obviamente, la población por beneficiar sería materia de discusión legislativa. Solo aplica para determinados estratos sociales, para determinadas edades o más bien debe primar la regla general y la excepción concreta de algunos sectores de la sociedad que deben ser excluidos.

Sus detractores se basan, fundamentalmente, en factores económicos y filosóficos para oponerse a ello, desde argumentos como el excesivo e impagable gasto público y el enriquecimiento sin causa para quien lo ingresa, provocando una inmigración desmedida o que la gente se dedicara a actividades no productivas al tener seguro un ingreso mínimo básico, lo cual conduciría también a un incremento de los salarios mínimos.

Qué es y qué no la renta básica universal

Se trata de una renta (ingreso) que perciben incondicionalmente *todos* los ciudadanos de un país, por el simple hecho de ser ciudadanos. La renta básica universal (RBU) no distingue entre los ciudadanos ricos, los ciudadanos pobres, los ciudadanos con empleo y los ciudadanos sin empleo. Todos reciben el mismo importe por el mero hecho de existir. Las únicas excepciones, las cuales son parciales, suelen plantearse y afectan a los extranjeros, a los menores de edad y a quienes han cometido algún delito (Rallo, 2014).

Los principios de justicia que el liberalismo promueve para la convivencia pacífica son: i) La libertad, *in dubio pro libértate*, según el cual no hay que prohibirles a los individuos decisiones que adopten ni imponer decisiones que no adopten. ii) La propiedad, todo lo que esté bajo el res nullius es apropiable y pasa a ser propiedad privada. iii) El contrato social, *pacta sunt servanda*: los pactos se realizan para ser cumplidos.

La renta básica universal atentaría contra estos principios generales de las libertades, porque subordina los planes vitales de unas personas a los planes vitales de otras personas. Económica y financieramente también se opone Rallo (2014), argumentando que la concentración de la riqueza es una concentración del poder, que podría socavar la libertad. “[E]l Estado es una concentración de la riqueza en manos de políticos y militares, y se debe estar vigilante contra el abuso de poder, el precio de la libertad es la vigilancia perpetua” (p.2).

¿Una existencia que no tenga la existencia material garantizada es una sociedad que no es libre? ¿No puede tener subsistencia de soberanía? ¿La renta básica universal (RBU) va a garantizar esta soberanía? ¿Tiene la existencia material garantizada? Una economía de libre mercado les ofrece oportunidades laborales a todos. La renta básica universal (RBU) implica una subyugación de quien genera la riqueza para mantener al subsidiado.

Tesis de Daniel Reventós en apoyo a la renta básica universal. Su creación no implica una reforma tributaria que ordene más emisión monetaria, sino una simple redistribución del PIB, de hecho, toda reforma tributaria implica una redistribución del ingreso, en la práctica, que cada

día afecte más a la masa de la clase económicamente activa trabajadora y beneficie a los grandes rentistas. Los descuentos tributarios en las declaraciones de renta terminan favoreciendo a las capas más altas de ingresos. La reforma tributaria que ordena la renta básica universal eliminaría estos descuentos fiscales (Reventós, 2012). La libertad republicana, desde Aristóteles, argumenta que “para entender cualquier sociedad lo más importante es atender la diferencia entre ricos y pobres”, desde un punto de vista republicano es aquel que no tiene la existencia material garantizada y depende de otro para vivir. Aristóteles dice que el gobierno de los pobres libres es la democracia y el gobierno de los ricos es la oligarquía. También sostiene que suele suceder que los pobres son mayoría, pero, aunque no lo fueren, la oligarquía sería el gobierno de los ricos, y la democracia el gobierno de los pobres, por lo tanto, la libertad republicana señala que esta libertad tiene que apuntar al beneficio de todos y no solo de quienes tengan la existencia básica y material asegurada.

En el artículo “Renta básica, justicia cósmica”, escrito por Linde (2004), se puede encontrar el origen de la renta básica universal (RBU). El creador de esta nueva corriente fue el profesor de ética Philippe Van Parijs. Los creadores consideran que, por medio de esta, se encontrará la vía hacia un mundo justo y libre, en medio del capitalismo existente. Otros representantes de esta corriente consideran encontrar en ella el verdadero comunismo.

Consideraciones finales sobre la Renta Básica Universal (RBU) como herramienta de flexiguridad. La evolución de las sociedades se ha debatido entre el liberalismo, como fuente de riqueza de las naciones, y la finalidad del Estado centrada en distribuir la riqueza entre todos los habitantes, traducida en salud, educación y servicios públicos. Es así, que como contraposición al Estado liberal del *lasser faire lasser passer*, el Welfare o estado de bienestar ha evolucionado, aplicando las denominadas políticas sociales, otorgando nuevos beneficios a la sociedad, dentro de los cuales se encuentran todas las medidas y los instrumentos de seguridad social basados en los principios de solidaridad y universalidad. En este sentido, no resulta ajena a tales principios la renta básica universal, la cual consiste en una asignación monetaria pública incondicional, en principio, pero que bien para los limitados recursos colombianos podría estar

condicionada a ciertas excepciones, es decir, lo excepcional no debe ser la regla, sino las excepciones.

El establecimiento de la renta básica universal no es una idea avalada por la sociedad entera. Quienes no son partidarios de su implementación aducen factores económicos y filosóficos para oponerse, argumentando el excesivo e impagable gasto público, así como el enriquecimiento sin causa de quienes la perciben, lo que causaría una inmigración desmedida o que la gente se dedicara a actividades no productivas. Según sus detractores ubicados, principalmente, en las defensas ortodoxas del conservatismo capitalista y del neocorporativo internacional, la renta básica universal atenta contra los principios de justicia, promovidos por el liberalismo, pues subordina los planes vitales de unas personas a los planes vitales de otras personas. Insistimos que, filosóficamente, el liberalismo y la defensa de las libertades individuales, de las cuales los sectores neocorporativos del capitalismo internacional se han apropiado, no pueden tomarse como una contraposición de las libertades individuales o económicas, con los derechos sociales. Tal interpretación es una deformación que trata de escindir el pensamiento político en dos mitades irreconciliables, supuesto negado con el surgimiento de los modelos de Estado socialdemócratas.

174

La renta básica universal no debe implicar nuevos tributos, que necesariamente ordenen más emisión, sino una simple redistribución del PIB y la unificación de diversos programas sociales en uno solo, que amparen en un único fondo a los desempleados de toda categoría social, excluyendo a quienes vivan en viviendas propias, o familiares, estrato 5 o 6. Ello incluye a quienes se encuentran en la informalidad, en esa ganancia del día a día, en simples ocupaciones en las calles. El monto de esta renta también será un tema para discutir: ¿debe ser por igual para todos o debe tener un monto superior para quienes han venido aportando como afiliados a la seguridad social y se han quedado cesantes o sin contrato de prestación de servicios? El carácter de universalidad no contradice un sistema de equidad, donde la equidad no es sinónimo de igualdad, sino como diría Kant, de darle a cada quien según le corresponda, o a cada quien según sus méritos, o a cada quien según haya aportado, o no, al sistema de seguridad social.

Referencias

- Álvarez, C., Arango, F., Baena, G., Barrera, M., Blanco, O., Borda, E., Wilches, M. (2015). *Compendio Teórico Práctico de Derecho del Trabajo*. Bogotá, Colombia: Legis. pp.214-216.
- Aponte, C. (2012). ¿Estado social o estado de bienestar en América Latina? *Revista Venezolana de Análisis de Coyuntura*. Caracas, Venezuela: IIES-UCV. Vol. XVIII, N°1, Enero-Julio. Pp.11-40
- Arango, R. (2005). *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Primera edición en español. Bogotá D.C., Colombia: Legis Editores, S.A.
- Aranzamendi, L. (2010). *La investigación jurídica*. Lima, Perú: Editorial Jurídica Grijley.
- Barona, R. (2014). *El principio de la estabilidad laboral*. Bogotá, Colombia: Librería Ediciones Nueva Jurídica.
- Beristain, E. (2013). Flexiguridad. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*. México. Núm. 17, julio-diciembre de 2013. pp.3-29.
- Blanco, J. R. (2008). *Tendencias*. Disponible en: http://www.tendencias21.net/derecho/Las-3-Generaciones-de-los-Derechos-Humanos_a76.html
- Boada N. (2015). *De la estabilidad laboral reforzada: Un estudio jurisprudencial sobre esta institución jurídica y los mecanismos para garantizar este derecho*. (Tesis de pregrado). Universidad Católica de Colombia. Facultad de derecho. Centro de investigaciones socio jurídicas. Bogotá D.C.
- Brewer-Carías, A. (2011). Introducción general al régimen del Poder popular y del Estado comunal. En: Brewer-Carías, A. y otros. *Leyes Orgánicas sobre el Poder Popular y el Estado comunal*. Caracas, Venezuela: Editorial Jurídica Venezolana. Pp.9-182.
- Castellanos, H. y Contreras, A. Implicaciones de la prohibición de la tercerización en Venezuela. Resultado de investigación desarrollada en el Seminario: Sociología de las Organizaciones, adscrito al Doctorado en Ciencias Contables de la Universidad de los Andes.

Revista Visión Gerencial. Año 14, N° 2, julio-diciembre 2015. Pp.341-367. Mérida, Venezuela.

Comisión de las Comunidades Europeas. (2007). *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité De Las Regiones. Hacia Los Principios Comunes De La Flexiguridad: Más y Mejor Empleo Mediante La Flexibilidad y La Seguridad*. Bruselas, Bélgica: 26.7.2007. 359. Pp.1-26.

Comisión de las Comunidades Europeas. (2006). *Libro Verde: Modernizar el derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI*. Bruselas, Bélgica.

Comité Económico y Social Europeo. (2006). *Dictamen del Comité Económico y Social y Europeo sobre el tema "Flexiguridad": el caso Dinamarca*. p.51.

Comité Económico y Social Europeo. (2006). *El Libro Verde. Modernizar el derecho laboral para afrontar los retos del siglo 21* . Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:52006DC0708>

176

De la Cueva, M. (1979). *El nuevo derecho mexicano del trabajo*. 3ª. Edición. México: Editorial Porrúa.

Erazo, D. (2016). *La estabilidad laboral y permanencia de los servidores públicos con contratos ocasionales. Tesis de grado previa a la obtención del título de abogado de los tribunales de la República. Universidad Regional Autónoma de los Andes. Carrera Derecho. Ambato, Ecuador*.

Ermida, Ó. y, Colotuzzo, N. (2009). *Descentralización, tercerización, subcontratación*. Lima, Perú: Oficina Internacional del Trabajo — OIT—. Proyecto FSAL. p. 202.

Ermida, Ó. (1992). *La Flexibilidad del Derecho Laboral en algunas experiencias comparadas*. *Ius et Veritas Revista editada por estudiantes*

de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú), Vol. III, 4. p.13.

Estrada, S. y Hernández, A. (2013). *La tercerización fraude laboral o alternativa, reflexiones*. Conferencia dictada en el XIX Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, organizado en la ciudad de Buenos Aires, Argentina. Disponible en: <http://www.aidtss.info/xixcongreso/disertaciones/11.pdf>.

Ferrere. (2014). *Estabilidad laboral: ¿Uruguay la necesita?* Disponible en: <http://www.ferrere.com/>

Gerencie.com. (2013). *Estabilidad laboral reforzada*. Disponible en: <http://www.gerencie.com> recuperado en fecha 20 de abril de 2017 URL.

Goldin, A. (2014). *El derecho del trabajo: conceptos, instituciones y tendencias*. (1ª Ed.) Buenos Aires, Argentina: Ediar.

Gómez M. (2013). *Sobre la flexibilidad laboral en Colombia y la precarización del empleo. Artículo de investigación, hace parte de la revisión de contexto necesaria para tesis doctoral: Sentidos y significados del trabajo en el escenario laboral flexible. Una aproximación al contexto de Medellín– Colombia*. Medellín, Colombia: Universidad Pontificia Bolivariana.

González E. (2014). *Trabajo Decente en Colombia. Artículo en “2 Derecho Laboral y Seguridad Social en el Estado Contemporáneo”*. Universidad Libre.

Gracia y Urdinola. (2000). *Departamento de Planeación de Colombia*. Bogotá, Colombia. Disponible en: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Estudios%20Economicos/Una%20mirada%20al%20mercado%20laboral%20colombiano.pdf>

Guzmán, A. (2001). *Nueva Didáctica del Derecho del Trabajo*. 2 Edición. Caracas, Venezuela. p.305.

- Hernández, C. y Ortiz H. (2012). *Perspectiva de la Discrecionalidad en el retiro de los empleados*. Bogotá, Colombia: Universidad Libre de Colombia. p112
- Iranzo, C. y Richter, J. (2012). *Las implicaciones de la subcontratación laboral. Trabajo presentado en el Encuentro Internacional. La subcontratación laboral en América Latina: miradas multidimensionales*. Medellín, Colombia: Escuela Nacional Sindical. p.415.
- Jorgensen, H. (2009). El modelo danés de flexiguridad y las lecciones pertinentes para América Latina. En: Weller, Jurgen (ed.). *El nuevo escenario laboral latinoamericano, regulación, protección y políticas activas en los mercados de trabajo*. Buenos Aires, Argentina: Siglo Veintiuno Editores, Comisión Económica para América Latina (Cepal). Pp.65-94, p.74.
- López, J, Hernández, L. y Morales E. (2014). *Los Contratados en la Administración Pública. Una mirada desde la legislación venezolana*. Instituto de Estudios Políticos y Derecho Público “Dr. Humberto J. La Roche”, Instituto de Filosofía del Derecho “Dr. José M. Delgado Ocando”. FCJP. LUZ. Revista Gaceta Laboral Vol. 20, No. 2 (2014): 144 – 155. Universidad del Zulia (LUZ).
- Martínez J., Arufe A., (2008). *Fundamentos de Derecho Comunitario y Comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social*. Netbiblo. La Coruña, España: AFDUDC, 12. Pp. 615-627.
- Morales, S. El derecho al trabajo y a los derechos humanos. Disponible en: <http://www.seminariodefilosofiadelderecho.com/docencia1/humanos/CONTENIDOS/DDHH/9.5.DERCOLTRABAJO1.pdf> recuperado el 12/04/2016.
- Noroño, J. G. (2014). *Las relaciones laborales venezolanas en el contexto de la globalización*. Artículo científico. Revista LEGEM. Universidad del Atlántico. Facultad de Ciencias Jurídicas.
- Olano H. (1999). *Constitución Política de Colombia -Comentada y Concordada*. 4ª. Ed. Concejo de Santa Fe de Bogotá. P.28.

- Pasco, M. (1989). *Estabilidad en el empleo y contratación precaria*. Secretariado de publicaciones de la Universidad de Murcia, España. p.41
- Perdomo, I. (2012). *La Nueva Relación Laboral No Subordinada. Efectos de la Tercerización*. Departamento de Publicaciones Universidad Libre.1ª Ed. Derecho Laboral y Seguridad Social en el Estado Contemporáneo. Pp.81-121.
- Procuraduría General de la Nación. (2014). *Derecho a la estabilidad laboral*. Disponible en: <http://www.procuraduria.gov.co/>
- Razeto, M. (1999). La tercerización de las relaciones de trabajo. Concepto y naturaleza jurídica. *Revista de Economía & Trabajo*. Nº 9 PET, 99-121.
- Real Academia Española (2012). *Diccionario versión digital*. (22ª. Ed.). Recuperado mayo, 25, 2015, Disponible en: <http://www.rae.es/>
- Rojas J. (2012). ¿Es posible formalizar el empleo público en Colombia? *Revista Actualidad Laboral*. Bogotá, Colombia. No. 171, mayo-junio 2012, pp.4-9.
- Sánchez-Gallego Abogados. (2014). *Estabilidad laboral reforzada por maternidad*. Disponible en: <http://www.sanchezgallegoabogados.com/>
- Scartascini, C. (2011). ¿Quién es quién en el juego político?: Describiendo a los actores que intervienen y sus incentivos y funciones. En: Scartascini, C. y otros (Editores). *El juego político en América Latina: ¿Cómo se deciden las políticas públicas?* Bogotá, Colombia: BID. Pp.34-74.
- Toaza A. (2014). *Las indemnizaciones por despido intempestivo y la estabilidad laboral del trabajador. Informe final de tesis previa a la obtención del título de magíster en derecho laboral*. Universidad Regional Autónoma de los Andes “UNIANDÉS”. Facultad de jurisprudencia. Programa: Maestría en derecho laboral.

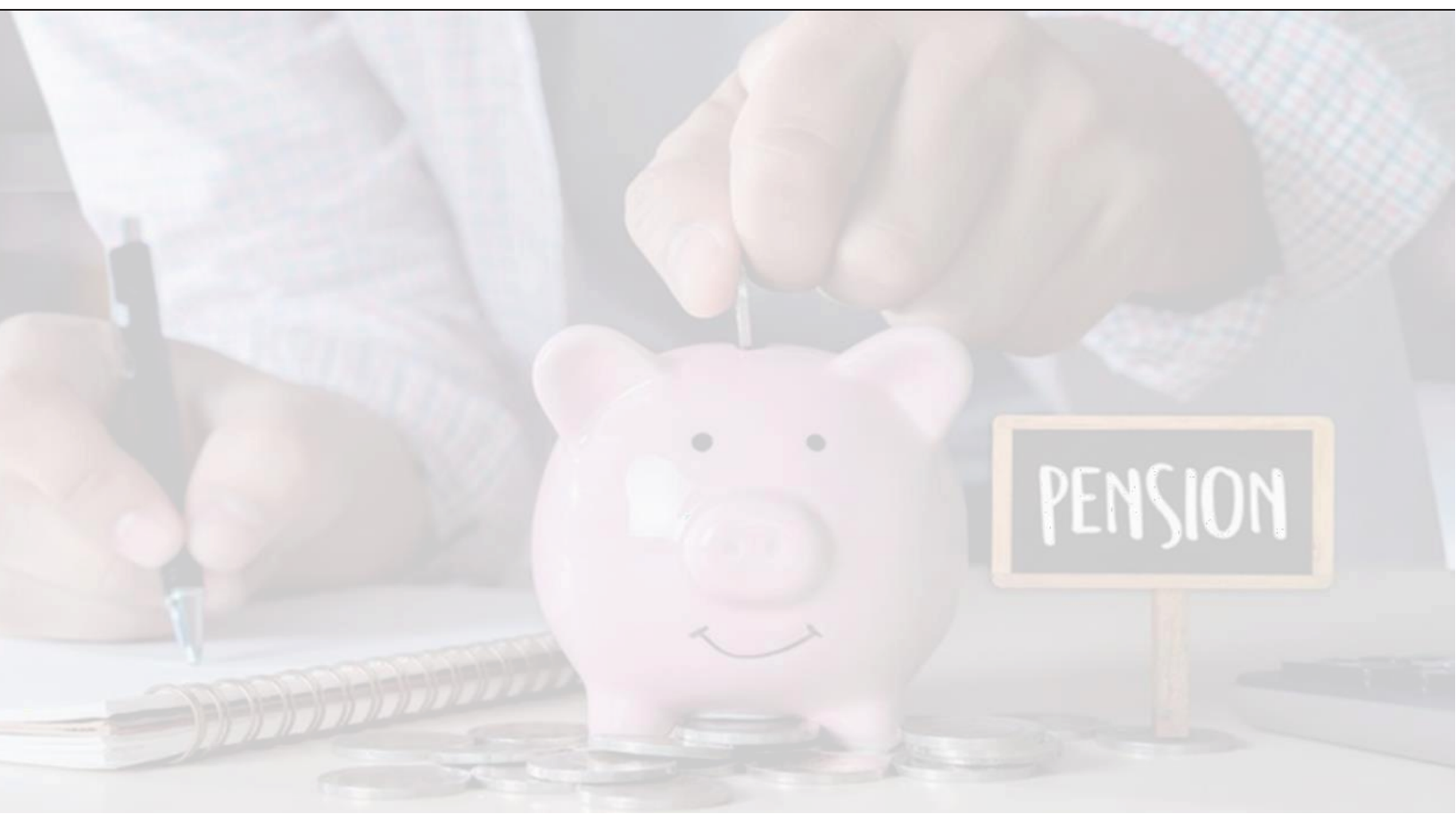
- Urrutia M. (2001). *Empleo y Economía. Memorias del Seminario Banco de la República de Colombia*. En: Ponencia de Bertola: Aspectos Agregados y desagregados del desempleo. Bogotá, Colombia. Disponible en: http://www.urosario.edu.co/Administracion/documentos/9-Dinamicas/017_1701714017/
- Valdés Da Re, F. y Lahera, J. (2010). La Flexiguridad laboral en España. En: Blancas Bustamante, C. (2012). *Flexiseguridad, derecho al trabajo y estabilidad*. Derecho PUCP, Revista de la Facultad de Derecho, No. 68, pp.383-402.
- Valverde A. M. (1987). La formación del Derecho del Trabajo en España. En: AA. VV. (1987). *La Legislación Social en la Historia de España. De la revolución liberal a 1936*. Madrid, España: Congreso de los Diputados. pp. XXII-LX-LXI.



PARTE II

SEGURIDAD SOCIAL

181



EL IMPACTO DEL ENFOQUE SOCIOJURÍDICO EN LA CREACIÓN DE LAS CATEGORÍAS DE BENEFICIARIOS EN LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES EN COLOMBIA

Luis Alberto Torres Tarazona*

María Paula Orjuela Ángel*

Resumen: este artículo tiene como objetivo determinar la influencia de la perspectiva sociojurídica en la creación de nuevas categorías de beneficiarios, dentro de la *pensión de sobrevivientes*, en Colombia, teniendo en cuenta varios elementos, entre ellos, los arquetipos de familia. Para ello, el método que se utilizó en este trabajo para el análisis de la información fue el estudio de caso, el cual permitió identificar la vocación de los beneficiarios y las categorías. Los resultados del análisis de cinco estudios de caso mostraron que se consideraron los cambios y la dinámica social, a fin de establecer las nuevas categorías de beneficiarios dentro de la pensión de sobrevivientes.

183

Palabras clave: pensión de sobrevivientes, familia, categorías de beneficiarios, dinámica social, derecho y sociedad.

1. Introducción

En Colombia, dada la necesidad de cubrir la contingencia derivada por la muerte del cotizante o pensionado, aparece en el ordenamiento jurídico la figura de la *sustitución pensional* con normas como la Ley 29 de

* Doctor honoris causa de la Universidad Privada de ICA (Perú). Doctorando en Derecho de la Universidad Libre (Colombia). Magíster en Derecho Administrativo. Especialista en Derecho Laboral y Seguridad Social. Abogado de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre. seccional Bogotá, D.C. Docente e investigador. Miembro de número de la Asociación Iberoamericana de Juristas del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social "Dr. Guillermo Cabanellas". Miembro de la comunidad internacional CIELO (Comunidad Para la Investigación y el Estudio Laboral y Ocupacional). Gestor de la Maestría en Derecho Laboral y Seguridad Social de la Universidad Libre. Conjuez del Tribunal Superior de Bogotá, sala laboral. Premiado con reconocimiento de la Facultad de Derecho de la UBA (Argentina) y director del Observatorio del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Libre.

* Egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre. Miembro del Observatorio del Trabajo y la Seguridad Social.

1912, 102 de 1927, 90 de 1946, 64 de 1947, 171 de 1961, el Código Sustantivo del Trabajo, el Decreto 3135 de 1968, 1848 de 1969, las Leyes 5 de 1969, 33 de 1973, 12 de 1975, 44 de 1980, 113 de 1985, 71 de 1988. Derecho que se ha venido ampliando, a través de la expedición de nuevas regulaciones jurídicas.

Uno de los antecedentes más importantes de esta figura se consolida con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en donde se reguló el Sistema General de Pensiones y se determinó la existencia de dos regímenes en materia pensional: el primero, el Régimen de Prima Media con prestación definida y, el segundo, el régimen de ahorro individual con solidaridad. Por esta estructura se estableció que la contingencia por muerte debe ser cubierta por el fondo público y los fondos privados de pensiones, sin importar sus generalidades.

Así, desde la promulgación de la Constitución Política de 1991, la creación de la Corte Constitucional y la labor autónoma de la Corte Suprema de Justicia, a través de la sala laboral y otras reformas legales, se han incluido derechos a los beneficiarios que responden a cambios sociales que llevan necesariamente a nuevas interpretaciones y garantizan esta clase de pensión a un grupo mayor de personas al consagrado en la norma inicial.

184

Con base en lo anterior, esta investigación dará cuenta de la influencia del enfoque sociojurídico en la creación de categorías de beneficiarios dentro de la *pensión de sobrevivientes*, lo cual se examinará a partir de cinco sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral. Pronunciamientos que establecen nacientes cuantificaciones que generan igualdad y equidad cuando se va a reconocer dicha prestación fundamental y que generan interpretaciones concordantes con los valores y contenidos de la Constitución Política de 1991, entre ellos, la dignidad humana.

2. Pensión de sobrevivientes en Colombia

De acuerdo con Martínez (2018), se podría definir la *pensión de sobrevivientes* como una institución jurídica cuyo objetivo es proteger a los beneficiarios mediante el reconocimiento de una prestación económica derivada de la muerte del *de cuius* (causante o difunto).

Para ilustrar lo anterior, la Corte Constitucional, por medio de la Sentencia T-173 de 1994, afirma que la *pensión de sobrevivientes* es un derecho de carácter fundamental, cierto, indiscutible e irrenunciable, debido a que está relacionado con el derecho a la vida, a la seguridad social, a la salud y al trabajo, lo que clasifica a la *pensión de sobrevivientes* como un derecho inalienable, independiente y esencial, en últimas, como un derecho humano y social.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, analizada por Martínez (2018), la *pensión de sobrevivientes* tiene como finalidad salvaguardar a la familia como núcleo de la sociedad, es decir, que aquellas personas que dependían económicamente del causante puedan suplir sus necesidades económicas y sociales de la misma manera en las que las cubrían en vida del pensionado.

Observando lo anterior, se podría decir que esta definición es acertada, más no del todo suficiente, por cuanto la *pensión de sobrevivientes*, creada en Colombia, inicialmente en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, no abarca por completo los constantes cambios de la sociedad colombiana. Por lo anterior, se hace necesario estudiarla desde un enfoque sociojurídico.

185

Si bien el objeto de estudio no es la normativa de la *pensión de sobrevivientes*, sí resulta necesario escrutar de manera general los avances jurídicos más relevantes que ha tenido, según la reseña histórica de las leyes y los decretos expedidos antes de la Ley 100 de 1993, realizada por Martínez (2018). Según ello, hubo cuatro etapas de evolución de este mecanismo jurídico:

1. Etapa de dispersión
2. Etapa de organización
3. Etapa de expansión
4. Etapa de crisis y cambio

La primera etapa abarca desde 1990 hasta 1945. Gracias a la promulgación de las Leyes 29 de 1912 y 102 de 1927, se establece la sustitución pensional a favor de las viudas de aquellos que hayan sido presidentes de la República y magistrados de la Corte Suprema de Justicia.

La segunda etapa comprende desde 1945 hasta 1967. Cabe resaltar que, durante este período, se expidieron diversas normas relacionadas con la sustitución pensional; sin embargo, para efectos de este estudio, se analizará únicamente la Ley 90 de 1946, que estipula la pensión mensual vitalicia a la viuda que hubiera demostrado convivencia marital durante los últimos tres años antes de la muerte del trabajador.

La tercera etapa va desde 1967 hasta 1977. Como en el período anterior, durante esta fase, se publicaron leyes y decretos que contribuyeron al mejoramiento de la estructuración de la hoy denominada pensión de sobrevivientes; no obstante, uno de los aportes normativos más relevantes fue la Ley 33 de 1973 y su Decreto reglamentario 690 de 1974. La Ley 33 otorgó el derecho a la sustitución pensional vitalicia por fallecimiento de un trabajador o pensionado del sector privado o público. Derecho exclusivo para la mujer casada (viuda).

186

Además del anterior aporte de esta etapa, la Ley 12 de 1975 estableció otro régimen para la sustitución de la pensión de jubilación, tras el fallecimiento de un trabajador del sector público o sector privado, que no hubiera cumplido con el requisito de edad para adquirir la pensión, pero que hubiera alcanzado el tiempo de servicio establecido. Bajo esta condición, la cónyuge o compañera permanente tendría derecho a la pensión de jubilación del causante (pensión posmortem).

La última etapa empieza en 1977 y termina en 1990. Aquí también se promulgó una serie de normas que fortalecen la estructura de la sustitución pensional, como, por ejemplo, la Ley 71 de 1988.

Según Martínez (2018), de acuerdo con la facultad de configuración legislativa que al legislador le otorga el artículo 48 de la Constitución

Política, se expidió la Ley 100 de 1993, norma que entró en vigor el 1 de abril de 1994. Esta ley creó el Sistema General de Seguridad Social Integral, estableciendo en el capítulo IV una prestación para garantizar la solvencia de las necesidades económicas del núcleo familiar del pensionado o del afiliado fallecido. A esta prestación se le denominó pensión de sobrevivientes, quedando atrás la definición de sustitución pensional, pero, además, generándose nuevas formas de adquirir dicha pensión (p.41).

Para la Ley 100 de 1993, esta nueva figura jurídica fue entendida de la siguiente manera:

- **Pensión de sobrevivientes por muerte del afiliado:** el artículo 46, numeral segundo, establece la creación de una nueva prestación económica a favor del núcleo familiar del causante, bajo las siguientes condiciones:
 - a) Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiera cotizado como mínimo 26 semanas al momento de la muerte.
 - b) O que, si el afiliado dejó de cotizar al sistema, debía tener cotizadas 26 semanas del año anterior al momento en que se produjo la muerte del causante.
- **Pensión de sobrevivientes por muerte del pensionado:** a diferencia de la primera modalidad en la que se crea una nueva prestación, en este caso el artículo 46, numeral primero, de la Ley 100, subroga el pago de la mesada pensional a favor de los que tengan la calidad de beneficiarios (vocación).
- También se determinó en la norma quiénes son beneficiarios¹. A grandes rasgos, de esta manera, se consagró, por primera vez en el ordenamiento jurídico, acceder a la pensión de sobrevivientes por afiliación o por sustitución.

¹ Para más información, véase el artículo 47, de la Ley 100 de 1993.

Posteriormente, la Ley 797, la cual ha estado vigente desde 2003, reformó algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones. Entre las transformaciones se encuentran modificaciones a los requisitos y a los beneficiarios de la figura jurídica que compete a esta investigación.

Con el estudio de la norma, se evidencia que con el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, se modificó el artículo 46 de la Ley 100 de 1993. De allí que, para la *pensión de sobrevivientes* por muerte del afiliado, se haya aumentado la densidad de las semanas de 26 a 50, dentro de un determinado espacio de tiempo.

En la Ley 797 también se variaron las categorías de los beneficiarios, incorporándose clasificaciones con elementos y requisitos que deben ser reunidos y presentados para el reconocimiento de la prestación.

3. Concepciones acerca de la familia

Según el *Breve Diccionario Etimológico de la Lengua Española*, de Guido Gómez de Silva (2006), el vocablo familia procede del latín *famulus* que significaba “criado” y, en la lengua griega, esta palabra, de acuerdo con la obra *La Ciudad Antigua* de Fustel de Coulanges, procede del griego Συγγένεια, que significaba “lo que está cerca del hogar”.

En una aproximación conceptual más actual, la Constitución Política Colombiana, en el artículo 42, define la familia como el núcleo de la sociedad constituida por vínculos naturales o jurídicos. Se puede decir que el concepto de familia estaba limitado a la familia nuclear, es decir, a la compuesta por padre, madre e hijos; no obstante, con el paso del tiempo, el concepto de familia se ha venido ampliando debido a la realidad social.

La antropóloga Yolanda Puyana afirma que la representación social, esto es, los imaginarios que se tienen de la concepción de familia no están completamente en sincronía con la realidad. En otras palabras, el concepto que las personas tienen de la realidad sobre la familia es totalmente diferente. Aunado a lo anterior, en el artículo 42 de la Constitución Política colombiana, la definición que se da de familia no incluye las diferentes formas de familia que existen por causa de las transformaciones sociales.

Desde el punto de vista sociológico, gracias al mejoramiento de los niveles educativos de la mujer y al aumento de su participación en el mundo laboral, los esquemas tradicionales en los que la mujer era concebida solamente como la persona encargada de los oficios del hogar y la crianza de los niños han cambiado completamente. Actualmente, se ha entendido, poco a poco, que la realidad de la concepción de familia ha dado un giro que permitió una clasificación muchísimo más amplia e incluyente.

A continuación, se enumerarán los tipos de familia que han surgido en la actualidad, de acuerdo con el artículo “Transformaciones en la estructura familiar colombiana”, de la obra *Estudios contemporáneos de derecho de familia* (2020):

TIPO DE FAMILIA	DEFINICIÓN
Familia reconstituida o ensamblada	Conformada por los padres divorciados, viudos o separados y sus hijos de uniones anteriores.
Familia <i>stay at home dad</i>	Hombre que se queda en la casa para asumir las tareas del hogar y el cuidado de los hijos.
Familia lat (<i>living apart together</i>)	Parejas en una relación seria y estable que no comparten domicilio.
Familia pank	Mujeres que han decidido posponer la maternidad por un tiempo o de forma definitiva y han elegido “adoptar” a sus sobrinos, para disfrutar de los vínculos afectivos, sin tener que cumplir con la responsabilidad que implica ser madre y así poder enfocarse en sus carreras profesionales.
Familia dink	Se trata de las parejas sin hijos que posponen la paternidad o renuncian a ella y le dan más prioridad a sus carreras profesionales y a su estilo de vida de lujo.
Familia multigeneracional	Conformada por los miembros de la familia de diferentes generaciones.
Familia multinuclear	Conformada por la familia nuclear y por los parientes consanguíneos o afines.
Familia unipersonal	Conformada por una sola persona. Esta tendencia va al alza y se espera que en las próximas tres décadas aumente considerablemente.
Familia nomo	Mujeres que deciden no tener hijos.

Por su parte, la Sentencia 2001-00149 de 11 de julio de 2013, proferida por el Consejo de Estado, hace énfasis en que son las manifestaciones de solidaridad, fraternidad, apoyo, cariño y amor las que estructuran y le brindan cohesión a la institución de la familia.

El constante movimiento de la dinámica social llevó al derecho a reconocer no solo a la familia nuclear, pues ahí no se detuvieron la evolución y los cambios sociales. Desde el punto de vista jurídico, también resulta necesario abordar los arquetipos de familia que estudió, en determinado momento, la Corte Constitucional para reconocer la *pensión de sobrevivientes*.

La Corte Constitucional, a través de la Sentencia de tutela 292, de 2016, define la familia así:

Es una institución sociológica derivada de la naturaleza del ser humano, “toda la comunidad se beneficia de sus virtudes, así como se perjudica por los conflictos que surjan de ella”. Entre sus fines esenciales se destacan la vida en común, la ayuda mutua, la procreación, el sostenimiento y la educación de los hijos.

190

Esta definición señalada por la Corte Constitucional es apropiada, pero insuficiente, ya que la base fundamental de la familia es el amor y tal como especifica el artículo 42 de la Carta política, “la familia puede constituirse por medio de vínculos naturales o jurídicos”. Es decir, la familia no solo requiere de la existencia de un vínculo consanguíneo o de afinidad, ya que a partir del factor afectivo y de los derechos fundamentales, como el libre desarrollo de la personalidad, la dignidad humana, la vida y el mínimo vital, se conciben diferentes tipos de familia distintas de la tradicional.

Lo anterior lleva a la Corte a que, a través de la Sentencia T- 070 de 2015, manifieste que es necesario hacer extensivo el principio de igualdad al núcleo familiar, debido a que “exige que se trate con similar respeto y protección a todos los tipos de familia y prohíbe todo tipo de discriminación, ya sea contra los hijos o contra cualquier descendiente, sin importar el grado”. A través de una interpretación sobre este pronunciamiento, el principio de igualdad no debe ser extensivo,

exclusivamente, para quienes señala la Corte; este debe serlo para las familias con vínculos jurídicos, biológicos y afectivos.

Para complementar lo anterior, a continuación, se describirán los arquetipos de familia que fueron reconocidos por la Corte Constitucional colombiana.

TIPO DE FAMILIA	SENTENCIA	DEFINICIÓN
Natural	T-292 de 2016	Entendida como un grupo de personas emparentadas por vínculos naturales, jurídicos o lazos consanguíneos.
Homoparental	C-577 de 2011	Están compuestas por parejas del mismo sexo con hijos.
Monoparental	C-577 de 2011	Están conformadas por un solo progenitor, junto con los hijos.
Heterosexual	N/A	La Corte la menciona, pero no la explica.
Crianza	T-070 de 2015	Para la Corte, el concepto de familia de crianza consiste en aquella familia con la que una persona crea vínculos afectuosos, solidarios y colaborativos. Cabe aclarar que este tipo de familia no surge de un vínculo jurídico.
Ensamblada	C-085 de 2019	Tal y como lo define la Corte, en esta familia uno de los padres o ambos pudo tener una relación matrimonial o una unión marital de hecho previa y se generan hijos que se construyen con la nueva pareja.
Extendida	T-070 DE 2015	La componen familiares diferentes a los padres y hermanos del menor, tales como: los abuelos, los tíos, los primos, los bisabuelos y demás parientes que tienen en común un vínculo de consanguinidad.

Entonces, se podría afirmar que, de acuerdo con López (2016), la familia es una realidad social difícil, formada por vínculos naturales que el Estado debe reconocer y proteger, a pesar de que el modelo de familia nuclear biparental, en nuestros días, sigue siendo la imagen más tradicional de la familia (familias heterosexuales), pero se reconoce que las

familias se forman y reconfiguran de muchas maneras y que todas están protegidas por los Estados constitucionales y democráticos. Efectivamente, para Anne Cadoret (2015), etnóloga francesa, la familia brinda seguridad material y emocional y de allí que, desde grupos sociales, se generen vínculos.

Por tanto, en esta investigación, sostendremos que además de las definiciones sobre la familia y sus tipologías, también la familia es una red social primaria, una institución social, un modelo conceptual, en últimas, un microsistema donde se desarrolla jerarquización de roles y, con ello, se ensancha lo descrito en el artículo 42 de la Carta política.

4. Casos creadores de categorías dentro de la pensión de sobrevivientes

En este capítulo, haremos una descripción de cinco casos relacionados con la *pensión de sobrevivientes*:

1. En este primer caso objeto de estudio, Elvira Escobar Daza, en 2008, presentó una demanda ante la jurisdicción ordinaria laboral contra el Instituto de Seguros Sociales. En 2019, la Corte resuelve por medio del recurso extraordinario de casación (fallo judicial SL-4549).

192

Los hechos que dieron origen al proceso surgieron de la convivencia de cinco años entre la señora Zulma Leiva Pérez (causante) y la señora Elvira Escobar Daza. En este caso, se estableció el siguiente problema jurídico: ¿existía realmente la calidad de compañeras permanentes y la convivencia entre la de cujus y la accionante? Lo anterior debido a que, mediante acto administrativo, el Instituto de Seguros Sociales negó el reconocimiento de la *pensión de sobrevivientes* por pruebas insuficientes.

En este contexto, no se analiza únicamente la figura de la *pensión de sobrevivientes* y su reconocimiento para las parejas heterosexuales, sino también para las parejas homosexuales. La Corte Suprema hace hincapié en que se debe ahondar en la importancia de llevar a cabo un análisis minucioso de los elementos materiales probatorios que sirven para demostrar la convivencia de parejas del mismo sexo y, con ello,

determinar si se cumple con la vocación de beneficiario, en calidad de compañera homosexual.

2. En el segundo caso, en el año 2003, se presenta ante la jurisdicción laboral el caso de Aura Bedoya Monna, en representación de la menor I.C.O.B, contra la Caja Nacional de Previsión Social, en liquidación (Cajanal) (EICE). El 3 de junio de 2020, la Corte Suprema de Justicia resuelve, a través del fallo judicial (SL-1939 de 2020), el recurso extraordinario de casación, donde se consideró la categoría de *hijos de crianza*, concordante con los pronunciamientos de la Corte Constitucional, como la sentencia T-074 de 2016.

Para este caso, la muerte de la madre biológica de la menor hizo que la causante asumiera de manera voluntaria el cuidado y la subsistencia de la adolescente, mediante el rol de madre adoptiva, tras la muerte de la pensionada. La representante de la menor solicita el reconocimiento de la *pensión de sobrevivientes* y se le reconoce la calidad de beneficiaria mediante la denominación de *hijos de crianza*, particularidad que nace de vínculos afectivos, respeto, protección, comprensión y dependencia económica.

193

Cabe resaltar que una gran ventaja de esta figura es que no solamente los *hijos consanguíneos* gozan del derecho a la subrogación pensional, sino que también los *hijos de crianza* son sujetos de derechos pensionales.

Para esta categoría, es importante reconocer el papel que desempeñan los padres, los hijos y los vínculos de afecto que no se derivan del parentesco por consanguinidad, por afinidad o civil.

3. El tercer caso es el de Luz Yaned Ramírez y Luz Stella Quiceno contra Positiva Compañía de Seguros, S. A., quienes presentaron la demanda ante la jurisdicción ordinaria laboral, en 2007. La Corte Suprema resolvió el recurso extraordinario de casación interpuesto por las partes, donde se profirió el fallo judicial SL-1730 2020. Los hechos que

generaron el conflicto surgieron debido a que Luz Stella Quinceno se opuso a la demanda inicial, argumentando que había sido compañera permanente de la afiliada durante más de cinco años.

En este caso, la Corte determina, con esta interpretación normativa, que el tiempo de convivencia de mínimo 5 años, que se exige para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes al cónyuge o compañero(a) permanente se requerirá únicamente cuando se presenta por muerte del pensionado y no por muerte del afiliado al sistema. De otra parte, no se diferencia la existencia entre un vínculo civil o natural, sino la acreditación del requisito de tiempo, si es pensionado o afiliado.

4. En el cuarto caso, Gloria María Cortés, quien dependía económicamente de su hijo fallecido en 2011 y a quien, por motivos de salud, le es imposible trabajar, presenta contra BBVA Horizonte, S.A., y Mapfre, S. A., demanda ante la jurisdicción ordinaria laboral, en 2011. Proceso que se resolvió mediante recurso extraordinario de casación (SL-779 de 2020).

194

En este pronunciamiento, se analizó la *dependencia económica* de los hijos menores de 18 años, hijos mayores de 18 hasta los 25 años incapacitados para trabajar por razones de estudio, hijos en *situación de discapacidad* y dependencia de los padres en relación con sus hijos.

A este pronunciamiento judicial frente a las personas que se encuentran en estado de diversidad funcional, cuando se habla de *debilidad manifiesta*, se debe aplicar lo consagrado en la Sentencia SL-5605, de 2019, que determina que, en este contexto, no se debe valorar en sí los recursos económicos con los que cuente el beneficiario, sino la situación de discapacidad, la calidad de vida y la solidaridad familiar que había entre el beneficiario y el fallecido.

5. Este último caso es la historia de María del Carmen Infante de González, quien convivió por más de 40 años con su esposo Carlos Julio González y dependía económicamente de él. Cabe resaltar que la señora Infante fue víctima de violencia intrafamiliar y fue obligada por su esposo a

abandonar el hogar. La pareja se divorció meses antes de la muerte del causante y, aunque el vínculo matrimonial se rompió, se mantuvo el contacto y la dependencia económica hasta el momento del fallecimiento.

Mediante pronunciamiento judicial SL1727-2020, la Corte manifestó que:

- a. El motivo de la demandante para interrumpir la convivencia fue la violencia intrafamiliar de la que era víctima.
- b. La excepción al requisito de convivencia para que se logre reconocer el mecanismo de *pensión de sobrevivientes* es que se pruebe que la culpa de la separación fue exclusiva del cónyuge.
- c. Los 5 años de convivencia requisito para la sustitución pensional pueden darse, en cualquier momento, siempre y cuando se mantenga el vínculo matrimonial.
- d. El requisito de convivencia no se puede declarar incumplido por la separación de cuerpos cuando el motivo fue maltrato físico y/o psicológico.

195

Por tanto, al valorar las razones de la separación, el máximo tribunal de la justicia ordinaria colombiana reconoció la pensión de sobrevivientes al aplicar enfoque de derechos humanos y perspectiva de género.

En suma, conforme a estos cinco casos, una primera conclusión es que la realidad social se ve plasmada en las decisiones judiciales. Igualmente, que la realidad social es dinámica y, de allí, que los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes no se deben limitar únicamente a la norma, o al concepto de familia nuclear, sino que es preciso comprender las múltiples variables sociológicas de la familia.

5. Derecho y sociedad

Sin duda alguna, los cambios sociales están estrechamente relacionados con el derecho. Para respaldar la anterior afirmación, en palabras de Savigny, padre de la escuela histórica del derecho alemán, el derecho se concebía como un fenómeno social que solo se podía comprender a partir de la perspectiva de la historia de la sociedad en la que se encontraba el espíritu del pueblo y que, por ende, se tomaba como un concepto que distaba completamente de un simple conjunto de reglas.

Por otra parte, no hay que olvidar que el hombre, desde tiempos remotos, ha sido considerado como un ser social y que, para lograr sus intereses, tiende a conformar grupos y sociedades.

En palabras del filósofo español Lasso Prieto (1977), pese a que en diversos sectores de la sociedad se intente separar el derecho de los cambios sociales, se vive en una época en la que resulta casi imposible, por no decir imposible, que el derecho no contribuya con la dinámica social.

Para García (1993), un conocimiento más amplio de la realidad social y de su nexos con algunas normas habría evitado que los propósitos normativos chocaran con los obstáculos insalvables. Pese a lo anterior, siguiendo a este mismo autor, el hecho de atribuir toda la ineficacia normativa a tales causas daría como resultado una explicación incompleta de este fenómeno tan importante. Así, antes de determinar si el artículo 42 de la Constitución Política colombiana de 1991 es o no eficaz, se debería analizar la familia desde dos tipos de interpretación jurídica.

La primera, *la interpretación textualista*, esto es, según Parra (2020), un método de interpretación constitucional que impide el dinamismo y la evolución de la constitución y mantiene sin ninguna alteración el significado de las disposiciones constitucionales a lo largo de los años. Para ilustrar lo anterior, si esta interpretación se realizara al artículo 42 de la Carta Política, se entendería que en Colombia prima la concepción de familia nuclear y que la formación de familia está estrictamente relacionada a un vínculo jurídico como es el matrimonio y su característica restrictiva de ser heterosexual.

La segunda, *la interpretación sistemática* que, en palabras de Guastini (1999), se define como:

Busca lograr comprender el significado de la normativa, en algunas ocasiones, en las disposiciones que rigen una materia o una institución. El sistema jurídico y los subsistemas que lo componen son generalmente concebidos como conjuntos de normas coherentes (sin contradicciones o antinomias) y completos (sin lagunas). En la praxis se lleva a cabo una interpretación sistemática cuando, en el momento de tomar una decisión acerca del significado de una disposición, no se ve de manera aislada la propia disposición, sino la situación en la que se presenta. Ese contexto puede ser más o menos amplio: los otros párrafos de un mismo artículo, los otros artículos de una misma ley, hasta llegar a la totalidad de las disposiciones que componen un ordenamiento jurídico.

Razonando la anterior cita, el artículo 42 de la Constitución Política de 1991, a la luz de este método de interpretación, sería visto desde una manera más amplia en la que encajan las nuevas formas de familia estudiadas desde la sociología y reconocidas por la Corte Constitucional a través de su jurisprudencia.

197

De acuerdo con lo anterior, no se puede sostener que el artículo 42 es ineficaz, debido a que el alcance normativo y jurisprudencial de este va a ser desarrollado conforme a la realidad y a las necesidades sociales. En palabras de García (1993), la eficacia de la norma entendida como el propósito buscado por esta, no necesariamente se percibe a través de la lectura o del análisis del proceso de creación, porque puede que el objetivo de la norma no sea claro o que este varíe con el paso de los años. Es decir, el objetivo de la norma se plantea con la expedición de esta, pero no culmina ahí.

De lo anterior, la evolución jurisprudencial del artículo 42 de la Constitución Política y la aplicación del método de interpretación sistemático permiten crear figuras jurídicas más amplias, al tener en cuenta la dinámica social que posibilita cubrir las necesidades económicas derivadas de una contingencia como la muerte y que ampara a diversas personas.

En el capítulo anterior se mencionaron varios casos que hacen referencia a las categorías de beneficiarios reconocidos por la Corte Suprema de Justicia. En este capítulo, se llevará a cabo un análisis global sobre la influencia sociojurídica en la pensión de sobrevivientes, desde el punto de vista de la propuesta de *Derecho y Sociedad* de Mauricio García Villegas. En este análisis, se entiende el derecho como realidad social.

Igualmente, García (2015) sostiene que el derecho no siempre es pacífico, pues al cruzarse a diario con nuestras vidas deja de serlo, por tanto, existe una brecha entre las normas jurídicas y la realidad social, faltando sintonía entre el derecho y las ciencias sociales, lo que hace que los cambios culturales, las tensiones sociales y los movimientos sociales generen movimientos y teorías con el objetivo de conectar el derecho y la sociedad.

Para García (2015), el derecho es un espacio social en construcción, donde son posibles las luchas progresistas y donde se debe abordar la discusión frente a la conexión entre el derecho y la realidad social; es decir, pensarlo en un abordaje desde la sociología del derecho o desde la teoría del derecho.

198

Del realismo jurídico, entendido como la teoría que no acepta la idea de que en el derecho haya una única respuesta a un problema específico (Arango, 1999, de acuerdo con García, 2011), surgen dos tendencias: la primera, *Law and Society* y, la segunda, *Critical Legal Studies*. Para esta investigación se tendrá en cuenta la primera, que está destinada a mostrar, a través de la sociología jurídica, las conexiones que hay entre el derecho y la realidad social.

Para desarrollar la anterior idea es necesario tomar en consideración el concepto de teoría social funcionalista, que da el sociólogo Parsons (como se citó en Diéguez, 2011), en la que el derecho es un conjunto de normas que obliga a cumplir roles sociales y que tiene una función integradora en las sociedades modernas.

De igual manera, en el artículo “El derecho y su correlación con los cambios de la sociedad”, Diéguez (2011) expresa que se estrecha un vínculo entre las relaciones jurídicas, las distintas formas de relación entre las personas que pertenecen a una sociedad y los elementos que

condicionan esta relación. Si se quieren entender mejor las relaciones jurídicas es importante tomar en consideración a la sociedad y a la familia.

Conforme a lo expuesto por estos autores, trasladado al objeto de estudio, se debe entender que la relación entre el derecho y la sociedad aplicada a la pensión de sobrevivientes ha tenido en cuenta a la sociedad como factor de cambio en el derecho. Esto se produce al valorar los vínculos afectivos, los roles que se generan en la familia y la protección que el Estado debe brindar a quienes tengan vocaciones de beneficiarios, sean por afinidad, consanguinidad o amor.

Es fundamental resaltar la labor tan importante que llevan a cabo los sociólogos del derecho, por cuanto asumen una postura crítica, lo que permite no concebir el derecho como un sistema cerrado, sino que está en constante evolución y va a la par con la dinámica social, teniendo en cuenta las necesidades de los ciudadanos. Sin embargo, no puede entenderse el derecho definido como un conocimiento independiente que se basta a sí mismo y que puede crear sus propias condiciones de verdad. Por el contrario, la sociología impregna al derecho, dando la oportunidad de revisar situaciones, ya sea desde la teoría del derecho o desde la sociología misma.

199

Así las cosas, en este análisis, se entiende el derecho como realidad social, en la medida en la que la Corte ha hecho una extensión de aquellos que puedan tener vocación de beneficiarios y, con ello, crea nuevas categorías de beneficiarios, al interpretar la norma para conceder el derecho de la pensión y, en últimas, garantizar a los grupos mayores sus necesidades a partir del reconocimiento del derecho de la pensión de sobrevivientes.

La necesidad de cubrir los requerimientos de la sociedad colombiana lleva a la Corte a estudiar el vínculo que tienen con el derecho. Además de lo anterior, se puede observar que existen los siguientes puntos:

- A pesar de un largo proceso judicial, todos los pronunciamientos judiciales se resolvieron a favor de los demandantes y eso muestra que las cortes realizan un estudio garantista de los derechos.

- Los beneficiarios reconocidos, recientemente, por la jurisprudencia colombiana son diferentes de la concepción tradicional de familia compuesta por padre, madre e hijos y derivada del matrimonio, lo que no refleja completamente la realidad de una dinámica social.
- Los derechos fundamentales, la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y el principio de igualdad son aspectos que deben desarrollarse cuando se habla de pensión de sobrevivientes.

En la Sentencia T-291 de 2016, la Corte Constitucional define la *dignidad humana* desde tres puntos: como autonomía, entendida como la posibilidad de diseñar un plan vital de determinarse según sus características y de vivir sin humillaciones. Por consiguiente, el Estado debe crear medios como leyes o políticas públicas para evitar la discriminación de sus asociados. Por tanto, las cortes, pensando en las necesidades sociales, han sido garantes al incorporar estas categorías de beneficiarios en la pensión de sobrevivientes al fundamentar sus decisiones en los parámetros como la dignidad humana.

200

Debemos recordar que el libre desarrollo de la personalidad o derecho de la autonomía o entidad, según la Sentencia C-336 de 2008, de la Corte Constitucional colombiana, busca:

proteger la potestad del individuo para auto determinarse; esto es, la posibilidad de adoptar, sin intromisiones ni presiones de ninguna clase, un modelo de vida acorde con sus propios intereses, convicciones, inclinaciones y deseos, siempre, claro está, que se respeten los derechos ajenos y el orden constitucional.

En otras palabras, cada ser humano tiene un proyecto de vida y una visión de mundo y el Estado debe ser responsable y estar preparado para reconocer y proteger estas opciones de vida, las que les permitirán a los seres humanos ser tenidos en cuenta en una sociedad pluralista.

Por tanto, con relación a la teoría de derecho y sociedad, se puede deducir que la realidad social ha sido fundamental para que el derecho establezca los roles sociales y reconozca las necesidades de la sociedad.

De otra parte, de los casos mencionados, desde otra óptica, se puede colegir que se trata de casos difíciles, en palabras de Martínez Zorrilla (2010), en tanto que:

Aquellos en los que, debido a ciertos problemas que afectan a las premisas normativas y/o fácticas, surgen dificultades en relación con la justificación externa que hacen imposible aplicar mecanismos como el silogismo jurídico y que ponen en cuestión que exista una única respuesta correcta y determinada para el caso.

El filósofo del derecho escocés Neil MacCormick (1978) realizó una clasificación de cuatro distintos tipos o categorías de casos difíciles (normativa o fáctica) y del tipo de dificultad del que se trate. Así, en relación con las premisas normativas, podemos encontrarnos frente a problemas de relevancia o problemas de interpretación, en sentido estricto, mientras que, respecto a las premisas fácticas, pueden surgir problemas de prueba o problemas de calificación jurídica.

201

Siendo más específicos, la Ley 797 de 2003, establece quiénes son los beneficiarios de la figura jurídica de pensión de sobrevivientes; sin embargo, la norma no incluyó a otros grupos como las parejas del mismo sexo, a la familia homoparental, a la familia monoparental, a la familia de crianza, a la familia ensamblada y a la familia extendida. Son las cortes (Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia). Estas responden a la necesidad social, a través de su jurisprudencia, incluyendo la multiplicidad de formas de familia que se encontraban desamparadas por la norma y que crearon las categorías de hijos de padres desde el amor, para brindar derechos a partir de la vida en sociedad y del desarrollo de las relaciones sociales para, en sus pronunciamientos, garantizar este derecho social.

Efectivamente, la influencia de la dinámica social en la creación de otras formas de familia, distintas de la nuclear, y las nuevas categorías de beneficiarios de la pensión de sobrevivientes generan mayor protección de los derechos, nuevos lazos afectivos y nuevos roles sociales.

Amén de aplicar la teoría del derecho y sociedad explicada por Mauricio García Villegas, entre otros, se entenderá que la familia puede ser de hecho, de facto, que la realidad es dinámica y genera roles, que, a partir de los vínculos de afecto, la realidad cambia, se alimenta e interpreta la norma, para atender la protección y seguridad económica en la pensión de sobrevivientes.

Hoy, el derecho reconoce, en Colombia, beneficiarios de la pensión de sobrevivientes desde los lazos jurídicos, naturales, civiles o de amor. Todos a fin de generar derechos para salvaguardar este derecho humano social, que es la pensión de viudedad u orfandad.

6. Conclusiones

1. Gracias a la aplicación de la sociología en el derecho, se garantiza la protección de las condiciones de la familia, en Colombia, lo que permite que las categorías de beneficiarios de la pensión de sobrevivientes se amplíe.
2. La influencia del enfoque sociojurídico en la pensión de sobrevivientes permite evidenciar que el ordenamiento jurídico colombiano ha reconocido los lazos de solidaridad, afecto, respeto, ayuda y protección, de los cuales se derivan las nuevas formas de familia, así como los nuevos derechos.
3. El derecho colombiano, gracias a la dinámica social, se ha convertido en un sistema abierto y progresista, en lo que tiene que ver con la pensión de sobrevivientes.
4. Sin duda alguna, el enfoque sociojurídico presenta grandes ventajas en la pensión de sobrevivientes, dado que ha sido un factor fundamental en la inclusión de los grupos de personas que se favorecen de esta prestación derivada de la muerte, lo que permite satisfacer necesidades económicas y sociales y evitar vulnerar derechos fundamentales como el mínimo vital y la dignidad humana.

5. Las cortes colombianas toman en cuenta en sus pronunciamientos judiciales al derecho como una realidad social.
6. No cabe la menor duda de que el viejo aforismo *-donde hay sociedad, hay derecho (ubi societas, ibi ius)-* sigue vigente, dado que sin importar la antigüedad de la norma, la eficacia de esta, según sea el caso, va a permitir que el objetivo perdure posterior a la promulgación, debido a que el cambio normativo está en constante evolución y se complementa en los pronunciamientos jurisprudenciales que empatan el derecho y la sociedad.
7. Después de haber analizado los cinco casos presentados en este trabajo, se llegó a la conclusión de que las categorías recientes de beneficiarios de pensión de sobrevivientes fueron casos difíciles, en los que la solución jurídica fue dar respuesta a la sociedad.

7. Referencias

Angarita, G. y Mahecha, A. (2020). *Estudios Contemporáneos del Derecho de Familia*. Bogotá, Colombia: Editorial Universidad Libre.

Arango, R. (1999). *¿Hay Respuesta Correctas en Derecho?* Bogotá, Colombia: Editorial Uniandes.

Congreso de la República de Colombia. (1993). Ley 100 de 1993. Diario Oficial No. 41148. [Por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones]. Bogotá, D.C., Colombia.

Congreso de la República de Colombia. (2003). Ley 797 de 2003. Diario Oficial No. 45079. [Por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones, previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los regímenes pensionales exceptuados y especiales]. Bogotá, D.C., Colombia.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. (2013). *Proceso 00149*. Bogotá D.C.: [C.P María Claudia Rojas Lasso]

Constitución Política de Colombia [Const]. Art. 42 2012 (Colombia) 14° edición. Editorial: Temis.

Corte Constitucional de Colombia. (1994). *Sentencia T 173 de 1994*. Bogotá D.C.: [M.P Alejandro Martínez Caballero]

Corte Constitucional de Colombia. (2016). *Sentencia T 292 de 2016*. Bogotá D.C.: [M.P Gabriel Eduardo Mendoza Martelo]

Corte Constitucional de Colombia. (2015). *Sentencia T 070 de 2015*. Bogotá D.C.: [M.P Martha Victoria Sáchica Méndez]

Corte Constitucional de Colombia. (2011). *Sentencia C 577 de 2011*. Bogotá D.C.: [M.P Gabriel Eduardo Mendoza Martelo]

Corte Constitucional de Colombia. (2016). *Sentencia T 074 de 2016*. Bogotá D.C.: [M.P Alberto Rojas Ríos]

Corte Constitucional de Colombia. (2016). *Sentencia T 291 de 2016*. Bogotá D.C.: [M.P Alberto Rojas Ríos]

Corte Constitucional de Colombia. (2008). *Sentencia C 336 de 2008*. Bogotá D.C.: [M.P Clara Inés Vargas Hernández]

Corte Constitucional de Colombia. (2018). *Sentencia T 469 de 2018*. Bogotá D.C.: [M.P José Fernando Reyes Cuartas]

Corte Constitucional de Colombia. (2014). *Sentencia C 178 de 2014*. Bogotá D.C.: [M.P María Victoria Calle Correa]

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. (2019). *Proceso 4549 de 2019*. Bogotá D.C.: [M.P Dolly Amparo Caguasango Villota]

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. (2020). *Proceso 1939 de 2020*. Bogotá D.C.: [M.P Magistrado Ponente. Gerardo Botero Zuluaga]

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. (2020). *Proceso 1730 de 2020*. Bogotá D.C.: [M.P Jorge Luis Quiroz Alemán]

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. (2020). *Proceso de 779 de 2020*. Bogotá D.C.: [M.P Giovanni Francisco Rodríguez Jiménez]

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. (2020). *Proceso de 1727 de 2020*. Bogotá D.C.: [M.P Ana María Muñoz Segura]

De Coulanges, N. (2016). *La ciudad antigua*. Bogotá, Colombia: Editorial Skla3.

Diéguez, Y. (2011). *El Derecho y su correlación con los cambios de la sociedad*. Dialnet. pp.1- 28.

García Villegas, M. (2015). *La eficacia simbólica del derecho*. Bogotá, Colombia: Editorial Universidad Nacional.

García Villegas, M. y Rodríguez César, A. (2003). *Derecho y Sociedad en América Latina -Un debate sobre los estudios jurídicos críticos*. Bogotá, Colombia: Ediciones Antropos Ltda.

García Villegas, M. y Saffon, M. P. (2011). *Crítica jurídica comparada*, Bogotá, Colombia: Editorial Universidad Nacional.

Guastini, R. (1990). *Distinguiendo*. España: Editorial Gedisa.

López, D. (2016). *¿Cómo se construyen los derechos?* Bogotá, Colombia: Editorial Legis.

Martínez, J. (2018) *La Pensión de Sobrevivientes*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.

Martínez Zorrilla, D. (2010). *Metodología Jurídica y Argumentación*, Madrid, España: Ediciones Jurídicas y Sociales.

Parra, N. (2018). *Temperamentos Interpretativos*. Bogotá, Colombia: Editorial Legis, primera edición.

TRANSFORMACIÓN EN EL RECONOCIMIENTO Y EN EL PAGO DE LAS PENSIONES PARA LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD A PARTIR DE LA LEY 1996 DE 2019

*Daniela Andrea Arias Méndez**

*Alba Yaneth Rodríguez Rodríguez**

Resumen: a través de los años, en el marco internacional, se aprecia la evolución en las posturas referentes al tratamiento jurídico de las personas con discapacidad y al reconocimiento de sus derechos, abriendo paso a la transformación legislativa.

Teniendo en cuenta dicha perspectiva, se expide en Colombia la Ley 1996 del 2019, que da paso a un sinnúmero de cambios respecto de los derechos de las *personas en situación de discapacidad* mental, o con deficiencias cognitivas, que se materializarán en distintos campos del derecho. Basado en lo anterior, en el presente artículo, se podrá observar cuál es la postura que se ha tenido frente a reconocimientos de los derechos pensionales para este grupo poblacional y, asimismo, se podrá observar si dicha perspectiva ha cambiado con la promulgación de la ley.

Palabras clave: invalidez, interdicción, igualdad, pensión, personas en situación de discapacidad, modelo social.

Introducción

Con los avances sociales, se han implementado nuevas maneras de ver las condiciones especiales de las personas. Dichos cambios se ven reflejados en los distintos tratados internacionales de derechos humanos,

* Abogada conciliadora y certificada como árbitro nacional e internacional en Derecho, por la Cámara de Comercio de Bogotá. Estudiante de la Especialización en Derecho Laboral y Seguridad Social. Abogada In House para Huawei, de la firma López & Asociados. Correo electrónico: danielaa-arias@unilibre.edu.co

* Abogada. Estudiante de la Especialización en Derecho Laboral y Seguridad Social. Abogada litigante en materia laboral y pensional. Correo electrónico: albay-rodriguez@unilibre.edu.co

los cuales coinciden en que “las personas con discapacidad tienen los mismos derechos humanos y libertades fundamentales que otras” (Cancillería, 1999).

A su vez, se han implementado programas más favorables e incluyentes, que han sido ajustados a la legislación nacional, sin dejar de lado la realidad que viven las personas en situación de discapacidad (Naciones Unidas, 2015). Teniendo en cuenta lo anterior, se promulga la Ley 1996 de 2019, la cual pretende equiparar las condiciones de todas las personas, en términos de igualdad, en el ejercicio de sus derechos, garantizando “el respeto de la dignidad humana, la no discriminación y la autonomía individual” (Naciones Unidas, 2015), especialmente en lo referente a la toma de decisiones propias de cada persona.

Para realizar un análisis de la norma, se hace necesario conocer la intención que tuvo el legislador al promulgarla, para encontrar una interpretación válida, puesto que se puede decir que la misma tiene una connotación de contenido asociado plenamente al derecho civil y podría, de alguna manera, repercutir en otras áreas del derecho, incluyendo indiscutiblemente la órbita del derecho laboral (Galeano, 2019).

208

Particularmente, en materia pensional, se tendría que establecer si se tienen en cuenta las posturas en las que se solicitan requisitos específicos para las personas en situación de discapacidad o si, por el contrario, se refleja una perspectiva distinta ante el reconocimiento, disfrute y goce de los derechos pensionales (Ley 1996, 2019). Esta consideración se hace respetando los derechos constitucionales, como el de la libertad de tomar decisiones propias y, si a su vez, las políticas de las administradoras de pensiones se adecúan al nuevo marco de la Ley 1996 de 2019, para dichos reconocimientos (Ley 1996, 2019).

La pregunta que desarrollaremos a lo largo de este artículo es: ¿cómo deberán adecuar sus políticas las administradoras de pensiones para el reconocimiento y el pago de las pensiones a las personas en situación de discapacidad, en el marco de la Ley 1996 de 2019?

Para desarrollar este artículo, se utilizará el método inductivo-cualitativo, puesto que se identificarán las modalidades de pensión de las personas en situación de discapacidad y se compararán con los requisitos

que son solicitados al resto de la población para acceder a sus derechos pensionales.

1. Tipos de reconocimiento pensional para las personas en situación de discapacidad

La normatividad colombiana tiene una postura, que se ha desarrollado de manera garantista, para proteger a las personas en situación de vulnerabilidad. Es así como en el Sistema General de Seguridad Social y Salud, se establecen algunos lineamientos y responsabilidades para el manejo de una persona que ha caído de forma parcial, o total, en una condición de invalidez (Ley 100, 1993). No obstante, para el caso concreto del reconocimiento de una pensión por invalidez, se debe dar cumplimiento a una serie de requisitos tales como la evaluación del estado de salud, a través de la junta médica, la cual es la encargada de determinar el grado de invalidez, para efectos de la aplicación del artículo 38 de la Ley 100 de 1993, el cual define que “se considera inválida la persona que, por cualquier causa de origen no laboral, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral” (Ley 100, 1993). Asimismo, se basa en el Manual Único para la Calificación de Invalidez, donde se detallan los criterios para valorar la pérdida de capacidad laboral (Ley 100, 1993).

209

De la misma forma, el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, que fue modificado por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, considera que la pensión de invalidez es la que se otorga a una “persona que sea declarada inválida por enfermedad o accidente” (Ley 100, 1993). Asimismo, se requiere “que haya cotizado cincuenta semanas dentro de los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración o al hecho causante” (Ley 860, 2003).

Igualmente, en el párrafo del artículo 39 de la norma se contempló como requisito, para los menores de 20 años de edad, haber “cotizado veintiséis (26) semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o su declaratoria” (Ley 100, 1993), postura que fue modificada con la Sentencia T-777 de 2009, en donde se define el segmento poblacional joven hasta los 26 años, motivo por el cual se exige

hasta esta edad tener la acreditación de 26 semanas cotizadas (Sentencia T-777, 2009).

Otros escenarios propuestos por la Corte Constitucional, en los últimos años, han desarrollado distintas posturas que se evidencian en el reconocimiento de una pensión por invalidez. Es así como la Sentencia T-483 de 2014 precisó que “una persona que haya nacido con discapacidad y haya laborado y cotizado al sistema por varios años no puede ser considerada inválida desde su nacimiento” (Sentencia T-483, 2014).

Asimismo, señaló que las entidades encargadas del estudio de una prestación de invalidez deberán tener en cuenta el momento en que la persona pierde su condición de capacidad laboral, para establecer la fecha de estructuración y, desde ese punto, continuar con la verificación de los demás requisitos para cada caso (Sentencia T-483, 2014).

A su vez, de acuerdo con la perspectiva garantista del legislador, estableció en el parágrafo 4 del artículo 9, de la Ley 797 del 2003 que la pensión de vejez para personas con discapacidad requiere, además del porcentaje de invalidez igual o superior al 50%, contar con 55 años de edad y con un tiempo de cotización de 1000 semanas, requisitos de edad y tiempo que son inferiores a los que se exigen de manera general al resto de la población (Ley 797, 2003, art.9).

210

De igual manera, se considera socialmente que las personas que presentan alguna deficiencia mental o psicológica tienen un mayor grado de dependencia, al no poder realizar trabajos o actividades por sí mismos, por lo que se encuentran en la necesidad de contar con un tercero para hacer efectivo el uso pleno de sus derechos. Por esta razón, se ha entendido que dicha dependencia recae en los padres o en su círculo familiar cercano y, por ello, se encuentra viable brindar algún tipo de ayuda para atender tal contingencia (Ley 797, 2003). De acuerdo con ello, en la Ley 797 de 2003 se indicó que, mientras las madres cabeza de hogar tuvieran un hijo dependiente, en esta condición previamente calificada, ellas podrían acceder a una pensión sin importar la edad, siempre y cuando, cumplan con el mínimo de semanas cotizadas establecidas por el Régimen de Prima Media (Ley 797, 2003). Esta postura fue ratificada y ampliada por la

Sentencia C-758 de 2014, para extender la protección a los padres cabeza de hogar que tuvieran hijos en esta situación (Sentencia C-758, 2014).

La pensión de sobrevivientes y/o sustitución pensional, por su parte, busca no solamente suplir las necesidades que se encontraban a cargo del causante, sino que, además, busca proteger a los sujetos de especial protección, como es el caso de las personas con discapacidad (Castillo, 2011). Es así que, para el caso de los hijos inválidos, se requería acreditar la situación de discapacidad del hijo, el parentesco que se tenía con el causante y la dependencia económica frente a este último, según lo dispuesto en la Sentencia T-674 de 2010. Estos requisitos fueron modificados por la Sentencia C-066 de 2016, en la cual únicamente se pasó a exigir el parentesco con el causante y el estado de invalidez, pues el hecho de solicitar un tercer requisito, como lo es la dependencia económica para los hijos con discapacidad, sería un criterio diferencial para el reconocimiento del derecho (Sentencia C-066, 2016).

Por otro lado, la Corte desarrolló un tipo de protección para las víctimas del conflicto armado, mediante el artículo 45 de la Ley 104, 1993, la cual estableció que se concedería un beneficio económico para quienes presentaban una pérdida de capacidad laboral igual o mayor al 50%, a manera de pensión (Ley 104, 1993). Postura que fue analizada posteriormente en la Ley 1106 de 2006 y en la Ley 1421 de 2010, las cuales retroceden en el ámbito de protección, lo que significó una regresividad en los derechos de quienes, por cuenta del conflicto, no podían acceder a algún derecho pensional (Ley 1106, 2006; Ley 1421, 2010). Esto cambió bajo la Sentencia C- 767 de 2014, en donde se estableció que le asiste el reconocimiento de un salario mínimo a quienes, en su dictamen médico, demuestren la pérdida de capacidad laboral como consecuencia del conflicto armado (Sentencia C- 767, 2014). Postura que fue confirmada en el Decreto 600 del 2017, mediante el cual el Estado colombiano ratifica su compromiso con las víctimas del conflicto armado, reconociendo esta prestación (Decreto 600, 2017).

Con base en las sentencias anteriores, se observa que la legislación colombiana ha evolucionado en la protección de las personas en situación de discapacidad, dando apreciaciones puntuales frente a los casos específicos que se presenten frente a los reconocimientos pensionales,

puesto que ellas se pueden favorecer de diversas modalidades de pensión (Velásquez, 2014). Asimismo, se ha sostenido que estas personas tienen los mismos derechos que otras, en razón a la dignidad humana y a que sus situaciones no han sido desconocidas por la jurisprudencia. Lo anterior se evidencia en el recorrido realizado en los párrafos precedentes y bajo los cuales la Corte ha ampliado el espectro acerca de las coberturas que puede tener este tipo de personas, avanzando en el camino para la resolución de conflictos en materia pensional.

2. Acercamientos a los antecedentes normativos para la protección de las personas en situación de discapacidad y su concordancia con la Ley 1996 del 2019, en materia pensional

2.1. Amparo constitucional a las personas con discapacidad

Algunas posturas de las convenciones internacionales ratificadas por nuestro país han ayudado para que, en la Constitución de 1991, se prevea una protección especial a las personas con capacidades limitadas. Esto se refleja en el artículo 13, en donde se establece que “todas las personas nacen libres e iguales ante la ley [...] y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación [...]” (Constitución Política de Colombia, 1991). Asimismo, se determinó que el Estado tiene la obligación de proteger a quienes se encuentren en circunstancias de debilidad. El artículo 14 reconoce que “toda persona tiene derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica” (Constitución Política de Colombia, 1991), aspecto por el cual es “titular de derechos y tiene la capacidad de asumir obligaciones”. Esta definición fue ampliada por la Corte Constitucional al señalar que la persona cuenta con *atributos* que constituyen la *personalidad jurídica* y, por tanto, no deben ser limitados ni suprimidos (Sentencia STC-16392, 2019). Finalmente, la Corte evalúa la relación que existe entre la personalidad jurídica y la dignidad, pues de dicha conjetura no surge solamente la protección de derechos personales, sino que permiten que el ser humano pueda cimentar su sentir individual (Sentencia STC-16392, 2019).

Por su parte, el artículo 47 expone que el Estado es garante del acceso a los programas de integración social de las personas con discapacidades

(Constitución Política de Colombia, 1991). A su turno, el artículo 54 establece que el Estado y los empleadores deben ofrecer capacitaciones a sus trabajadores, especialmente a las personas con diversidad funcional, fomentando la obtención de un trabajo acorde a sus necesidades (Constitución Política de Colombia, 1991).

Finalmente, los apartados 93 y 94 de la Constitución Política señalan que las normas locales deben ser interpretadas conforme a las normas internacionales de los derechos humanos, las cuales, al ser ratificadas por Colombia, integran el bloque de constitucionalidad, garantizando así la protección de los derechos por medio de las medidas que deben ser promovidas por el Estado (Constitución Política de Colombia, 1991).

Atendiendo a estas consideraciones, se vislumbra que el Estado ha enmarcado dentro de la Constitución Política a las personas con discapacidades, como individuos con protección especial. Al estar bajo un contexto de debilidad, el Estado y la sociedad, en general, deben garantizar sus derechos de manera plena (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 47).

2.2. Amparo normativo

Las disposiciones anteriores se han desarrollado en la legislación colombiana, en concordancia con las disposiciones internacionales. Colombia expidió la Ley 762 de 2002 “por la cual se aprueba la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad” (Ley 762, 2002) y la Ley 1346 de 2009, aprobando la “Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad” (Ley 1346, 2009). Con ello, afirmó la obligación del Estado al tener que adecuar el derecho interno a las normas internacionales para promover la inclusión de todos los miembros de la sociedad (Sentencia STC-16392, 2019).

Simultáneamente, expidió la Ley 361 de 1997, por la cual se estructuran “los mecanismos de integración social de las personas en situación de discapacidad”; la Ley 1145 de 2007, la cual “organiza el Sistema Nacional de Discapacidad” y la Ley estatutaria 1618 de 2013, que “establece las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad.”

En este sentido, se comprende el avance de los distintos mecanismos legales para las personas con discapacidades, los cuales van en procura de la protección de todos los derechos de estas personas sin importar su condición especial (Escobar, Restrepo y De Roa, 2015).

2.3. La Ley 1996 de 2019 y los motivos de su promulgación

Dentro de la normatividad colombiana, se contempló en el artículo 1503, que “toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces” (Código Civil, 1887, art.1503). En ese sentido, se entiende que las personas debían ser declaradas interdictos judicialmente para que perdieran su capacidad legal. Esta situación cambia de manera radical con la expedición de Ley 1996 de 2019, pues destaca que, sin importar la condición de la persona mayor de edad, esta será considerada con capacidad legal para celebrar actos jurídicos, lo cual se consagró en los motivos de promulgación de la norma (Ley 1996, 2019).

Actualmente, no es admitida la restricción de capacidad de ejercicio [...] lo que se refiere a que la capacidad jurídica no está definida por tomar decisiones, pues no se tiene en cuenta la capacidad legal como expresión de la voluntad únicamente, sino como expresión del sentir y del ánimo que tiene la persona para hacer algo con apoyo si es estrictamente necesario. (Hernández, 2019)

214

Los aspectos considerados con antelación se reflejan en el artículo 4 de la norma, pues basados en los principios de “dignidad, autonomía, primacía de la voluntad, no discriminación, accesibilidad, igualdad de oportunidades y celeridad” (Ley 1996, 2019, art.4), se avanza considerablemente en el camino de los derechos de las personas con discapacidad mental, cognitiva y sensorial, puesto que se otorga el derecho a cada persona de decidir, eliminando la restricción al ejercicio de la voluntad de estas (Ley 1996, 2019, art.6).

Por otro lado, se tuvo como objetivo, con la creación de esta norma, encontrar la concordancia entre la normatividad local y los convenios ratificados en Colombia, respecto a las personas en situación de discapacidad. Estos precisan que cada individuo cuenta con su proyecto de

vida y, por ende, tiene el derecho a tomar sus propias decisiones y a equivocarse (Ley 1996, 2019, art.4), evitando consigo la regresividad en los derechos que le han sido otorgados desde la implementación de los derechos económicos, sociales y culturales a nivel mundial (Sentencia STC-16392, 2019).

2.4. Los aspectos importantes de la Ley 1996 de 2019 y su relación con los derechos pensionales

La ley 1996 de 2019 abarca tres puntos. El primero de ellos es la diferencia que hace la ley entre capacidad mental y capacidad legal (Sentencia STC-16392, 2019). Dicho aspecto es de vital importancia, entendiendo que suele confundirse la capacidad con el criterio médico, pues se considera que la persona que tiene una condición especial requiere de un tercero al no poder ejercer sus derechos de manera propia (Bórquez, Raineri, Horwitz y Huepe, 2007). El segundo aspecto se refiere a la eliminación del proceso de interdicción, pues la capacidad, por regla general, se presume en todas las personas y esto no puede ser desconocido por la ley (Sentencia STC-16392, 2019). Finalmente, el tercero establece como excepción la representación a los mayores de edad, teniendo en cuenta que la norma busca la utilización de los apoyos únicamente cuando sean requeridos por el titular del derecho, resaltando el sentir de la persona con las decisiones que tome (Sentencia STC-16392, 2019).

215

En este orden de ideas, cabe resaltar que la norma modificó el artículo 1504 del Código Civil y eliminó consigo la mención de los adultos que presentaban condiciones de discapacidad mental o a quienes eran declarados interdictos, (Código Civil, 1887, art. 1504), disponiendo, finalmente, que quienes son considerados por la normatividad civil con incapacidad absoluta serían *los impúberes* y con incapacidad relativa serían *los menores púberes* (Código Civil, 1887, art.1504).

De igual forma, al eliminarse el proceso de interdicción, las personas mayores de edad, con discapacidad mental podrán acceder a sus derechos sin ninguna limitación o condicionamiento, lo que les permite el ejercicio de su capacidad legal y genera nuevas medidas y garantías (Ley 1996, 2019, arts.5 y 53). Por consiguiente, se tiene que la persona puede cumplir con sus obligaciones y expresar lo que sea su voluntad, con el uso

solamente de apoyos y el régimen de salvaguardias, si estos son estrictamente necesarios (Ley 1996, 2019, arts.5 y 53).

Al respecto, tenemos que las personas en situación de discapacidad son libres en la toma de sus decisiones, pues el sentido propio de la norma es el *derecho a la autodeterminación* y así, permitirle a la persona equivocarse y errar, tal como lo haría cualquier ser humano (Ley 1996 de 2019, art.4). No obstante, por la condición de garante de derechos que tiene el Estado, surge como mecanismo de protección la figura de apoyos para quienes requieran algún tipo de ayuda a la hora de tomar decisiones, cuando exista la imposibilidad absoluta de manifestar o expresar la voluntad, de manera excepcional y obligatoria (Ley 1996 de 2019, art.4).

Es así como la figura de la adjudicación de grupos de apoyos se encargará del soporte para esta población, teniendo en cuenta que la ley señala que las personas que se encuentran con alguna discapacidad son iguales ante la ley, tanto en derechos como en obligaciones (Ley 1996, 2019, art.32). Asimismo, la Ley 1996 establece que esta figura jurídica responderá en todo sentido a la voluntad y preferencia de la persona que requiere algún tipo de asistencia, entendiendo que “todas las personas con discapacidad [...] tienen capacidad legal en igualdad de condiciones” (Ley 1996, 2019, art.6), sin importar que se usen grupos de apoyos para la celebración de los actos jurídicos, puesto que, la capacidad jurídica ya no estará asociada solamente al hecho de contraer obligaciones, sino que podría tener la idoneidad para ejercer personalmente sus derechos. Los grupos de apoyo se podrán establecer “a través de la celebración de un acuerdo de apoyos entre la persona titular del acto jurídico y las personas naturales mayores de edad” (Ley 1996, 2019, art.9) o por medio de un proceso de jurisdicción voluntaria denominado proceso de adjudicación judicial de apoyos. De esta forma, se promueve la autonomía de las personas y se reemplaza la sustitución de la voluntad, mediante los mecanismos de acompañamiento para la toma de decisiones (Ley 1996, 2019, art.9).

La ley también estableció que no pueden existir nuevos procesos para determinar la capacidad mental de una persona a través de la interdicción, bajo lo dispuesto en el artículo 53 (Ley 1996, 2019, art.53). A

su vez, se estipuló un régimen de transición para los procesos concluidos, para lo cual se plantean dos eventos

El primero de ellos señala que la declaración de interdicción se mantiene, a no ser que se dé inicio al proceso de rehabilitación. No obstante, desde la entrada en vigencia de la ley hasta el 2024, se deberá iniciar de manera oficiosa por el juez de familia, o a solicitud del interesado, la revisión de las condiciones de la interdicción o la inhabilitación en las que se encuentran las personas que fueron declaradas incapaces para determinar si requieren de los grupos de apoyo (Ley 1996 de 2019, art.52).

La segunda posibilidad establece que el juez que conoció, en la primera etapa del proceso de interdicción, continúa siendo el competente para las nuevas decisiones que vayan a adoptarse frente a la capacidad de las personas, bajo los presupuestos de la Ley 1306 de 2009 y el Código General del Proceso, en lo concerniente a la “interdicción y rehabilitación de la persona con discapacidad mental absoluta” (Sentencia STC-16392, 2019).

Para los trámites en curso, se consideró que deben suspenderse hasta el 26 de agosto de 2021, previendo que la medida podía variar en caso de emergencia, con el ánimo de proteger los derechos económicos de la persona (Sentencia AC-2532020, 2020).

De esta manera, se evidencia que la interdicción era requisito indispensable para llevar a cabo la asignación pensional o las modificaciones que fuesen requeridas para cada caso en concreto, puesto que los fondos de pensiones, sin importar si eran públicos o privados, solicitaban la declaración de interdicción a las personas con discapacidad mental, enfermedades degenerativas, o que contaban con discapacidades cognitivas, para efectuar el reconocimiento de los derechos pensionales y el pago de sus respectivas mesadas (Sentencia T-185, 2018). Sin embargo, en algunas acciones de tutela, el juez de instancia establecía que dicho requisito no debía ser exigido por las administradoras, puesto que estas entidades no debían inmiscuirse en el manejo que dieran las personas a su dinero y tampoco podían poner en duda la capacidad para administrar sus propias demandas. Era una exigencia adicional establecida por las administradoras de fondos de pensiones dentro de sus políticas, lo cual

resultaba completamente discriminatorio para quien no se consideraba incapaz. Esta situación, en la actualidad, representa un gran reto para las modificaciones de las políticas de las entidades que tienen a su cargo dichos reconocimientos (Sentencia T-185, 2018), pues, con el cambio de paradigma, quienes habían sido considerados interdictos, pueden modificar sus condiciones (Ámbito Jurídico, 2019).

3. El futuro del reconocimiento y del pago de las pensiones a las personas en situación de discapacidad, con la entrada en vigencia de Ley 1996 de 2019

3.1. De la declaración de inexequibilidad de la Ley 1996 de 2019

Recientemente, la Corte Constitucional admitió las demandas D-13585 y D-13575 del 2019, las cuales pretenden que se declare la inconstitucionalidad de la Ley 1996 de 2019 (Demanda D-13575, 2019).

La primera de las demandas busca que se declare inconstitucional la totalidad de esta ley, pues los accionantes argumentan que va en contra de los artículos 1, 2, 13, 42, 47 y 49 de la Constitución Política. La justificación se basa en que la norma no tiene en cuenta, en realidad, a las personas que son incapaces absolutas, debido a que ellos no podrían contraer obligaciones de manera autónoma, por no tener la consciencia absoluta sobre los actos que realizan y, que ello, no garantiza su dignidad humana, pues no se les permitiría tener las condiciones adecuadas de una vida en sociedad (Ámbito Jurídico, 2020).

La segunda, por su parte, pretende que se elimine la expresión: “independiente sin apoyo alguno”, incluida en los artículos 6 y 53, de la Ley 1996 de 2019, teniendo en cuenta que el accionante considera que se desconoce el principio de igualdad al eliminarse la figura de interdicción, puesto que se podrían ver vulnerados los derechos de las personas en estas condiciones (Ámbito Jurídico, 2020).

Si se declara inconstitucional la norma, o algunos de sus artículos, las entidades encargadas de reconocer los derechos pensionales estarán en la obligación de garantizar el uso de los derechos de cualquier persona, sin importar sus condiciones especiales. Esto, en concordancia con las normas

internacionales de derechos humanos, que han sido ratificadas por Colombia, las cuales hacen parte de la legislación nacional, de acuerdo con los artículos 93 y 94 de la Constitución Política (1991). Estas buscan avanzar con el desarrollo de la sociedad, considerando a todas las personas sin discriminación alguna. (Escobar, Restrepo y De Roa, 2015).

3.2. El futuro de las políticas de las administradoras de los fondos de pensiones

El panorama de los fallos que han sido emitidos con posterioridad a la promulgación de la Ley 1996 de 2019 han venido reiterando las posturas en las cuales se pretendió eliminar el requisito de la interdicción, en el sentido que el accionante no puede verse obligado a iniciar dicho trámite y a declarar que requiere de un tercero para que administre sus intereses. (Ley 1996 de 2019).

Ejemplo de ello es la Sentencia T-525 de 2019, en la cual la sala sexta de revisión conoció el caso de un ciudadano, mayor de edad, con una pérdida de capacidad laboral del 50.8%, por diagnóstico de trauma encéfalo craneano (TEC) (Sentencia T-525, 2019), a quien Colpensiones le reconoció la pensión de invalidez, dejando el pago supeditado hasta tanto allegara una sentencia de interdicción, como requisito para el ingreso a nómina. La entidad señaló que el dictamen de calificación determinó que el solicitante “requiere de terceras personas para que decidan por él” y con el seguimiento a la sentencia, se podrán salvaguardar los bienes del afiliado, quien carece de la posibilidad de disponer libremente de estos (Sentencia T-525, 2019).

La sala precisó que Colpensiones vulneró los derechos fundamentales incoados por el accionante, teniendo en cuenta que, al dejar sujeto el pago de la pensión a la entrega de una sentencia de interdicción, esta decisión iba en contra de las disposiciones de las altas cortes, en donde se hace hincapié que las administradoras de pensiones no pueden eliminar “la autonomía, la capacidad jurídica y la voluntad de la persona con discapacidad”, mediante sus procedimientos internos (Sentencia T-525, 2019). Asimismo, señala que desde el momento en que se condicionó el pago de la prestación, se vulneró el derecho a la capacidad jurídica del afiliado (Sentencia T-525, 2019). Igualmente, ordenó a la entidad eliminar

todos los condicionamientos injustificados que limiten el goce efectivo de la prestación y adopte métodos que respeten los derechos fundamentales de las personas en situación de discapacidad (Sentencia T-525, 2019).

A razón de la Ley 1996 del 2019, se evidencia un efecto que sería inmediato, de acuerdo con la vigencia de la norma, y es la eliminación del requisito de la sentencia de interdicción para los trámites en las entidades públicas y privadas, siendo este un presupuesto que se debe tener en cuenta para el reconocimiento y el pago de las pensiones. En este sentido, se establece que los fondos de pensiones no pueden solicitar que se inicie un proceso de declaración de interdicción de la persona en situación de discapacidad, puesto que dicha solicitud se tornaría contraria a la disposición de la nueva legislación (Ley 1996, 2019).

De acuerdo con lo anterior, en la Sentencia STC-16392 de 2019, el accionante pretendió le fuesen protegidos sus derechos “al debido proceso, a la dignidad humana y al mínimo vital”, los cuales habían sido vulnerados dentro de su trámite de declaratoria de interdicción (Sentencia STC-16392, 2019).

El magistrado ponente expone que pese a haberse fallado de acuerdo con la norma vigente, es decir, la Ley 1306 de 2009, el asunto toma un rumbo diferente pues, en el intermedio de la decisión adoptada, entró en vigencia la Ley 1996 del 26 de agosto de 2019, planteando un enfoque distinto al del fallo proferido y que, de continuar con dicha disposición, se podrían vulnerar los derechos del accionante, incurriendo en una vía de hecho prospectiva (Sentencia STC-16392, 2019), en cuanto a que, para el momento de la decisión, resultó ajustada a la normatividad. Sin embargo, hacia el futuro se incurriría en una grave afectación a los derechos del accionante (Sentencia STC-16392, 2019).

Dentro del análisis que se realizó, se evidencia que, con antelación a la ley, el modelo planteado para la protección de personas en situación de discapacidad respondía a la confluencia entre el modelo social y el modelo rehabilitador. Confluencia, en la cual estas personas eran observadas como enfermas socialmente, y por ello, requerían de asistencia médica constante, al contar con discapacidades que podían ir desde la discapacidad física, sensorial, intelectual hasta la discapacidad cognitiva, dejando a su

disposición los denominados *sistemas de administración patrimonial*, los cuales tenían como objetivo acrecentar el bienestar de la persona en condición vulnerable (Sentencia STC-16392, 2019).

Actualmente, la norma cambia por completo el paradigma expuesto con antelación, pasando a una postura en la cual se adopta el modelo social que concibe a la persona no como disminuido, sino como un ser humano que tiene derechos y que, además, hace parte de la comunidad y puede aportar a esta. Este modelo social amplía la diversidad y la inclusión social y deja a un lado la postura que reflejaba la necesidad de asistencia médica permanente para estas personas (Sentencia STC-16392, 2019).

Del modelo social, podríamos decir que se trata de una corriente teórica y política que se contrapone al modelo médico dominante, el cual se refiere a que el tratamiento médico es la respuesta social otorgada a las personas con condiciones distintas, ya que este resultaría apropiado bajo el criterio de rehabilitación (Oliver, 1990).

Con el modelo social, se considera que la población es la que construye las barreras que resaltan la *discapacidad* en las personas, por lo cual se ven de diferente manera, haciendo que se les excluya y se les prohíba decidir sobre sus propias vidas. De esta forma, se ve reflejada la discriminación a la que son expuestas, evidenciando que el problema surge de la interacción que tiene la persona en situación de discapacidad con su entorno. Por medio de este modelo, se busca que las personas en condición de diversidad funcional gocen de los mismos derechos y que, a su vez, estos les sean garantizados dentro de la comunidad (Palacios, 2008).

Como características del modelo social de discapacidad, se pueden destacar las siguientes:

En primera medida, el movimiento social de la discapacidad se encuentra alejado de las directrices del Gobierno; sin embargo, ello no implica que sus aportes no sean relevantes, pues estos buscan crear soluciones para las personas en estas condiciones. Su pretensión es conectar la realidad social con el entorno que abarca la legislación (Palacios *et al.*, 2008).

La segunda destaca la crítica de la sociedad al evaluarla. Método con el cual se avanza en el reconocimiento de los derechos y en la garantía de estos, haciendo que se eliminen con el paso del tiempo las barreras que se han impuesto socialmente a estas personas (Palacios *et al.*, 2008).

Con la tercera se evidencian los cambios en materia de derechos y se abre la puerta a la mejora de la calidad de vida de las personas en situación de discapacidad, pues se amplían los medios de sostenimiento personal y se aceptan a las personas tal cual son. Asimismo, se avanza en la eliminación de las barreras que han sido impuestas socialmente para el acceso a los derechos. Ejemplo de ello es el avance en los derechos económicos y de seguridad social para esta población (Palacios *et al.*, 2008).

Por último, se hace referencia a la importancia internacional que ha cobrado el movimiento, pues estas luchas no han permanecido en el lugar en el que se originaron, sino que, por el contrario, han sido impulsadas e implementadas en distintos países, bajo la ratificación de las normas de derecho internacional humanitario (Palacios *et al.*, 2008).

Atendiendo a estas características, el modelo social busca crear una sociedad más inclusiva. Tal meta se logra por medio de la eliminación de las barreras sociales, las cuales se podrían ver reflejadas no solo en la sociedad, sino en el ordenamiento jurídico, a través de las nuevas normas que sean implementadas (Palacios *et al.*, 2008).

En la actualidad, nos encontramos en un período de transición jurídica que pasa del modelo mixto contemplado en la Ley 1309 de 2009, en el cual se determina la capacidad por razones médicas o científicas y se deja a un lado la condición de persona. El modelo social se basa en la inclusión, pues la nueva ley deroga y modifica el ordenamiento jurídico, en lo relativo a la capacidad de goce y de ejercicio de las personas en situación de discapacidad (Sentencia STC-16392, 2019).

Por las consideraciones planteadas, podemos decir que lo que les queda a los operadores pensionales colombianos es aplicar el modelo social para las personas en condición de diversidad funcional, pues la Ley 1996 del 2019 suprimió la incapacidad legal, la interdicción y proscribió la inhabilitación de los sujetos en Colombia (Torres, 2020), debido a que esta

norma tiene como finalidad garantizar la capacidad plena que le asiste a las personas (Ámbito Jurídico, 2020a).

En este sentido, las administradoras de fondos de pensiones tienen el reto de modificar sus políticas. Estas administradoras deben adecuar sus directrices para no solicitar requisitos que no están contenidos en la ley ni en la jurisprudencia, puesto que solo bastaría con la petición de quién considere le asiste un derecho determinado, teniendo en cuenta que, a la luz de la nueva legislación, las personas en situación de discapacidad gozan de los mismos derechos que los demás (Ley 1996, 2019, art.8).

Asimismo, es necesario que las administradoras modulen la solicitud de requisitos de quienes se encuentran en situación de discapacidad, toda vez que el Estado se encuentra en la obligación de garantizar el acceso a los derechos de las personas en esta posición, porque no necesitan de un tercero para ejercerlos, pues se buscan decisiones libres y voluntarias. Todo esto no puede ser desconocido por la órbita de los derechos en materia pensional ni por las administradoras de fondos de pensiones (Ámbito Jurídico, 2020a).

Conclusiones

- En un primer momento, el Estado colombiano contempló diferentes tipos de pensiones para las personas con discapacidades, a los cuales podían acceder dependiendo de las condiciones de cada caso específico, ampliando de esta forma el acceso que ellas tendrían al régimen pensional, lo cual refleja el compromiso que tiene el Estado con este grupo poblacional. Sin embargo, pese a ampliarse la cobertura, eran solicitados requisitos adicionales para iniciar los trámites de reconocimientos de derechos, en las distintas modalidades de pensión, pues el Estado, en su posición de garante, pretendía que se iniciaran, en algunos casos, procesos como el de interdicción, buscando que un tercero velara por salvaguardar los intereses y los derechos económicos de quien no podía decidir por sí mismo.
- La Ley 1996 de 2019 nace con fundamento en las normas internacionales, para buscar la manera de garantizar los derechos de

la población en situación de discapacidad con algún tipo de deficiencia mental, por el origen que fuere. Esta ley tiene como aspecto importante destacar que todas las personas mayores de edad gozarán de la misma capacidad jurídica, lo que facilita el ejercicio de la capacidad legal de las personas en situación de discapacidad. Entonces, las entidades que administran pensiones deberán respetar la capacidad jurídica y la autonomía de la voluntad de todas las personas, sin privarlas de su capacidad de decisión y sin requerir trámites adicionales.

- De acuerdo con lo analizado en el presente artículo, las administradoras de fondos de pensiones tendrán que adaptar sus procesos para acoger el modelo social planteado por la Ley 1996 de 2019, teniendo en cuenta que nos encontramos en un momento de total inclusión a las personas con discapacidad, en el cual se avanza en la protección de sus derechos. Por lo anterior, se recomienda al Estado vigilar la adaptación de las políticas de los fondos de pensiones a los presupuestos de la ley.
- Como recomendación a las administradoras de fondos de pensiones, se propone iniciar los trámites de modificaciones de las políticas de acceso a derechos económicos de las personas en situación de discapacidad, pues desde el espectro de la jurisprudencia, se ha venido acogiendo una postura que protege el derecho a la autonomía de la libertad de esta población sin restricciones innecesarias.

224

Referencias

- Ámbito Jurídico. (2019). Colpensiones no puede exigir sentencia de interdicción para pagar la pensión de invalidez. *Legis Ámbito Jurídico*. Disponible en: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/laboral/laboral-y-seguridad-social/colpensiones-no-puede-exigir-sentencia-de-interdicion>
- Ámbito Jurídico. (2020). Este es el juez competente para adjudicar apoyos transitorios, figura que remplazó la interdicción. *Legis Ámbito Jurídico*. Disponible en: <https://www.ambitojuridico.com/>

noticias/civil/civil-y-familia/este-es-el-juez-competente-para-
adjudicar-apoyos-transitorios-figura

Ámbito Jurídico. (2020a). Dos demandas contra la Ley de Capacidad se estudian en la Corte Constitucional. *Legis Ámbito Jurídico*. Disponible en: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/civil/civil-y-familia/dos-demandas-contrala-ley-de-capacidad-se-estudian-en-la-corte>

Bórquez, G., Raineri, G., Horwitz, N., & Huepe, G. (2007). La noción de capacidad de la persona para tomar decisiones, en la práctica médica y legal. *Revista médica de Chile*, 135(9), pp.1153-1159. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rmc/v135n9/art09.pdf>

Castillo Cadena, F. (2011). La declaratoria de invalidez como requisito de acceso a la pensión en el sistema general de pensiones. *Vniversitas*. 60 (122), pp.77-116. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/vniv/n122/n122a06.pdf>

Código Civil. (1887). Art 1503, 1504. Colombia. Disponible en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil_pr046.html

225

Congreso de la República de Colombia. (1993). Ley 100 de 1993. Diario Oficial No. 41148. [Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones]. Bogotá, D.C., Colombia.

Congreso de la República de Colombia. (1993). Ley 104 de 1993. Diario Oficial No. 41158. [Por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones]. Bogotá, D.C., Colombia.

Congreso de la República de Colombia. (1997). Ley 361 de 1997. Diario Oficial No. 42978. [Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones]. Bogotá, D.C., Colombia.

Congreso de la República de Colombia. (2002). Ley 762 de 2002. Diario Oficial No. 44889. [Por medio de la cual se aprueba la “Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de

Discriminación contra las Personas con Discapacidad”, suscrita en la ciudad de Guatemala, Guatemala, el siete (7) de junio de mil novecientos noventa y nueve (1999)]. Bogotá, D.C., Colombia.

Congreso de la República de Colombia. (2003). Ley 797 de 2003. Diario Oficial No. 45079. [Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales]. Bogotá, D.C., Colombia.

Congreso de la República de Colombia. (2003). Ley 860 de 2003. Diario Oficial No. 45415. [Por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se dictan otras disposiciones]. Bogotá, D.C., Colombia.

Congreso de la República de Colombia. (2006). Ley 1106 de 2006. Diario Oficial No. 46490. [Por medio de la cual se prorroga la vigencia de la Ley 418 de 1997 prorrogada y modificada por las Leyes 548 de 1999 y 782 de 2002 y se modifican algunas de sus disposiciones]. Bogotá, D.C., Colombia.

Congreso de la República de Colombia. (2007). Ley 1145 de 2007. Diario Oficial No. 46685. [Por medio de la cual se organiza el Sistema Nacional de Discapacidad y se dictan otras disposiciones]. Bogotá, D.C., Colombia.

Congreso de la República de Colombia. (2009). Ley 1309 de 2009. Diario Oficial No. 47392. [Por la cual se modifica la Ley 599 de 2000 relativa a las conductas punibles que atentan contra los bienes jurídicamente protegidos de los miembros de una organización sindical legalmente reconocida]. Bogotá, D.C., Colombia.

Congreso de la República de Colombia. (2009). Ley 1346 de 2009. Diario Oficial No. 47427. [Por medio de la cual se aprueba la “Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad”, adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006]. Bogotá, D.C., Colombia.

Congreso de la República de Colombia. (2010). Ley 1421 de 2010. Diario Oficial No. 47930. [Por medio de la cual se prorroga la Ley 418 de

1997, prorrogada y modificada por las Leyes 548 de 1999, 782 de 2002 y 1106 de 2006]. Bogotá, D.C., Colombia.

Congreso de la República de Colombia. (2013). Ley 1618 de 2013. Diario Oficial No. 48717. [Por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad]. Bogotá, D.C., Colombia.

Congreso de la República de Colombia. (2019). Ley 1996 de 2019. Diario Oficial No. 51057. [Por medio de la cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad]. Bogotá, D.C., Colombia.

Constitución Política de Colombia [Const]. Art. 1, 2, 13, 14, 47, 49, 93, 94 de julio de 1991 Bogotá D. C., Colombia. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Corte Constitucional de Colombia. (2009). *Sentencia T 777 de 2009*. Bogotá D.C.: [M.P Jorge Iván Palacio Palacio]

Corte Constitucional de Colombia. (2010). *Sentencia T 674 de 2010*. Bogotá D.C.: [M.P Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]

Corte Constitucional de Colombia. (2014). *Sentencia C 758 de 2014*. Bogotá D.C.: [M.P Martha Victoria Sáchica Méndez]

Corte Constitucional de Colombia. (2014). *Sentencia T 483 de 2014*. Bogotá D.C.: [M.P María Victoria Calle Correa]

Corte Constitucional de Colombia. (2014). *Sentencia C 767 de 2014*. Bogotá D.C.: [M.P Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]

Corte Constitucional de Colombia. (2016). *Sentencia C 066 de 2016*. Bogotá D.C.: [M.P Alejandro Linares Cantillo]

Corte Constitucional de Colombia. (2018). *Sentencia T 185 de 2018*. Bogotá D.C.: [M.P Alberto Rojas Ríos]

Corte Constitucional de Colombia. (2019). *Sentencia T 525 de 2019*. Bogotá D.C.: [M.P Gloria Stella Ortiz Delgado]

Corte Constitucional de Colombia. (2019). *Demanda D-13585, D-13575*. Bogotá D.C.

Corte Constitucional de Colombia. (2020). *Sentencia T 144 de 2020*. Bogotá D.C.: [M.P Carlos Bernal Pulido]

Corte Suprema de Justicia. (2019). *STC 16392 de 2019*. Bogotá D.C.: [M.P Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo]

Corte Suprema de Justicia. (2020). *AC 253 de 2020*. Bogotá D.C.: [M.P Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo]

Escobar, A. M. B., Restrepo, Y. G., y De Roa, A. L. S. (2015). La discapacidad en el ordenamiento jurídico colombiano. *Revista Republicana*, (18), 137. Disponible en: <https://urepublicana.edu.co/ojs/index.php/revistarepublicana/article/view/211/172>

Galeano, L. (2019). De la presunción de capacidad legal de las personas con discapacidad y las disposiciones anticipadas. *Legis- Ámbito Jurídico*. Disponible en: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/especiales/civil-y-familia/de-la-presuncion-de-capacidad-legal-de-las-personas-con>

Hernández Ramos, S. E. (2019). Capacidad en situación de discapacidad: Análisis de la ley 1996 de 2019. *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos Vol. (1) Año 2020*. 60-82. Disponible en: <http://redcdpd.net/revista/index.php/revista/article/view/179/105>

Jiménez, G. A, Ríos, M. I., y Ramírez, A. E. (2017). La capacidad jurídica de las personas con discapacidad en Colombia y los nuevos retos normativos. *Rev. CES Derecho*, 8(1), 21. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/cesd/v8n1/v8n1a02.pdf>

Ministerio de Relaciones Exteriores. (1999). *Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad*. pp.1-9. Disponible en: http://apw.cancilleria.gov.co/tratados/AdjuntosTratados/064dd_0EA-1999%20DISCAPACIDAD.PDF

Oliver, M. (1990). *Politics of disablement*. Macmillan International Higher Education. Disponible en: https://books.google.com.co/books?hl=es&lr=&id=tkZdDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PR9&ots=7RA8Z5MQOE&sig=LfOqEmkKWvXA_JX9EAvpBDLRM#v=onepage&q&f=false

Organización de las Naciones Unidas —ONU—. (2015). Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. V *Estudiantil*. Disponible en: <https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>

Palacios, A., (2008). *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid, España: Cermi, 103- 196. Disponible en: <https://www.cermi.es/sites/default/files/docs/coleccion/Elmodelosocialdediscapacidad.pdf>

Presidencia de la República de Colombia. (2017). Decreto 600 de 2017. Diario Oficial No. 50198. [Por el cual se adiciona al Título 9 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1072 de 2015 un Capítulo 5o, para reglamentar la prestación humanitaria periódica para las víctimas del conflicto armado, de que trata el artículo 46 de la Ley 418 de 1997, y su fuente de financiación]. Bogotá, D.C., Colombia.

Torres, L. A. (2020). Anotaciones sobre la capacidad del incapaz en las pensiones de sobrevivientes. *Legis- Ámbito Jurídico*. Disponible en: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/laboral/civil-y-familia/ anotaciones-sobre-la-capacidad-del-incapaz-en-las-pensiones-de>

Velásquez, C. (2014). Pensiones para las personas con discapacidad en el Sistema de Seguridad Social Colombiano. *Diálogos De Derecho Y Política*, (14), 75-101. Disponible en: <https://revistas.udea.edu.co/index.php/derypol/article/view/20582>

ALCANCE DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN DE LA LEY 100 DE 1993, DENTRO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

*Indy Paola Nazir Lleneris**

Resumen: el presente trabajo es producto del proyecto de investigación denominado “La reliquidación de la pensión de vejez para empleados públicos: régimen aplicable y principios constitucionales”, que fue presentado en su oportunidad para optar al título de magíster en Derecho. Para su desarrollo, se acudió al método descriptivo y documental, contando con un enfoque cualitativo para la identificación de las normas, la jurisprudencia y las producciones. Estas últimas procuran dar elementos al lector que le permitan identificar el régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, desde la óptica de los principios orientadores del sistema pensional. Asimismo, se contrasta el objeto del sistema y la sostenibilidad financiera como novedad introducida por el acto legislativo 01 de 2005. Además, explica el régimen propio de los empleados públicos frente a la entrada en vigencia de la Ley 100, para finalizar dando cuenta de ciertas interpretaciones jurisprudenciales de la palabra monto, contenida en el artículo que contempla la transición.

231

Palabras clave: régimen de transición, principios, jurisprudencia.

Introducción

Con la expedición de la Ley 100 de 1993, se evidencia un cambio tangencial respecto a los requisitos para albergar el estatus de pensionado, debido a que se creó un nuevo sistema integral de seguridad social. La

* Abogada titulada, magíster en Derecho, con diplomado en Docencia Universitaria de la Universidad de Cartagena. Docente en la Fundación Universitaria Tecnológico Comfenalco (Carrera. 44 # 30a-91), Cartagena, Colombia. Correo electrónico: indy_1222@hotmail.com

integralidad del sistema devenía de la regulación concentrada de todos los aspectos que comprende la seguridad social (Guerrero, 2008), entre ellos, el acceso a la prestación económica denominada pensión.

En cuanto al Sistema Integral de Seguridad Social, señalamos que está constituido por tres aristas: el Sistema General de Seguridad Social en Salud, el Sistema General de Seguridad Social en Riesgos Laborales y el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

El objeto de estudio de esta investigación se enfoca en el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones. Dentro de este sistema existen dos regímenes de cotización: el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) y el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD). El primero, RAIS, está dirigido a las cotizaciones individuales. Lo característico del régimen es que no media la existencia de un fondo común, es decir, que el capital acumulado va a una cuenta individual, donde el monto de la pensión de vejez depende del capital ahorrado. Mientras que el segundo, RPMPD, está orientado bajo el principio de solidaridad, lo que indica que los aportes de los afiliados constituyen un fondo común de naturaleza pública. En pocas palabras, el valor de la pensión no depende del ahorro, sino del tiempo acumulado y del salario base de cotización.

232

Dentro del RPMPD existen regímenes especiales, dependiendo, a veces, de las calidades del trabajador; por ejemplo, cuando el trabajador ejerce funciones de dirección confianza y manejo. Otras veces depende de las entidades a las cuales pertenece, que pueden ser privadas o públicas.

En este caso, se optó por el análisis de un régimen especial, a fin de delimitar el campo de estudio. Por tanto, elegimos a un sujeto pasivo para examinar el despliegue normativo que cubre a los empleados públicos.

En este sentido, vemos cómo el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones está diseñado con la intención que el ciudadano pueda pensionarse. Para ello, debe cumplir dos requisitos: la edad y el tiempo de servicio.

Con la entrada en vigencia de la Ley 100, lo que respecta a la prestación económica que nos ocupa se encontraba regulado en múltiples disposiciones, pero haremos énfasis concretamente en dos, para el caso de los empleados públicos. La primera de ellas, la Ley 33 de 1985, la cual

establecía las condiciones sustanciales —tales como edad, tiempo de servicio, número de semanas cotizadas—, para ser acreedor de la pensión de vejez. La segunda normatividad, la Ley 65 de 1985, indicaba cuáles factores eran objeto de salario y debían ser incluidos al momento de liquidar la mesada pensional.

No obstante, aun cuando el nuevo régimen era integral y, por ende, tenía una pretensión de unificación y generalidad, no podía ser implementado abruptamente, debido a que cierta población se hallaba cobijada por el régimen anterior y se encontraba *ad portas* de cumplir los requerimientos de edad y tiempo de servicio para calcular el ingreso base de liquidación de su pensión, conforme a la norma vigente al momento de adquirir el derecho. Por lo anterior, se constituyó el llamado *régimen de transición*, bajo ciertos parámetros que obedecían a los criterios de edad y número de semanas cotizadas, con respecto a la entrada en vigor de la ley 100, es decir, el 1 de abril de 1994.

En lo que se refiere al régimen de transición, vale decir que este fue consagrado en el artículo 36 de la ley en comento, en virtud de los derechos adquiridos y propugnando por su conservación. En este sentido, las entidades encargadas de reconocer y pagar dicha prestación económica en su momento, esto es, las cajas de previsión social y el antiguo Instituto de Seguro Sociales (ISS) debían aplicar dicha norma. Implementar esta nueva disposición jurídica se traduce en interpretar sus alcances, lo cual trae consigo el fraccionamiento del régimen y el desconocimiento de ciertos principios constitucionales orientadores del sistema general de seguridad social en pensiones, tales como favorabilidad, irrenunciabilidad e imprescriptibilidad (del derecho, no de las mesadas, pues estas últimas obedecen a una prescripción trienal).

Vale decir que el régimen de transición y su interpretación, en especial, por las altas cortes (Chinchilla, 2012), no es la única razón que podría generar una incorrecta liquidación de la pensión. Por ejemplo, están los casos de las personas que se retiraban de sus labores porque contaban con el número mínimo de semanas requeridas para alcanzar el estatus de acreedor de la pensión, pero no tenían la edad para pensionarse y eran incluidos en nómina con posterioridad. Cuando se verificaba la edad,

terminaban siendo liquidados con base en el salario en que se producía el retiro, sin que mediara la respectiva indexación de la primera mesada pensional (Díaz, 2011). Adicional a ello, tenemos que ciertos emolumentos devengados por los trabajadores eran excluidos, sin razón aparente, al momento de liquidar; es decir, no se tenían en cuenta algunos conceptos que constituían los factores salariales durante la liquidación del ingreso base (Galvis, 2010).

Estas circunstancias disminuían considerablemente el monto de la mesada pensional, lo que convertía a la reliquidación de pensión en uno de los mecanismos para la regulación de la prestación económica objeto de estudio, conforme a las visiones constitucionales que orientan el sistema de seguridad social en Colombia. Por lo señalado, el objeto de estas líneas solo direcciona sus esfuerzos a una de esas posibles causas de la reliquidación, como es el alcance que se le ha dado al régimen de transición dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

Vemos cómo el artículo 36 de la Ley 100 ha generado diversas interpretaciones jurisprudenciales con respecto a si el ingreso base de liquidación es susceptible o no de la transición. Asimismo, la reliquidación está condicionada a la inclusión de los factores que constituyen el salario y la indexación de la primera mesada pensional, para garantizar el reajuste periódico de las pensiones legales. Esto quiere decir que, en ciertas oportunidades, el juzgador considera al ingreso base de liquidación como parte de la transición, pero en otras oportunidades, excluye lo señalado, traduciéndose en una considerable disminución de la mesada pensional. Todo lo anterior deja en vilo el principio de seguridad jurídica y la institucionalidad del sistema judicial.

Por ello, resulta indispensable determinar los alcances del régimen de transición. Así, el *posible sujeto de derecho* contará con un elemento académico que le permita formularse interrogantes con respecto a la liquidación inicial de su pensión, lo cual lo llevará a unas primeras impresiones de si ha sido o no bien liquidado. Con relación al litigante, se le proporcionará una base teórica, normativa y jurisprudencial que le permita *abordar de manera asertiva* la reliquidación de la pensión como reclamación administrativa y como acción frente a la jurisdicción administrativa.

De otra parte, el despliegue de este trabajo se abordó desde una investigación de clase jurídica, por medio del método descriptivo y documental. Es descriptiva porque expone los fundamentos teóricos y las tesis centrales de los principios constitucionales y normativos que determinan el alcance del régimen de transición en Colombia. Es documental, puesto que se realizó apoyándose en fuentes de carácter documental, sin que se acudiera a la recolección de información del orden primario.

El enfoque fue cualitativo, dado que utiliza la recolección de información sin medición numérica, pero de forma organizada, evitando la búsqueda a ciegas y el hábito del coleccionista. Lo anterior por cuanto, para el despliegue de esta investigación, se recopilaron normas, jurisprudencia y producciones que permitieron realizar una identificación de ciertas instituciones normativas del ordenamiento jurídico colombiano, entre ellas, el régimen de transición y otras afines a su procedencia, a partir de un estudio que involucra actores. Entre dichos actores, tuvimos a los acreedores de la prestación económica, al Estado colombiano y las posiciones asumidas por las altas cortes.

235

Todo lo anterior se desarrolló a la luz de los principios constitucionales de irrenunciabilidad, favorabilidad e imprescriptibilidad (IFI) del derecho a pensionarse, cuya inobservancia, en últimas, trastoca otras dimensiones de rango constitucional, tales como la seguridad jurídica, el acceso del ciudadano a la justicia y la igualdad material propia del Estado social de derecho.

La investigación se ejecutó a través de procesos de documentación, identificación, recolección, recopilación de resultados y análisis de datos. Cada proceso contó con actividades concretas, las cuales permitieron la materialización de los objetivos específicos planteados.

1. Principios constitucionales que orientan al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones y que protegen al derecho pensional

1.1. Principios orientadores del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones a partir de la Constitución Política de 1991

Como se sostuvo en su oportunidad, la constitucionalización de las diversas ramas del derecho ha sido el común denominador, desde la expedición de la Carta Política de 1991, debido, en gran parte, a las tendencias socialistas que la regentan. Vemos cómo en el artículo 48 de la Constitución (que ya había sido mencionado en el desarrollo temático, sin que fuere objeto de mayores reparos) es el fundamento constitucional que soporta el derecho a la seguridad social en Colombia. Dentro de la norma objeto de estudio, el constituyente primario indicó el carácter obligatorio del derecho, afianzando su calificativo de irrenunciable y sosteniendo que la prestación de este estaba orientada bajo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

Para el desarrollo de estos principios, podemos acudir a la jurisprudencia constitucional. Así, en la Sentencia C-258 de 2013, con el magistrado ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, la Corte Constitucional hizo un análisis cuidadoso de la composición y el alcance de esta garantía constitucional. En una primera medida, explicó el principio de eficiencia y la definición que la Corte le ha endilgado a este principio:

Por su parte, el principio de eficiencia requiere la mejor utilización social y económica de los recursos humanos, administrativos, técnicos y financieros disponibles, para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente. La jurisprudencia de esta Corporación ha definido la eficiencia como la elección de los medios más adecuados para el cumplimiento de los objetivos y la maximización del bienestar de las personas. (Sentencia C-258, 2013) (Subrayado fuera del texto).

236

Del mismo modo, la corporación en mención, en la jurisprudencia que nos ocupa, agotó el principio de universalidad, señalando al Estado como sujeto pasivo principal de este derecho y, por tanto, manifestando la obligación expresa de garantizar dichas prestaciones:

[...] Según el principio de universalidad, el Estado —como sujeto pasivo principal del derecho a la seguridad social— debe garantizar las prestaciones de la seguridad social a todas las personas, sin ninguna discriminación, y en todas las etapas de la vida. Por tanto, el principio de universalidad

se encuentra ligado al mandato de ampliación progresiva de la cobertura de la seguridad social señalado en el inciso tercero del mismo artículo 48 constitucional, el cual a su vez se refiere tanto a la ampliación de afiliación a los subsistemas de la seguridad social —con énfasis en los grupos más vulnerables—, como a la extensión del tipo de riesgos cubiertos. (Sentencia C-258, 2013).

En concordancia con lo anterior, se hace necesario definir el principio de solidaridad. Para ello, acudimos a la Sentencia T-045 de 2016, con el magistrado ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, en la cual se abordan las visiones de la mutua ayuda, propias del artículo 95 de la Constitución: según los deberes y las obligaciones del ciudadano, debe actuarse conforme al principio de solidaridad social. Así las cosas, se indica que:

[...] la solidaridad, hace referencia a la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades. Este principio tiene dos dimensiones: de un lado, como bien lo expresa el artículo 2 de la Ley 100 de 1993, hace referencia a que el Estado tiene la obligación de garantizar que los recursos de la seguridad social se dirijan con prelación hacia los grupos de población más pobres y vulnerables; de otro, exige que cada cual contribuya a la financiación del sistema de conformidad con sus capacidades económicas, de modo que quienes más tienen deben hacer un esfuerzo mayor. (Sentencia T-045, 2016) (Subrayado fuera del texto).

237

Adicional a estos principios, se estableció que el Estado, con la participación de los particulares, ampliará la cobertura de la seguridad social. A lo expresado no podemos darle el alcance de principio orientador ni de objeto del sistema, ya que hasta este punto no se había establecido expresamente.

Por tanto, los principios constitucionales mencionados orientan hasta nuestros días el sistema pensional; sin embargo, a raíz de las reformas introducidas al sistema, se sumaron otros. En este orden de ideas, la Ley 100 de 1993, cuya entrada en vigor fue el 1 de abril de 1994, afianzó los principios de la Carta, esto es, eficiencia, universalidad y solidaridad. Al

mismo tiempo, integró otros, tales como integralidad, unidad y participación. No obstante, en su artículo décimo manifestó expresamente que el objeto del sistema era propender por la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de población no cubiertos con un sistema de pensiones. En este momento, sí es viable aseverar que el sistema contaba con un objeto, entendido como el fin último del quehacer del sistema.

Estos principios orientadores incluidos en la Ley 100 y en el artículo 2 se definieron señalando que la *integralidad* es la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y, en general, las condiciones de vida de la población. Para este efecto, cada persona contribuye según su capacidad y recibe lo necesario para atender sus contingencias. Por su parte, la *unidad* es la articulación de las políticas, las instituciones, los regímenes, los procedimientos y las prestaciones para alcanzar los fines de la seguridad social. Mientras que la *participación* es la intervención de la comunidad a través de los beneficios de la seguridad social en la organización, control, gestión y fiscalización de las instituciones y del sistema en su conjunto. Estos conceptos, sumados a la progresividad, aportan una mejor comprensión de los alcances que de ellos fija la Carta.

238

Por ello, no fue necesario acudir a un desarrollo vía jurisprudencia para establecer los significados o para determinar los alcances. En este sentido, es menester indicar que la Corte Constitucional, en reiterada jurisprudencia, ha utilizado estos conceptos sin que diera lugar a nuevas apreciaciones en el orden jurisprudencial. Esto se observa en la Sentencia C-408 de 1994, con el magistrado ponente Fabio Morón Díaz; del mismo modo, en la Sentencia C-760 de 2004, con el magistrado ponente Rodrigo Uprimny Yepes.

Por otro lado, tenemos la consolidación del objeto del sistema de manera expresa, pero esto gozará de precisiones en el siguiente aparte. Por lo pronto, nos concentraremos en las modificaciones introducidas por el acto legislativo 01 de 2005. Este acto reformativo de nuestra Carta introdujo el principio de sostenibilidad financiera al sistema de seguridad social en pensiones y planteó la necesidad de propender por la protección de los derechos adquiridos.

En lo que a derechos adquiridos se refiere, estos han sido materia de múltiples pronunciamientos jurisprudenciales. Lo anterior conforme a la definición de los alcances del principio de progresividad y no regresividad que regenta a la seguridad social, debido a que la Corte ha establecido la distinción entre los derechos adquiridos y las meras expectativas. Esta última obedece al derecho civil.

En este sentido, ha sostenido la Corte, en la Sentencia T-045 de 2016, que “configuran los derechos adquiridos las situaciones jurídicas individuales que han quedado definidas y consolidadas bajo el imperio de una ley y que, en tal virtud, se entienden incorporadas válida y definitivamente o pertenecen al patrimonio de una persona”. Es decir, que para que se configure un derecho adquirido, es necesario que se reúnan todas las condiciones necesarias para adquirirlo antes de que opere el tránsito legislativo. De otra parte, las *meras expectativas* “son aquellas esperanzas o probabilidades que tiene una persona de adquirir en el futuro un derecho, si no se produce un cambio relevante en el ordenamiento jurídico”.

En este orden de ideas, podríamos aseverar que una de las diferencias entre estas dos instituciones radica en que, mientras los derechos adquiridos gozan de la garantía de firmeza e inmutabilidad que se deriva de su protección expresa en la Constitución (art 58), salvo casos excepcionales, las meras expectativas, por el contrario, pueden ser objeto de modificación por el legislador, pues carecen de dicha protección constitucional.

En lo atinente a las expectativas legítimas y los derechos adquiridos, en materia pensional, la Corte Constitucional, a partir de la Sentencia C-789 de 2002, ha sostenido que:

[...] Si bien es cierto, tratándose de meras expectativas no aplica la prohibición de regresividad, ello no significa que estén desprovistas de toda protección, pues cualquier transito normativo no solo debe consultar los principios de razonabilidad y proporcionalidad, sino que, además, en función del principio de confianza legítima, se debe proteger la creencia cierta del administrado de que la regulación que lo ampara en un derecho se seguirá

manteniendo vigente en el ordenamiento jurídico. ... cuánto más cerca está una persona de acceder al goce efectivo de un derecho, mayor es la legitimidad de su expectativa en este sentido.

Así las cosas, luego de la Sentencia C-789 de 2002, la Corte ha indicado que:

en la jurisprudencia constitucional ha surgido una categoría intermedia entre derechos adquiridos y meras expectativas, denominada “expectativas legítimas”, concepto que hace referencia a que en determinados casos se puede aplicar el principio de no regresividad a las aspiraciones pensionales próximas a realizarse de los trabajadores, cuando se trata de un cambio de legislación abrupto, arbitrario e inopinado, que conduce a la vulneración del derecho al trabajo de manera desproporcionada e irrazonable. (cita) (Subrayado fuera del texto).

De lo anterior, se colige que en lo que respecta al principio de regresividad y no regresividad en Colombia, podemos encontrarnos en presencia de los derechos adquiridos, las expectativas legítimas y las meras expectativas. En este sentido, los derechos adquiridos tienen una protección del orden constitucional y las meras expectativas carecen de dicha protección. Las expectativas legítimas, por su parte, son una categoría intermedia, entre uno y otro, acuñada por la jurisprudencia y como respuesta a los cambios legislativos abruptos, cuya aplicación constituye violaciones insalvables de derechos.

240

1.2. El objeto del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones a la luz del principio de sostenibilidad financiera

Como se ha dicho, el alcance de este estudio pretende establecer ciertos tópicos que permitan soportar que el objeto del sistema y el principio de sostenibilidad financiera no responden a intereses similares, lo cual puede traducirse en que un principio orientador del sistema, en cierta medida, podría estar en contraposición al fin último del sistema que orienta.

Abordando estas dimensiones, es menester iniciar con una serie de distinciones, por tanto, se hace necesario aclarar qué debe entenderse por cobertura. La cobertura no se asemeja a la posibilidad de cotizar o no a pensiones —esta preocupación es del orden económico—. La cobertura obedece a ser acreedor de la prestación económica denominada pensión, es decir, lograr el reconocimiento de dicha prestación (Duque, 2016).

En este sentido, se hace necesario traer a colación un pronunciamiento realizado por la Corte Constitucional, en Sentencia C-078 de 2017, con el magistrado ponente Jorge Iván Palacio Palacio, en el cual se enfatizó que la mentada corporación ya se había pronunciado sobre la cobertura, en reiteradas oportunidades, como en las sentencias: C-258 de 2013, C-623 y C-1024 de 2004. Cuando se desarrolló el principio de universalidad, desglosando a la cobertura como una extensión del mentado principio, sostuvo que:

El principio de universalidad **referido a la cobertura** en la protección de los riesgos inherentes a la seguridad social debe amparar a todas las personas residentes en Colombia, en cualquiera de las etapas de su vida, sin discriminación alguna por razones de sexo, edad, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, etc. (Sentencia C-078, 2017) (Subrayado y negritas fuera del texto).

241

De otra parte, la sostenibilidad financiera procura por el mantenimiento y la pervivencia del sistema. Esto es un criterio del orden económico- administrativo que propende por el sostenimiento del sistema, con la inmersión de nuevos cotizantes, a partir del relevo generacional. “Ampliar la cobertura representa el reconocimiento de prestaciones, mientras que sostener financieramente el sistema responde a medidas de protección económicas” (Sentencia C-111, 2006).

En este orden de ideas, la operacionalización del sistema indica que las mesadas pensionales son producto de los aportes realizados por los cotizantes, que una vez se pensionen serán acreedores¹ de esta prestación

¹ En la academia se ha reiterado el uso de la expresión “beneficiarios pensionales”, como si la prestación económica denominada pensión fuere producto de la caridad o se asemejará a un beneficio otorgado exclusivamente por el Estado. Supuesto alejado de la realidad pensional, donde los afiliados deberán realizar cotizaciones, durante su vida laboral activa, a fin de concretar el derecho y convertirse en acreedores pensionales efectivos.

económica. Sin embargo, estos dineros no provienen exclusivamente de las cotizaciones individuales, sino que dependen de los aportes que hacen los cotizantes activos —una estructura piramidal, en virtud del principio de solidaridad que soporta al fondo común—. Por tanto, si el porcentaje de los aportes de los cotizantes activos no alcanzan para financiar los pagos a los acreedores de la prestación, el Estado debe financiar esos pagos, generalmente, mediante impuestos.

Por lo arriba señalado, considero razonable afirmar que este régimen está condenado a la desaparición, debido a que matemáticamente, aun cuando se propugna por su sostenibilidad financiera, no es autosostenible, a menos que se consolide un solo sistema de cotización y se elimine el régimen de ahorro individual con solidaridad, lo que se traduce en monopolio del sistema pensional por parte del Estado. Tal monopolio constituiría una garantía de ingresos permanentes, puesto que todos los trabajadores activos cotizan a un mismo fondo.

Por ello, en el ámbito nacional, vemos cómo se niegan pensiones por requisitos nimios, lo que nos hace creer en la existencia de una política pública que hemos denominado “la carrera de la negación”. Esto, aunque suene descabellado, es una medida —perversa— que garantiza la sostenibilidad del sistema.

242

Un ejemplo de sostenibilidad, que no obedece a la negación indiscriminada de pensiones, es las *devoluciones de dinero o de saldo*, debido a que dichos dineros se entregan al afiliado cotizante, toda vez que no cumple con el monto para ser acreedor a la prestación económica que venimos desarrollando. Vale decir que esta figura es propia del régimen de ahorro individual con solidaridad.

Pese a lo señalado, es posible que una persona por cierto tiempo haya cotizado en el fondo común, esto es en la Administradora Colombiana de Pensiones, y que una vez adquiera la edad para pensionarse, no pueda hacerlo debido a que no cumple con el número requerido de semanas o el valor ameritado para ello, por lo cual, la entidad deberá proceder con una indemnización sustitutiva de pensión (art. 66, de la Ley 100). Ahora bien, dicha devolución no será posible si el número de semanas cotizadas es menor a ciento cincuenta (150) (Parágrafo 1, del art. 115, de la Ley 100),

lo que implica que ese dinero no será devuelto e indirectamente contribuirá con el sostenimiento del sistema. Esto se traduce en dinero que fue cotizado y que nunca será devuelto, ya que el cotizante no cumple con los requisitos para ser acreedor a la pensión y no son suficientes las semanas para que proceda la devolución.

En resumen, el principio de sostenibilidad financiera introducido por el acto legislativo 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la Constitución Política, y el objeto del sistema que es la ampliación de la cobertura no son compatibles. Así, esta incompatibilidad puede ser el pilar que constituye e impulsa ciertas prácticas a la hora de proceder con los reconocimientos pensionales.

2. La procedencia y el alcance del régimen de transición introducido por la Ley 100 de 1993

Como se indicó en el acápite de los antecedentes, nuestro sistema pensional ha tenido multiplicidad de variaciones, tanto así que en sus inicios no se contaba con una norma que propiciara la consolidación de los derechos en general, sino que motivaba el reconocimiento mediante los actos administrativos individuales. Cristina Arrieta (2011) ha señalado que la falta de una estructura legal única y la creación de diferentes regímenes paralelos, por sectores económicos, apalancan el constante cambio al sistema. Sin embargo, desde que la Constitución de 1991 elevó a constitucionales los derechos relacionados con este sistema, se ha logrado una unificación de régimen, abordando problemas de gasto fiscal, de cobertura y de derecho a la igualdad.

Por su parte, Ricardo Bonilla (2001) asevera que la Constitución de 1991 facilitó la reestructuración del sistema pensional, pero fue la Ley 100 de 1993 la que reformó de manera estructural la seguridad social del país y sentó las bases del actual sistema pensional. Adicionalmente, tuvo el objetivo de

ampliar la cobertura, adecuar la edad de retiro a las nuevas condiciones demográficas y de esperanza de vida del país, equilibrar la relación entre contribuciones y beneficios, reducir costos de administración y mejorar los

rendimientos de los aportes para garantizar la sostenibilidad futura del sistema. (Bonilla, 2001).

De esta manera se pretendió adecuar el sistema pensional de Colombia con las necesidades demográficas y económicas actuales y así, dar cumplimiento a las características propias de un Estado social de derecho.

Fue la creación de la Caja Nacional de Previsión (Cajanal) y el Instituto Colombiano de Seguros Sociales (ICSS) los que marcaron el desarrollo propiamente dicho del sistema de seguridad social. Vemos cómo la Ley 6 de 1945 generalizó los derechos a pensión, salud y riesgos profesionales de los trabajadores. No obstante, sostiene Arrieta (2011) que tan solo con la Ley 90 de 1946, se estableció un sistema de seguridad social propiamente dicho como patrimonio autónomo y se reconocieron las prestaciones laborales, entre ellas, el derecho a una pensión de jubilación, las primas de carácter no salarial y las ayudas relacionadas con la prestación de servicios de salud. De esta manera, se fueron creando 1040 cajas de previsión, tanto nacionales como territoriales, que se financiaban principalmente con los aportes del Estado colombiano y de los trabajadores públicos.

244

Como resultado de lo planteado anteriormente, se obtuvo un Régimen de Prima Media, en donde todos los aportantes contribuyen a un fondo común de naturaleza pública concentrado en el Instituto Colombiano de Seguros Sociales (ICSS), con afiliados provenientes principalmente de empresas del sector privado, una base pequeña de trabajadores por cuenta propia y un sistema disperso de regímenes que cubrían a los empleados del sector público, el Ejército y la Policía (Mesa, 2005).

En este orden de ideas, podría aseverarse que el sistema se caracterizó por un inadecuado manejo administrativo que otorgaba generosos beneficios extraordinarios para la población inscrita. Por ello, la falta de recursos de un sistema que no se autofinanciaba y el derecho a una pensión temprana tuvo como consecuencia la revaluación y modificación de estos dos actos legislativos, en la década de 1990 (Bonilla, 2001).

Pero el manejo administrativo inadecuado, los beneficios económicos sectorizados, entre otros pormenores, no representaban el

único problema de este. La cobertura y expansión de un sistema de seguridad social incipiente causaba estragos en su estructura financiera. Vale decir de inmediato que, entre 1970 y 1980, la cobertura del sistema pasó del 7.5% al 15% del total de la población, aumento atribuible a la medicina familiar en el Instituto de Seguros Sociales, entidad pública del orden central encargada de la regulación y prestación de servicios de seguridad social para el país, desde 1992. Es más, fue establecida como una empresa industrial y comercial del Estado. Para el año 1990, la cobertura del sistema pensional era del 21% de la población total y del 27% de la población ocupada. La cobertura de los trabajadores asalariados ascendía solo al 51.7% (Comisión de Racionalización del Gasto, 2004).

Por ello, era imperiosamente necesario propender por las modificaciones, a fin de que se autorregulara el componente financiero. Pero, antes de entrar a explicar los cambios promovidos, retomaremos el régimen pensional de los empleados públicos existentes hasta el momento de la expedición de la Ley 100. Como se sostuvo en los antecedentes, la Ley 33 de 1985, y la Ley 62 del mismo año explicitaban los requisitos del sistema, entre ellos, la edad, el tiempo de servicio, el número mínimo de semanas cotizadas, la forma de liquidar y los factores salariales que se incluyen una vez va a calcularse el ingreso base de liquidación. Esto no será objeto de remembranza, ya que basta con echar un vistazo al acápite de antecedentes.

Lo interesante en este caso consiste en la integralidad pregonada por la Ley 100 y, por ende, del régimen de transición. Aun cuando el nuevo régimen era integral y tenía una pretensión de unificación y generalidad, no podía ser implementado abruptamente, debido a que cierta población se hallaba cobijada por el régimen anterior, encontrándose *ad portas* de cumplir los requerimientos de edad y tiempo de servicio para calcular el ingreso base de liquidación de su pensión, conforme a la norma vigente al momento de adquirir el derecho. Por lo anterior, se constituyó el llamado Régimen de Transición bajo ciertos parámetros que obedecían a los criterios de edad y número de semanas cotizadas, con respecto a la entrada en vigencia de la Ley 100, es decir, el 1 de abril de 1994.

En lo que se refiere al Régimen de Transición, vale decir que este fue consagrado en el artículo 36, de la ley en comento, en virtud de los *derechos*

adquiridos y propugnando por su conservación. En este sentido, las entidades encargadas de reconocer y pagar dicha prestación económica, en su momento, esto es, las cajas de previsión social y el antiguo Instituto Colombiano de Seguro Sociales (ICSS) debían aplicar dicha norma y orientar sus reconocimientos conforme a la transición.

Dicha transición estaba sujeta a ciertos parámetros establecidos por la ley que nos ocupa, la cual en su artículo 36 realizó ciertas precisiones:

En cuanto a los requisitos de edad, la norma sostuvo que esta continuaría siendo en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementaría en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

No obstante, a lo anterior, los dos párrafos siguientes del artículo son contradictorios, rompiéndose el principio de coherencia y la linealidad de la redacción normativa, lo cual ha generado interpretaciones diametralmente opuestas entre las altas cortes, en especial, entre la Corte Constitucional, la cual propugna por salvaguardar la constitución y los principios que la integran, frente al Consejo de Estado como órgano de cierre de la jurisdicción administrativa. En este sentido, el primer párrafo señala textualmente que:

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley. (Subrayado y cursiva fuera del texto).

De la lectura se extrae que el régimen de transición es congruente con la pretensión de toda transición, es decir, con mantener las condiciones existentes para adquirir un derecho, siendo fiel a los parámetros establecidos en el régimen anterior. Ello se traduce en obediencia al

principio de inescindibilidad, que será objeto de precisiones pormenorizadas en el siguiente acápite. Sin embargo, el párrafo siguiente pareciera establecer otro medio de liquidación, al momento de calcular el ingreso base, que en la Ley 33 de 1985 solo era el promedio de lo devengado en el último año. Ahora, pareciera que ello depende de cuántos años le faltaba a la persona para acceder a la pensión, respecto a la entrada en vigencia del régimen. Obsérvese que:

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Esto parecería premeditado y tendría una justificación si se visionara como una respuesta urgente a la necesidad de que el sistema fuera autosostenible, financieramente hablando. Pero se traduce en una entelequia infértil que no puede ser considerada como transición. El alcance del sistema de transición a nuestro parecer es erróneo, ya que, con el tercer inciso del artículo 36 de la Ley 100, el legislador desacredita el aspecto ineludible dentro de los procesos de transición y no es el condicionamiento del acceso a dicho régimen ni la modificación de los componentes del régimen objeto de transición que, según lo pretendido, busca la aplicación integral del sistema anterior, a fin de no vulnerar los derechos adquiridos. Tal hecho se considera con el propósito de que no se desmejoren las condiciones del sujeto que es objeto de la transición, bajo el soporte de un principio de optimización que es la favorabilidad.

3. Interpretación jurisprudencial a partir de las sentencias de la Corte Constitucional y Consejo de Estado sobre la palabra monto, contenida en el artículo 36, de la Ley 100 de 1993

Una vez desarrollados los criterios para pertenecer a la transición, sería prudente acotar que debe entenderse expresamente cubierto por la transición, debido a que implementar esta nueva disposición jurídica (Ley 100) que propugna por la integralidad supone interpretar sus alcances y

ello trajo consigo lo que algunos han denominado el *fraccionamiento del régimen*.

En este sentido, cabe señalar que el desarrollo jurisprudencial ha sido variado. En lo que atañe al régimen aplicable y a los aspectos que cubren la transición, tenemos que, según la Sentencia SU- 230 expedida por la Corte Constitucional el 29 de abril de 2015, donde se afirmó que el *ingreso base de liquidación no es un aspecto de la transición*, el máximo Tribunal Constitucional ha sostenido que:

La Corte Constitucional a través de sentencia SU 230 de 2015 estudió la constitucionalidad de una sentencia dictada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la que decidió que la liquidación de una pensión adquirida de una pensión adquirida bajo el régimen de la ley 33 de 1985, esto es, el promedio de los salarios devengados durante los últimos 10 años, y no el promedio de los salarios del último año conforme lo establece el artículo 1 de la ley 33 de 1985 [...]. (Subrayado fuera del texto).

La Corte, en este sentido, señaló que si bien es cierto que la Ley 100 de 1993 trajo consigo un régimen de transición y modificó ciertos apartes, tales como la edad, el número de semanas cotizadas y los parámetros para liquidar el ingreso base, conforme a la asignación básica mensual, también lo es que el ingreso base no es objeto de la transición y, por ello, declaró la inexecutable del aparte desarrollado por la Ley 100. En este sí se contaba con una condición temporal de dos años para pensionarse antes de la entrada en vigencia de la norma. Los empleados públicos se pensionaban conforme a lo devengado en el último año. En seguida, relaciono el texto que fue extraído del ordenamiento jurídico:

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. Sin embargo, cuando el tiempo que les

hiciera falta fuese igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos. (El texto subrayado fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-168 de 1995).

Es de anotar que existe un problema de índole interpretativo derivado de la aplicación del artículo 36 al momento de establecer qué comprende la palabra *monto*. Al respecto, surgen dos teorías:

1. Monto es el porcentaje (75%, según las leyes 33 de 1985 y 71 de 1988) que se aplica al ingreso base de liquidación (IBL) para obtener el valor de la mesada pensional. El régimen de transición contempla únicamente el monto y, en consecuencia, el IBL se rige por la Ley 100. Esto es, cuando le hicieren falta menos de diez años, contados a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, entonces, debe promediarse dicho lapso o el cotizado durante todo el tiempo, si este fuere superior.
2. El monto comprende tanto el porcentaje como la forma de liquidar el ingreso base. Lo anterior, por cuanto, según el *principio de inescindibilidad*, se debe aplicar la norma anterior de manera *integral*, sin la posibilidad de liquidar la pensión aplicando edad, tiempo de servicio, monto del régimen anterior y el IBL del nuevo régimen.

Estas interpretaciones obedecen a los criterios de aplicación del régimen con respecto a los derechos adquiridos y sus alcances. Tanto es así, que el *Consejo de Estado* ha desarrollado una línea de interpretación que fundamenta la aplicación integral del régimen anterior a aquellas personas que sean beneficiarias de la transición. Por ello, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, consejero ponente Gerardo Arenas Monsalve. Bogotá D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil dieciséis (2016) expediente: 25000234200020130154101, en su sala plena de la Sección Segunda, con ocasión de la expedición de la Sentencia SU-230 del 2015, de la Corte Constitucional, y a diferencia de ese alto tribunal, reiteró que

su posición unánime es que el monto de las pensiones del régimen de transición pensional del sector oficial comprenda la base (generalmente el ingreso salarial del último año de servicios) y el porcentaje dispuesto legalmente (que es por regla general el 75 %), a excepción de las pensiones de congresistas y asimilados, regidas por la Ley 4 de 1992, en virtud de la cosa juzgada constitucional establecida en la Sentencia C-258 del 2013.

Según se determinó en la providencia, si se acogiera la variación interpretativa que pretende introducir la Sentencia SU-230, *se afectaría el derecho a la igualdad de los ciudadanos beneficiarios del régimen de transición*, que tienen sus pensiones pendientes de decisiones judiciales o administrativas.

A su juicio, no parece acorde con:

los principios de progresividad y no regresividad el cambio jurisprudencial que pretende introducir la Corte Constitucional, toda vez que si ya la Constitución dispuso la finalización del régimen de transición pensional quedando pendiente un volumen de reconocimientos pensionales mucho menor que el que ya tiene decidido, no se ve ninguna afectación del principio de sostenibilidad financiera y, en cambio, sí se hace notorio y protuberante el desconocimiento de los mencionados principios.

250

El pronunciamiento enfatizó que el argumento expuesto en la Sentencia C-258 para declarar la exequibilidad condicionada del artículo 17, de la Ley 4ª

no se puede generalizar y por ende aplicar como precedente a otros regímenes, pues ello afectaría a un considerable grupo de ciudadanos que no hacen parte de los pensionados con prerrogativas o privilegios, ni constituyen reconocimientos que conlleven afectación al principio de sostenibilidad financiera.

Así mismo, sostuvo el Consejo de Estado que:

En este punto, la Sala considera pertinente precisar que, el régimen de transición no hace excepción respecto de los

factores base de liquidación de la pensión ni de la forma de liquidar la misma, toda vez que como lo dispone el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el monto de la pensión para sus beneficiarios es el establecido en las normas anteriores a su entrada en vigencia, entendiéndose por monto no solo el porcentaje de la pensión, sino la base de dicho porcentaje, conforme lo tiene definido la jurisprudencia de esta Sección. (Subrayado fuera del texto).

Al respecto, vale la pena traer a colación los argumentos que, de manera reiterada, ha expuesto la Sección Segunda para explicar dicha conclusión:

Ahora bien, según la norma transcrita, el actor tiene derecho a jubilarse con 55 años de edad, con 20 años de servicio y con

el monto de la pensión, establecidos en el régimen anterior a la vigencia de la ley 100.

Monto, según el diccionario de la lengua, significa “Suma de varias partidas, monta.” Y **monta** es “Suma de varias partidas.” (Diccionario de la Lengua “Española”, Espasa Calpe S.A., Madrid 1992, tomo II, páginas 1399-1396).

Advierte la sala, conforme a la acepción de la palabra “**monto**”, que cuando la ley la empleó no fue para que fuera el tanto por ciento de una cantidad, como decir el 75% de alguna cifra, pues el porcentaje de la cuantía de una pensión es solo un número abstracto, que no se aproxima siquiera a la idea que sugiere la palabra **monto** de ser el resultado de la suma de varias partidas, sino la liquidación aritmética del derecho, que precisamente se realiza con la suma del respectivo promedio de los factores que deben tenerse en cuenta y que debe hacerse, según el referido artículo 36, con apoyo en las normas anteriores a la ley 100. (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección “A”. Consejero Ponente Nicolás Pájaro Peñaranda, 21 de septiembre de 2000. Radicación Número: 470-99. Resaltado de la Sala).

Es menester señalar que la postura sostenida por el Consejo de Estado, a nuestro concepto favorable, alude a la aplicación de manera

integral del régimen anterior cuando a transición se refiere que sufrió una notable consideración y esta se traduce en la unificación de criterio frente a lo sostenido por la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia.

Vemos cómo el Consejo de Estado, en Sentencia de 28 de agosto de 2018, con el magistrado ponente César Palomino Cortés, de expediente número 52001-23-33-000-2012-00143-01, dio respuesta a una nulidad y restablecimiento del derecho, donde el demandante responde al nombre de Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro y el demandado es la Caja Nacional de Previsión Social (EICE), en liquidación, se dispone a unificar su jurisprudencia, estableciendo un criterio de interpretación sobre el artículo 36, de la Ley 100, de 1993, que el mismo consejo ha denominado regla y dos subreglas de interpretación.

Tenemos pues que los fundamentos de la regla son:

A juicio de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado una lectura del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 permite concluir que en el régimen de transición el IBL que debe tenerse en cuenta para liquidar el monto pensional es el previsto en el inciso 3 de dicha norma. (p. 19.)

Para establecer el monto de la pensión, el legislador, en este caso de la Ley 100 de 1993, en desarrollo de su libertad de configuración, fijó un elemento, el IBL, que cumpliría con la finalidad no solo de unificar la base de la pensión para todos aquellos que estaban próximos a pensionarse, sino como manifestación de los principios de solidaridad, universalidad y sostenibilidad financiera para garantizar la viabilidad futura del Sistema General de Pensiones; máxime teniendo en cuenta que el período de transición abarcaría varias décadas. (p. 19).

Así las cosas, la regla jurisprudencial sobre el IBL, en el régimen de transición que fija el Consejo a fin de unificar criterios, es:

El ingreso base de liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa

de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985. (p. 20).

Respecto a las dos subreglas que desarrolló, una se inclina por el IBL y la otra, a los factores que deben ser tenidos en consideración durante la liquidación:

La **primera subregla** es que para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el período para liquidar la pensión es:

Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. (p. 21).

La **segunda subregla** es que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones. (p. 22).

En concreto, podría decirse que, bajo un marco axiológico, apelando a la interpretación más favorable y a los principios que soportan al Estado colombiano, tales como Estado social de derecho y tendencias socialistas, resulta ineludible el mentado principio de inescindibilidad de la norma.

Por tanto, este fraccionamiento del régimen anterior se traduce en un desconocimiento del régimen de transición, puesto que las garantías de los beneficiarios a los cuales, según la normatividad, se les propendería por sus expectativas, se les vulneran estos derechos de orden pensional, al aplicar el articulado del Sistema General de Seguridad Social Integral, en

materia pensional, cuando su estatus de pensionado se adquirió conforme a las prerrogativas de edad, tiempo de servicio y número de semanas cotizadas del anterior régimen.

Referencias

Arrieta, C. (2011). *Las reformas del sistema pensional colombiano*. Bogotá, Colombia: Fundación Friedrich Ebert de Alemania –FESCOL.

Bonilla, R. (2001). Pensiones: en busca de la equidad. En: *Boletín N° 8 del Observatorio de Coyuntura Socio Económica — OCSE— del Centro de Investigaciones para el Desarrollo —CID—*. Bogotá, Colombia.

Chinchilla, I. (2012). *El régimen de transición de la ley 100. Tensiones entre el legislador, el juez y el administrador*. Tesis de maestría. Bogotá, Colombia: Universidad Nacional de Colombia.

Código Procesal del Trabajo adoptado por el Decreto 4133 de 1948 como legislación permanente

Comisión de Racionalización del Gasto. (2004). *Sistema de Pensiones y deuda pública*. Tema IV. El saneamiento fiscal un compromiso de la sociedad. Informe final.

Congreso de la República de Colombia. (1985). Ley 33 de 1985. Diario Oficial No. 36100. [Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público]. Bogotá, D.C., Colombia.

Congreso de la República de Colombia. (1988). Ley 71 de 1988. Diario Oficial No. 38624. [Por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones]. Bogotá, D.C., Colombia.

Congreso de la República de Colombia. (1993). Ley 100 de 1993. Diario Oficial No. 41148. [Por la cual se crea el sistema de seguridad social Integral y se dictan otras disposiciones]. Bogotá, D.C., Colombia.

Congreso de la República de Colombia. (2003). Ley 797 de 2003. Diario Oficial No. 45079. [Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se

adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales]. Bogotá, D.C., Colombia.

Consejo de Estado. (2018). *Expediente: 52001-23-33-000-2012-00143-01*. Bogotá D.C.: [M.P César Palomino Cortés]

Corte Constitucional de Colombia. (2002). *Sentencia C 789 de 2002*. Bogotá D.C.: [M.P Rodrigo Escobar Gil]

Corte Constitucional de Colombia. (2006). *Sentencia C 111 de 2006*. Bogotá D.C.: [M.P Rodrigo Escobar Gil]

Corte Constitucional de Colombia. (2007). *Sentencia T 045 de 2007*. Bogotá D.C.: [M.P Jaime Córdoba Triviño]

Corte Constitucional de Colombia. (2013). *Sentencia C 258 de 2013*. Bogotá D.C.: [M.P Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]

Corte Constitucional de Colombia. (2016). *Sentencia T 045 de 2016*. Bogotá D.C.: [M.P Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]

Díaz, C. (2011). Análisis jurisprudencial de la indexación de la primera mesada pensional. *Revista Derecho y libertad*. Sogamoso, Colombia: Universidad pedagógica y tecnológica de Colombia.

Galvis, L. (2010). Diferenciales salariales por género y región en Colombia. *Revista de economía del Rosario*, Vol. 13, Nº. 2, Pp.235-277. Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario.

Guerrero, G. (2008). *El derecho laboral en la constitución nacional*. Cartagena, 253 Colombia: Fundación Tecnológica Antonio de Arévalo TECNAR.

Mesa, E. (2005). *Coyuntura Económica, laboral y sindical de Colombia a octubre de 2005*. Medellín, Colombia: Escuela Nacional Sindical.

Presidencia de la República de Colombia. (1948). Ley 2158 de 1948. Diario Oficial No. 26773. [Sobre Procedimientos en los juicios del Trabajo]. Bogotá, D.C., Colombia.

LA EXTENSIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE UNIFICACIÓN. EFICACIA EN LAS PENSIONES DEL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA*

Tania Michelle González Caro*

Pedro Elías Moreno Ampique*

Resumen: la Ley 1437 de 2011, o también conocida como el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante CPACA), estableció la figura denominada *extensión de la jurisprudencia de unificación*, que consiste en iniciar un proceso sumario, para que en casos concretos y específicos, las autoridades administrativas puedan aplicar la extensión de las sentencias, especialmente las de unificación en lo contencioso administrativo en Colombia, sin necesidad de acudir al proceso administrativo ordinario. En este sentido, en el presente artículo se analizará la eficacia de esta novedosa herramienta en el derecho de la seguridad social, centrado en la solución de controversias pensionales del Régimen de Prima Media.

257

Palabras clave: extensión de la jurisprudencia, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), pensión del Régimen de Prima Media, Corte Constitucional, Consejo de Estado.

Introducción

Pese a que con la aplicación de la extensión de jurisprudencia de unificación del Consejo de Estado se busca descongestionar los despachos judiciales represados por el exceso de procesos desde tiempo atrás, cabría

* Este artículo es el resultado de la investigación dirigida por el profesor Luis Alberto Torres Tarazona.

* Abogada egresada de la Universidad Libre e integrante del Observatorio Del Trabajo y de la Seguridad Social. Correo electrónico: taniam@unilibrebog.edu.co

* Abogado. Especialista en Derecho Administrativo y en Derecho Laboral y Seguridad Social. Artículo presentado como requisito para optar por el título de especialista en Seguridad Social y Derecho Laboral en la Universidad Libre. Integrante del Observatorio Del Trabajo y de la Seguridad Social. Correo electrónico: pedroemorenoabogado@gmail.com

preguntarse ¿cómo las secciones A y B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, de Colpensiones y de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) están cumpliendo con este objetivo en el reconocimiento de las pensiones del Régimen de Prima Media?

Para dar respuesta a la anterior pregunta, se utilizará el método inductivo-deductivo, apoyado en el análisis de textos, se estudiarán las sentencias seleccionadas, para, mediante un análisis cuantitativo, determinar cómo la Sección Segunda del Consejo de Estado está resolviendo las peticiones de extensión de la jurisprudencia y las aclarativas de la Corte Constitucional, en el reconocimiento de las pensiones en el Régimen de Prima Media con prestación definida.

También, se pretende analizar el concepto de extensión de jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, su campo de aplicación y los inconvenientes presentados.

Por otra parte, se realizará la revisión seleccionada de las solicitudes conocidas por la Sección Segunda del Consejo de Estado, de acuerdo con el artículo 269 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, junto con los conceptos previos de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y, finalmente, las estadísticas de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), con el objetivo de elaborar un diagnóstico sobre las decisiones y así, lograr identificar las sentencias de unificación más utilizadas y determinar cómo ha decidido el Consejo de Estado estas solicitudes.

A manera de hipótesis, se plantea que, con la entrada en aplicación del nuevo mecanismo, no se ha logrado descongestionar el aparato judicial y tampoco se ha obtenido solución a las reclamaciones de reconocimiento y reliquidaciones pensionales del Régimen de Prima Media, por las siguientes razones: por ser esta una figura reciente y novedosa, los peticionarios que generalmente no poseen los suficientes conocimientos jurídicos y actúan en causa propia, no formulan acertadamente la petición, siendo rechazada por no cumplir los requisitos formales y procedimentales

señalados en los arts. 102 y 269 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Por otro lado, las oficinas jurídicas de Colpensiones y la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) no resuelven de manera diligente ni adecuada estas peticiones; puede ser por negligencia o porque no han recibido la capacitación suficiente para tomar una decisión de fondo como ente administrativo, optando porque sea el Consejo de Estado quien resuelva finalmente estos requerimientos.

Hasta el momento, el Consejo de Estado no ha resuelto de fondo las solicitudes de extensión de jurisprudencia, argumentando que tiene discrepancias normativas con la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional.

Para el desarrollo del artículo, hemos establecido tres capítulos y las conclusiones. En el primero, hablaremos sobre conceptos como la extensión de la jurisprudencia; en el segundo capítulo, se revisarán los datos suministrados por las altas corporaciones encargadas de administrar justicia en temas referentes al régimen pensional de prima media con prestación definida, y, en el tercero, se hará un diagnóstico sobre las decisiones tomadas por las secciones A y B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, para arribar a unas conclusiones.

259

1. Concepto de extensión de jurisprudencia

Por doctrina probable se entiende, según el artículo 4 de la Ley 169 de 1896, “tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema como tribunal de casación sobre un mismo punto de derecho, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores”¹. El artículo anterior fue declarado exequible por la Corte Constitucional, en la Sentencia C-836 de 2001, donde se obliga al organismo juzgador, en caso de apartarse de la jurisprudencia, argumentar de forma inequívoca los fundamentos que motivan la decisión de no tener en cuenta lo ya dicho en fallos judiciales. Su importancia, en Colombia, reside en que los órganos de

¹ El artículo completo se encuentra disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-836-01.htm>

decisión (jueces, tribunales, salas de las corporaciones, entre otros) en casos con semejanza deben basar sus providencias en dichos antecedentes. Entiéndase que dicha herramienta es ejemplo, en ocasiones obligado o indispensable, para solucionar casos similares en asuntos de su competencia, teniendo en cuenta que la ley en momentos es limitada y debe ser complementada. Así, la Corte Constitucional plasmó en la Sentencia C-104 de 1993 que “la jurisprudencia ha sido definida como el conjunto de providencias dictadas por los altos tribunales que, desatando casos iguales, decide en forma uniforme”.

La extensión de jurisprudencia, por otro lado, consiste en que puede solicitarse a la autoridad correspondiente, y previo al cumplimiento de algunos requisitos, aplicar o llevar al cubrimiento de un caso específico los efectos de una decisión unificada donde se haya exigido el mismo derecho. Es decir, extender es desplegar acciones, en este caso, para la aplicación de una decisión consolidada a un nuevo caso que tenga supuestos fácticos y jurídicos iguales.

Esta medida, adoptada en los códigos procesales contenciosos administrativos, lo que pretende, además de descongestionar los despachos judiciales con un procedimiento ágil, es desarrollar reglas en vía administrativa para la decisión de autoridades públicas en casos ya decididos por el administrador de justicia, tal y como lo viene afirmando el Consejo de Estado en el pronunciamiento de Lucy Jeannette Bermúdez del año 2015.

Por tanto, su aplicación en temas del derecho a la seguridad social y especialmente en pensiones hace que debamos relacionar dicha institución jurídica y los derechos sociales consagrados en la Constitución Política de 1991. Entonces, la seguridad social, en sí misma, se considera como un derecho humano social, conforme al artículo 48 de la Constitución Política colombiana, al tiempo que es desarrollada por la Ley 100 de 1993 como el Sistema General de Seguridad Social Integral (SGSSI), constituido por cuatro subsistemas: el sistema general de salud; el sistema general de pensiones, riesgos laborales y las disposiciones finales o servicios complementarios, a su vez, el sistema general de pensiones lo conforman dos regímenes: i) el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM) (campo al cual está direccionado el trabajo investigativo de

aplicación de la extensión de jurisprudencia de unificación del Consejo de Estado y régimen administrado por Colpensiones y la UGPP) y ii) el régimen de ahorro individual con solidaridad, conocido como el RAIS, el cual es operado por las administradoras de fondos pensionales (AFP).

Los requisitos del primero, RPM, para aprobar la pensión, son establecidos para todos aquellos que se pensionen a partir del 1 de enero de 2015, con el cumplimiento de la edad legal exigida y del tiempo o cotizaciones realizadas (hoy, 62 años para los hombres y 57 años para las mujeres y 1300 semanas); mientras que, en el segundo, RAIS, el derecho se adquiere al cumplimiento de los aportes individuales que haya realizado.

Recordemos que el derecho a la pensión constituye el derecho de un trabajador o afiliado a tener una contraprestación económica luego del cumplimiento de los requisitos legales, como la edad de retiro y un tiempo determinado de aportes, esto en cuanto a la pensión de vejez. Pero, también es posible que, una vez fallecido el pensionado, dicha contraprestación pueda ser reclamada por sus beneficiarios y, de esta manera, pase a denominarse pensión de sobreviviente o que se presente una invalidez y, por tal hecho, bajo los otros parámetros o requisitos exigidos, también pueda pensionarse. La Corte Constitucional, en la Sentencia de tutela T-398 de 2013, afirmó que es una prestación económica, producto del ahorro al Sistema General de Seguridad Social Integral (SGSSI), para conservar una vida digna, cuando en edad avanzada se haya disminuido la capacidad laboral.

261

Por Régimen de Prima Media se entiende el sistema de reparto pensional de naturaleza pública, esto es, el instrumento para obtener una pensión. Se reitera que dicho sistema es administrado por una entidad pública del Estado, actualmente son las administradoras Colpensiones y la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP). Así lo contempla el artículo 31 de la Ley 100 de 1993.

En cuanto a las sentencias de unificación, son aquellas que agrupan los criterios de los pronunciamientos de fondo, emitidos en un tema determinado, a fin de que se aplique de manera igualitaria en casos similares.

1.1. Concepto de jurisprudencia del Consejo de Estado

El Consejo de Estado, en distintos pronunciamientos, se ha referido a la extensión de este mecanismo². Es conveniente indicar que el Gobierno nacional de Colombia, mediante el Decreto 4820 de 2007, creó una comisión integrada por los representantes de la Rama Ejecutiva y Judicial, para realizar el estudio y las modificaciones necesarias al Decreto 01 de 1984, anterior Código Contencioso Administrativo, en donde uno de sus temas centrales fue modificar y robustecer la unificación de jurisprudencia del Consejo de Estado, a fin de que sus providencias fueran pilares en la administración y por la propia jurisdicción contenciosa, dar agilidad y eficacia sin tener que acudir al proceso ordinario administrativo y, con ello, crear una política de descongestión judicial.

Es así como en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) se resaltó el deber de aplicar de manera uniforme las normas y su jurisprudencia, especialmente las de unificación jurisprudencial. De esta manera, se consagró en el artículo 10 del mismo. Igualmente, se introdujo en el artículo 102 esta nueva figura, con miras a que, sin necesidad de recurrir al tradicional proceso ordinario, que puede tardar meses e inclusive años para que el juez tome decisiones de fondo, y así los interesados en el reconocimiento de un derecho puedan acudir ante la autoridad administrativa mediante un procedimiento ágil, eficaz y de corto tiempo —30 días—, con un escrito razonado. En este se debe exponer que su derecho no ha caducado, además se deben aportar las correspondientes pruebas, manifestando los supuestos fácticos y jurídicos similares a los procesos análogos ya debatidos, para así lograr el beneficio.

Seguidamente, las autoridades administrativas, en el término de treinta (30) días, deben acudir ante la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (ANDJE), para que emita un concepto previo de la solicitud. De igual manera, la citada norma también aclara que la solicitud de la extensión suspende los términos para presentar la acostumbrada demanda ante la jurisdicción contenciosa.

² Algunas de ellas y a modo de ejemplo se encuentran en los siguientes radicados: rad. 2013-01326-01, rad. 2013-03176-00, rad. 2013-03124-01, rad. 2013-00804-01, rad. 2013-00943-01, rad. 2013-00947-01 y rad. 2004-01312-01.

De acuerdo con las estipulaciones del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) y por tratarse de un proceso especial, el artículo 269 determina que contra las decisiones de estas autoridades administrativas no proceden los acostumbrados recursos de reposición o de apelación, a excepción del control jurisdiccional correspondiente. El peticionario puede acudir mediante escrito razonado ante el Consejo de Estado cuando se presenten situaciones como que la autoridad administrativa no emita la decisión, en el término de los 30 días, falle parcialmente o niegue la solicitud. Eventos en los cuales el Consejo de Estado, una vez recibida la solicitud, informará a la administración demandada y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (ANDJE) (en el evento que no se haya realizado) para que se pronuncie. Luego, en los 15 días siguientes, convocará a audiencia y emitirá su fallo.

En el evento en que la decisión reconozca un derecho patrimonial, debe solicitarse mediante trámite incidental, ejecutoriada la providencia. Si es negada la solicitud, se reanudan los términos para que el peticionario presente la demanda de acuerdo con las reglas generales. Los artículos 270 y 271 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo indican que son sentencias de unificación jurisprudencial las que el Consejo de Estado emita por importancia jurídica, también por trascendencia económica o social y por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia.

Es importante señalar que las primeras solicitudes de extensión se presentaron sin representación legal (*ius postulandi*) ante las secciones primera y tercera del Consejo de Estado y esa diligencia no constituía un proceso ordinario judicial, sino un mecanismo ágil y eficiente en la solución de controversias administrativas. No obstante, ahora, el proceso es diferente, porque quien conoce por competencia es la sala segunda, según el Acuerdo 58 de 1999.

Actualmente, se exige una defensa técnica, es decir, un profesional del derecho, quien tiene conocimientos jurídicos, para que a través del método oral, argumente en los alegatos de conclusión las pretensiones que generalmente son monetarias (como el caso del reconocimiento de las pensiones, donde el litigio versa sobre prestaciones económicas). Además,

porque de acuerdo con el artículo 160 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), es necesario acudir por medio de apoderado judicial, por tratarse de temas contenciosos administrativos. Ante esas decisiones, procede el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, recurso que garantiza el derecho, a la parte perjudicada, de impugnar el fallo.

El Consejo de Estado, en diversos pronunciamientos, entre los que se destacan los radicados: 2013-01326-01, 2013-03176, 2013-03124-01, 2013-00804-01, 2013-00943-01 y 2013-00947-01, ha reiterado sobre los efectos de la extensión. De igual modo, en la Sentencia con radicado 2004-01312-01, se ha señalado la importancia sobre la noción de la extensión, indicando que es una medida de descongestión judicial, que busca lograr el derecho a la igualdad y garantizar la seguridad jurídica.

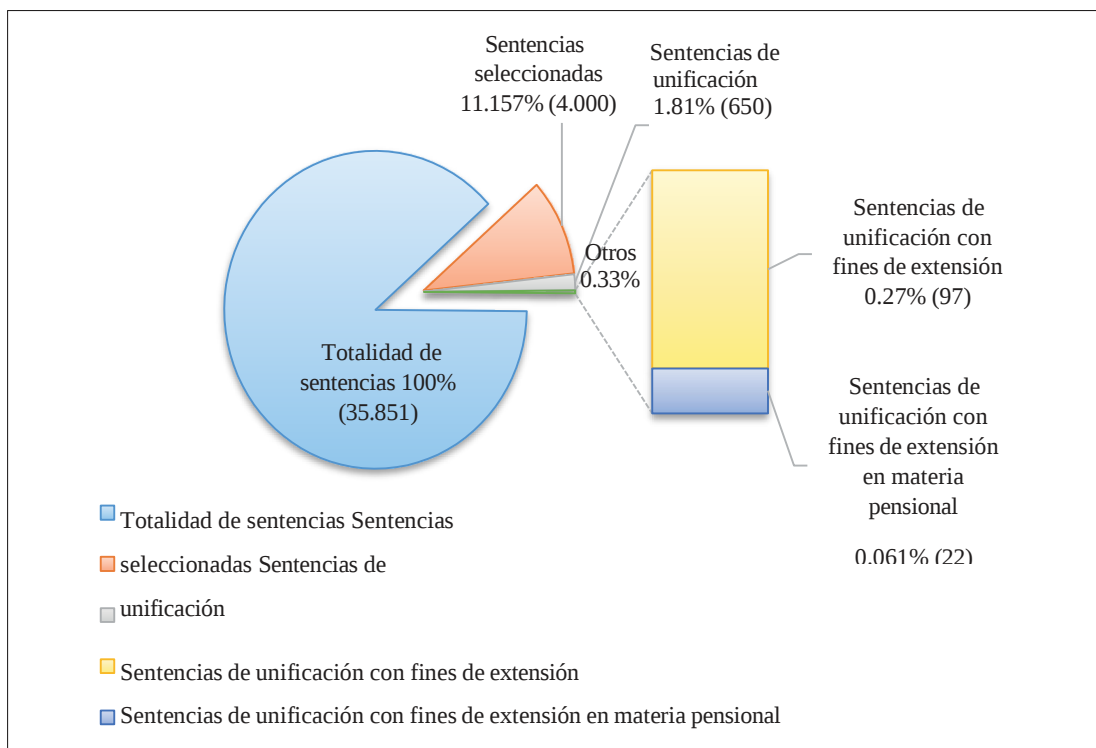
1.2. Sentencias de unificación del Consejo de Estado y su extensión en materia pensional

En el 2014, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado y el Ministerio de Justicia y del Derecho, mediante investigación que abarcó el período comprendido entre la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 hasta el 2012, estableció cuántas sentencias se consideraban de unificación jurisprudencial de acuerdo con el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA). Inicialmente, de 35851, se seleccionaron 4000 que cumplían este requisito; luego, se etiquetaron 650, es decir, el 16% como de unificación, de las cuales, finalmente, se decidió que solo 97, es decir, el 2% de ellas cumplían los presupuestos del artículo 102, del CPACA, como sentencias de unificación con fines de extensión. De estas 97 sentencias, 22 correspondían al campo de las pensiones, en donde se tomaron decisiones sobre derechos de:

- Pensión de sobrevivientes (sustitución pensional).
- Reconocimiento de la prima de actualización.
- Indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

- Reajuste de la pensión de jubilación.
- Reconocimiento de la pensión gracia.
- Reconocimiento del retroactivo de la prima de actualización.
- Reajuste salarial y prestacional con los todos los incrementos salariales anuales para empleado que no optó por el nuevo régimen.
- Reajuste y pago de la pensión mensual vitalicia de jubilación, teniendo como base el 75% del salario promedio del último año de servicios.
- Aceptación de la prima de navidad como factor salarial en el reconocimiento de la pensión gracia.
- Reliquidación de la pensión de jubilación en la rama judicial, con la inclusión de todos los factores salariales en su liquidación.
- Sustitución pensional, siendo beneficiario el hijo estudiante mayor de edad.
- Discrepancia en el reajuste anual de la asignación de retiro, de acuerdo con artículo 14, de la Ley 100, de 1993, indexando su valor hasta el reajuste pensional del Decreto 4433, de 2004.
- Reconocimiento y pago de la pensión sustitutiva de jubilación en partes iguales, para quienes se encuentran en condición de cónyuge y compañera permanente.

A continuación, se presenta la gráfica estadística del período comprendido entre 1991 y 2012, exponiendo las sentencias de unificación con fines de extensión realizada para la presente investigación, tomando como fundamento los datos proporcionados por el estudio de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado y el Ministerio de Justicia y del Derecho en el año 2014.



Gráfica 1. Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado y el Ministerio de Justicia y del Derecho 1991-2012.

De igual modo, la Sala de Consulta y Servicio Civil realizó un análisis detallado por secciones, desde el 2 de julio de 2012 (entrada en vigencia del CPACA) hasta el 2014, (fecha del estudio), de las sentencias de unificación jurisprudencial que podrían ser aplicables a este mecanismo, con el siguiente resultado:

- Sección 1 con 4 sentencias.
- Sección 2 con 2.041 sentencias.
- Sección 3 con 7 sentencias.
- Sección 4 con 7 sentencias.
- Sección 5 con 0 sentencias.

Nótese que, de acuerdo con lo anterior, la Sección Segunda del Consejo de Estado es quien más relacionó providencias que podrían ser aplicables al objetivo señalado, pudiéndose pensar que ello obedece a que

esta sección es la encargada de temas relacionados con conflictos laborales; no obstante, hasta el momento no se ha emitido un resultado final de este nuevo estudio.

Con relación al estudio, cabe señalar que solamente 22 de 35851 corresponden a las sentencias con fines de extensión jurisprudencial en materia pensional. Cifra que demuestra la ineficacia e ineficiencia de la figura, puesto que el porcentaje de aplicación de este es el 0.061 % de sentencias de unificación del Consejo de Estado, es decir, que está por debajo del 50%, debido a las causales de inaplicación de la figura.

1.3. Concepto de jurisprudencia de la Corte Constitucional

La jurisprudencia, en Colombia, inicialmente fue estimada como una fuente auxiliar del derecho. La Constitución Política de 1991, en su artículo 230, señala que los jueces, al elaborar sus providencias, deben someterse al imperio de la ley, porque la jurisprudencia, en dicho momento, era considerada como criterio auxiliar. Este concepto fue defendido por la Corte Constitucional en sus sentencias C-224 A de 1996 y C-557 de 2001. Posteriormente, este alto tribunal, a través de diversos fallos, entre ellos las sentencias T-239 de 2011; C-634 de 2001; C-539 de 2011; T-028 de 2013 y SU-336 de 2017, determinó que el sistema normativo colombiano ha avanzado al punto que debe reconocerse, en la jurisprudencia, una fuerza vinculante donde toda autoridad administrativa y judicial debe someterse al imperio de la ley y la constitución. Ello implica el acatamiento de los precedentes de las altas cortes, siendo actualmente la jurisprudencia considerada fuente principal del ordenamiento jurídico, esto es, fuente directa de derecho, con carácter orientador y de obligatorio cumplimiento. Esta importancia ha sido reiterada en las sentencias C-335 de 2008; C-621 de 2015 y SU- 053 de 2015, donde se subraya el poder vinculante y obligatorio de la jurisprudencia de las altas cortes, para asegurar el derecho a la igualdad, la seguridad jurídica y la buena fe.

Por otro lado, el contenido normativo del artículo 102 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) señala que es obligación de toda autoridad administrativa aplicar y extender las sentencias de unificación de esa entidad judicial. Sin embargo, es importante señalar que ha sido objeto de demandas de

inconstitucionalidad por presunta vulneración de los artículos 4, 130 y 241, de la Carta Política de Colombia, porque su aplicación e imposición supone ir en contra de la Constitución al desconocer los fallos de la Corte Constitucional; además, porque la norma no contempla revisión por parte de la Corte Constitucional.

En la Sentencia C-816 de 2011, la corte declaró la constitucionalidad del contenido de este artículo, pero condicionándolo en el sentido que, de manera preferente, se deben aplicar los precedentes de la Corte Constitucional. Asimismo, fueron objeto de solicitud de inconstitucionalidad varias expresiones de los artículos 102, 269 y 270 del CPACA, argumentando vulneración de constitucionalidad de los artículos 230 y 13 (derecho a la igualdad), dado que puede ocurrir que, a pesar de existir más de 5 sentencias sobre casos similares, no se puede aplicar en el evento de no existir una sentencia de unificación. La Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-588 de 2012, cuyo magistrado ponente fue Mauricio González Cuervo, reafirmó lo ya decidido en la Sentencia C-816 de 2001, declarando su constitucionalidad y concluyendo que el legislador, al limitar las sentencias que pueden ser objeto de extensión de jurisprudencia, no viola la Constitución, porque la norma indica el sentido, la naturaleza y el alcance de estas, dando un trato igualitario a quienes las soliciten. Igualmente, ante la decisión negativa de la administración, esta no es definitiva, ya que se puede acudir a controvertirla ante el Consejo de Estado, el cual puede confirmar o modificar la decisión.

268

2. Extensión de la jurisprudencia: Sección Segunda del Consejo de Estado

A continuación, se revisan los datos suministrados por las altas corporaciones encargadas de administrar justicia, en temas referentes al derecho laboral y de la seguridad social y, en específico, la aplicación de la extensión de la jurisprudencia en el Régimen Pensional de Prima Media con prestación definida.

2.1. Conceptos previos de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (ANDJE)

Para conocer el papel que desempeña la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (ANDJE) en la aplicación del mecanismo de extensión de jurisprudencia, es importante detallar que dicha entidad se creó mediante la Ley 1444 del 2011 y fue reglamentada por el Decreto 4085 del 2011. Asimismo, se encuentra adscrita al Ministerio de Justicia y del Derecho. Uno de sus objetivos es la defensa y protección de los intereses litigiosos de la nación, por lo tanto, cuando la controversia versa sobre derechos económicos o patrimoniales, de los cuales haga parte el Estado, es deber legal de las entidades públicas, de acuerdo con la Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso) solicitarle concepto previo. Asimismo, en los artículos 614 y 616 de dicho estatuto, se señala que deben solicitarlo dentro del término común de 30 días y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (ANDJE) tiene 10 días para comunicar su aceptación y 20 días para emitir el respectivo informe.

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (ANDJE), en el informe del 31 de octubre del 2014, realizó un estudio sobre la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado y en la página 17 efectuó un cuadro descriptivo de sus conceptos previos del año 2012 al año 2014, cuyos resultados se relacionan a continuación:

AÑO	TOTAL PRONUNCIAMIENTOS	CONCEPTOS PREVIOS	OTROS PRONUNCIAMIENTOS
2012	2	2	N/A
2013	529	392	137
2014	319	252	67

Tabla 1: *Conceptos previos (ANDJE) con relación a la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado 2012-2014.*

A partir de la anterior tabla, se puede observar que la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (ANDJE), solo durante el año 2012, emitió la totalidad de conceptos previos, con relación a la totalidad de pronunciamientos. Igualmente, en este documento se elabora una relación de sus intervenciones en audiencias, por vía judicial, ante el Consejo de Estado, de acuerdo con el artículo 269 del Código de Procedimiento

Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), en el año 2014, con las estadísticas que se relacionan en la siguiente tabla:

AÑO	TOTAL SOLICITUDES DE JURISPRUDENCIA	INTERVENCIÓN EN AUDIENCIAS		SOLICITUDES EN OTRAS ETAPAS
2014	407	136		271
		Niega	Extiende	
		99	37	

Tabla 2: Intervenciones (ANDJE) ante el Consejo de Estado. Artículo 269 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA).

De la anterior tabla, se evidencia que, de 407 solicitudes de extensión de jurisprudencia, solamente 136 superaron los requisitos ante el Consejo de Estado, para ser llevadas a audiencia y solo 37 obtuvieron el concepto favorable, para que les fuera extendido el mecanismo del artículo 102 del CPACA. Es decir, tan solo el 9,09 % de las solicitudes fue favorable a los peticionarios. Vemos, por tanto, una clara prueba de la ineficacia de la figura.

270

2.2. Concepto de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP)³

La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social fue creada en el año 2010, como entidad dependiente del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Entre sus funciones tiene el manejo de las pensiones del Régimen de Prima Media con prestación definida (Cajanal y Puertos de Colombia, entre otras).

Sin embargo, desde el Decreto 169 de enero 23 de 2008 se establecieron las funciones de la Unidad Administrativa Especial (UGPP), las cuales se resumen de la siguiente manera:

³ Mediante derecho de petición, radicado el día 25 de julio de 2018, en la UGPP, la Universidad Libre solicitó información sobre el tema de investigación. Asunto al que se le dio respuesta el 03 de septiembre de 2018.

1. Ejercer el seguimiento y la investigación con la posibilidad de iniciar cobro coactivo, en razón del oportuno pago y la liquidación de las contribuciones al Sistema de Seguridad Social.
2. Ciertas prestaciones económicas del Sistema de Seguridad Social, en casos concretos, son desembolsadas y pagadas por esta entidad.

Luego de explicar la importancia de esta entidad pública del orden nacional y al ser evidente que recibe y decide sobre las peticiones de extensión de la jurisprudencia, en cuanto al tema pensional, se presentan los siguientes resultados:

SOLICITUDES DE JURISPRUDENCIA EN PENSIONES RÉGIMEN P.M	AÑOS								TOTAL
	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	
Recibidas	0	12	1021	665	139	109	93	81	2120
Rechazadas	0	0	860	171	36	44	58	50	1219
Negadas	0	0	53	266	25	33	30	27	434
No contestadas (guardio silencio)	0	0	19	215	0	1	0	0	235
Concebidas	0	12	89	13	78	31	5	4	232
Total, Presentadas	0	12	1021	665	139	109	93	81	2120

271

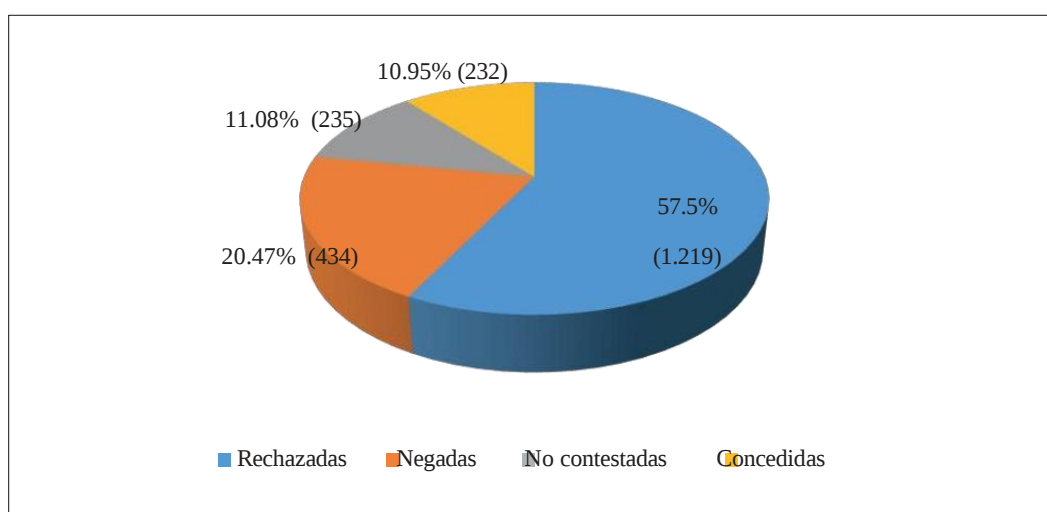
Tabla 3: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), período 2011 a 2018.

Uno de los elementos destacables dentro de la tabla anterior es el evidente bajo porcentaje de las solicitudes, así como también el bajo porcentaje de decisión favorable, pues dentro del período que va desde la entrada en vigencia de esta herramienta (siete años), la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) ha recibido 2120 solicitudes, de las cuales solo 232 (10.95%) fueron decididas favorablemente.

Entendiendo que la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado es una medida de descongestión judicial que busca lograr el

derecho a la igualdad y garantizar la seguridad jurídica, estas cifras ni siquiera se acercan a ser representativas en la ejecución de este propósito, ya que, como se evidencia en las estadísticas, los porcentajes son, por mucho, inferiores al 20 % de las controversias. Cifra que, inequívocamente, evidencia la ineficacia de la norma y la ineficiencia de la figura al momento de resolver los conflictos pensionales en el ámbito público, es decir, en el Régimen de Prima Media (RPM).

A continuación, se muestra una gráfica de porcentajes de efectividad de la extensión de la jurisprudencia:



Gráfica 2. Porcentajes de efectividad del mecanismo entre el 2011 y el 2018, según la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP).

2.3. Sentencias del Consejo de Estado de acuerdo con el artículo 269 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA)

Es importante recordar que el Consejo de Estado, por mandato del artículo 269 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), conoce esta figura jurídica, en los casos en que la autoridad administrativa, en temas pensionales (Colpensiones, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social —UGPP—), niegue o

guarde silencio en los términos del artículo 102 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

En la Sección Segunda del Consejo de Estado⁴, a la fecha de realización de la presente investigación, figuran recibidas 4252 solicitudes de extensión. Al realizar el filtro correspondiente a temas pensionales, se seleccionaron de forma aleatoria 63 sentencias, observándose que los derechos que más se pretende para su reconocimiento son:

- Inclusión de la prima de riesgo del D.A.S. y el INPEC.
- Reajuste de la pensión de jubilación.
- Inclusión del quinquenio como factor salarial en el IBL.
- Reconocimiento de las primas de navidad, vacaciones, de servicios y bonificación de bienestar universitario como factores del IBL.
- Inclusión de la prima de mitad de año como factor salarial del IBL.
- Reajuste de la pensión con la totalidad de los factores salariales recibidos en el último año de servicios.
- Pago de los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 del año 1993.
- Reajuste de la pensión por vejez con el 75 % del promedio del último año de servicio.

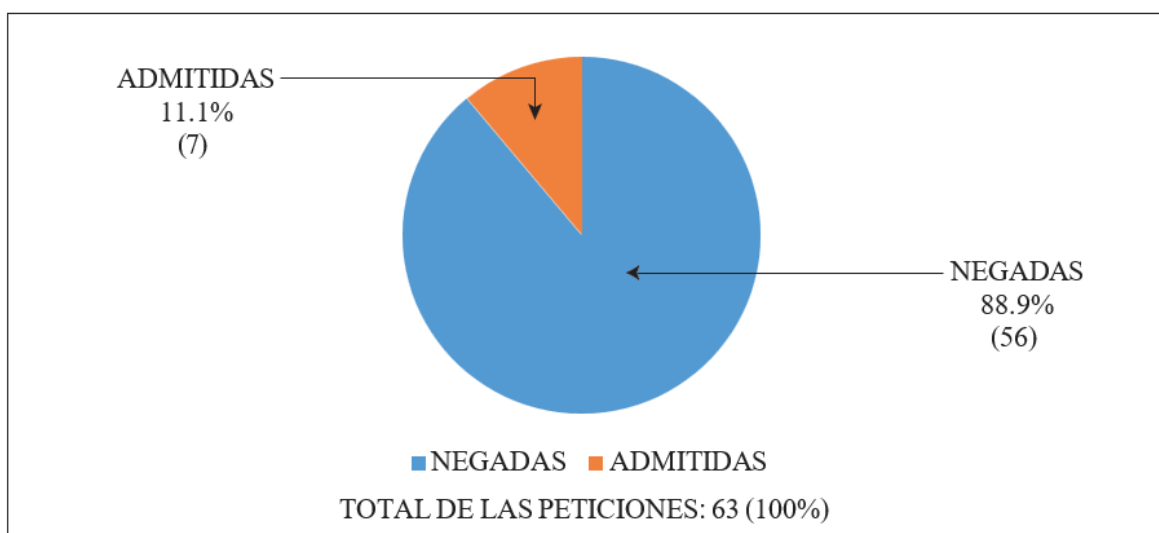
273

2.4. Diagnóstico sobre las decisiones tomadas por las secciones A y B de la Sección Segunda del Consejo de Estado

Revisadas las 63 sentencias, se encontró que 56 solicitudes fueron rechazadas, mientras que 7 peticiones accedieron a la extensión, lo que

⁴ Mediante derecho de petición, del 19 de junio de 2018, la Universidad Libre requirió a esta Corporación información sobre el tema de investigación. Asunto al que se le dio respuesta el 6 de agosto de 2018.

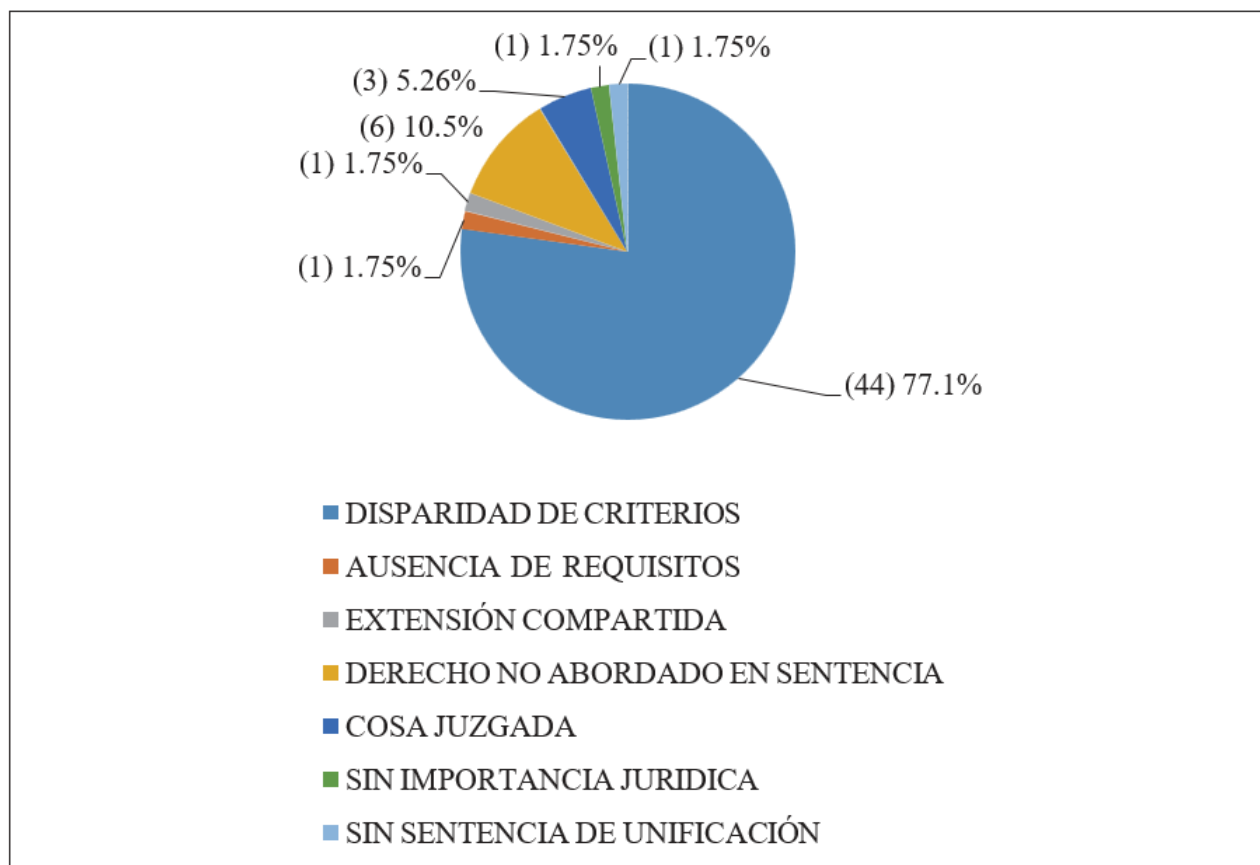
equivale al 88.9 % de los requerimientos negados y tan solo el 11.1 % fueron aceptados, como se puede observar en la siguiente gráfica:



Gráfica 3. Porcentaje de las peticiones, según la Sección Segunda del Consejo de Estado en el año 2018.

En el análisis realizado respecto de las 63 sentencias, se identificaron y determinaron las causales de rechazo e improcedencia de la figura, clasificándose, respecto de las pensiones del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, de la siguiente manera: de las solicitudes rechazadas, 44 fueron por improcedencia al considerarse que existía disparidad de criterios existentes entre la Corte Constitucional y Consejo de Estado, con relación a la interpretación del inciso 3, del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Una (1) por ausencia de requisitos; en otra (1), la razón del rechazo fue porque no se aportó providencia (sentencia de unificación); en una (1) se extiende la jurisprudencia a algunos y a otros no (compartida). Por otro lado, seis (6) fueron rechazadas por improcedentes, porque el factor salarial no fue abordado por la sentencia de unificación (compatibilidad pensional), es decir, por ausencia de identidad fáctica y jurídica; otras tres (3) fueron negadas porque no procede contra la cosa juzgada; una (1) petición más fue rechazada por no ser de importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia y, finalmente, una (1) por no existir sentencia de unificación respecto de la solicitud.

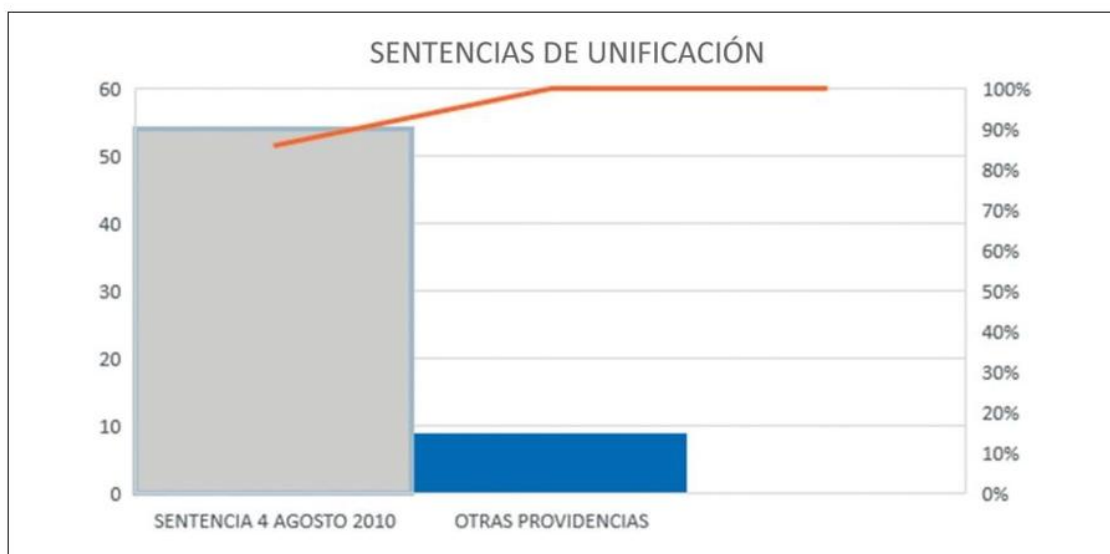
A continuación, se presenta un gráfico con las causas de negación de solicitudes:



Gráfica 4. Causas de negación de las solicitudes, según la Sección Segunda del Consejo de Estado.

3. Diagnóstico sobre las decisiones tomadas por las secciones A y B de la Sección Segunda del Consejo de Estado

Revisadas las solicitudes recibidas, en la Sección Segunda del Consejo de Estado, se encontró que 54 solicitudes, es decir, el 85.8 % utilizó la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, expediente No. 2500- 23-25-000- 2006-07509-01 (0112-2009), del magistrado ponente Víctor Alvarado Ardila vs., Cajanal, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, porque los peticionarios consideraron estar cobijados por el Régimen de Transición, establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, mientras que solo nueve (9) utilizaron otra providencia, equivalente al 14.2 %.



Grafica 5. Elaboración propia, tomando como referencia la información allegada por la Sección Segunda del Consejo de Estado, año 2018.

Es importante aclarar que esta sentencia de unificación estableció que todos los factores salariales o sumas que recibe de manera habitual y periódica el empleado público beneficiario del Régimen de Transición hacen parte del IBL pensional (independiente del nombre que reciban y aún si no fueron objeto de cotización al sistema). Esta posición ha sido reiterada en el radicado 2013-01541-01(4683-13) del 25 de febrero del año 2016, exceptuando el régimen pensional de los congresistas y representantes.

Igualmente, con esta providencia, se solicitó el reconocimiento de compartibilidad pensional, figura que consiste en el pago compartido de la pensión entre la empresa y Colpensiones, anteriormente, la empresa era la que otorgaban esa prestación por ley, convención colectiva o laudo arbitral. Situación que generó una gran carga financiera, porque los requisitos de tiempo y edad eran menores a los legales y el monto de la pensión llegaba hasta el 100 %. Entonces, para aliviar esta carga, la empresa afiliaba y seguía pagando los aportes al Seguro Social hasta que el trabajador cumpliera los requisitos legales, pagando entonces, al Instituto de Seguros Sociales (ISS) (hoy Colpensiones) la mayor parte y lo reconocido por encima de ley, lo continuaba pagando la empresa. Finalmente, la Corte se pronunció sobre otras sentencias, como la del 13 de marzo de 2003, las que

rechazó argumentando que solo son procedentes en la solicitud de extensión las sentencias de unificación.

3.1. Pronunciamientos de la Sección Segunda

De las sentencias emitidas por las secciones A y B, se encontró que la posición frente al reconocimiento de los derechos como la inclusión de prima de riesgo del D.A.S y el INPEC, las inclusiones de quinquenio, las primas navidad, de vacaciones, de servicios, de mitad de año y la bonificación por bienestar universitario, como elementos salariales del IBL e, igualmente, de las reliquidaciones de pensión de vejez que no fueron calculadas de acuerdo con la Ley 33 de 1985, y que se consideran están amparadas en el régimen de transición, debiéndose reajustar con la totalidad de emolumentos recibidos en un 75 % del último año. En todos estos casos, como se ha mencionado a lo largo de esta investigación, el referente jurisprudencial fue la Sentencia de unificación radicado No. 2500-23-25-000-2006-07509-01(0112-2009), del 4 de agosto de 2010, donde, por posición mayoritaria, se rechazó por improcedente el 88.9 % de las solicitudes de extensión, invocando que, en atención a los principios de eficacia y economía procesal, fueron rechazadas porque las peticiones de extensión no cumplían con los presupuestos formales necesarios exigidos para realizar la audiencia de alegatos de conclusión del artículo 269 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), por no estar dados los presupuestos procesales y existir disparidad de criterios entre las Cortes. Se aclara que ese asunto ya fue debatido por esa corporación, en auto del 29 de abril de 2015, radicado 11001-03-24-000-2012-00368-00 y reiterado en el radicado No. 11001-03-25-000-2013-00060-00 (0129-2013)⁵.

Esta misma sentencia de unificación fue utilizada por exfuncionarios del SENA, para solicitar el reajuste de su pensión de vejez, con la inserción de las mesadas pensionales con efectos retroactivos; sin embargo, el Consejo de Estado concluyó que se trataba de asuntos de compartibilidad pensional y que estos elementos no fueron abordados por esta providencia, lo que concluyó en rechazo por improcedencia.

⁵ En estas sentencias se concluye que cuando no se cumplen los presupuestos formales necesarios de ley no es obligatorio realizar la audiencia del art. 269 del CPACA, porque su objeto es resolver de fondo, por tanto, resulta ineficaz su realización, además del entendido de que no vulnera el debido proceso.

De otro lado, con relación a las solicitudes de revisión y reliquidación pensional efectuadas por los interesados, que ya contaban con fallos judiciales, se consideró improcedente este mecanismo contra los actos administrativos de ejecución, puesto que estos no son objeto de control de legalidad posterior y sería revivir debates definidos en sentencias de primera y segunda instancia, sobre derechos ya reconocidos como cosa juzgada. No obstante, se aclara que, en estos casos, cuando existe una providencia de unificación posterior, se puede acudir nuevamente ante la autoridad competente a solicitar el reconocimiento del derecho establecido en el radicado 11001-03-25-000-2014-00794-00(2480-14). Asimismo, se aclara que el fallo del 4 de agosto del año 2010 solo se centró en los factores salariales que debían componer el IBL y no fue objeto de debate el promedio del tiempo para calcular la pensión, puesto que este era un nuevo inconveniente legal que no podía ser decidido por la aplicación de esta figura. En consecuencia, estas solicitudes también fueron rechazadas.

Constantemente se afirma que la posición del tribunal siempre ha sido la de garantizar los derechos de la clase trabajadora, cuya actividad laboral funda la esperanza de lograr una pensión digna. Sin embargo, en la sentencia de unificación, se consideró que hacen parte del IBL todos los factores salariales, pero, a pesar de un tiempo de buen entendimiento con las otras Cortes, la Sentencia C-258 de 2013⁶ generó una nueva interpretación frente al IBL del inciso 3, del artículo 36, de la Ley 100 de 1993, en la cual se afirma que solo es objeto de transición la edad, el tiempo de servicio y el porcentaje de liquidación, más no el IBL. Por lo tanto, no debía existir un tratamiento diferenciado para los beneficiarios de los regímenes especiales. Posición reafirmada, posteriormente, en las sentencias: SU-230 de 2015; SU-427 de 2016 y SU-210 de 2017, donde, además, se resaltó el carácter vinculante del precedente constitucional.

De tal manera, se indica que los pronunciamientos de unificación de ese tribunal tienen carácter prevalente y vinculante, de acuerdo con los artículos 10, 102, 270 y 269 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA). Sin embargo, las nuevas

⁶ En esta sentencia, se analizó la constitucionalidad del art. 17, de la Ley 4, de 1992, norma que se refiere al régimen pensional de los senadores y representantes, donde se declaró la inexequibilidad de varias expresiones.

providencias de la Corte Constitucional han hecho que los jueces de tutela y de los tribunales administrativos desconozcan estos precedentes, por lo que, desde tiempo atrás, se hizo necesario, para la seguridad jurídica y un acatamiento del precedente vertical, que su sala plena emitiera una nueva sentencia de unificación que orientará a la jurisdicción contenciosa administrativa y especialmente, en donde se incluyera el régimen de transición en las decisiones administrativas en materia pensional. Providencia trascendental para instaurar el justo equilibrio entre los derechos laborales, los derechos constitucionales y las finanzas públicas.

Finalmente, el Consejo de Estado, en sala plena, mediante Sentencia de unificación (expediente 52001-23-33-000-2012-00143-01, del 28/10/18), se pronunció respecto del criterio de interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, donde reconoce y comparte la interpretación de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional con relación al Régimen de Transición Pensional, aceptando que el ingreso base de liquidación es un elemento que también hace parte del régimen de transición, además, de las exigencias de tiempo, edad y tasa de reemplazo.

En esta nueva jurisprudencia, se cambia la postura asumida en el pronunciamiento de unificación del 4 de agosto de 2010, por lo que, ahora, le serán también aplicables a los beneficiarios del Régimen de Transición lo preceptuado en el inciso 3, del artículo 36 de la Ley 100 del año 1993. Es decir, se tendrá en cuenta el tiempo promedio en dos situaciones:

- i. El tiempo que aún le resta para adquirir el derecho, si es este es menor a diez (10) años.
- ii. Bajo el promedio de los últimos diez (10) años de servicio, cuando el tiempo para adquirir el derecho pensional es superior a este lapso. Solo serán tenidos en cuenta en el reconocimiento pensional los factores salariales sobre los cuales se haya aportado o cotizado al Sistema General de Pensiones para el IBL, resaltando que los temas objeto de unificación de esta providencia son de obligatorio cumplimiento para todos los casos pendientes o que se encuentran en discusión, tanto en la sede administrativa como en la judicial.

La extensión de la jurisprudencia, como mecanismo de descongestión, toma el precedente vertical y horizontal como fundamento respecto a la extensión. Luego de analizadas las sentencias en materia pensional y la aplicación de esta figura, el trabajo investigativo obtiene las siguientes conclusiones.

4. Conclusiones

No cabe duda que en las solicitudes de extensión de jurisprudencia, en temas pensionales del Régimen de Prima Media, en gran medida, no se cumple con los presupuestos formales y los procedimentales contemplados en los artículos 102 y 269 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), especialmente, porque el derecho solicitado en reconocimiento, mediante este procedimiento especial, no tiene la misma situación de hecho ni de derecho con la sentencia de unificación invocada, llegando incluso a reclamarse elementos no abordados como es el caso de la compartibilidad pensional.

Asimismo, la generalidad en las solicitudes presentadas ante Colpensiones y la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), para que, por vía administrativa, se reconozcan los derechos mediante esta nueva figura, es que son presentadas para litigar en causa propia y, por ello, los peticionarios generalmente no cuentan con los conocimientos jurídicos ni profesionales sobre el tema y solo hasta cuando no les es favorable la respuesta de las administradoras, solicitan ser representados por abogados para acudir ante el contencioso administrativo.

Por otro lado, Colpensiones y la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), como entidades que *prima facie* deben resolver las solicitudes de extensión, usualmente optan por el silencio frente a las solicitudes, además de no requerir el concepto previo de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (ANDJE). Este tipo de acciones demuestran un grado comprometedor de negligencia, además de una posible ineficiencia de los servidores públicos que implica, en la mayoría de los casos, la inoperancia de este mecanismo. En consecuencia, se espera que sea el Consejo de

Estado el que decida mediante sentencia y ordene el reconocimiento de los derechos.

Las salas A y B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en la gran mayoría de las peticiones, se abstuvieron de imponer los efectos de su propia sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010 (la más utilizada para el reconocimiento de derechos con este mecanismo), desde el inicio de la vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), el 2 de julio de 2012, argumentando discrepancia interpretativa con la Corte Constitucional al momento de aplicar el IBL a los regímenes especiales que fueron objeto del sistema de transición previsto en el numeral 3, del art. 36, de la Ley 100 de 1993.

La sala plena del Consejo de Estado, en Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2018 (Exp. 52001-23-33-000-2012-00143-01), reconoció y compartió la interpretación que le había dado la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional al inciso 3, del artículo 36, de la Ley 100 de 1993, cambió radicalmente su postura sobre el monto (que ya había definido en la Sentencia de unificación, del 4 de agosto de 2010, expediente No. 2500-23-25-000- 2006-07509-01/0112-2009), acabando las aspiraciones legales de reajustes pensionales de los servidores públicos que se encontraban cobijados en el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y que, mediante la extensión de jurisprudencia, abrigaban la esperanza de lograr un aumento en sus mesadas.

En razón de todo lo expuesto, este último pronunciamiento vulnera, entre otros, principios constitucionales como el de progresividad, puesto que retrocedió en el reconocimiento de derechos ya examinados. También el principio de favorabilidad, al decidir no aplicar la norma más beneficiosa al pensionado y el principio de inescindibilidad, al resolver aplicar de manera fragmentada varias normas en el reconocimiento de los derechos adquiridos o de los que se tenía la expectativa legítima de obtener su reconocimiento. Con ello, violó los tratados internacionales, como el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José), sobre el “desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales”; tema que ya ha sido tratado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Cinco pensionistas vs. Perú”, del 28 de febrero de 2003, y por el Comité de Derechos Económicos,

Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (—UN—. DOC.E/1191/23). Sin lugar a duda, es viable prever una gran cantidad de demandas contra esta providencia.

El objetivo de agilidad y eficacia que se buscaba con la implementación de la extensión de la jurisprudencia de unificación, para lograr descongestionar los despachos judiciales en procesos incoados para el reconocimiento y los reajustes de pensión del Régimen de Prima Media, por vía administrativa, no ha dado los resultados esperados. Es decir, que el represamiento judicial continúa, siendo uno de los factores más incidentes en ello la falta de compromiso, conocimiento, diligencia e interés por parte de los entes administrativos.

Luego de determinar la ineficacia de la norma que regula la figura de la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado, es preciso proponer una solución a la problemática social que genera la ineficacia de esta figura en el ámbito laboral, más exactamente en lo que respecta al Régimen Pensional de Prima Media con Prestación Definida, puesto que la población de personas jubiladas debería gozar de especial protección por parte del Estado y es este quien debe velar por la efectividad de los derechos, desplegando las acciones tendientes a la solución de los problemas que sobrevienen debido a la congestión judicial. Esta problemática afecta de una manera directa a las personas que pretenden pensionarse, o mejorar su mesada, en búsqueda de una vejez digna. Al no reconocer estos derechos, se impide de manera injustificada el disfrute a tiempo de esa prestación social, por lo que la figura objeto de estudio no se adecúa a una solución pronta.

El Estado debe brindar los mecanismos de acción tendientes a efectivizar esta figura, tales como incluir en la labor social de las universidades que cuentan con facultades de derecho y consultorios jurídicos la obligación de asesorar respecto de esta figura a las personas, con el propósito de que, en el evento de pretender pedir la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado, las entidades administradoras no puedan negar su extensión por ausencia de identidad fáctica o jurídica, ya que el desconocimiento por parte de la población respecto de esta figura es uno de los factores que motivan su ineficacia.

De otro lado, y con un enfoque más relevante, debe conminarse a Colpensiones y a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), como entidades públicas administradoras de pensiones del Régimen de Prima Media, para que capaciten adecuadamente a sus funcionarios en la aplicación de esta herramienta jurídica. Además, deben exigirles el cumplimiento de sus obligaciones laborales, respecto a realizar el correcto procedimiento, estudio y a decidir de fondo, so pena de la aplicación de las sanciones disciplinarias a que haya lugar por la falta de compromiso y diligencia. De la misma manera, el Consejo de Estado, como máxima autoridad de lo contencioso administrativo, en cumplimiento de su finalidad de desarrollar una eficaz y oportuna prestación de la función pública, tal cual lo establece el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, está en la obligación de emplear sus propias normas y cumplir con los fines de esta. Así daría precedencia y utilidad a sus propias sentencias de unificación, aun cuando exista disparidad de criterios con las otras altas cortes, pues, de no hacerlo, está afectando derechos de terceros y a la misma administración pública, lo cual implica cometer vulneraciones a las que deberían responder a través de la acción de repetición.

283

Igualmente, el Estado colombiano, como garante, debe exigirles a las entidades comprometidas identificarse con las políticas y los objetivos de la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado, es decir, contribuir a la descongestión judicial. Para lograrlo, es preciso realizar seguimiento de las solicitudes, medir objetivamente sus resultados y aplicar los correctivos necesarios para que estas administradoras y el Consejo de Estado no continúen dilatando ni rechazando injustificadamente las peticiones que presenta una población que requiere de especial protección, por su edad y que necesita que, de la forma más ágil, le sea reconocida su pensión de jubilación o vejez o le sea aumentada su mesada para tener una vida digna.

Referencias

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. *La Extensión de Jurisprudencia en vía Administrativa y Judicial.*

Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. (2012). *Sentencia C 588 de 2012*. Bogotá D.C.: [M.P Gabriel Eduardo Mendoza Martello]

Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. (2018). Bogotá, Colombia: Editorial Leyer. 41 edición. p.776.

Congreso de la República de Colombia. (1993). Ley 100 de 1993. Diario Oficial No. 41148. [Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones]. Bogotá, D.C., Colombia.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. (2015). *Radicación número: 11001-03-25-000-2014-00679-00(2125-14)*. Sección Segunda. Subsección “A”. Bogotá D.C.: [C.P Luis Rafael Vergara Quintero]

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. (2015). *Radicación número: 11001-03-25-000-2014-00679-00(2125-14)*. Sección Segunda. Subsección “A”. Bogotá D.C.: [C.P Luis Rafael Vergara Quintero]

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. (2016). *Radicación número: 11001-03-25-000-2014-00794-00(2480-14)*. Sección Segunda. Subsección “B”. Bogotá D.C.: [C.P Carmelo Perdomo Cueter]

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. (2016). *Radicación número: 11001-03-25-000-2014-00528-00(1669-14)*. Sección Segunda. Subsección “A”. Bogotá D.C.: [C.P Luis Rafael Vergara Quintero]

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. (2016). *Radicación número: 11001-03-25-000-2013-01168-00(2822-13)*. Sección Segunda. Subsección “A”. Bogotá D.C.: [C.P William Hernández Gómez]

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. (2016). *Radicación número: 11001-03-25-000-2013-00217-00(0511-13)*.

Sección Segunda. Subsección “A”. Bogotá D.C.: [C.P William Hernández Gómez]

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. (2016).
Radicación número: 11001-03-25-000-2013-01297-00(3314-13).
Sección Segunda. Subsección “A”. Bogotá D.C.: [C.P William Hernández Gómez]

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. (2016).
Radicación número: 11001-03-25-000-2015-01010-00(4350-15).
Sección Segunda. Subsección “A”. Bogotá D.C.: [C.P William Hernández Gómez]

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. (2016).
Radicación número: 11001-03-25-000-2013-01443-00(3638-13).
Sección Segunda. Subsección “B”. Bogotá D.C.: [C.P César Palomino Cortés]

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. (2016).
Radicación número: 11001-03-25-000-2013-01443-00(3638-13).
Sección Segunda. Subsección “B”. Bogotá D.C.: [C.P César Palomino Cortés]

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. (2016).
Radicación número: 11001-03-25-000-2012-00628-00(2248-12).
Sección Segunda. Subsección “B” Bogotá D.C.: [C.P César Palomino Cortés]

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. (2016).
Radicación número: 11001-03-25-000-2012-00727-00(2449-12).
Sección Segunda. Subsección “B”. Bogotá D.C.: [C.P Cesar Palomino Cortes]

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. (2016).
Radicación número: 11001-03-25-000-2013-00074-00(0164-13).
Sección Segunda. Subsección “B”. Bogotá D.C.: [C.P César Palomino Cortés]

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. (2016).
Radicación número: 11001-03-25-000-2014-00173-00(0418-14).
Sección Segunda. Subsección “A”. Bogotá D.C.: [C.P Gabriel Valbuena
Hernández]

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. (2016).
Radicación número: 11001-03-25-000-2014-00173-00(0418-14).
Sección Segunda. Subsección “A”. Bogotá D.C.: [C.P Gabriel Valbuena
Hernández]

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. (2016).
Radicación número: 11001-03-25-000-2013-01378-00(3482-13).
Sección Segunda. Subsección “A”. Bogotá D.C.: [C.P Gabriel Valbuena
Hernández]

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. (2016).
Radicación número: 11001-03-25-000-2013-01341-00(3413-13).
Sección Segunda. Subsección “A”. Bogotá D.C.: [C.P Gabriel Valbuena
Hernández]

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. (2016).
Radicación número: 11001-03-25-000-2013-00406-00(0865-13).
Sección Segunda. Subsección “A”. Bogotá D.C.: [C.P Gabriel Valbuena
Hernández]

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. (2017).
Radicación número: 11001-03-25-000-2014-00403-00(1287-14) /11001-
03-25-000-2014-00652-00(2040-14) /11001-03-25-000-2014-00690-
00(2137-14) /11001-03-25-000-2014-00695-00(2142-14),11001-03- 25-
000-2014-00705-00(2182-14) / 110010325 000201400 725 00 (2259-
014) /11001-03-25-000-2014-00734-00(2279-14),11001-03-25- 000-
2014-00790-00(2470-14) /11001-03-25-000-2014-00799-00(2485-
14)/11001-03-25-000-2014-00895-00(2745-14) /11001-03-25-000-
2014- 01369-00(4537-14) /11001-03-25-000-2014-01426-00(4649-14).
Sección Segunda. Subsección “A”. Bogotá D.C.: [C.P Rafael Francisco
Suárez Vargas]

- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. (2017).
Radicación número: 11001-03-25-000-2014-00536-00(1677-14).
Sección Segunda. Subsección “B”. Bogotá D.C.: [C.P Sandra Lisset Ibarra Vélez]
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. (2018).
Radicación número: 11001-03-25-000-2014-00704-00(2181-14).
Sección Segunda. Subsección “B”. Bogotá D.C.: [C.P César Palomino Cortés]
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. (2018).
Radicación número: 11001-03-25-000-2014-01537-00 (4938-14).
Sección Segunda. Subsección “B”. Bogotá D.C.: [C.P César Palomino Cortés]
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. (2018).
Radicación número: 11001-03-25-000-2014-00696-00(2143-14).
Sección Segunda. Subsección B. Bogotá D.C.: [C.P César Palomino Cortés]
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. (2018).
Radicación número: 11001-03-25-000-2014-00637-00(2025-14).
Sección Segunda. Subsección “B”. Bogotá D.C.: [C.P César Palomino Cortés]
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. (2018).
Radicación número: 11001-03-25-000-2014-01025-00(3105-14).
Sección Segunda. Subsección “B”. Bogotá D.C.: [C.P César Palomino Cortés]
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. (2016).
Sentencia C 179 de 2016. Bogotá D.C.: [C.P Alejandro Linares Cantillo]
- Consejo Superior de la Judicatura y República Federal de Alemania. (2012).
Importancia de la Jurisprudencia en Colombia. Proyecto FortaEsDer.
Bogotá, Colombia: Editorial Gatos Gemelos. P.134.
- Constitución Política de Colombia. (2018). Bogotá, Colombia: Ed. Legis S. A., 39 edición. p.726.

Corte Constitucional de Colombia. (1993). *Sentencia de Constitucionalidad C 104 de 1993*. Bogotá D.C.: [M.P Alejandro Martínez Caballero]

Corte Constitucional de Colombia. (1993). *Sentencia de Tutela 398 de 2013*. Bogotá D.C.: [M.P Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]

Corte Constitucional de Colombia. (2008). *Sentencia 335 de 2008*. Bogotá D.C.: [M.P Humberto Antonio Sierra Porto]

Corte Constitucional de Colombia. (2015). *Sentencia C 621 de 2015*. Bogotá D.C.: [M.P Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]

Corte Constitucional de Colombia. (2011). *Sentencia C 816 de 2011*. Bogotá D.C.: [M.P Mauricio González Cuervo]

Corte Constitucional de Colombia. (2012). *Sentencia C 588 de 2012*. Bogotá D.C.: [M.P Mauricio González Cuervo]

Corte Constitucional de Colombia. (2017). *Sentencia SU611 de 2017*. Bogotá D.C.: [M.P Alberto Rojas Ríos]

Corte Constitucional de Colombia. (2018). *Sentencia T 039 de 2018*. Bogotá D.C.: [M.P Gloria Stella Ortiz Delgado; Cristina Pardo Schlesinger y José Fernando Reyes Cuartas]

Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado-Ministerio de Justicia y del Derecho. (2012). *Las Sentencias de Unificación y el Mecanismo de Extensión de Jurisprudencia*. Disponible en: www.imprenta.gov.co



PARTE III

CONSTRUCCIONES SOBRE CÓMICS

289



LOS INCREÍBLES Y EL DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO. APARTES INÉDITOS SOBRE LA LEGALIZACIÓN DE LOS SÚPER

*David Esteban Rojas Segura**

*Sergio Alfredo Segura Alfonso**

Resumen: este escrito tiene como propósito abordar, desde la trama de la película *Los increíbles* de Pixar, una de las temáticas obligatorias en el estudio del derecho al trabajo, que ha abanderado buena parte del campo de acción de la Organización Internacional del Trabajo alrededor del mundo, como lo es el derecho colectivo laboral.

El derecho colectivo del trabajo, junto con los elementos nucleares que lo integran como la huelga, la negociación y el diálogo social, ocupó un lugar importante durante la conferencia centenaria de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), dado su importante papel en el fortalecimiento de las relaciones entre los trabajadores, los empleadores y el Gobierno, en la implementación de las buenas prácticas laborales, el trabajo decente, la reducción de la brecha salarial entre los hombres y las mujeres y la realización de los objetivos de desarrollo sostenible, entre otros.

La familia de superhéroes nos enseña que, desde el diálogo y la concertación, es posible buscar una solución a las problemáticas que afectan no solamente a los trabajadores, sino al desarrollo de la vida en sociedad.

* Abogado, maestrando en Derecho Laboral y Seguridad Social en la Universidad Libre de Colombia. Miembro del Observatorio del Trabajo y de la Seguridad Social de la misma universidad. Miembro de la delegación colombiana de Jóvenes Juristas de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (ISLSSL).

* Abogado, especialista en Derecho Administrativo en la Universidad Libre. Especialista en Derecho Laboral y Relaciones Industriales de la Universidad Externado de Colombia. Miembro del Observatorio del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Libre.

Palabras clave: derecho colectivo, legalización, trabajador, empleador, empleo.

Introducción

Desde la creación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), hace un siglo, el mundo ha reconocido la importancia del derecho colectivo del trabajo, el cual, más allá de la clásica idea de regular las relaciones entre el binomio trabajador-empleador y fijar las condiciones laborales, constituye un elemento crucial para lograr una verdadera justicia social.

Muchos de los elementos que integran el derecho colectivo del trabajo, como el derecho de asociación sindical, el derecho de huelga, la negociación colectiva, la libertad sindical y el dialogo social, constituyen mecanismos mediante los cuales no solamente los trabajadores, en el marco de un contrato de trabajo, sino también aquellos que desempeñan su trabajo bajo una forma atípica de empleo, e incluso, los actores sociales, entablan un diálogo directo con aquel extremo de la relación, que cuenta con mayor preeminencia —Estado, empleador—. Ello se presenta con el fin de fijar las condiciones de trabajo e, incluso, establecer las políticas sociales y el marco de acción-participación entre las organizaciones de trabajadores o empleadores, el Estado o la sociedad civil. Tal acción se implementa de cara a blindar de legalidad a determinadas actividades que, en algún momento, son consideradas como ilegales, pero que gozan de legitimidad por la sociedad y constituyen fuente de sustento o realización profesional para cierto número de personas.

En la Declaración de Filadelfia, de 1944, parte integral de la Constitución de Organización Internacional del Trabajo (OIT), se reconoce el papel fundamental que desempeña la negociación colectiva¹ para lograr el progreso constante en la humanidad. Esto se desarrolla con base en el dialogo social y la concertación y así, las organizaciones de trabajadores y empleadores, en pie de igualdad con el Estado, participan mediante discusiones democráticas en la toma de decisiones, en las políticas o en los acuerdos que tienden a asegurar el bienestar material y el desarrollo óptimo de la calidad de vida de los seres humanos.

¹ Título I, de la Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo.

De tal forma, el derecho colectivo del trabajo y sus diferentes componentes resultan determinantes para alcanzar la paz y la justicia social, puesto que, al ser el trabajo uno de los elementos que orientan, determinan y dan sentido, en gran parte, a la vida de una persona, la esencia de este derecho va mucho más allá del aspecto laboral, para convertirse en un elemento de raigambre fundamental para el resorte de los derechos humanos.

En el presente artículo, se retomarán los postulados del derecho colectivo del trabajo, en el contexto espacial de Metroville, una ciudad, como casi todas las metrópolis, asediada por la injusticia social y el crimen. Esta cuenta con un grupo de ciudadanos altruistas que, día a día, arriesgan sus vidas al servicio de la justicia y la verdad. Dicha metrópoli es el hogar de la familia Parr, integrada por Robert “Bob” Parr (Mr. Increíble), Helen (Elastigirl), Violeta, Dash y el pequeño Jack Jack, quienes integran el clan de superhéroes cuyos poderes especiales hacen de esta peculiar familia, una *increíble*.

La ilegalización de los súper, como consecuencia de las multimillonarias demandas que recibió la ciudad de Metroville, supuso un reto para la familia Increíble y los demás superhéroes, quienes, durante décadas, continuaron realizando clandestinamente su heroica actividad: en el día encubrían su identidad secreta, mediante trabajos cotidianos.

Los súper fueron forzados a esconderse y la promulgación de la ley que castigaba la actividad de superhéroe representó una vida carente de sentido para muchos de ellos, incluida la de Mr. Increíble. Lo que no nos cuenta la historia es que la legalización de los súper en Metroville—cuya trama se evidencia en la segunda parte de Los Increíbles— tuvo mucho que ver con los conceptos de diálogo, concertación, negociación entre delegados de los súper, representados por Winston Deavor. Ellos, bajo la máxima: “Romper la ley para cambiarla”, consiguieron la derogación de la ley y la posterior legalización de la actividad de los súper en la Asamblea Gubernamental.

1. Metroville: de la legalidad a la clandestinidad de los súper

Durante años, los súper fueron el complemento perfecto de las labores de las autoridades de Metroville en la lucha contra el crimen. La

familia Increíble, especialmente Elastigirl y Mr. Increíble, junto con su amigo Lucius Best, conocido en el heroico mundo como Frozono, dedicaban su tiempo completo a impedir los resultados macabros de los villanos que amenazaban la paz de los ciudadanos, sin importar el incansable sol o la penuria de la noche y el frío.

Durante mucho tiempo, los súper gozaron de la legitimidad de los habitantes de Metroville y, a diario, fueron ovacionados en los titulares de prensa y en los noticiarios. Sin embargo, con el pasar del tiempo, fueron perdiendo prestigio.

Los desastres que provocaban en la infraestructura pública de la ciudad, en los edificios de los empresarios y dueños de las tiendas fueron llevados a conocimiento de la justicia. Allí, las decisiones de los jueces no favorecían la labor de los súper y, finalmente, la ciudad de Metroville resultó condenada por los daños colaterales causados en cada hazaña.

La última hazaña de Mr. Increíble, que supuso su salida de la carrera de superhéroe, estuvo relacionada con salvar la vida de un hombre suicida, el cual demandó a la ciudad de Metroville por una millonaria suma, como perjuicio por haberle salvado la vida.

294

La frustración del suicidio de Oliver Sansweet trajo consigo una demanda ante la Suprema Corte, para Mr. Increíble y para el ayuntamiento de Metroville, por una cuantiosa suma, ya que el suicida, como lo adujo en declaraciones de prensa, consideró que “Mr. Increíble no salvó mi vida, arruinó mi muerte”². A esta demanda se sumó la de los ocupantes del monorriel que Mr. Increíble ayudó a salvar, por cuenta de la explosión que se causó por un artefacto que se activó en la maniobra de capturar a Bomb Voyage.

Todo lo anterior, generó las derrotas del Gobierno de Metroville en los tribunales y, con ello, una pérdida de confianza de los ciudadanos en la actividad de los superhéroes, los cuales terminaron siendo ilegalizados en la ciudad.

² Cinta de los Increíbles I, de Pixar, 2004.

2. La restauración del estatus legal de los superhéroes, el derecho colectivo y la asociación sindical

La actividad de los superhéroes de Metroville dejó grandes pérdidas económicas para la ciudad. Es que luchar contra el crimen no es del todo sencillo, pues al ser un oficio de alto riesgo, es inevitable no causar daños a la infraestructura.

En ese sentido, los súper fueron reubicados laboralmente en actividades cotidianas y durante 15 largos años mantuvieron ocultas sus identidades. Mr. Increíble comenzó a utilizar su nombre de pila—Bob Parr— y a laborar en una compañía de seguros, mientras que su esposa Elastigirl —Helen Par—se dedicó a las actividades del hogar y al cuidado de los hijos.

Clandestinamente, llevaron a cabo sus actividades heroicas por fuera del horario laboral, sobre todo, en las noches, pues su verdadera pasión radicaba en la lucha contra el crimen, lejos de las actividades cotidianas a las que se vieron forzados a recurrir por la prohibición.

Luego, en la segunda parte de la película, un magnate —Winston Deavor— quiso rescatar la labor de los súper y comenzó una tarea de lobby ante los entes gubernamentales de Metroville y el mundo, para retornar a los superhéroes a la legalidad.

Elastigirl y Mr. Increíble fueron incluidos en un club de superhéroes en el que se integraron con otros peculiares personajes, en una convención de alianza de nuevos superhéroes, como Viajera, Silbato, Bloque y Reflujo. Esta asociación se realizó con la misión de abogar por la restauración de su papel en la vida en sociedad y, sobre todo, por su legalización.

En ese sentido, es posible ver que uno de los elementos que llevó a la reunión de los súper en la asamblea fue un sentimiento colectivo de protección hacia sus derechos, en principio, laborales, pues en Metroville el oficio de superhéroe era considerado como una profesión.

Cabe mencionar que la concepción clásica del derecho colectivo del trabajo es aquella rama del derecho laboral que se ocupa del tratamiento y

la protección del trabajador, en forma abstracta y general, a través de las asociaciones profesionales o asociaciones sindicales³.

Históricamente, el derecho colectivo del trabajo fue concebido en el seno del capitalismo cuando, ante la ilegalización de las actividades de estas organizaciones,⁴ surgió una fase de aceptación dentro de la legalidad. Así, esta faceta del derecho del trabajo nació para tratar de equilibrar la balanza de la relación asimétrica que existía entre el trabajador y el empleador.

En palabras del jurista José Bouzas, el derecho colectivo surgió como expresión de los derechos sociales⁵ que nacieron en un contexto en el que el Estado moderno se percató de que la libertad empresarial no podía convertirse en una regla absoluta, si se pretendía garantizar la estabilidad y el bienestar social. Se dotó a los trabajadores de elementos legales para que, sumando esfuerzos unos a otros en masas, pudieran negociar en condiciones de igualdad con los dueños de los medios de producción.

Entonces, el derecho colectivo del trabajo se integra con unos principios rectores que rigen su campo de aplicación, los cuales no pueden ser minimizados por ninguno de sus destinatarios o por agentes externos como el Estado.

En palabras del maestro Mario de la Cueva, el derecho colectivo se integra con los siguientes principios:

la libertad de coalición, que es el principio base y el que permite la unión de trabajadores para la defensa de sus intereses comunes; la asociación profesional, sindicatos, federaciones y confederaciones que se propone dos finalidades: una inmediata, conseguir y fortalecer la unión de los trabajadores, y otra mediata, la búsqueda en un mañana próximo de un régimen económico y social más justo. El contrato colectivo y el contrato-ley, que son instrumentos en los que la clase trabajadora plasma su finalidad inmediata. Finalmente, la huelga que es el

³ LÓPEZ, Alberto. Elementos de derecho del trabajo. Quinta edición. Bogotá: Ediciones del profesional, 2014. p.429.

⁴ En las primeras revoluciones industriales de Inglaterra y Francia, la asociación sindical se encontraba prohibida y en el primer país se castigaba con la pena capital.

⁵ BOUZAS, José Alfonso. Derecho colectivo y procesal del trabajo. Segunda Edición. Colección textos jurídicos. Ciudad de México: Iure Editores, 2015. p.2.

procedimiento que capacita a los trabajadores para obligar a los empresarios a que acepten la regulación decorosa de las relaciones individuales de trabajo y a que cumplan las normas de trabajo vigentes en la empresa o establecimiento⁶.

Teniendo en cuenta su origen, el derecho colectivo laboral puede ser analizado desde dos dimensiones: una cuantitativa y otra cualitativa.

En la dimensión cuantitativa, observamos el número de miembros que las leyes exigen para poder conformar una organización sindical. En el contexto colombiano, por disposición del artículo 400 A, del Código Sustantivo del Trabajo, esa cifra se reduce a mínimo 25 trabajadores, en el caso de las organizaciones de trabajadores, y a 5 empleadores, en el caso de las asociaciones de profesionales.

En la dimensión cualitativa, analizamos un componente denominado *interés colectivo*, el cual consiste en la suma de los intereses individuales de los trabajadores que conforman una organización sindical⁷ y que expresan un interés. Ellos son los miembros de un gremio.

297

El interés colectivo supone la existencia de intereses objetivos vinculados con la posición que un determinado grupo de individuos—los trabajadores— ocupa en la organización social de la producción y los servicios, por el hecho de prestar su trabajo bajo dependencia y subordinación, en beneficio de otro grupo —los empleadores⁸—.

De la posición que ocupan en la actividad social, nace para el empleador la posibilidad de ejercer autoridad y poder en el seno de la empresa y nace para el trabajador la carencia de esta autoridad o poder para autogobernarse en el ámbito laboral y el interés de mejorar sus condiciones de trabajo.

Los intereses, así definidos por los roles que ocupan los individuos en una situación social, son siempre intereses latentes —desde el punto de vista de los sujetos—. Estos se transforman en intereses colectivos cuando se externalizan las acciones. No obstante, estos intereses se encuentran

⁶ DE LA CUEVA, Mario. El humanismo jurídico (antología). Ciudad de México: Editorial Fondo de Cultura Económica y Universidad Nacional Autónoma de México –UNAM, 1994. pp.678-679.

⁷ LÓPEZ, Alberto. Elementos de derecho del trabajo. Quinta edición. Bogotá: Ediciones del profesional, 2014. p.433.

⁸ Óp. cit.

tanto en la cabeza de los emperadores como de los trabajadores. El derecho colectivo se enfoca en los intereses de estos últimos.

Las aspiraciones individualizadas de cada uno de los súper de Metroville los llevaron a sumar fuerzas para la creación de una organización de superhéroes. Así, es posible ver cómo se aparta la idea de considerar cada lucha individual de los súper y pasar a ser una reivindicación colectiva.

Esta rama del derecho laboral considera a los sujetos colectivos no individualizados en la regulación de las relaciones establecidas entre los empleadores y los trabajadores.

El derecho colectivo configura una nueva concepción política del Estado, en la que se abandona el tratamiento individual del trabajador y se resume en la intervención activa y colectiva de sus relaciones económicas con los empleadores. En consecuencia, el derecho laboral colectivo ha sido y sigue siendo un esfuerzo por elevar la dignidad del trabajador, a través de la regulación, la formación y el funcionamiento de las asociaciones profesionales y sindicales, sus relaciones recíprocas frente al Estado, así como los conflictos que de las mismas puedan surgir.

298

El derecho de asociación sindical reconoce a absolutamente todos los trabajadores pues, por mandato del Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, este derecho humano no solamente debe estar dirigido a trabajadores dependientes, sino a todos aquellos que devenguen el sustento, como consecuencia de otorgar su fuerza de trabajo por cuenta ajena o propia, a un empleador o contratista. Así, los trabajadores independientes también cuentan con el derecho inalienable a la asociación sindical.

Al respecto, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha sostenido desde los debates del Coloquio internacional sobre los sindicatos y el sector no estructurado, celebrado en Ginebra, en 1999, que:

se han tomado iniciativas deliberadas para definir estrategias pormenorizadas y coordinadas a fin de responder a los desafíos planteados por el crecimiento de la economía informal.

El movimiento sindical no ha dejado nunca de reconocer y recalcar la necesidad de tener en cuenta a estos trabajadores. En las últimas tres décadas aproximadamente, muchas centrales sindicales nacionales de los países en desarrollo han vuelto a analizar y reformar sus percepciones y políticas respecto a la economía informal. Se ha hecho prueba de una enorme creatividad para demostrar cómo tender puentes entre el movimiento sindical formal y los trabajadores de la economía informal⁹.

Los superhéroes también tuvieron derecho de asociación para la defensa de sus intereses, lo cuales radicaban principalmente en la legalización de las labores de superhéroes. Las reivindicaciones de los personajes heroicos de Los Increíbles salieron de la esfera de lo tradicional y escaparon a las clásicas reivindicaciones de mejora salarial, al desarrollarse en un ambiente de tripartismo, como lo ordena la Organización Internacional del Trabajo (OIT) desde su fundación en 1919.

299

La lucha de los dueños de la noche de Metroville se desarrolló, incluyendo además del Estado, a los actores sociales. Es importante mencionar que la reivindicación no se dio desde el punto de vista económico, sino desde el punto de vista de la legalidad.

Actualmente, el sindicalismo ha dejado de lado la concepción clásica de la reivindicación de las prestaciones económicas y ha pasado a formar parte de un activismo social en el cual también se aprecian como propias las reivindicaciones sociales y de los derechos humanos.

La labor de diálogo entre los representantes de los súper, el ayuntamiento de Metroville y los delegados internacionales de los Estados posibilitaron el retorno a la legalidad de las actividades heroicas.

3. Apartes inéditos sobre la lucha sindical de los súper¹⁰

Finalmente, y con todos los retos que supuso el retorno a la vida de los súper de Metroville (la etapa adulta de Incrediboy, aquel personaje

⁹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Organizar en sindicatos a trabajadores de la economía informal. Ginebra: 2019. p.56.

¹⁰ Las referencias legales que se realizan en este relato han de ser entendidas desde la legislación colombiana.

infantilesco y valiente que en la primera película admiraba a Mr. Increíble y quería imitarle), la restauración del estatus legal de los súper fue una realidad.

La convención de superhéroes fue el comienzo de una gran lucha por la reivindicación de las labores. Winston Deavor supo elegir muy bien a la persona que iba a representar los intereses de toda la colectividad. Una mujer de un bajo perfil hasta la segunda película, que gozaba de toda la legitimidad y no era vista por las autoridades políticas y los habitantes de Metroville como una amenaza, pues nunca hubo alguna noticia sobre ella que hiciera alusión a su destrucción de la ciudad.

Lo sucedido en el barco “El justiciero” resulta ser una auténtica materialización de uno de los elementos centrales que rescata hoy la Organización Internacional del Trabajo: el diálogo social.

Conformar la organización de los súper no fue una tarea fácil para Elastigirl y Deavor, pues muchos de ellos estaban resentidos por el trato que les brindaban las autoridades de Metroville. Además, porque, durante más de una década, se vieron obligados a estar en la clandestinidad, como los delincuentes a los que ellos mismos combatían.

300

Deavor, su hermana Helen y Elastigirl tuvieron que realizar una titánica labor semanas antes del encuentro con la comunidad internacional y el ayuntamiento de Metroville, pues la simple voluntad de dos de ellos no resultaba suficiente para configurar un poder tan grande como para acaparar la atención y el ánimo para negociar de las autoridades

La decisión de estos valientes fue determinante pues, junto a Elastigirl, Mr. Increíble y Frozono, se sumaron veintidós superhéroes más, con el objetivo de conseguir la tan anhelada legalidad.

Para poder presentar un pliego de solicitudes a la Asamblea de Gobernantes, fue determinante el consenso dentro de la misma organización de los súper. A las habituales discusiones entre los superhéroes se suman, para colmo de Elastigirl, las lamentaciones de Bob, que estaba harto de hacerse cargo de las labores del hogar, pues ahora su esposa ocupaba la totalidad de su tiempo en la misión que los súper volvieran a ver la luz de la legalidad.

Las jornadas de diálogo en el interior de la organización fueron extenuantes: el pliego que se iba a presentar al Gobierno de Metroville debía contener las pautas del acuerdo colectivo al que habían llegado los súper que conforman la organización, lo cual implica, en un principio, la concertación interna, para hacer notar a las autoridades la importancia de levantar la restricción a las actividades de los superhéroes. Una vez el pliego fue aprobado por la asamblea general de los súper, la organización nombró a tres delegados¹¹ que representarían a los superhéroes de Metroville ante los entes gubernamentales.

Dicha comisión estuvo conformada por Elastigirl, a la cabeza, Frozono y Mr Increíble. Aunque muchos más súper, como Viajera, quisieron conformarla, en votación de la organización sindical decidieron que era más eficaz que los políticos escucharan tres voces que los representaran¹².

Una vez fueron nombrados, se presentaron inmediatamente ante el gobernador de Metroville, junto con el pliego suscrito por la organización de superhéroes. El dirigente los recibió en su despacho y 24 horas más tarde¹³, se inició la etapa de conflicto colectivo de trabajo. En esa etapa, los políticos de Metroville, el gobernador, Elastigirl, encabezando la comisión, Forozono y Mr. Increíble entablaron la etapa de diálogos. En ella, el uso de elementos como el diálogo y la concertación resultaron claves para que los súper lograran convencer al Gobierno acerca de su titánica labor al servicio de la ciudad.

Algo con lo que no contaron los superhéroes fue con los ciudadanos de Metroville afectados por los desastres generados a lo largo de las hazañas. Ellos también quisieron formar parte activa en los diálogos que llevaban a cabo la organización de los superhéroes y el ayuntamiento.

Un elemento nuclear en esta fase fue el denominado dialogo social, el cual se evidenció en la lucha sindical de los súper, cuando los ciudadanos

¹¹ Código Sustantivo del Trabajo, artículo 430.

¹² Según el artículo 3, del Convenio 87 de la OIT, las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción.

¹³ Código Sustantivo del Trabajo, artículo 433.

también quisieron formar parte del acuerdo sobre su legalización. El dialogo social, según la Organización Internacional del Trabajo, no presenta una definición unívoca, pues sus procesos incluyen prácticas de muy diversa índole, dependiendo del país en el que se desarrollan. En principio, el diálogo social incluye el mero “intercambio de información entre los representantes de los gobiernos, los empleadores y los trabajadores, sobre cuestiones de interés común relativas a las políticas económicas y sociales”¹⁴.

Con base en el diálogo social, diferentes actores pueden intervenir en la configuración de normas laborales que atañen a todos, así como en las políticas públicas de formalización del empleo, la educación para el trabajo, la equidad de género, entre otras. En el caso de los súper, el diálogo social fue palpable, pues una reivindicación que, en principio, comenzó de manera colectiva entre un gremio, pasó a ser un asunto de interés social, dada la labor de los súper en beneficio de toda la comunidad de Metroville.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) señala en sus informes que

el éxito del diálogo, además de en las condiciones institucionales y en el marco jurídico, se basa fundamentalmente en la existencia de un amplio apoyo social. Para que tenga lugar el apoyo social se requiere un marco político donde el Gobierno y la opinión pública en general acepten a los interlocutores sociales como interlocutores plenamente legitimados para el diálogo, donde la opinión pública apoye la intervención de los interlocutores sociales en la formulación de políticas, y donde el Gobierno goce de legitimidad y de una relativa estabilidad política¹⁵.

Los ciudadanos dejaron de lado los viejos recuerdos sobre el impedimento del suicidio de Oliver Sansweet y la destrucción del monorriel, cuando Bob intentó salvar la bóveda del Banco Central de las garras de Bomb Voyage. Entonces, reconocieron el incremento de la criminalidad en Metroville desde la ilegalización de los superhéroes.

¹⁴ Oficina Internacional del Trabajo. Aspectos clave del diálogo social nacional: un documento de referencia sobre el diálogo social. Ginebra: 2004. p.11.

¹⁵ Óp. Cit.

Mediante el diálogo social, se llegó a una negociación democrática con la participación de los actores sociales de la ciudad.

Según la Organización Internacional del Trabajo (OIT), las condiciones que permiten el diálogo social son las siguientes: “1) La existencia de organizaciones de trabajadores y de empleadores sólidas e independientes, con la capacidad técnica y el acceso a la información necesarios para participar en el diálogo social; 2) La voluntad política y el compromiso de todas las partes interesadas; 3) El respeto de los derechos fundamentales de la libertad sindical y la negociación colectiva, 4) Un apoyo institucional adecuado”¹⁶.

Los primeros 20 días de negociación¹⁷ fueron arduos, ya que los miembros de la comisión gubernamental se mostraron renuentes a una legalización de los súper, muy a pesar de que la ciudadanía de Metroville mostró apoyo al pliego. Los diálogos, en esta primera etapa, concluyeron sin noticias positivas para los superhéroes y la zozobra se apoderaba de ellos, pues era su primera vez luchando por sus derechos solamente con el poder de la palabra. No obstante, los súper decidieron continuar los diálogos, en la prórroga de las conversaciones, por otros 20 días más.

303

Los súper continuaron poniendo toda su disposición para convencer a los políticos de Metroville, pero sabían que no iba a ser tarea fácil. Por ende, fueron previsivos y prepararon la etapa siguiente¹⁸, por si fallaban los diálogos. Por primera vez, por sus cabezas pasó la palabra huelga.

Uno de los principales argumentos que utilizó la representación de los súper en la mesa de diálogos fue la aparición de la amenaza de un nuevo villano para la ciudad: el rapta pantallas, el cual, con su poder hipnotizante, tenía la capacidad de mimetizarse en la pantalla de cualquier dispositivo para manipular a su antojo a las víctimas.

Transcurridos 15 días de la prórroga de la etapa de arreglo directo¹⁹, se produjo lo anhelado por años: el Gobierno de Metroville dio luz verde para la legalización de la actividad de los superhéroes. Todos lo celebraron

¹⁶ Oficina Internacional del Trabajo. La promoción del empleo rural para reducir la pobreza. XCVII reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo. IV Informe. Ginebra: 2008. p.126.

¹⁷ Hace referencia al inicio de la etapa de arreglo directo. Código Sustantivo del Trabajo, artículo 434.

¹⁸ Código Sustantivo del Trabajo, artículo 444.

¹⁹ La suma de la fase obligatoria de diálogos y su prorroga no puede exceder de 40 días calendario.

por lo alto. La formalización de la legalización de esta actividad se realizó ante representantes de todo el mundo, reunidos en el crucero “El justiciero”.

Por ejemplo de sus padres, Violeta, Dash y, en un futuro, el pequeño Jack Jack, entenderían que los superhéroes no solamente cuentan con los poderes que la naturaleza les entregó, sino también con un poder común a todos los seres humanos: el diálogo y la concertación en su componente social.

4. Conclusión

El derecho colectivo del trabajo mutó de sus clásicas reivindicaciones y, ahora, con el componente del diálogo y la concertación enfocada hacia la sociedad, es posible establecer políticas públicas en materia laboral. En ese sentido, los trabajadores, el Estado, los empleadores y los actores sociales están en la capacidad de entablar discusiones libres, cristalizando el principio democrático de cara a obtener no solamente la satisfacción de sus aspiraciones, sino el bienestar común.

TORMENTA VS. EL TECHO DE CRISTAL. LA DISCRIMINACIÓN LABORAL DE LA MUJER MIGRANTE EN COLOMBIA

Tania Michelle González Caro

Yenifer Martínez Caballero

Pedro Elías Moreno Ampique

*Ruth María Delgado Maya**

Resumen: el presente escrito cuenta la historia de Tormenta, una mutante de origen manizaleño, quien tiene el sueño de estudiar biología marina, pero, por provenir de una familia pobre, decide entrar al mundo de la prostitución. Mundo en el que se envolvió por sugerencia de su amiga Marcela, de origen venezolano, a quien conoció en el transcurso de su carrera y quien más adelante será periodista. Estas dos amigas cruzan sus carreras y sus aventuras, descubriendo Tormenta, por su parte, sus superpoderes y Marcela, por la suya, sus derechos y aspiraciones.

Marcela escribe un artículo que comprende la migración y el Techo de cristal, información que, más adelante, le servirá a Tormenta para hacer valer sus derechos como trabajadora y como mutante.

Palabras clave: Techo de cristal, migración, prostitución, derecho a la igualdad, libre locomoción, trabajo.

Introducción

El cuento que se presenta contiene la definición de términos como: Techo de cristal, migración, discriminación y prostitución, los cuales afectan de manera directa al género femenino, sin excluir a los hombres, en

* Miembros del Observatorio del Trabajo y de la Seguridad Social

la problemática de la migración. Sin embargo, la problemática y su descripción se enfocan, mayormente, en la afectación al género femenino.

Así, Tormenta, como mujer, mutante, estudiante, prostituta y trabajadora es víctima de la problemática que la lleva a descubrir sus poderes. La problemática de la migración se describe mediante su compañera Marcela, de origen venezolano, quien es un personaje dentro de la historia y quien presenta la mayor parte de la terminología, por la habilidad que le da su profesión de periodista. Ella asume el rol después de un suceso que la hizo reflexionar y encontrar su verdadera pasión. Por ello, abandona la prostitución y también la carrera de biología marina que la había conducido a conocer a su amiga Tormenta.

1. Descubrimiento del poder sobre la naturaleza

Tormenta es una mujer oriunda de Manizales (Caldas), estudiante de grado 11, en el colegio Santa Inés, como la gran mayoría de las mujeres. Ella tiene aspiraciones y metas de convertirse en una profesional y acceder a un trabajo bien remunerado. Al ser su último año de colegio, se enfoca en escoger su carrera profesional, decidiéndose por la biología marina, debido a lo fascinante que le resulta el mar y las criaturas que lo habitan. Sueña con desentrañar todos los misterios que el océano esconde, tras la inmensidad del mundo marino.

306

Tormenta proviene de una familia de escasos recursos, por lo que, al graduarse del bachillerato, empieza a trabajar como mesera, en uno de los restaurantes de la plaza de mercado San José de Manizales, por cuatro años. Ella ahorra lo más posible, ya que sus padres, al cumplir la mayoría de edad, le exigieron ayudar con los gastos de la casa y, además, que les pagara arriendo. Sin el apoyo de sus padres, empieza a tener terribles dolores de cabeza, debido a que no descansa ni los fines de semana, para poder reunir el dinero suficiente e iniciar sus estudios.

Así, transcurrieron otros 2 años. Sus dolores de cabeza eran más frecuentes hasta que, un día, no puede ir a trabajar a causa de una migraña que la deja totalmente inmóvil. Ese mismo día, mientras ella intentaba recuperarse y lidiar con el dolor, cayó una tempestad sobre Manizales. El vendaval solo se atenuaba por minutos y la ciudad entera cesó su actividad, debido a la inundación que provocó dicho fenómeno natural.

Al día siguiente, Tormenta se levantó con todo el ánimo para ir a trabajar. El sol iluminó toda la ciudad y hasta el rincón más pequeño recibió los rayos. Mientras estaba atendiendo a una familia que llegó a la plaza de mercado San José de Manizales, un hombre le gritó un arsenal de obscenidades, lo que detonó en Tormenta una fuerte jaqueca, al sentir la impotencia de no poder hacer nada en contra del hombre que la insultaba. El cielo se nubló por completo y el granizo no se hizo esperar: empezaba de nuevo la tempestad. El jefe de Tormenta le dijo que se fuera a descansar a su casa y que no volviera hasta estar mejor.

Tormenta no relacionó su dolor de cabeza con los acontecimientos climáticos ocurridos en días pasados. Así, transcurrió el tiempo y cada vez que Tormenta sufría sus acostumbradas jaquecas, el clima se tornaba inclemente. Fueron tantas las veces que sucedió, que Tormenta empezó a darse cuenta de que sus jaquecas ocasionaban los cambios climáticos, razón por la cual empezó a trabajar en controlar el poder que tenía y se percató de que era una mutante.

Después de controlar su poder y sus dolores de cabeza, no le vio provecho a aquel don, debido a que su sueño era estudiar biología marina, y este don no le servía para ganar dinero, según pensaba ella. Si la gente descubría que la causa de semejantes tempestades era Tormenta, la tratarían de bruja y sufriría discriminación y, por ende, no encontraría empleo.

2. La prostitución y el poder de congelar la discriminación

Pasado un año, Tormenta logró pedir un préstamo de estudio y con lo que había ahorrado, pagó las cuotas y empezó a estudiar biología marina en la Universidad de Caldas. En séptimo semestre, la universidad les propuso a los estudiantes que tuvieran la posibilidad de viajar, la estadía en Cartagena, por un año. Sin embargo, la universidad no podía asumir la totalidad de los costos de manutención, por lo que los estudiantes debían pagar \$30.000.000 millones de pesos, para poder acceder al beneficio de recibir lecciones en Cartagena y así, estar en contacto directo con el mar y todos los animales, las plantas y los misterios que lo habitan.

Tormenta sintió entusiasmo, pero también tristeza en su cabeza y corazón, pues no contaba con el dinero. Una de sus compañeras de estudio

le propuso que trabajara como prostituta, porque así conseguiría el dinero en menos del tiempo pensado. Tormenta lo pensó detenidamente y sin estar completamente segura, accedió a la propuesta.

La amiga de Tormenta, Marcela, quien era de origen venezolano, había migrado de su país de origen debido a la situación económica y política que atravesaba. Marcela había iniciado en la prostitución, desde que arribó a Medellín, Colombia, ya que, por ser migrante, no le había sido posible emplearse de manera rápida y bien remunerada. Por tal motivo, decidió ejercer la prostitución para sobrevivir. Sin embargo, en el ejercicio de la actividad y conforme pasaba el tiempo, el motivo por el que ella ejercía cambió. Ahora, lo hacía por mantener un nivel de vida elevado, ya que ganaba bastante dinero e invertía muy poco tiempo; algunas veces, solo los fines de semana. Después, Marcela se trasladó a Manizales, para iniciar sus estudios en biología marina. Allí conoció a Tormenta.

Marcela le comentó a Tormenta que la mejor forma para ganar dinero y no compartirlo con un proxeneta era situándose en los parques y/o en las esquinas de la ciudad y, para que sus familias no las vieran ni sospecharan de su actividad, lo ideal era situarse en lugares ubicados al otro extremo de la ciudad y, muchas veces, a las afueras.

Un día en el que Tormenta y Marcela estaban ejerciendo la prostitución, un grupo de policías se percató de que las jóvenes estaban vendiendo sus cuerpos y, sin pensarlo dos veces, se acercó para manifestarles que se encontraban ocupando espacio público y que la calidad que tenían era de vendedoras ambulantes, en cuanto la mercancía eran sus cuerpos. Ellos, los policías, estaban recuperando el espacio público y, por esto, debían retenerlas y conducir las a la Unidad Permanente de Justicia (UPJ)¹.

Tormenta se enfureció y la jaqueca no se hizo esperar. Así, el ambiente empezó a tornarse frío y sus ojos cambiaron a un color blancuzco, arremetiendo contra de los policías que las habían aprehendido, congelándolos, para aprovechar el instante y darse a la fuga.

¹ Sentencia T-594, de 2016, proferida por la Corte Constitucional. Referencia: Expediente T-5.596.207 (se adecuaron los hechos de la sentencia a la historieta)

Como el interés de Tormenta era ocultar su súper poder de toda la comunidad y de su familia, hizo caso omiso a las preguntas que Marcela sorprendida por el suceso le hacía. Así, para calmarla y darle un buen merecido a los policías, en razón a la discriminación que habían ejercido sobre ellas, instauró una acción de tutela contra el Ministerio de Defensa, el Ministerio del Trabajo, la Policía Metropolitana de Manizales, la Personería, la Alcaldía y la Procuraduría General de la Nación.

Asunto: trabajo sexual, derecho al trabajo, espacio público, derecho a la libre circulación.

Los policías, al enterarse de la acción de tutela y sorprendidos aún por la manera en la que Tormenta y Marcela habían escapado, dieron contestación, aduciendo al escape fantástico de las presuntas vendedoras ambulantes, que invadían el espacio público, a lo cual la juez hizo caso omiso, por ser un relato que parecía proceder de una película de ficción. Por el contrario, el análisis del caso que fundamentó la sentencia se dio en el siguiente sentido:

[...] El proyecto de Litigio de Alto Impacto del Centro de Derechos Humanos y Derechos Humanitario de American University afirmó que la Corte IDH ha señalado que para que una detención cumpla con los requisitos del artículo 7 de la Convención Americana deben existir “indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad de la persona sometida a un proceso” y en el caso no hay ninguna relación entre la desarticulación de los grupos delictivos con la detención del grupo de mujeres ni tampoco estaban realizando exhibiciones obscenas. A su juicio, la motivación de la Policía se basó “en la subjetividad y prevalencia de atribuciones sociales y culturales que enmarcan cómo se deben vestir las mujeres en qué lugares deben estar, qué ocupaciones deben realizar o cómo deben desarrollar su sexualidad”. Por último, señaló que las obligaciones internacionales establecen el derecho de las mujeres trabajadoras sexuales a vivir una vida libre de violencia y que la detención de mujeres con base en su apariencia y su género constituye un estereotipo que es

discriminatorio y contrario a las normas y estándares internacionales.

La igualdad como derecho, valor y principio transversal a la Constitución de 1991 impone, a partir de su artículo 13, tres obligaciones precisas. La primera, establecida en el inciso segundo, se refiere a la promoción de la igualdad material, mediante la adopción de medidas en favor de grupos marginados o discriminados. La segunda, en virtud del inciso tercero, impone la especial protección a las personas que se encuentren en una situación de debilidad manifiesta “por su condición económica, física o mental”. La tercera, que también se desprende del inciso tercero, es la de sanción a los abusos o maltratos en contra de personas en situación de debilidad manifiesta. Las dos primeras obligaciones tienen el objetivo de balancear una situación de desventaja, garantizar el goce efectivo de los derechos fundamentales y avanzar en la construcción de una sociedad más igualitaria.

Como se reconoció en las sentencias T-629 de 2010, y T-736 de 2015, los trabajadores sexuales son un grupo marginado y discriminado, lo cual los sitúa en una condición de debilidad manifiesta que merece una especial protección constitucional. A esa conclusión llegó la última decisión, después de identificar el contexto social, político, económico y legal del grupo, para verificar que su situación en todos esos ámbitos era la consecuencia de una selección y una omisión de exclusión que los situaba en una circunstancia de inferioridad o subordinación en la sociedad. Dada la relevancia de esas consideraciones, se reiteran, a continuación, *in extenso*.

Los trabajadores sexuales conforman un grupo discriminado y marginado, por su actividad, respecto a los cuales el Estado tiene un deber de especial protección, bajo los mandatos constitucionales de la igualdad material.

En contraste, el trabajo sexual lícito, es decir, la prostitución por cuenta propia, o por cuenta ajena, —a partir del ejercicio de la voluntad libre y razonada, y la actividad comercial de las casas de prostitución—, no se encuentra penalizada en Colombia. Sin embargo, la prostitución es una actividad que reviste de estigma y prejuicios a las personas que la ejercen

por voluntad, lo cual tiene como efecto la discriminación. La misma que tiene dos fuentes principales, una social y otra legal. La social surge del trato y el lugar que la sociedad le ha dado a la prostitución lícita, al ser tolerada, pero al mismo tiempo es provista como indigna e indeseada.

La jurisprudencia ha llegado a definir la prostitución como una actividad que va en contra de la dignidad humana, incluso cuando se presenta en el ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad y ha circunscrito su trato, en un principio, exclusivamente a asignar deberes para el Estado de rehabilitar y disminuir sus efectos nocivos. Cabe resaltar que al determinar la obligación de rehabilitación hacia las personas que ejercen el trabajo sexual, estas son estigmatizadas como personas enfermas o que requieren regresar a su estado anterior.

La prostitución es definida como “la prestación de un servicio sexual, por el cual se recibe una retribución económica y cuyo intercambio permite *una negociación y un ejercicio de servicios sexuales remunerados.*” La valoración moral de la actividad ha partido del reproche social a las relaciones sexuales, en las que no existe un compromiso afectivo ni se tiene el objetivo de la reproducción, y en las que se da una contraprestación económica, sin importar si hay voluntad en dicha transacción. Históricamente, la prostitución ha tenido una cara visiblemente más femenina, pues son las mujeres quienes ejercen la prostitución, quienes han sido excluidas de la sociedad por ejercer una actividad irregular y vergonzosa. Entonces, el trato hacia quienes ejercen esta actividad se ha fundamentado en los conceptos de inferioridad y subordinación.

No obstante, solo a las mujeres, o a la parte activa del trabajo sexual, se les ha reprochado de esa forma y no a quienes buscan o compran los servicios. En este sentido, los estereotipos negativos pueden ser fundamento de la discriminación o marginación de grupos. La asignación de estereotipos responde, muchas veces, a la categorización de las personas en la sociedad, por pertenecer a un grupo particular, lo que genera una desventaja y un impacto en el ejercicio de los derechos fundamentales.

Los estereotipos han sido definidos como una preconcepción sobre los atributos o las características de los miembros de un grupo particular o

sobre los roles que estos deben cumplir. En este sentido, los estereotipos presumen que todos los miembros de un grupo tienen unas características o cumplen con unos roles precisos y, por lo tanto, cuando se valora a una persona que pertenezca al grupo, se presume que esta actuará de conformidad con dichas preconcepciones o que es su deber hacerlo.

Ahora bien, la atribución de características o visiones generalizadas hacia un grupo, como estereotipos, pueden constituir prejuicios que, a su vez, generan discriminación, más cuando constituyen omisiones en el ejercicio de la autoridad o marcan el razonamiento de la intervención del Estado. Estas prácticas contribuyen a la subordinación del grupo en la sociedad y hacen a las personas que lo componen invisibles para el Estado, el cual está obligado a proteger sus derechos como seres humanos.

Tal y como se evidencia en la jurisprudencia de esta corporación, la evaluación moral de la prostitución se ha desprendido de un patrón de valoración cultural que ha tendido a menospreciar a quienes ejercen tal actividad. Este acercamiento, que responde a los estereotipos negativos, ha generado una visión de un menor valor hacia estas personas, a partir de la estigmatización.

312

En el caso de la sentencia expuesta, los hechos de esta se fundamentan en un operativo realizado por la policía, presuntamente, para la recuperación del espacio público y en ese mismo operativo, retienen a unas trabajadoras sexuales y las conducen a la Unidad Permanente de Justicia (UPJ), presuntamente, por ejercer la ocupación de trabajadoras sexuales. Para la Corte, de acuerdo con las pruebas presentadas en la acción de tutela, como los testimonios de las mujeres que se dedican a la prostitución y quienes fueron las únicas retenidas y llevadas a la UPJ, por ser trabajadoras sexuales, concluyó lo siguiente:

[...] permiten concluir que la conducción fue utilizada para desarrollar la política pública de protección al espacio público, a partir de la concepción de que las trabajadoras sexuales invaden el mismo y son equivalentes a vendedoras ambulantes y su mercancía es el cuerpo. Es decir, las tutelantes y las demás mujeres que estaban en el lugar de

los hechos, fueron conducidas por considerarse que eran trabajadoras sexuales [...]².

Esta sentencia concedió el amparo de los derechos de igualdad, de libertad y de libre circulación, ordenando a la Policía Metropolitana que se abstuviera de utilizar la política de recuperación del espacio público para limitar el derecho a la libre circulación de los accionantes.

3. De la prostitución al periodismo

Por lo anterior, Tormenta tuvo la seguridad y el apoyo ético y social que deseaba del Estado, para poder seguir ejerciendo la prostitución y continuar con el plan de financiamiento para culminar sus estudios.

Por otra parte, Marcela se sintió inspirada por Tormenta, quien había defendido sus derechos y le había demostrado que ejercer la prostitución no es un delito. Por ello, decidió investigar en qué consistía la migración y la brecha salarial que hasta hoy sigue afectando a las mujeres en el campo laboral, con la intención de dar a conocer a sus compatriotas mujeres sus derechos y el campo de acción para defenderlos. Igualmente, quería mostrarles las problemáticas que viven las mujeres migrantes y las barreras salariales que existen en el mundo a raíz de la discriminación y los sistemas patriarcales.

A pesar de que Marcela y Tormenta se conocieron estudiando biología marina, Marcela decidió cambiar su carrera, a raíz de lo sucedido, e inscribirse en la carrera de periodismo, donde su artículo de tesis tuvo como eje central el Techo de cristal y la migración laboral, donde informó a la comunidad lo siguiente:

El Techo de cristal, en las mujeres migrantes en Colombia, es un fenómeno que no data de hace poco tiempo; viene de años atrás y no es un fenómeno que solo se da en Colombia, sino en todo el mundo. Es un fenómeno que conlleva una desigualdad de género contra la mujer, quien debe enfrentar las barreras invisibles que la sociedad le impone, y que

² Sentencia T-594, de 2016, proferida por la Corte Constitucional. Referencia: Expediente T-5.596.207. Acción de tutela instaurada por Esperanza y otra contra el Ministerio de Defensa, el Ministerio del Trabajo, la Policía Metropolitana de Bogotá, la Personería de Bogotá, la Alcaldía Mayor de Bogotá y la Procuraduría General de la Nación. Procedencia: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Bogotá. Asunto: Trabajo sexual, derecho al trabajo, espacio público, derecho a la libre circulación. Magistrada sustanciadora: Gloria Stella Ortiz Delgado del Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil dieciséis (2016).

progresiva y paulatinamente ha venido derribando y rompiendo ese Techo de cristal que impide su ascenso vertical.

A menudo, vemos cómo dentro del sistema económico, social y político se encuentra, en materia laboral, la competencia entre los profesionales por querer ocupar los mejores cargos y los más remunerados. En su búsqueda, por un lado, se encuentran con obstáculos para lograr su objetivo, haciendo que tengan que luchar contra sus pares o, a veces, contra quienes no están en dichos cargos por mérito. Otras veces tienen que luchar no solo contra quienes son su competencia laboral, sino que, además, deben luchar en contra de estigmas, prejuicios sociales y desigualdad de género, haciendo que su objetivo sea, cada vez, más inalcanzable. Por otro lado, tienen que buscar fuera de sus países la oportunidad de acceder a tan anhelados cargos, por la sobreoferta laboral existente en sus países de origen.

Aunado a lo anterior, al género femenino se le incrementan los obstáculos por el estigma del cromosoma X. Estigma sociocultural que establece que la mujer está capacitada para ser quien cuide a los hijos y quien haga las actividades del hogar, limitándole en su crecimiento profesional y acceso a los cargos directivos.

Con base en los mencionados obstáculos, en las líneas anteriores, surge el fenómeno de la migración, definido por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (Unesco) como un desplazamiento de la población de una delimitación geográfica a otra, por un espacio de tiempo considerable o indefinido³. En materia laboral, se ha definido al trabajador migratorio como “toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional”⁴.

La segregación laboral, vertical y horizontal, influenciada por los estereotipos de género, hace pensar que la mujer debe estar en los puestos donde se requiera pasividad, al ser considerada no competente para

³ Movimientos migratorios: enfoque y evolución. Grupo Asistencial HASA. p.4. Disponible en: http://www.juntadeandalucia.es/empleo/recursos/material_didactico/comun/multiculturalidad/pdf/modulo1.pdf 21 de julio de 2019.

⁴ Convención Internacional sobre la producción de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, 1990, artículo 2.1.

ejercer cargos de dirección, que comúnmente se relacionan con las cualidades masculinas.

La Organización Internacional para las Migraciones (OIM) define al migrante laboral temporal como un “trabajador calificado, semicalificado y no calificado que permanece temporalmente en el país receptor, por períodos definidos y establecidos en el contrato de trabajo con un empleador individual o en un contrato de servicio concluido con una empresa, llamados también trabajadores migrantes contratados”⁵

Marcela, durante la construcción de su artículo, recordó que Tormenta había hecho gala de su poder al controlar a los policías para poder escapar, lo cual la hizo preguntarse si su amiga era una mutante y con el objeto de dar a conocer sus poderes, incluyó el término mutante en su artículo, a manera de introducir a las personas en el tema, escribiendo lo siguiente:

El estigma del cromosoma X es el fenómeno mutante, en el ámbito laboral, que está en furor, que está rompiendo las barreras fronterizas verticales y horizontales de las migrantes que buscan oportunidades profesionales, que buscan transformar y mutar el estereotipo del gen X (femenino), que culturalmente se asocia con ideas machistas relacionadas con los quehaceres del hogar o con las cualidades de debilidad frente a cargos de poder o dirección.

Marcela, en su calidad de migrante y de mujer, consideró importante incluir en su escrito el artículo publicado en el periódico Universal, que refiere lo siguiente:

[...] Falta de información laboral, una barrera para los migrantes venezolanos

Este miércoles fue presentado el Estudio Piloto Socio laboral de la Población Migrante Venezolana, que evaluó las posibilidades de vinculación laboral de esta población venezolana en el país, determinado que hay desconocimiento para acceder a oportunidades de empleo.

⁵ Organización Internacional para las Migraciones (2006). Glosario sobre Migración. No. 7. Organización Internacional para las Migraciones (OIM), 2006.

El Especialista de inclusión laboral de FUPAD, Carlos Parra, explicó que el estudio evidenció las principales barreras de empleabilidad a las que se enfrenta la población migrante venezolana y que parten desde el mismo desconocimiento de la normatividad y la ruta de empleabilidad disponible para esta población por parte de empresarios, entidades públicas y privadas y de los migrantes inclusive.

Hay aspectos relacionados con la imposibilidad para certificar sus títulos de formación y/o experiencia laboral, prejuicios sociales y discriminación, desconocimiento de los diferentes tipos de contratación, entre otros, agregó.

El estudio se realizó en Bogotá, Barranquilla y Cartagena, con cerca de 25000 registros de hojas de vida de migrantes venezolanos en Colombia, condensadas en el Servicio Público de Empleo (Agencias Públicas de Empleo del SENA y las Agencias de Gestión y Colocación de las Cajas de Compensación Familiar), revelando que solo 8879 personas tienen el Permiso Especial de Permanencia y están perdiendo oportunidades laborales por desconocimiento de la normatividad.

Existe un bajo registro de hojas de vida de población migrante venezolana tanto en las plataformas de las Agencias Públicas—APE del SENA— como en las de las Agencias de Gestión y Colocación de las Cajas de Compensación Familiar. Además, en los Grupos Focales (tres en cada ciudad), se determinó que muchos migrantes postulan sus hojas de vida con perfiles más bajos a los reales con el fin de tener una mayor posibilidad de vinculación laboral, lo cual podría explicar los resultados cuantitativos, sostuvo Parra.

Además de esto, el estudio también documentó que el rango de edad de esta población oscila entre 21 y 40 años y que el nivel de formación académica se encuentra, en su mayoría, en el nivel medio, lo que representó que, al analizarse las vacantes de baja postulación, en donde no se reciben candidatos para ocupar los cargos disponibles, se encontró que la mayoría corresponden a cargos relacionados con finanzas y administración, en niveles técnicos y profesionales.

Entre tanto, los niveles salariales ofrecidos en estas vacantes, según el estudio, corresponden al rango entre 1 y 2 salarios mínimos. “Esta es una brecha que representa una posibilidad real de vinculación laboral para la población migrante y que no genera una competencia directa con la población colombiana en búsqueda de trabajo”, comentó Parra.

Este panorama, para el director del Observatorio Laboral de la Universidad del Rosario, Iván Jaramillo, reflejó que los aspectos relacionados con la imposibilidad para certificar los títulos de formación y/o experiencia laboral, los prejuicios sociales, la discriminación y desconocimiento de los diferentes tipos de contratación siguen afectando su inclusión laboral.

“Mientras no se les beneficie con un mayor acceso a la información laboral del país y sobresalga la falta de interés de apoyar a esta población, pues seguirán tomando la vía de la informalidad para poder subsistir. El Estado debe crear políticas que estén dirigidas específicamente a esta población y su adaptación laboral”, apuntó el experto.

De acuerdo con el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), la informalidad laboral en Colombia, para 2018 fue de 48,2 %, con una tasa de desempleo nacional a enero de 2019, en Bogotá de 11,6 %, en Cartagena con un 9 % y en Barranquilla 8,1 %. [...]”⁶

Retornando a Tormenta, con gran esfuerzo y persistencia, había conseguido ir al plan de estudio que la Universidad de Manizales proponía a los estudiantes ejercer en la ciudad de Cartagena. Encontrándose allí, recibió lecciones de investigación marina. Tormenta se destacó y recibió el ofrecimiento de un empleo en la Secretaría de Pesca, para crear políticas de fomento a la explotación pesquera. Ella, sin dudarlo, accedió a ejercer las funciones del cargo. Pasados 6 meses, advierte que uno de sus compañeros, quien ocupa el mismo cargo y en las mismas condiciones, era remunerado con el 50 % más del salario que ella percibía por ejercer las mismas funciones y en el mismo nivel.

⁶ EL UNIVERSAL. Falta de información laboral, una barrera para los migrantes venezolanos, 2019. Disponible en: www.eluniversal.com.co/colombia/falta-de-informacion-laboral-una-barrera-para-los-migrantes-venezolanos-XE897330

Llamó a su amiga Marcela, quien al igual que ella había dejado la prostitución atrás y quien ahora era periodista, para contarle y desahogarse de la situación que vivía en su trabajo. Marcela le informó del artículo que había escrito, a manera de tesis de su pregrado, y le dijo que era víctima de violación a sus derechos, además, de discriminación, por lo que debía instaurar una acción de tutela, como ya lo habían hecho antes, y proteger su derecho a la igualdad y al trabajo.

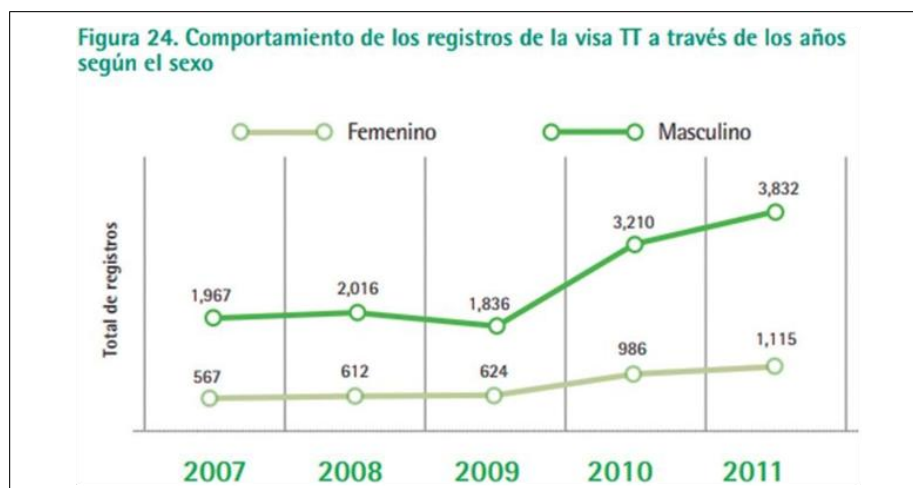
Marcela le brindó a Tormenta las herramientas que había utilizado en su investigación, para fundamentar su escrito de tutela, el cual se basó en las estadísticas que se evidencian a continuación:

En Colombia y según la información de Migración Colombia, los trabajadores temporales fueron del 2.95 % (correspondiente a 204.782 extranjeros), entre el año 2007 y 2011, tal y como lo muestra la siguiente gráfica:



Fuente: Migración Colombia. Caracterización sociodemográfica y laboral de los trabajadores temporales extranjeros en Colombia: una mirada retrospectiva, 2013.

Bajo este mismo estudio, Migración obtuvo que entre el año 2007 y 2011, se registraron 3.904 mujeres con visa de trabajo temporal (TT) frente a 12.861 registros de hombres con visa TT, como lo representaron en la siguiente gráfica:



Fuente: *Ibíd.*

La Organización Mundial del Trabajo, en su resumen ejecutivo de Migración laboral internacional⁷, presenta los siguientes datos:

- Los 214 millones de migrantes internacionales estimados en 2010 representan únicamente el 3 % de la población mundial.
- Casi el 50 % de estos migrantes internacionales son mujeres.
- Los trabajadores migrantes (es decir, las personas que emigran en busca de trabajo) y sus familias representan alrededor del 90 % del total de los migrantes internacionales. La migración actual es laboral y, por lo tanto, entra dentro del ámbito de acción general de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) para lograr el trabajo decente para todos.
- Los trabajadores migrantes (es decir, las personas económicamente activas dentro del total de la población migrante) ascienden a 105 millones, en 2010.

⁷ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Resumen ejecutivo. Migración laboral internacional: un enfoque basado en los derechos. Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-dgreports/-dcomm/documents/publication/wcms_160050.pdf

Migración Colombia, en su boletín anual de estadísticas 2018, presenta la siguiente tabla en donde se discrimina el número de migrantes colombianos:

2.5. SALIDAS DE COLOMBIANOS SEGÚN MOTIVO DE VIAJE Y DESTINO

SALIDAS DE COLOMBIANOS / MOTIVO DE VIAJE	TURISMO	RESIDENTE	TRABAJO	TRIPULACIÓN	EVENTOS	ESTUDIOS	NEGOCIOS	COMISIÓN OFICIAL	TRATAMIENTO MÉDICO	TRÁMITES	DIPLOMÁTICO	OTROS	TOTAL
Estados Unidos	807.035	418.188	450.113	47.227	18.390	19.015	8.770	811	490	127	77	344	1.363.437
México	361.988	32.790	23.534	15.076	13.559	9.224	4.146	131	237	51	13	81	461.121
España	305.463	80.309	16.188	17.029	6.303	16.330	1.472	187	110	30	14	105	436.791
Panamá	268.844	86.385	34.854	36.539	6.373	2.701	7.701	138	188	45	13	86	403.586
Ecuador	344.079	17.337	18.738	8.047	4.385	810	4.193	104	218	35	11	47	398.704
Perú	113.833	15.305	20.345	9.496	5.543	2.326	4.358	161	135	38	16	46	171.318
Venezuela	140.283	16.851	2.038	2.987	585	1.809	397	33	196	5	34	33	184.390
Chile	73.731	30.030	9.483	6.633	3.747	3.548	1.437	73	86	31	3	38	130.024
Brasil	72.808	11.082	10.563	8.153	4.892	4.455	1.643	239	63	19	15	24	113.911
República Dominicana	81.536	3.426	4.764	8.641	1.721	341	898	38	44	10	2	11	101.894
Aruba	78.855	8.090	1.130	3.837	300	38	150	4	21	11	0	17	90.707
Argentina	47.152	16.806	6.293	3.570	3.521	4.734	843	34	47	11	13	33	83.787
Canadá	34.100	33.298	1.338	176	734	5.048	208	13	11	2	3	38	69.028
Francia	28.887	9.007	1.386	78	1.364	3.440	412	38	17	3	11	10	44.938
Alemania	22.618	7.412	2.039	346	1.845	2.857	509	36	18	7	0	7	38.494
Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte	18.028	14.447	1.343	2.552	748	2.443	187	38	14	2	0	18	38.591
Cuba	30.518	1.074	832	2.831	1.032	1.501	72	18	30	5	2	5	37.118
Costa Rica	18.634	9.820	4.804	480	1.410	800	1.549	40	30	8	6	10	36.683
Países Bajos	21.228	6.395	1.890	3.451	953	567	349	15	30	6	3	13	33.730
El Salvador	18.805	1.916	4.389	2.234	800	284	700	45	21	7	0	7	27.413
Guatemala	8.001	2.040	4.036	1.838	856	226	771	46	19	7	7	7	20.054
Italia	10.408	6.013	818	35	876	808	178	25	5	3	3	5	19.188
Turquía	14.738	483	414	42	258	138	59	3	2	2	1	1	18.123
Puerto Rico/Territorio de Estados Unidos	5.805	2.090	1.086	2.106	231	136	260	0	10	1	1	8	13.326
Bolivia	5.488	3.037	1.809	1.897	1.083	340	305	8	20	6	1	5	13.144
Curazao	8.998	1.225	433	717	85	5	43	0	5	1	0	4	11.529
Australia	2.800	3.474	184	5	80	3.027	34	1	2	0	0	1	10.278
Uruguay	4.819	884	1.043	2.297	587	168	121	4	4	1	1	3	8.776
Jamaica	8.085	93	205	89	43	10	34	6	1	0	0	0	8.138
Otros	51.039	15.308	10.738	816	4.331	3.975	2.873	180	88	15	13	33	89.630
TOTAL	2.912.679	825.385	214.869	189.422	95.207	88.074	60.110	3.499	2.110	476	907	1.267	4.368.182

Fuente: Boletín anual de estadísticas 2018. Migración Colombia.

320

3.2. ENTRADAS DE EXTRANJEROS SEGÚN TIPO DE VISA Y DOCUMENTO

TIPO DE VISA	ENERO	FEBRERO	MARZO	ABRIL	MAYO	JUNIO	JULIO	AGOSTO	SEPTIEMBRE	OCTUBRE	NOVIEMBRE	DICIEMBRE	TOTAL
Migrantes -M-	677	765	1.143	1.655	1.876	2.200	3.671	3.487	3.145	3.954	3.702	3.828	30.103
Residentes -R-	126	315	396	432	496	573	744	854	726	875	851	949	7.337
Visitantes -V-	2.383	2.890	2.815	1.957	1.965	2.158	3.547	2.990	2.792	2.801	2.735	2.717	31.750
Decreto 1067 de 2015	28.752	12.892	14.285	15.999	14.038	13.284	15.873	14.706	11.928	13.364	12.131	10.091	177.343
TOTAL	31.938	16.862	18.639	20.043	18.375	18.215	23.835	22.037	18.591	20.994	19.419	17.585	246.533

TIPO DE DOCUMENTO	ENERO	FEBRERO	MARZO	ABRIL	MAYO	JUNIO	JULIO	AGOSTO	SEPTIEMBRE	OCTUBRE	NOVIEMBRE	DICIEMBRE	TOTAL
Tarjeta de Movilidad Fronteriza	1.207.095	1.161.553	977.457	1.079.262	1.187.712	1.172.697	1.114.189	958.748	826.187	907.598	964.833	1.151.565	12.708.896
Tarjeta Andina (DNI)	16.117	17.829	17.946	14.889	13.938	13.337	21.169	25.539	21.111	24.080	20.015	25.380	231.350
Pasaporte	341.239	350.135	352.809	326.299	306.959	297.409	349.640	349.604	286.486	292.470	302.936	337.553	3.893.539
TOTAL	1.564.451	1.529.517	1.348.212	1.420.450	1.508.609	1.483.443	1.484.998	1.333.891	1.133.784	1.224.148	1.287.784	1.514.498	16.833.785

Fuente: Boletín anual de estadísticas 2018. Migración Colombia.

Al observar el comportamiento de cada año, en los registros de la visa según la variable sexo, se notó un porcentaje superior de entrada de los hombres del 329 % con respecto a la entrada de las mujeres, lo que se puede interpretar en una proporción del 25 %. Por cada cuatro personas que entran al país, tres son hombres y una es mujer.

Particularmente, llama la atención la feminización de la migración, en el subgrupo de los profesores y docentes, en educación formal, en los años 2010 y 2011, lo que permitiría deducir que las mujeres extranjeras, en este período, ingresaron al país con el fin de laborar en el sector educativo.

De los 7604 registros de ciudadanos suramericanos realizados en el país, es destacable que entre 2009 y 2010, se presentó un repunte en el número de trabajadores hombres. Llama la atención que en el total de los extranjeros que entraron en el período de estudio, el 18 % correspondió a directivos ubicados en el subgrupo de otros directores de departamentos públicos y privados, el 14 % para los hombres y el 4 % para las mujeres.

De los 3631 registros de ciudadanos norteamericanos, se destaca que entre 2010 y 2011 hubo un incremento en el número de registros de trabajadores hombres en un 24 %. En cuanto a las mujeres, aumentó un 19

321

% en promedio. Llama la atención que del total de los extranjeros que se registraron en el período de estudio, el 26 % corresponde a profesionales ubicados en el subgrupo de profesores y docentes, en educación formal, distribuidos con el 12 % para los hombres y el 14 % para las mujeres.

Entre 2007 y 2011, se registraron en el país 2900 extranjeros TT provenientes de Europa, con una participación de 2151 hombres y 749 mujeres. Al igual que en Norteamérica, se presentó un dominio en las entradas de docentes, pero en este caso, hay una leve superioridad del sexo masculino (51 %) respecto al femenino (49 %). En cuanto al nivel directivo, se presentó una proporción de 86 % para los hombres y 14 % para las mujeres.

Al realizar el análisis de las características sociodemográficas, se destaca que la población masculina laboral extranjera dominó los registros en el período de estudio, destacando altos valores en las áreas directiva y

profesional. Sin embargo, llama la atención la feminización de la migración en el sector educativo en los años 2010 y 2011.

La razón matemática que indica la presencia de trabajadores extranjeros por sexo se puede representar por 3:1: Es decir, por cada cuatro personas que entran al país a laborar, tres son hombres y una es mujer⁸.

Colombia posee un marco legal flexible que ha promovido la inversión extranjera y la inmigración laboral. Esto ha contribuido con el aumento de los extranjeros que solicitan visas tipo temporal trabajador que permite el ingreso al territorio nacional en virtud de una vinculación laboral. Con esta visa se registraron 33401 migrantes y se observa que predominan los que se encuentran en el rango comprendido entre los 18 y 49 años, con un porcentaje del 83,1 %, lo que corresponde a 27763 personas.

Los migrantes con el estatus de trabajadores temporales provienen, en primer lugar, de Venezuela con 16,9 %, en segundo lugar, de España con 12,2 % y, en tercer lugar, de China con 7,3 %. Según el sexo, se encuentran distribuidos de la siguiente forma: femenino con el 32,7 % y masculino con el 67.2 %⁹.

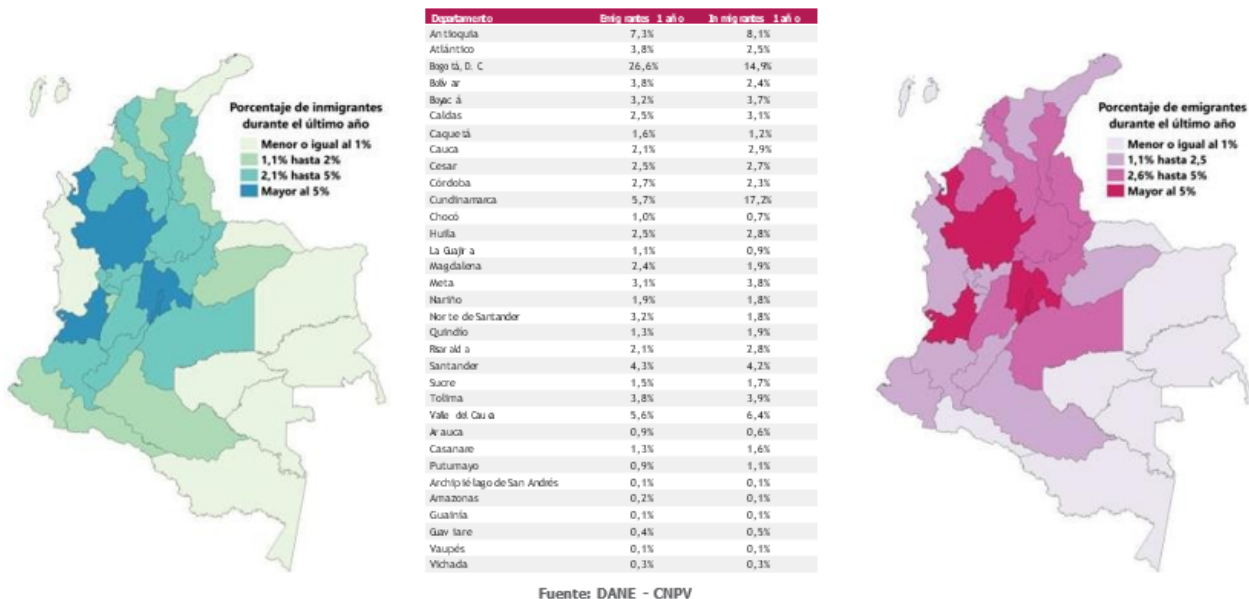
El Departamento Administrativo de Estadística Nacional (DANE), en su reciente censo en materia de migración interna arrojó los siguientes resultados:

⁸ MIGRACIÓN COLOMBIA. Caracterización sociodemográfica y laboral de los trabajadores temporales extranjeros en Colombia: una mirada retrospectiva, 2013. Disponible en: <http://migracioncolombia.gov.co/phocadownload/Migracion%20Laboral%20en%20Baja.pdf>

⁹ 9MIGRACIÓN COLOMBIA. Extranjeros en Colombia, 2005-2016, Aproximación migratoria a sus trayectorias en Colombia. Disponible en: www.migracioncolombia.gov.co/phocadownload/Extranjeros%20en%20Colombia%20Aproximacion%20migratoria%20a%20sus%20trayectorias%20en%20Co.pdf

**Migración Interna Reciente: interdepartamental**

561.952 personas se movieron entre los departamentos de Colombia



Fuente: Departamento Administrativo de Estadística Nacional (DANE).
Censo nacional de población y vivienda, 2018.

323

La definición de Techo de cristal establece que es una barrera que impide que las mujeres accedan a cargos de poder, siendo una discriminación ocupacional para ellas, comúnmente conocida como una barrera invisible originada por causas o factores externos, como lo es la costumbre social, que estigmatiza a la mujer en el campo privado, creyendo que hay una dificultad al ejercer simultáneamente las tareas familiares con las laborales, relacionando el poder con el género masculino y por la falta de referentes femeninos que orienten las expectativas del género femenino¹⁰. La mujer está enmarcada en un concepto social antiguo de reproducción y cuidado del hogar, lo que la mantiene dócil ante lo político, económico y social.

La Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (Unesco)¹¹ manifiesta que, a pesar de los avances en el acceso a la educación por parte del género femenino y a pesar de que la incursión

¹⁰ CÁCERES, M, TRUJILLO, J, HINOJO, F, AZNAR, I, y GARCÍA, M. Tendencias actuales de género y el liderazgo de la dirección en los diferentes niveles educativos. Universidad de granada. Educar, 2012, 48:1 pp.69-89.

¹¹ HAMBURG, M. Género y educación. Genero en contextos formales y no formales. Instituto de la Unesco para la educación, 1999, Hamburgo Alemania.

de algunas mujeres en los cargos de poder ha mejorado, sigue repuntando la participación masculina.

De otra parte, en el “mundo contemporáneo, se aceleró la participación de la mujer en el mercado laboral, lo que trae consigo el cuestionamiento del concepto social que se tiene respecto al papel del hombre como proveedor en el hogar. De ahí que la modificación en la estructura familiar afecte de manera importante las variables socioeconómicas”¹².

Lo anterior ha hecho que la mujer tenga una doble jornada, esto es, alternando la labor profesional con las labores del hogar, lo cual representa un incremento en la desigualdad de género y la aleja de los cargos directivos.

Diversos estudios demuestran que la existencia de estas barreras también tiene relación con factores como la edad, la apariencia y el sexo y que la diferencia salarial amplía la discriminación de género.

324

En Colombia, el desempleo femenino es un 30 % más que el masculino (ha venido disminuyendo, en el 2003 fue del 5.30 % frente al 7.38 % en el 2001), el salario es un 20 % menos, la pobreza de la mujer es un 25 % superior al del hombre, cuando es cabeza de familia, un 40% cuando ellas son víctimas de desplazamiento y la mujer campesina, además, de la alta posibilidad de ser analfabeta, no tiene posibilidad de obtener una pensión de vejez. Estas son las razones para figurar entre los quince países más desiguales del mundo, siendo el que menos avances ha realizado contra la pobreza y la equidad en América Latina, de acuerdo con la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)¹³.

El conflicto armado ha agudizado la violencia y la discriminación de la mujer (más de 400.000 han sido víctimas de homicidio, el 65,5 % fueron mujeres de 3.445 casos de homicidios de personas indígenas y

¹² ACEREDA, A. Mujeres, toma de decisiones y liderazgo en las organizaciones. En: Doctas, Doctoras y catedráticas: Cien años de acceso libre de la mujer a la universidad, 2010. Disponible en: portal.uned.es/portal/page?_pageid=93,25625084&_dad=portal&_schema=PORTAL Adams, S., Gupta, A., Haughton, D., & Leeth, J. (2007). Gender Differences in CEO Compensation: Evidence from the US. *Women in Management Review*, 22, 208-224.

¹³ OLA POLÍTICA. La discriminación de la mujer en Colombia. Opinión por Humberto Tobón. Disponible en: <https://olapolitica.com/opinion/la-discriminacion-de-la-mujer-en-colombia/>

afrocolombianas). De acuerdo con Susana Villarán¹⁴ no existe una política estatal integral para proteger a las mujeres de este flagelo.

Sin embargo, Colombia ha venido ratificando todos los tratados internacionales vigentes sobre los derechos humanos y los derechos de las mujeres. El país ha realizado un progreso significativo en el desarrollo de las leyes, para promover la igualdad de género y garantizar los derechos humanos de las mujeres como:

Lineamientos de la Política Pública para la Equidad de Género para las Mujeres y el Plan Integral para garantizar a las mujeres una vida libre de violencias aprobados en 2012, Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, aprobada en 2011, con disposiciones importantes sobre la igualdad de género, así como la Ley 1257 “Por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres”, de 2008 y la Ley 1719 por la cual se adoptan medidas para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, en especial la violencia sexual con ocasión del conflicto armado, de 2014, entre otras.¹⁵

325

Estudios y análisis estadísticos desarrollados a nivel mundial, dan muestra que en el sector empresarial, por ejemplo, la mujer ha empezado a destacarse en altos cargos. Sin embargo, es evidente la ausencia de políticas favorables a la familia, que obligan a que ésta priorice en labores del hogar y cuidado de los hijos por encima del trabajo remunerado.

En Colombia, para las mujeres, la maternidad y el cuidado de los hijos se han convertido en un techo de cristal, puesto que, desde la convocatoria, deben soportar ser discriminadas, al tener que presentar pruebas de embarazo, de VIH (según la encuesta nacional de demografía y salud, al 32,5 % de mujeres que han trabajado, alguna vez, les exigieron una prueba de embarazo; al 2,2 % una prueba de esterilización y al 7,6 % una prueba de sida). Además, deben responder si tienen planes de casarse o tener hijos

¹⁴ Relatora sobre derechos de la mujer de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

¹⁵ ONU-MUJERES. Las mujeres en Colombia. Disponible en: <http://colombia.unwomen.org/es/ONU-mujeres-en-colombia/las-mujeres-en-colombia>

(según el Departamento Administrativo de Estadística Nacional —DANE—, las mujeres destinan más del doble del tiempo que los hombres al trabajo doméstico no remunerado aun cuando están insertas en el mercado laboral). Ellas son cuestionadas sobre su edad reproductiva; cuestiones que a los hombres no se les indaga, llevando a la mujer a la disyuntiva de ser madre o profesional y aunque logran tener un mayor nivel de escolaridad que los hombres (en el 2018, el censo arrojó que las mujeres tienen un nivel de educación superior del 36.5 % mientras que en el 2005, tenían solo el 27.7 %) y ser la mayoría de la población, la tasa de desempleo para ellas es del 13.5 % contra el 8.4 % de los hombres según el Departamento Administrativo de Estadística Nacional (DANE)¹⁶.

Otras prácticas constitutivas en las talanqueras para la mujer se presentan en la provisión de personal (reclutamiento y selección), promoción, formación y desarrollo, evaluación del desempeño y compensación. De acuerdo con Merlín Patricia Grueso Hinestroza¹⁷, es común que la etapa de promoción de personal se realice con base en los criterios de antigüedad en la empresa, o en el cargo, y desde la perspectiva de género. La antigüedad, como criterio de promoción, presenta algunas limitaciones, dado que en muchos casos el desarrollo de la carrera de la mujer presenta períodos de discontinuidad derivados de la maternidad y el cuidado de los hijos. El tema de la maternidad implica estar ausente por un período determinado, lo cual influye en el proceso de promoción. Por eso, es recomendable que las mujeres se programen y hablen con su jefe directo para crear un plan de acción que les permita reinsertarse en la compañía sin ver afectado su trabajo actual.

Respecto a la formación y el desarrollo de personal, el acceso a esos procesos es limitado para las mujeres. De un lado, porque las empresas generan procesos de formación por fuera del horario laboral, sin tener en cuenta que, por lo general, los hijos son atendidos por las mamás, por consiguiente, ellas no pueden asistir a las capacitaciones. De otro lado, en cuanto las recomendaciones operan en muchas empresas, donde la

¹⁶ RAMÍREZ, O. Mujeres en Colombia: el falso dilema de ser madres o profesionales. En ElTiempo.com, 2019. Disponible en: <https://www.eltiempo.com/politica/congreso/mujeres-en-colombia-madres-o-profesionales-397146>

¹⁷ UNIVERSIDAD DEL ROSARIO. Discriminación laboral y de género: las prácticas de recursos humanos que segregan a las mujeres. Disponible en: <https://www.urosario.edu.co/UCD/Discriminacion-laboral-y-de-genero/Documento/PDF-FLASH-DISCRIMINACION-2/>

mayoría de los cargos directivos son cubiertos por hombres, en este orden, sin duda alguna, ellos recomendarán a otros hombres. Igualmente, la evaluación del desempeño también es susceptible de ser permeada por sesgos, prejuicios y estereotipos de género en contra de la mujer.

Las tendencias mundiales de empleo de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)¹⁸ arrojan resultados en los cuales se evidencia que “las mujeres continúan teniendo menores índices de participación en el mercado laboral, mayores tasas de desempleo, y significativas diferencias de remuneración, en comparación con los hombres. A su vez se establece que la mujer se desenvuelve con mayor frecuencia en las profesiones denominadas blandas o conocidas como femeninas”, esto es, que se desempeñan en profesiones como la docencia o la enfermería.

Colombia ha mejorado la participación política de las mujeres, ha aumentado del 6 % al 11 % en los cargos de elección popular y del 7 % al 21 % en las elecciones del Congreso, en los últimos 20 años; en el 015, el 14 % fueron concejalas; el 17 % diputadas; el 10 % alcaldesas y el 9 % gobernadoras. Pero, el acceso de las mujeres al empleo formal y su participación en el mercado laboral si bien ha ido creciendo es aún limitada.

327

En el campo de la educación, se ha reflejado un gran progreso al tener las mujeres colombianas una tasa más alta de educación que los hombres, pero aún enfrentan importantes dificultades de acceso al empleo y cuando entran en el mercado laboral, se enfrentan a diferencias salariales reveladoras, especialmente cuando de informalidad se trata.

La segregación laboral vertical y horizontal influenciada por los estereotipos de género induce a la sociedad a pensar que la mujer debe estar en puestos donde se requiera pasividad, al considerarla no competente para ejercer cargos de dirección que comúnmente se relacionan con cualidades masculinas.

Conclusión

¹⁸ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). Romper el Techo de cristal, las mujeres en puestos de dirección. Ginebra, 2004. pp.1-85. Disponible en: 2015.<http://www.ilo.org/dyn/gender/docs/RES/292/F61986410/Romper%20el%20techo%20de%20cristal.pdf>

Los poderes de las mutantes laborales, antes despreciados en los cargos directivos y de dirección, como consecuencia del denominado Techo de cristal, hoy empiezan a ser apetecidos. Las mujeres más jóvenes, pese a que se encuentran con esta barrera, usan sus superpoderes para hacerle frente y romper ese cristal que le pone límites a sus aspiraciones. Esta generación de mutantes está eliminando, desde varios campos, los condicionamientos que hacían que estuvieran encerradas en el hogar, para ser quienes lideren grupos empresariales e inclusive, quienes lideren sus propias empresas.

Tormenta, al darse cuenta de la discriminación de la que era víctima y de que la problemática que sufría tenía como nombre Techo de cristal, no dudo en instaurar la acción de tutela, con la firme intención de que se ampararan sus derechos, con la sorpresa de que su tutela sería fallada por la doctora Gloria Ortiz, presidenta de la Corte Constitucional¹⁹. Ellas, después de un riguroso examen de la situación fáctica presentada en la acción de tutela, no dudo en tutelar los derechos que están intrínsecamente en cabeza de Tormenta, ya que no hay motivo fundamentado por el cual se le reconozca un 50 % más de salario a su compañero, quien, al igual que ella, ejercía la confección de políticas de fomento a la explotación pesquera.

328

Tormenta fue inmensamente feliz por el resultado que había obtenido en las dos tutelas que habían protegido sus derechos, evidenciando que sí se puede erradicar la discriminación, la barrera salarial, el Techo de cristal y la discriminación laboral por ser migrante. Por estas razones, no dudó en mostrar sus poderes al mundo, lo cual trajo consigo que en su trabajo la ascendieran, ya que podía manipular el clima en beneficio de la investigación de la biología marina.

El Estado colombiano reconoció su calidad de mutante y todos los esfuerzos que Tormenta había realizado, desde sus inicios, como mujer, como trabajadora, como prostituta y, ahora, como bióloga marina y poderosa mutante. Fue tanto su reconocimiento, que el Profesor X le solicitó su ayuda para salvar al grupo de mutantes que estaban bajo el control de Krakoa. En esta misión, Tormenta logró posicionarse y liderar al

¹⁹ Información disponible en: <https://www.semana.com/Item/ArticleAsync/602866?nextId=602904>

grupo de los X-Men, ya que el mismo Profesor X, luego de conocer su potencial, le delegó funciones en Nueva York, Dallas y Australia.

No obstante, Tormenta no se olvidaba de su amiga Marcela, quien fue víctima de discriminación, por su condición de migrante y prostituta. Ahora que Tormenta se había convertido en una celebridad y en un personaje admirado por muchas mujeres y varios hombres, no titubeó en decirle a su amiga que sus artículos eran de gran importancia y que ella se encargaría de difundirlos en la extensión más amplia que su poder le permitiera, toda vez que llevaría con el viento las hojas que rompen el ocultamiento de la discriminación hacia la mujer en tan variados aspectos.

¡HUELGA POR UN PLAN DENTAL PARA LISA! LA INSTRUMENTALIDAD DE LA HUELGA A PROPÓSITO DE UN EPISODIO DE LOS SIMPSON

*Pablo Arellano Ortiz**

I. Introducción

Explicar los derechos sociales resulta, en muchas ocasiones, un ejercicio que requiere una importante abstracción por parte del destinatario. La formulación del derecho suele ser lejana de la realidad y, por ende, difícil de aprehender. El ejercicio que se nos propone en esta obra es justamente acercar nociones abstractas, a través de las explicaciones simples y cercanas que nos pueden facilitar los cómics.

Hemos escogido un capítulo, en particular, de la serie Los Simpson, ya que muchas veces lo hemos ocupado en el aula, como ejemplo relativo a la huelga. Nos ha parecido esta una buena ocasión para dejar testimonio escrito de como dicho capítulo ayuda a visualizar las dinámicas de los procesos de negociación colectiva y el ejercicio del derecho a la huelga.

Nuestro derecho a analizar, en este contexto, es el derecho a la huelga. Al respecto, la doctrina ha sido bastante prolífica en cuanto a su estudio, y la cuestión no resulta del todo pacífica. Mario de la Cueva, por su parte, la definió de la siguiente manera:

La huelga es la suspensión concertada del trabajo, llevada a cabo para imponer y hacer cumplir condiciones de trabajo, que respondan a la idea de justicia social, como un régimen transitorio, en espera de una transformación de las estructuras políticas, sociales y jurídicas, que pongan la riqueza y la economía al servicio de todos los hombres y de

* Especialista en Derecho del Trabajo en la Unidad de Derecho Laboral y Reforma del Departamento de Gobernanza y Tripartismo de la Organización Internacional del Trabajo (Ginebra, Suiza). Investigador de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile). Profesor de las cátedras de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile). Abogado, licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales en la Universidad de Concepción de Chile. Doctor en Derecho de la Université Paris Ouest Nanterre La Défense (Francia). Master 2 Recherche Droit Social et Droit de la Santé de la Université de Paris X Nanterre (Francia). Master 2 Recherche Droit Social de la Université de Paris II Panthéon Assas (Francia). Código ORCID: 0000-0002-5062-1636. Las opiniones expresadas incumben solamente al autor y no representan necesariamente los puntos de vista de la Organización Internacional del Trabajo. Correo electrónico: arellano@ilo.org

todos los pueblos, para lograr la satisfacción integral de su necesidad¹.

Por nuestra parte, hemos establecido que la huelga puede ser definida como “la suspensión total o parcial de la marcha normal del trabajo por parte de un grupo de trabajadores, a raíz de un conflicto laboral” ². Si bien haremos referencias generales a este derecho, en este trabajo, lo que nos interesa desarrollar es la instrumentalidad de la huelga como mecanismo de solución de conflictos en el derecho colectivo del trabajo.

El trabajo será estructurado en dos partes. La primera de ellas, dedicada a describir el capítulo de Los Simpson que pretendemos estudiar. Para luego, en un segundo apartado, tratar las cuestiones doctrinarias del derecho a la huelga y las observaciones que rescatamos del episodio en cuestión. Finalizaremos el trabajo con algunas reflexiones.

II. La planta nuclear en huelga: ¡un plan dental para Lisa!

El caso de estudio que quisiéramos desarrollar fue presentado en el capítulo 17, durante la temporada número cuatro de Los Simpson. El capítulo se titula en español “Ultima salida a Springfield” y en realidad, este nombre no tiene mucha relación con su contenido ni con el éxito que ha tenido, en los más de 20 años, esta serie animada.

Lo primero que uno puede pensar al revisar esta propuesta, con relación a este capítulo en particular de Los Simpson, es que puede parecer difícil de encontrar una constatación académica sobre el derecho laboral; sin embargo, a lo largo de estas líneas intentaremos demostrar que ello sí es posible.

Al observar esta serie en la televisión, es evidente que ella se basa en una exacerbación de un estereotipo de familia y de sociedad, en donde se presenta al personaje de Homero Simpson como un tipo bonachón, un poco perezoso y, obviamente, en ningún caso, el trabajador ejemplar de una empresa. Al mismo tiempo, se presenta una familia promedio que tiene

¹ DE LA CUEVA, Mario. El nuevo derecho mexicano del trabajo. Tomo II, 15ª edición, Editorial Porrúa: México, 2014, p.588.

² WALKER ERRAZURIZ, Francisco y ARELLANO ORTIZ, Pablo. Derecho de las relaciones laborales. Tomo 2. Derecho Colectivo del Trabajo. Librotecnia: Santiago, 2017, p.217

problemas como cualquier otra familia, entre ellos, que Lisa, la hija mayor, necesita un tratamiento dental.

En este contexto, qué puede hacer un trabajador promedio cuando se ve enfrentado a un proceso de negociación colectiva que disminuye los beneficios del contrato colectivo anterior. Mr. Burns, el dueño de la planta nuclear donde trabaja Homero, decide que, para la nueva negociación colectiva que se inicia, se reducirá el paquete de beneficios, eliminando así el plan dental.

Los trabajadores reunidos en una asamblea se ven expuestos a tener que aceptar estas nuevas condiciones, ante la falta de un líder sindical. Las alternativas eran un barril de cerveza o negociar con su empleador. La mayoría cae en la alternativa fácil de cerveza gratis. Sin embargo, Homero, en un intervalo de lucidez y contra toda la lógica del personaje, exalta a sus compañeros a rechazar la cerveza gratis y a exigir que les sea repuesto el plan dental. Con ello, actúa como buen padre y marido que hace lo necesario para obtener dicho beneficio para su hija. Es así como la asamblea nombra en forma unánime a Homero como presidente del sindicato y se convierte en el encargado de negociar el próximo contrato colectivo, directamente, con Mr. Burns. Así se inicia una huelga cuyo lema es la recuperación del plan dental.

332

El episodio continúa con escenas en donde, reiteradamente, Mr. Burns intenta convencer a Homero de ceder y excluir el plan dental del nuevo contrato colectivo. Los intentos que se muestran son burdos y exagerados; no obstante, no se encuentran alejados de una posible realidad, toda vez que reflejan las diferencias de posición entre el empleador y el dirigente sindical. Este último, muchas veces, es un excelente líder, como en este caso lo es Homero, pero no necesariamente posee los conocimientos técnicos para poder negociar en igualdad de plano. Su única motivación es que debe conseguir que se mantenga el plan dental.

El trabajador lo único que tiene en su mente es la mantención, obtención o mejora de los beneficios de su contrato colectivo. La negociación y el proceso son un instrumento en la consecución de los fines planteados. De esta manera, la huelga, como medio de presión y de solución

de conflictos colectivos, es un instrumento para la obtención de los fines del sindicato.

Todo se evidencia en el desenlace del episodio. Mr. Burns le pide a Homero que haga un esfuerzo y que baje la huelga, en cuanto el plan dental volverá a ser parte de los beneficios colectivos, bajo una condición: que Homero dejase de ser el presidente del sindicato, por lo cual Homero se lanza al suelo a revolcarse de alegría. El objetivo se había cumplido: el plan dental había sido recuperado y Lisa podría tener su tratamiento.

III. La instrumentalidad de la huelga

Sin lugar a duda, la huelga es uno de los temas más controversiales en el derecho del trabajo. Por lo demás, su regulación es muy variada, con ejemplos de permisividad a otros y de total prohibición³.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT), a través de su Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR), ha señalado

que cuando la legislación nacional garantiza el derecho de huelga, muy a menudo se plantea el problema de determinar si la acción emprendida por los trabajadores efectivamente constituye una huelga, de conformidad con la definición contenida en la ley. En general, cabe considerar como huelga toda suspensión de trabajo por breve que ésta sea:

ahora bien, esta calificación resulta menos fácil cuando en lugar de producirse una cesación absoluta de la actividad se trabaja con mayor lentitud (huelga de trabajo a ritmo lento), o se aplica el reglamento al pie de la letra (huelga de celo), observando que las legislaciones y prácticas nacionales son extremadamente variadas en este punto; se estima que las

³ Para una revisión comparada de la legislación sobre el derecho a la huelga se sugiere consultar: WASS, Bernd (editor). *The right to strike. A comparative view*, Studies in Employment and Social Policy. Volume 45, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, The Netherlands, 2014. Para una visión comparada Latinoamericana se recomienda: ERMIDA, Óscar. *Apuntes sobre la huelga*, Fundación de Cultura Universitaria: Montevideo, Uruguay, 2012; UGARTE Cataldo, José Luis. *Huelga y Derecho*. Thomson Reuters: Santiago, 2016. Desde el punto de vista del derecho internacional sugerimos revisar: THOUVENIN, Jean-Marc y TREBILCOCK, Anne. *Droit international social. Droits économiques sociaux et culturels. Tome 1. Particularités du droit international social*, CEDIN, Bruylant: Bruselas, Bélgica, 2013; THOUVENIN, Jean-Marc, y TREBILCOCK, Anne. *Droit international social. Droits économiques sociaux et culturels. Tome 2 Règles du droit international social*. CEDIN, Bruylant: Bruselas, Bélgica, 2013.

restricciones con relación a los tipos de huelga se justificarían solo si la huelga pierde su carácter pacífico⁴.

Por su parte, el Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha indicado:

Los intereses profesionales y económicos que los trabajadores defienden mediante el derecho de huelga abarcan no solo la obtención de mejores condiciones de trabajo o las reivindicaciones colectivas de orden profesional, sino que engloban también la búsqueda de soluciones a las cuestiones de política económica y social y a los problemas que se plantean en la empresa y que interesan directamente a los trabajadores⁵.

Señalándose, además, de forma clara, que “las huelgas de carácter puramente político no entran en el ámbito de la protección deparada por los convenios número: 87 y 98”⁶.

334

Es necesario eso, sin comentar que la cuestión de la huelga, a nivel de derecho internacional, es un tema sensible. Se ha argumentado que no se encuentra consagrado en los instrumentos relativos a los derechos humanos de Naciones Unidas, que tampoco está incluida la palabra “huelga” en los convenios Núm. 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y, por tanto, que la organización no tiene competencias en relación con ella⁷. La doctrina ha seguido atenta las discusiones entre los actores sociales que este debate ha generado por algún tiempo. Recientemente, un grupo de destacados profesores de derecho del trabajo ha publicado una respuesta al debate que se plantea como un insumo importante por estudiar⁸.

Para el profesor Ugarte la huelga:

⁴ Opinión citada por B. GERMIGON, A. Odero y H. Guido. “Principios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre el Derecho de Huelga”. En: Revista Internacional del Trabajo, volumen 117, N 4, de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), 1998, p.476.

⁵ Ver: Organización Internacional del Trabajo (OIT). Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical. Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2018, p.758.

⁶ *Ibíd.* p.761.

⁷ Para comprender esta controversia se sugiere revisar BELLACE, Janice. “La OIT y el derecho a huelga”. En: Revista Internacional del Trabajo, vol. 133, 2014, núm. 1, pp.31-76.

⁸ A saber nos referimos a Vogt, Jeffrey; Bellace, Janice; Compa, Lance; Ewing, K D; Hendy Q.C., John; Lörcher, Klaus y Novitz, Tonia; *The Right to Strike in International Law*, Hart Publishing, Marzo 2020.

debe ser entendida como toda acción colectiva de los trabajadores que busca alterar el proceso productivo, reconociendo como manifestaciones de ese derecho, tanto su versión de suspensión total y concertada del trabajo, como todas aquellas que suponen una modificación disruptiva del modo de prestar los servicios laborales y cuya finalidad puede, salvo restricciones normativas expresas, ser cualquiera que fijen los trabajadores, incluyendo [...] objetivos económicos generales o puramente políticos⁹.

Ermida, por su lado, al estudiar la huelga, parte del supuesto de la huelga como autotutela. En este sentido, señala que: “el concepto de autotutela es una de las nociones básicas del derecho del trabajo, y más específicamente del derecho colectivo del trabajo. Consiste, en lo esencial, en la acción de los propios trabajadores tendiente a la protección de sus derechos e intereses, sea para garantizar el cumplimiento de las normas vigentes, sea para obtener un progreso en el nivel de protección actual”¹⁰.

335

El profesor Couturier nos indica que existe una relación entre la huelga y la reivindicación; ello porque la huelga no solo defiende intereses profesionales, sino que también está destinada a alcanzar reivindicaciones determinadas¹¹.

La noción de reivindicación no solo es propia de la huelga en el derecho colectivo, sino que, además, lo es de la idea misma del sindicalismo. Hemos sostenido que entre los objetivos de las organizaciones sindicales se deben distinguir aquellos propiamente profesionales y aquellos de un carácter general¹².

Los objetivos sociales, laborales o profesionales tienden, principalmente, al mejoramiento de las condiciones de vida y las remuneraciones de los trabajadores; la determinación de mejores condiciones colectivas de trabajo, a través de distintas formas de negociación colectiva y la asistencia de los trabajadores a través de los

⁹ UGARTE CATALDO, José Luis. Derecho del trabajo: invención, teoría y crítica. Colección Ensayos Jurídicos. Thomson Reuters: Santiago, 2014, p.112.

¹⁰ ERMIDA U., Óscar. Apuntes sobre la huelga. Fundación de Cultura Universitaria: Montevideo, Uruguay, 2012, p.9.

¹¹ COUTURIER, Gérard. Traité du Droit du Travail. 2) Les Relations Collectives du Travail, Presses Universitaires de France Paris, Francia, 2001, p.404. La misma posición es sostenida por los profesores Auzero y Dockes. En: AUZERO, Gilles y DOCKÈS, Emmanuel. Droit du Travail. Précis Dalloz, Droit Privé: Paris, 29 edición, 2015, p.1465.

¹² WALKER ERRAZURIZ, Francisco y ARELLANO ORTIZ, Pablo. Derecho de las relaciones laborales. Tomo 2. Derecho Colectivo del Trabajo. Librotecnia: Santiago, 2017, pp.99-100.

mecanismos de seguridad social y la reducción del desempleo a niveles mínimos.

En cambio, aquellos objetivos de orden general abarcan fines como: la transformación de las estructuras económicas y sociales, la participación de los trabajadores en la gestión y/o utilidades de las empresas, tanto públicas como privadas, la participación de los trabajadores en la gestación de las normas legales que les conciernen, en la planificación nacional y en la gestión de los organismos estatales de diversa índole y la participación de los trabajadores en organismos jurisdiccionales y organismos que tienen como objetivo prevenir o solucionar conflictos de trabajo (juntas o comisiones de conciliación, comisiones paritarias o tripartitas, tribunales de trabajo, etc.).

Lo que los sindicatos buscan, como objetivo por alcanzar y el cual es parte del contenido de los instrumentos colectivos, son sin duda los beneficios con contenido económico. Las reivindicaciones del movimiento sindical son de carácter económico.

En este sentido, cabe mencionar la definición de sindicato que postula el profesor Jean Maurice Verdier, al decir que es una “agrupación constituida por personas físicas o morales, ejerciendo una actividad profesional común, en vista a asegurar el estudio de su condición y representación de su profesión, por la acción colectiva de reivindicación y participación en la organización de la vida profesional, así como en la elaboración y puesta en práctica de la política económica y social”¹³.

Estas ideas cobran más sentido cuando se estudia el resultado de la negociación colectiva. Nos referimos al contrato o convenio colectivo. Para los autores franceses Jean Pelissier, Alain Supiot y Antoine Jeammaud, la convención colectiva de trabajo es un acuerdo concluido entre un empleador o un grupo de empleadores y una, o más, organizaciones sindicales representativas de los asalariados, en vista a fijar en común las condiciones de empleo y de trabajo, así como las garantías sociales. Su característica esencial es la de sustitución de los individuos, por los grupos, en la determinación de las condiciones de empleo, de trabajo y de salario¹⁴.

¹³ VERDIER, JEAN Maurice. Syndicats et Droit Syndical. Tomo 5. Tratado de Derecho del Trabajo (dirigido por G.H. Camerlinck). 2ª edición, Vol. 1, Editorial Dalloz: París, 1986.

¹⁴ Droit du Travail, Editorial Dalloz, 20 edición, 2001, p.771.

Por su parte, la Recomendación Núm. 91, de 1951, de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre los contratos colectivos, lo define como:

todo acuerdo escrito relativo a las condiciones de trabajo y de empleo, celebrado entre un empleador, un grupo de empleadores o una o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y, por otra, una o varias organizaciones representativas de trabajadores o, en ausencia de tales organizaciones, representantes de los trabajadores interesados, debidamente elegidos y autorizados por estos últimos, de acuerdo con la legislación nacional¹⁵.

Se desprende de estas definiciones que un elemento importante del instrumento colectivo es que fija las condiciones de trabajo y de empleo para las partes que lo suscriben. Al fijarse dichas condiciones, se fija, además, la contraprestación que ella involucra. Así, el instrumento contiene las obligaciones para ambas partes, las cuales son avaluadas en el mismo instrumento, con un valor económico.

337

De esta manera, si el empleador, al negociar, accede a que se incorpore en el paquete de beneficios de los trabajadores, por ejemplo, un plan dental, dicho beneficio ha sido objeto, por ambas partes, de una valoración económica. Por un lado, el empleador, eventualmente, lo puede considerar como un costo o una carga y, por el otro, el sindicato lo ve como la obtención de un beneficio para sus afiliados. Cabe considerar que los beneficios económicos establecidos en los instrumentos colectivos pueden ser extendidos a los trabajadores no afiliados al sindicato que negoció los mismos.

Asimismo, hemos desarrollado trabajos en relación con los mecanismos de extensión de los beneficios de los instrumentos

¹⁵ Recomendación sobre los contratos colectivos, 1951 (núm. 91), de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).
Texto completo disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100::NO:12100:P12100_ILO_CODE:R091:NO

colectivos¹⁶, en los cuales partimos de las categorías planteadas por Gino Giugni¹⁷ al respecto, el cual distingue entre:

- i. Reconocimiento a los actores sociales del poder de dictar normas vinculantes para todos los sujetos incluidos en el ámbito del contrato, aunque no estén afiliados a los sindicatos respectivos.
- ii. Casos en que el poder de extensión generalmente se atribuye al Gobierno o a la autoridad administrativa. Es decir, se distingue entre la estipulación del contrato colectivo y la atribución de eficacia de este.
- iii. Recepción del contrato en una ley formal o por la aplicación del mismo por los tribunales de justicia o por la dictación por parte del Gobierno o de las autoridades administrativas de normas que recogen condiciones laborales mínimas para un sector determinado, con base en el contrato colectivo elegido como modelo.
- iv. También puede haber una suerte de “aplicación espontánea” realizada por los actores sociales.

338

De esta manera, de acuerdo con la cultura jurídica y laboral de los países, los mecanismos tendrán acentos en la autonomía o en la intervención estatal, lo cual determinará la repartición de los beneficios económicos de los contratos colectivos de distinta manera.

Por su parte, la Recomendación Núm. 91 establece una serie de parámetros para el caso que se fije un mecanismo de extensión de los beneficios, a saber:

- (1) Cuando ello fuere pertinente y habida cuenta a este respecto del sistema de contratos colectivos en vigor, se deberían adoptar las medidas que determine la legislación nacional y que se adapten a las circunstancias propias de

¹⁶ Ver: GAMONAL CONTRERAS, Sergio y ARELLANO ORTIZ, Pablo. “Negociación colectiva, autonomía y abstención legislativa.” En: Revista Ius et Praxis, Año 24, N 3, 2018, pp.173-208; y GAMONAL CONTRERAS, Sergio y ARELLANO ORTIZ, Pablo. “Negociación colectiva ramal y los mecanismos de extensión: los casos de España y Francia.” En: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso 53 (segundo semestre de 2019), pp. 37-66.

¹⁷ GIUGNI, Gino. La extensión de los contratos colectivos. En: ERMIDA, Oscar y OJEDA, Antonio. La Negociación Colectiva en América Latina. Madrid: Trotta, 1993, pp.160 ss.

cada país, para extender la aplicación de todas o ciertas disposiciones de un contrato colectivo a todos los empleadores y trabajadores comprendidos en el campo de aplicación profesional y territorial del contrato. 2) La legislación nacional podrá supeditar la extensión de un contrato colectivo, entre otras, a las condiciones siguientes:

(a) el contrato colectivo debería comprender desde un principio un número de empleadores y de trabajadores interesados que, según la opinión de la autoridad competente, sea suficientemente representativo;

(b) la solicitud de extensión del contrato colectivo debería, por regla general, formularse por una o varias organizaciones de trabajadores o de empleadores que sean parte en el contrato colectivo;

(c) debería darse una oportunidad a los empleadores y a los trabajadores a quienes vaya a aplicarse el contrato colectivo para que presenten previamente sus observaciones.

339

Hemos sostenido¹⁸ que una de las características del derecho del trabajo es su desarrollo dual entre el contrato de trabajo y el contrato colectivo. El primero, como receptáculo de la protección estatal del trabajador, por medio de la ley, con los derechos mínimos e inderogables y, el segundo, por medio de la denominada línea sindicalista que se encuentra centrada, según Gamonal, en la actividad sindical (negociación colectiva y huelga)¹⁹. La tutela individual se ha efectuado a través de la intervención legislativa y de la fiscalización hecha por los organismos inspectores contemplados en las distintas legislaciones. En la tutela individual, podemos hablar de una línea constitucional basada en el garantismo individual protagonizado por la ley. La doctrina ha destacado que la denominada línea sindicalista, por medio de la negociación colectiva

¹⁸ Ver: GAMONAL CONTRERAS, Sergio y ARELLANO ORTIZ, Pablo. "Negociación colectiva, autonomía y abstención legislativa." En: Revista Ius et Praxis, Año 24, N 3, 2018, pp.173-208; y GAMONAL CONTRERAS, Sergio y ARELLANO ORTIZ, Pablo. "Negociación colectiva ramal y los mecanismos de extensión: los casos de España y Francia." En: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso 53 (segundo semestre de 2019), pp. 37-66.

¹⁹ GAMONAL CONTRERAS, Sergio. Derecho Colectivo del Trabajo. (2a edición revisada y actualizada), Abeledo Perrot: Santiago, 2011, pp.9 ss.

y de los mecanismos de la autotutela, equilibra de mejor forma las asimetrías de poder entre los empleadores y los trabajadores²⁰.

De esta manera, cuando De la Cueva²¹ plantea su visión triangular del derecho colectivo, formada por la negociación colectiva, el instrumento colectivo y la huelga, no se refiere a otra cosa distinta a un mecanismo complejo de equilibrio económico, entre los empleadores y los sindicatos. No se puede considerar que exista una separación entre estos tres elementos. La huelga es el articulador en los momentos complejos de la negociación, para la obtención de los beneficios económicos. Gamonal, además, sostiene que el derecho colectivo del trabajo nace con un claro objetivo instrumental, en el sentido de proteger al trabajador individual y de mejorar las condiciones individuales de trabajo y empleo²².

El desequilibrio económico de las partes es algo inherente al derecho colectivo. A modo de ejemplo, se puede citar la noción de ajenidad²³, consistente en la característica del contrato individual de que el contrato sea ejecutado para otro, quien obtiene de este. Es una de las características más estudiadas al hablar de la famosa subordinación y dependencia²⁴ de la relación de trabajo, la cual se caracteriza por su asimetría²⁵, al no ser solo una ficción legal, sino una realidad económica.

Así entendidas las cosas, lo que ocurre con Homero no es sino una manifestación de las reivindicaciones económicas que se pueden obtener a través de la actividad sindical. Más aun, la huelga, como mecanismo de Resolución de conflicto, se presenta como el instrumento a través del cual los fines económicos pueden ser alcanzados a falta de acuerdo.

²⁰ D'ANTONA, Massimo. I mutamenti del diritto del lavoro ed il problema della subordinazione. En: CARUSO, Bruno y SCUIARRA, Silvana, OPERE (Milán, Giuffrè, 2000), III, pp.1217-1218.

²¹ DE LA CUEVA, Mario. El nuevo derecho mexicano del trabajo. Tomo II, 15ª edición, Editorial Porrúa: México, 2014, pp.214-217.

²² GAMONAL CONTRERAS, Sergio. Derecho Colectivo del Trabajo. (2a edición revisada y actualizada), Abeledo Perrot: Santiago, 2011, pp.25 ss.; GAMONAL CONTRERAS, Sergio. "Narrativa laboral y principios del derecho del trabajo chileno." En: Revista de la Facultad de Derecho de México. Tomo LXIX, Número 273, Enero-Abril, 2019, p.74.

²³ Ver, por ejemplo, sobre ajenidad: THAYER ARTEAGA, William y NOVOA FUENZALIDA, Patricio. Manual de Derecho del Trabajo. T. III, 2008, Editorial Jurídica de Chile, p.33.

²⁴ Al respecto de la evolución consultar: ARELLANO ORTIZ; Pablo. "El desafío de la relación de trabajo: la tensión de la subordinación y la (des)regulación". En: Revista de la Facultad de Derecho de México. Tomo LXIX, Número 273, Enero-Abril 2019, pp.155-175. Sobre estos conceptos además se sugiere revisar ERMIDA URIARTE, Óscar y HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Óscar. "Crítica de la subordinación". II Parte. En: Revista Laboral Chilena, 2002, Número 5, p.61; ERMIDA URIARTE, Óscar y HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Óscar. "Crítica de la subordinación". I Parte. En: Revista Laboral Chilena, 2002, Número 4, p.67.

²⁵ GAMONAL CONTRERAS, Sergio. "Narrativa laboral y principios del derecho del trabajo chileno". En: Revista de la Facultad de Derecho de México. Tomo LXIX, Número 273, Enero-Abril, 2019, p.74.

IV. Conclusiones

Si bien *Los Simpson* retratan de manera exagerada a una sociedad, no cabe duda de que algunas de las situaciones expuestas en el capítulo pueden ser eventualmente ciertas. Como lo pueden ser las penurias de los sindicatos para elegir a sus dirigentes sindicales y las dificultades de estos para poder negociar, en igualdad de armas, con los empleadores. Ello, sin mencionar las presiones que pueden los dirigentes recibir para llegar a tal o cual acuerdo. Debemos reiterar que estas situaciones están sobredimensionadas en el capítulo, a fin de que el espectador las pueda constatar ya que, en muchos casos, pasan desapercibidas.

Más allá de los guiños a la realidad que se presentan, lo que nos muestran de manera muy clara es que la huelga es un medio de presión del movimiento sindical, pero, a la vez, es un instrumento para la obtención de sus objetivos, sobre todo, de aquellos que son de carácter económico. En el caso del capítulo, para la recuperación del plan dental que le permitirá a Lisa tener su tratamiento.

V. Referencias

341

- Arellano Ortiz, P. (Enero – abril de 2019). El desafío de la relación de trabajo: la tensión de la subordinación y la (des)regulación. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo LXIX, Número 273, pp. 155-175.
- Auzero, G. y Dockès, E. (2015). *Droit du Travail*. Paris, Francia: Précis Dalloz, Droit Privé 29^a edición.
- Bellace, J. (2014). La OIT y el derecho a huelga. *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 133, núm. 1, pp. 31-76.
- Couturier, G. (2001). *Traité du Droit du Travail*. 2) Les Relations Collectives du Travail. Paris, Francia: Presses Universitaires de France.
- D'antona, M. (2000). I mutamenti del diritto del lavoro ed il problema della subordinazione. En Caruso, B. y Scuiarra, S. *Opere* (III, pp. 1217-1218). Milán, Italia: Giuffrè.

- De La Cueva, M. (2014). *El nuevo derecho mexicano del trabajo*. Tomo II, 15ª edición. Mexico: Editorial Porrúa.
- Ermida U., O. (2012). *Apuntes sobre la huelga*. Montevideo, Uruguay: Fundación de Cultura Universitaria.
- Ermida Uriarte, O. y Hernández Álvarez, O. (2002). Crítica de la subordinación. II Parte. *Revista Laboral Chilena*, Número 5, p. 61.
- Ermida Uriarte, O. y Hernández Álvarez, O. Crítica de la subordinación. I Parte. *Revista Laboral Chilena*, Número 4, p. 67.
- Gamonal Contreras, S. y Arellano Ortiz, P. (2014). Negociación colectiva, autonomía y abstención legislativa. *Revista Ius et Praxis*, Año 24, N° 3, pp. 173-208.
- Gamonal Contreras, S. y Arellano Ortiz, P. (segundo semestre de 2019). Negociación colectiva ramal y los mecanismos de extensión: los casos de España y Francia. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 53, pp. 37-66.
- Gamonal Contreras, S. (Enero – abril 2019). Narrativa laboral y principios del derecho del trabajo chileno. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo LXIX, Número 273, pp. 65- 88.
- Gamonal Contreras, S. (2011). *Derecho Colectivo del Trabajo*. 2a edición revisada y actualizada. Santiago, Chile: Abeledo Perrot.
- Germigon, B., Odero, A. y Guido, H. (1998). Principios de la OIT sobre el Derecho de Huelga. *Revista Internacional del Trabajo*, volumen 117, N° 4, de la OIT, p. 476.
- Organización Internacional del Trabajo —OIT—. (2018). *Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical*. Ginebra, Suiza: Oficina Internacional del Trabajo.
- Pelissier, J., Supiot, A. y Jeammaud, A. (2001). *Droit du Travail*. Editorial Dalloz, 20ª edición.

- Thayer Arteaga, W. y Novoa Fuenzalida, P. (2008). *Manual de Derecho del Trabajo*, T. III, Editorial Jurídica de Chile.
- Thouvenin, J. M. y Trebilcock, A. (2013). *Droit international social. Droits économiques sociaux et culturels, Tome 1 Particularités du droit international social*. Bruselas, Bélgica: CEDIN, Bruylant.
- Thouvenin, J. M. y Trebilcock, A. (2013). *Droit international social. Droits économiques sociaux et culturels, Tome 2 Règles du droit international social*. Bruselas, Bélgica: CEDIN, Bruylant.
- Ugarte Cataldo, J. L. (2016). *Huelga y Derecho*. Santiago, Chile: Thomson Reuters.
- Ugarte Cataldo, J. L. (2014). *Derecho del trabajo: invención, teoría y crítica*, Colección Ensayos Jurídicos. Santiago, Chile: Thomson Reuters.
- Verdier, J. M. (1986). *Syndicats et Droit Syndical*, tomo 5, Tratado de Derecho del Trabajo 2ª edición, Vol. 1, Editorial Dalloz.
- Vogt, J., Bellace, J., Compa, L., Ewing, K., Hendy, J., Lörcher, K. y Novitz, T. (2020). *The Right to Strike in International Law*. Hart Publishing.
- Walker Errazuriz, F. y Arellano Ortiz, P. (2016). *Derecho de las relaciones laborales, Tomo 1 Derecho Individual del Trabajo*. Santiago, Chile: Librotecnia.
- Walker Errazuriz, F. y Arellano Ortiz, P. (2017). *Derecho de las relaciones laborales, Tomo 2 Derecho Colectivo del Trabajo*. Santiago, Chile: Librotecnia.
- Wass, B. (editor). (2014). *The right to strike. A comparative view, Studies in Employment and Social Policy*. Volume 45. Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International.