

PENSIONES Y SINDICALISMO EN COLOMBIA

2

Negociaciones y derechos

En Colombia, el tratamiento tradicional de los temas de la seguridad social en materia pensional y el movimiento sindical han sido objeto de estudio de diferentes parcelas académicas. Así, las pensiones han sido terreno usual de “segurólogos sociales”⁹³ y economistas, mientras el sindicalismo lo ha sido de “laboralistas”, sociólogos y politólogos. No obstante, un tratamiento monodisciplinar de este tipo no da espacio para considerar el permanente problema de la seguridad social en pensiones en Colombia sino desde una sola perspectiva, desde un solo campo, en términos de Bourdieu (2002)⁹⁴.

El instituto pensional es una de las medidas de contención social del problema de la distribución de la riqueza, a la que es aneja la categoría de negociación,

93 “Segurólogo social” es un concepto que se ha venido utilizando para diferenciar académicamente a quien se dedica a la investigación y cultivo del Derecho de la Seguridad Social, como disciplina autónoma, de los justlaboralistas, quienes tienen al Derecho del Trabajo como su quehacer cotidiano. El término es un anglicismo derivado de “social security”.

94 No se puede olvidar que el campo intelectual y académico, en tanto espacio social relativamente autónomo de producción de bienes simbólicos y —doctrinas, en términos jurídicos—, permite una comprensión amplia del trabajo del autor. Allí, el autor no se conecta de modo directo a la sociedad ni siquiera a su clase social de origen, sino por medio de la estructura de un campo intelectual, que funciona como mediador entre el autor y la sociedad. Dicho campo no es un espacio neutro de relaciones interindividuales, sino que está estructurado como un sistema de relaciones en competencia y conflicto entre grupos situaciones en posiciones diversas, como un sistema de posiciones sociales con las que están asociadas posiciones intelectuales, jurídicas o artísticas (Bourdieu, 2002).

en la medida en que está ligado al desarrollo conflictivo de la sociedad industrial y a sus “luchas” entre intereses alternativos opuestos.

En Colombia, seguridad social, pensión y organización social —no en todos los casos sindicalizada— van de la mano, de ahí que las formas legales representen y se adecúen a los resultados de la movilización de los grupos de interés. No obstante, acerca de los sindicatos en Colombia, anota Marcel Silva Romero (2005):

Los sindicatos son personas distintas de sus afiliados nos enseñaron, y reproducimos estas afirmaciones en las aulas universitarias o en las escuelas sindicales. De ahí estamos a un paso de aceptar que los intereses de los sindicatos son distintos, o pueden llegar a serlo, a los intereses de los trabajadores sindicalizados. En desarrollo de esta falacia se han erigido en Colombia grandes organizaciones gremiales de primer, segundo o tercer grado, con propósitos muy alejados de los inmediatos de sus propias bases y en muchas oportunidades en contradicción con ellos, cuando la misma historia obrera ha demostrado lo contrario, por ejemplo, cuando se suscribe una convención colectiva, los derechos obtenidos se incorporan al patrimonio de cada trabajador sin intermediación alguna. Pero gracias al acomodamiento falso de la persona jurídica diferente, en algunos sitios (sindicatos) se han estructurado capas de dirección con inconfesables intereses propios que se desvían de la ruta de la seguridad social (pp. 43-44).

Ruta que, desde hace mucho, ha buscado tanto la organización sindical como el instituto pensional. Por esa razón, en el presente capítulo se tratarán los dos institutos en dos partes generales bien diferenciadas: la primera mostrará la relación histórica entre organización social y seguridad social en materia pensional anterior al advenimiento de la Carta Constitucional de 1991; la segunda describirá las consecuencias (las reformas al sistema de seguridad social y a la legislación laboral) que para el sistema pensional y para la organización sindical ha tenido la política de ajuste económico implementada en Colombia desde la década del noventa del siglo pasado.

El tratamiento de cada una de las partes descritas se llevará a cabo desde dos perspectivas: i) histórico-crítica, que contempla las dimensiones políticas, económicas y jurídicas que dieron lugar al desarrollo de un incipiente sector industrial y propiciaron con ello la organización social necesaria para la consecución de derechos laborales reales, como los que se refieren a la seguridad social en materia pensional, y ii) jurídico-analítica, que se dirige a conseguir una definición cabal

del “derecho a una pensión” desde el marco constitucional colombiano y en el terreno laboral colectivo.

Hablar solo de una problemática jurídica sería abandonarse al sesgo mono-disciplinar ya mencionado. El asunto, más bien, consiste en evidenciar que el sistema jurídico en materia de seguridad social en pensiones ha respondido en Colombia al potencial de negociación y movilización de las organizaciones sociales y sindicales. Por lo tanto, la adecuación hermenéutica de la Constitución y de la ley habría de seguir *in ferenda* el reconocimiento de unos derechos-beneficios —en este caso, a la libertad sindical y a la negociación colectiva— que no brotaron con espontaneidad del beneplácito de un Estado-Providencia, sino de la facultad de negociar de los actores involucrados. Esto explicaría los continuos flujos y reflujos, en términos de expectativas legítimas y derechos justiciables.

Pensión y organización sindical en Colombia anterior a la Ley 100 de 1993

Dado que la seguridad social en sentido estricto está ligada al desarrollo de la sociedad capitalista moderna y al surgimiento de las luchas laborales, no se puede hablar en sentido propio de pensión en Colombia hasta la finalización de lo que Arenas Monsalve (2006) denomina “el período de dispersión” (p. 61) del nacimiento de la República hasta 1945. Este período se caracteriza por la aparición de beneficios de naturaleza próxima a los seguros sociales o a la seguridad social, sin constituir por ello ningún sistema o plan definido de esa naturaleza. Tal fenómeno, según Rubén Jaramillo Vélez (1998), se explica así:

Debemos recordar que en sus orígenes las que luego serían las naciones hispano-americanas surgieron de la coyuntura inaugurada por la Revolución francesa —y más concretamente por el ciclo napoleónico—, bajo la influencia determinante de las ideas de la Ilustración y las doctrinas jurídico-políticas que acompañaron el proceso revolucionario y sancionaron una nueva legitimidad, el surgimiento de las nuevas instituciones que articulaban la sociedad burguesa que se había gestado durante los últimos decenios en el interior del *ancien régime*. Pero en estos países no se habían producido los mismos desarrollos, no se habían gestado las mismas clases sociales ni las correspondientes relaciones de producción, que pudieran servir de agentes concretos a las ideologías llegadas del otro lado del Atlántico y también de la naciente y pujante república del norte. El entusiasmo de las élites criollas por los ideales de la asamblea constituyente y legislativa o por el texto de Filadelfia respondía desde

luego al “espíritu de los Tiempos”, aunque distaba mucho de estar respaldado por hechos concretos: por procesos efectivos y desarrollos socio-económicos, culturales e idiosincráticos que se correspondiesen con su espíritu. Se trataba más bien de una abstracta identificación por parte de los sectores minoritarios ilustrados, que tal vez no resultaría exagerado calificar de ingenua (pp. 27-28)⁹⁵.

Entonces, puede asegurarse que en Colombia todas las variantes de “pensión” antes de la consumación del Instituto Colombiano de los Seguros Sociales (ISS) por la Ley 90 de 1946, tras un proceso que arranca con el Decreto Ley 2350 de 1944 y la Ley 6 de 1945, son formas premodernas de asistencialismo, beneficencia o caridad pública. Para que aparezca un genuino Derecho Laboral y, dentro de él, un Derecho de la Seguridad Social, es indispensable la modificación de la estructura social rural, basada en las relaciones económicas agrarias, por una sociedad urbana en proceso de industrialización, condición que también es un presupuesto básico para hablar de sindicalismo en Colombia.

En otras palabras, aquello que se quedó esperando el coronel, antiguo lugarteniente de Aureliano Buendía, no era ninguna forma de pensión, sino una de las tantas formas de dádiva política que las clases políticas dirigentes implementaron durante el siglo XIX (sin la participación-negociación activa de quienes serían sus beneficiarios) para ganarse el favor de ciertos grupos de interés: los militares, los empleados de la Administración, etc.⁹⁶. De ahí que, en sentido estricto, no pueda hablarse de un derecho a la protección social o seguro hasta la mencionada Ley 90 de 1946, máxime si a ello se agrega que tampoco existió alguna forma decimonónica de organización sindical.

95 El reconocido historiador Jaime Jaramillo Uribe (1982), ha destacado que en Colombia la Colonia persistió por lo menos hasta mediados del siglo XIX, hasta las Reformas de José Hilario López. Solo con el intento de implementar pedagógicamente los principios más modernos para la época —los del utilitarismo, por ejemplo— para intentar cambiar las estructuras fundamentales de la sociedad se advirtió que el problema de una sociedad liberal y republicana empezaba por la mentalidad y no por las armas.

96 La doctrina sobre seguridad social suele referirse al Decreto de Bolívar, a los montepíos militares, a la Ley 50 de 1886, la Ley 29 de 1905, la Ley 82 de 1912 y otras más como las “primeras pensiones” en Colombia. En realidad, como sugiere Óscar Iván Cortés Hernández (2006), lo que sucedía era que “de manera lenta pero progresiva, al sistema de salubridad pública instaurado se empezaron a sumar unas escasas alusiones al régimen de pensiones, para cuyo efecto aparecieron diseminadamente, sin ningún tipo de articulación y siempre buscando la protección de grupos ‘privilegiados’ y organizaciones especializadas. Así, por citar un ejemplo, el artículo 62 de la Carta de 1886 al abordar el tema de la carrera administrativa, judicial y militar hace referencia a la Pensión del Tesoro Público” (p. 20).

•Pensiones y sindicalismo en Colombia.

[...] el origen del sindicalismo en el territorio actualmente colombiano no se encuentra en las asociaciones de artesanos, o sociedades democráticas del siglo XIX [...]. Ese origen no es otro que el sindicalismo surgido en el siglo pasado en los países capitalistas de Europa y Norteamérica e iniciado en nuestro medio en un proceso acelerado en las primeras cuatro décadas del siglo XX (Silva Romero, 2005, pp. 47-48).

Dicho proceso no siguió el patrón común a los de las organizaciones sindicales europeas, pues aquí ya se presentaban huelgas (por ejemplo, las huelgas de enero de 1918 de los trabajadores portuarios de Barranquilla, Cartagena y Santa Marta) antes de desarrollarse las bases socioeconómicas de una sociedad industrializada y, por lo mismo, de un proletariado extendido⁹⁷. Ello tiene su razón de ser en la fragmentación o inexistencia de un proceso de desarrollo encabezado desde el Estado o desde una clase capitalista propiamente dicha.

Desde el período del Olimpo radical hasta la Regeneración, la ideología predominante asumía que el desarrollo iba de la mano de la imitación abstracta de modelo anglosajón y librecambista que suponía —como volvería a suceder en el neoliberalismo— una división mundial del mercado que dejaba a los países no industrializados como centros de producción de materias primas y como importadores de los productos manufacturados de los países centrales. Por eso, durante el período del liberalismo radical, se inició la etapa de los ferrocarriles, del telégrafo y de los modelos pedagógicos (de Pestalozzi, Froebel, etc.) que auspiciaban las normales de artes y oficios, etc. Estos avances no fueron pensados como partes de un proyecto general de desarrollo hacia la industrialización, sino como medios que, una vez importados, conllevaban el “progreso”, aunque solo eran los medios que las compañías europeas y norteamericanas demandaban para asegurar que la producción agrícola y minera colombiana pudiera llevarse al mercado mundial.

No es de extrañar que las primeras huelgas colombianas se hicieran en el contexto de las compañías extranjeras⁹⁸ que, auspiciadas por la clase dirigente

97 El modo como la élite política enfrentó al movimiento de los samarios y cartageneros determinó el camino sangriento que tendrían las huelgas y la organización social en las décadas siguientes, pues “para controlar las huelgas el gobierno expidió el decreto 002 de 1918 que es la primera arma normativa de control de las huelgas de hecho. Las características de este decreto son: 1. Despenaliza parcialmente el derecho de huelga. 2. Sólo permite el abandono del empleo y prohíbe los comités de huelga permanentes. 3. Los representantes de los huelguistas deberían ser trabajadores de la misma empresa o gremio y si no fuere así se encarcelaría a quien violara la disposición. 4. Los extranjeros no puede participar en la huelga” (Silva Romero, 2005, p. 51).

98 “Las huelgas laborales en Colombia son relativamente escasas comparadas con el número de ellas en el resto de Latinoamérica. En Colombia se tiene registro de la primera huelga utilizada como mecanismo de presión, lucha y acción directa, la realizada a raíz de las protestas y el paro adelantado por los trabajadores de la Compañía del

colombiana, veían en la naciente República colombiana un mercado de mano de obra barata (hoy maquila), extracción de materias primas rentables y, además, un comprador seguro de su producción manufacturera y metalúrgica. Este fenómeno, además, iba acompañado por la complicidad de una élite ideologizada que, con el favorecimiento y la complacencia de los intereses de las empresas de los países modernos, esperaba convertir a Colombia en uno de ellos.

Así pues, estaban presentes las circunstancias para que una naciente clase obrera, de miserables condiciones laborales, iniciara su organización y depositara sus esperanzas en un caudillo, lo cual es característico de una sociedad premoderna o carismática, en términos de Weber (1977), que estaba muy lejos de un proceso de racionalización moderno⁹⁹. Esa esperanza fue truncada el 15 de octubre de 1914 con el asesinato del general Rafael Uribe Uribe, precursor del Derecho Laboral en Colombia y el fracaso de su proyecto de un socialismo de

Canal de Panamá el 31 de enero de 1884. En 1910 se lleva a cabo una huelga exitosa de cinco días por parte de los obreros portuarios, de la construcción y el transporte y ferroviarios desde Calamar hasta Barraquilla. [...] la legislación colombiana, por primera vez, mediante la Ley 78 del 19 de noviembre de 1919, reglamentará el derecho de negociación colectiva, los tribunales de arbitramento, e institucionalizará el derecho a la huelga, condicionando su legalidad a propósitos reivindicativos y, además, a que tuviera un desarrollo pacífico. La Ley 21 de 1920, por su lado, impuso ciertas limitaciones al ejercicio del derecho de huelga, como fue la de introducir el concepto de servicio público, y prohibió su realización en empresas pertenecientes a tales sectores. [Ello no impidió que] en noviembre de 1928 se desarrollara la Huelga de las bananeras, en la que los trabajadores exigían a la United Fruit Company que los contratara directamente y, de ese modo, les pagara las prestaciones laborales reconocidas, lo cual —como se sabe— infortunadamente tuvo un trágico final” (Urrutia, Rodríguez, Rodríguez y Sánchez, 2010, p. 15). Para unas estadísticas de huelgas y paros en Colombia, puede verse Archila Neira y Delgado (1994).

99 Según Weber (1977), las exigencias de la racionalidad formal del Derecho moderno, que se representa arquetípicamente en la burocracia, conducen a la cosificación de las relaciones humanas juridizadas y a la descomposición de la sociedad en una diferencia funcional descentrada. Como sostiene el autor, el Derecho Público se identifica con los reglamentos “con arreglo a fines” perseguidos por el Estado, entendido el último como “un instituto político de actividad continuada, cuando y en la medida en que su cuadro administrativo mantenga con éxito la pretensión del monopolio legítimo de la coacción física para el mantenimiento del orden vigente” (p. 29). A diferencia de las sociedades tradicionales, la legitimación descansa en una remisión no-metafísica (tradicional) ni carismática (de caudillo) de justificación de las relaciones dominante-dominado. En el marco de los tipos ideales weberianos, es una justificación racional que no es un hecho, sino una regularidad que busca establecer el contraste necesario para distinguir la dominación precapitalista de la capitalista, de modo que la racionalización de las normas jurídicas, su despersonalización y abstracción respecto a unos fines puede asumir formas distintas aunque todas tengan en miras la búsqueda de la calculabilidad y de la eficacia del orden político-jurídico en su conjunto; ello se expresa en la burocratización, la alienación y la reificación de las actividades humanas. Por esta razón, cuando el Legislador delimita las esferas del Derecho subjetivo, se torna en el adalid omnicompreensivo del “patrimonialismo”, que no advierte diferencia entre el “señor de la casa” y el “señor territorial” y, cuando el Gobierno administra dirige “racionalmente” el instituto político, en tanto asociación con arreglo a fines. “[...] el derecho puede ser racional en muy diversos sentidos, de acuerdo con las diferentes direcciones de racionalización seguidas por el pensamiento jurídico. Primeramente en el sentido de proceso mental más simple en apariencia: la generalización [...] que descansa en el casuismo [...] o en el sentido de la sistematización [...] o en el de la creación y aplicación del Derecho, en sentido formal o en sentido material” (pp. 498; 502-510).

Estado originado desde el seno del Partido Liberal (Silva Romero, 2005). Si bien este suceso no terminó con la organización obrera, en la medida en que sus causas no acabaron, sí determinó dos de las características principales del movimiento sindical colombiano subsecuente: una, la desconfianza del movimiento obrero hacia el Estado, considerado cómplice de las clases dominantes en el asesinato del líder. Otra, la inclinación más o menos socialista de la organización sindical, más ocupada en la lucha y el enfrentamiento con “la patronal” o con el Estado, que en el trabajo mancomunado con ellos¹⁰⁰.

Antesala al fin del período de dispersión

Resulta apenas lógico que las primeras medidas de beneficio prestacional reconocidas por el Estado estuvieran dirigidas a granjearse el favor de dos poderes importantes para el aseguramiento del *statu quo*: el poder fáctico del estamento militar (mediante la Ley 15 de 1925) y el poder ideológico del sector educativo, dominado por la Iglesia católica (mediante la Ley 114 de 1913). Aquella desarticulaba cualquier propuesta de organización social general, ya que movilizaba las esperanzas de las clases hacia la pertenencia a cualquiera de esos grupos “privilegiados”, antes que a cualquier forma de movilización social.

Semejante dispersión de “beneficios”, como bien indica Arenas Monsalve (2006) para el caso de la seguridad social, se caracterizó:

1. En ausencia de un esquema de intervención estatal, los “logros” en seguridad social son una combinación de beneficios asistenciales con prácticas mutuales, tanto de los militares como de los gremios artesanales y de las primeras organizaciones obreras [...].
2. Los primeros beneficios normativos de seguridad social surgen para el sector oficial y dentro de éste primero en beneficio del estamento militar y posteriormente en el personal civil oficial [...].

.....
100 Como sugiere Mauricio Archila (1989), las ideas socialistas llegadas a Colombia tempranamente se expandieron con facilidad entre los obreros y los artesanos de las ciudades económicamente más prósperas (puertos y centros de acopio de materias primas para la exportación), debido a que las necesidades eran las mismas que sentían los trabajadores europeos, pese a que aún no existía una clase proletaria. En Colombia, esas ideas no fueron atendidas ni consideradas por las clases dirigentes tradicionales —liberales y conservadores—, sino que fueron objeto de una fuerte represión. Esto condujo en 1919 a la creación un partido socialista que impulsó la protesta y la huelga como mecanismos reivindicatorios, lo cual, antes que lograr algún objetivo, condujo a su rápida desaparición y la prematura perspectiva de un proyecto conciliatorio con el Gobierno y los patronos (pp. 219-245).

3. En la transición hacia la intervención del Estado “se aprueban leyes aisladas sobre pensiones”. Aquí puede verse una normatividad que es a la vez de origen reivindicativo y de “intervencionismo humanitario”, es decir, que los beneficios prestacionales son simultáneamente fruto de las primeras luchas obreras y de acciones estatales humanitarias que buscan garantizar la reproducción de la fuerza de trabajo [...].
4. En este período puede señalarse como característica general que la legislación es fragmentaria y restrictiva. En los primeros años del siglo está orientada exclusivamente a un sector —el oficial— y entre esta privilegia al estamento militar [...].
5. Finalmente, en este periodo —y específicamente a partir de 1928— se inician las preocupaciones por armonizar los dispersos beneficios sociales y por crear instituciones de seguros sociales que son ya conocidas en el mundo a partir de la creación del seguro social alemán (pp. 62-69)¹⁰¹.

Como muestra la descripción de Arenas Monsalve (2006), la estratificación de los beneficios tuvo un largo y tortuoso proceso para llegar a constituir un genuino sistema de seguridad social con criterio de generalidad como el alcanzado en 1946 (Rengifo, 1989). No obstante, tuvo un punto de ruptura evidente con la Masacre de las bananeras, en noviembre de 1928¹⁰², pues merced a aquel desafortunado incidente y a los debates que por ese motivo Jorge Eliécer Gaitán hizo al gobierno de Miguel Abadía Méndez en 1929, la clase política empezó a considerar la posibilidad de una legislación laboral y de protección social general.

Muchos sindicatos en Colombia surgen entre 1916 y 1929, una vez se acelera la industrialización y llegan al país compañías extranjeras encargadas de la explotación del petróleo y de otros minerales, así como también las productoras y exportadoras de banano. Hasta 1930, el número de sindicatos reconocidos era de noventa y nueve. En 1931, durante el gobierno de Enrique Olaya Herrera, el Congreso expidió la ley 83, denominada “ley de sindicatos” que reconocía a los sindicatos el derecho a ejercer su actividad y a firmar contratos colectivos. Posteriormente con el decreto 895 de 1934 y la ley 10 de ese mismo año, se reconoció el derecho a vacaciones remuneradas y a la jornada de trabajo de ocho horas diarias (Urrutia *et ál.*, 2010, p. 3).

101 Jesús Rengifo (1989) ya había advertido que en principio los beneficios prestacionales-pensionales estuvieron dirigidos a los “educadores, los sindicatos, riesgos profesionales, pagos de salarios durante la incapacidad, enfermos de lepra, trabajadores petroleros y de la construcción, seguro de vida, etc.” (p. 38). Ello se demuestra con los beneficios pensionales obtenidos por los educadores mediante las Leyes 39 de 1903, 114 de 1913 y 116 de 1928. Las normas de origen reivindicativo están las Leyes 48 de 1924, 15 de 1925 y 46 de 1918.

102 Para una descripción completa de las demandas del movimiento obrero a la United Fruit Company, puede verse González Charry (1978).

Salta a la vista el nexo evidente entre organización obrera y seguridad social, entre contención política de las demandas sindicales y concesión jurídica parcial de ciertos beneficios prestacionales; en suma, entre “garrote y zanahoria” como se indicó en el pasado capítulo. Tal estrategia dio buenos réditos, sobre todo para el Partido Liberal, pues logró contrarrestar los dos tipos de radicalismo del momento: por un lado, el radicalismo de los socialistas criollos que creyeron en la lucha insurreccional antes que reivindicativa y, por otro, el radicalismo de la hegemonía conservadora en el poder en pleno contexto de “la danza de los millones”¹⁰³.

En 1931, el liberalismo ganó las elecciones presidenciales, pero no obtuvo las mayorías en el Congreso; había un ánimo común en ciertos sectores de la élite bipartidista: o se contienen las demandas de las clases obreras y artesanales organizadas ahora bajo ciertas influencias socialistas o se pone en peligro la estructura total capitalista y privada que alimenta a los mismos componentes elitistas de los dos partidos. Mejor dicho: o se reconoce y regula el funcionamiento de los sindicatos y con ello se contienen sus demandas o el conjunto insatisfecho de todas ellas atraerá a los sectores pobres de la sociedad a las versiones más radicales y revolucionarias de la organización laboral.

Al margen de las influencias que el movimiento sindical tuvo en el primer lustro de la década del treinta (comunistas, uniristas gaitanistas, socialistas y lopistas liberales):

[...] en Colombia —a diferencia de la libertad sindical absoluta que se predicaba en Europa— no hubo esfuerzo inmediatamente se aprobó la ley de sindicatos para constituirlos dentro de sus asfixiantes requisitos; el desarrollo del movimiento obrero en esta época se debió a un grado muy importante de apoyo informal de la rama ejecutiva del gobierno, y a su interpretación de la ley (Silva Romero, 2005, p. 79).

Como se adujo, la estructura socioeconómica del país aún distaba mucho de la división burguesía-proletariado que predicaba el comunismo y la clase trabajadora prefería la posibilidad que se le daba desde el estamento gubernamental para organizarse, aunque fuera bajo la restrictiva sombrilla de su marco legal,

.....
103 Para una descripción del movimiento insurreccional de principios de siglo XX en Colombia, encabezada por la facción revolucionaria, el Partido Socialista Revolucionario, de la Confederación Obrera Nacional (CON), puede verse Sánchez (1985). Respecto a los controles y las restricciones legales producidas desde el seno del Partido Conservador, Silva Romero (2005).

antes que embarcarse en un proceso revolucionario que suponía una entrada en la Modernidad que todavía no había hecho Colombia¹⁰⁴.

En términos de seguridad social, a la muy inteligente estrategia de las élites bipartidistas para domeñar a la organización obrera en los límites organizacionales de un sindicalismo lícito, siguió una respuesta de mucho más alcance, dictada por las circunstancias de un capitalismo mundial que apenas había logrado salir de la crisis de 1929: el keynesianismo económico y el bienestarismo providencial de la reforma constitucional de 1936, es decir, un paternalismo estatal que, al tiempo que controlaba a sus hijos más descarriados (los capitalistas librecambistas), protegía a sus vástagos más débiles (los campesinos) de la seducción comunista. Con razón Gonzalo Sánchez (1985) afirma:

Tal vez no exista en la historia del país otra reforma que, como la ley 200 de 1936 (Régimen de Tierras), haya servido tan cabalmente a los intereses de la clase dominante. La ley logró, en efecto, presentarse —y ser aceptada— como una respuesta a las demandas campesinas, cuando, en realidad, su objetivo fundamental era resolver las inquietudes de los terratenientes. La llamada “revolución en marcha”, si fue burguesa, no fue democrática, en el sentido que se proyectara una distribución de la tierra a los campesinos [...]. Naturalmente que la norma había dejado margen de ambigüedad suficiente como para que los campesinos la interpretaran a su favor y eso permitió que muchos sectores la recibieran como una verdadera conquista de los trabajadores del campo. El debate agrario, en la medida en que se prolonga, se convierte, pues, en un problema de interpretación de la ley. Pero la definición en uno u otro sentido no se haría ya en el Parlamento sino en el terreno concreto de la lucha de clases, y en función de la correlación de fuerzas existentes entre éstas. ¿Y qué pasó?

.....
104 En el período en mención, “debido al apretado triunfo de los conservadores frente a los liberales después del período de la regeneración y la separación de Panamá, el Gobierno electo de Pedro Nel Ospina (1922-1926) se vio abocado —frente a la oposición liberal encabezada por Benjamín Herrera— a introducir modificaciones sustanciales al funcionamiento económico, administrativo y fiscal de la nación. Dichas modificaciones pretendían, por un lado, modernizar la realidad económica nacional para adaptarla al contexto mundial y, por otro lado, purgar del funcionamiento estatal cualquier resquicio de influencia del modelo colonial. Con la excepcional inyección económica, producto de la indemnización de 25 millones de dólares por el caso Panamá —sancionada en 1914 por Carlos E. Restrepo mediante el Tratado Urrutia-Thompson—, Colombia entró en un acelerado proceso de internacionalización tanto económica como política [...]. En este contexto, el Congreso Nacional autorizó al Ejecutivo, en 1922, para contratar con expertos extranjeros, entiéndase norteamericanos, los estudios que llevaran a las modificaciones indispensables para cumplir los antedichos objetivos. En ese sentido la misión Kemmerer, llamada de ese modo por su experto director, Edwin Walter Kemmerer y coordinada a escala nacional por Esteban Jaramillo, tenía el expreso cometido de presentar un proyecto de modernización de la vida financiera nacional y de los mecanismos para su control. Los resultados de la antedicha misión fueron resumidos en la Ley 11 de 1923 que creaba el Banco de República, la Ley 34 de 1923 que direccionaba el presupuesto nacional y la Ley 42 de 1923 que reestructura la contabilidad, el fisco, y el control del erario” (Corredor, 2009, pp. 53-55).

•Pensiones y sindicalismo en Colombia.

que esta correlación se modificó fundamentalmente en favor de los terratenientes. En efecto, la UNIR (disuelta por Gaitán) y el Partido Comunista, entregaron sus banderas de lucha al Partido Liberal al régimen “burgués-terrateniente” que antes valerosamente habían combatido (p. 195).

Pese al gran número de detractores —tanto de derechas como de izquierdas—, la Revolución en marcha, de Alfonso López Pumarejo, con base en el proteccionismo planificador del Estado —justificado por la concepción de la función social de la propiedad, de un incipiente welfare State, como algunos le llaman (Cortés Hernández, 2006)— le adicionó algo al Derecho Laboral colectivo que aún no tenía¹⁰⁵: una jurisdicción laboral. Ese objetivo se consumó con el Acto Legislativo 01 de 1940 que, en términos de seguridad social en pensiones, propició la Ley 6 de 1945 y su Decreto reglamentario de la parte individual 2127 de 1945 que, junto con la Ley 64 de 1946, consagró la pensión de jubilación (Moreno Lovera, 2010)¹⁰⁶.

Tal logro no puede ser considerado sin atender la influencia que el Decreto 2350 de 1944, convertido después en la Ley 6 de 1945, tuvo en la actualización de las disposiciones laborales sobre todo, en lo que tiene que ver con:

Sindicatos de empresa (preferencia de los sindicatos de empresa por sobre los gremiales o de oficios varios, pues la presentación de pliegos de peticiones, el nombramiento de conciliadores, árbitros y negociadores, así como la celebración de convenciones colectivas son de prioridad de los sindicatos de empresa, art. 17); fuero sindical (el fuero se extiende, exceptuando a los empleados públicos, a: los fundadores, 10 miembros de las juntas directivas, 10 miembros de las subdirectivas y 2 miembros de los comités, art. 18); retención de cuotas de afiliación por el patrón (un sindicato de empresa, con el voto de 2/3 partes de sus socios puede solicitar al patrono que les retenga a los afiliados las cuotas y se las entregue al tesorero de la organización); prohibición a los empleados públicos de derecho de asociación; distinción

.....
105 Como indica Silva Romero (2005), los Artículos 17, 18, 20, 32 y 44 del Acto Legislativo 01 de 1936 se reducen a confirmar lo ya existente en materia laboral y elevan a rango constitucional las limitaciones impuestas al derecho de asociación y huelga.

106 “Artículo 14. La empresa cuyo capital exceda los ochocientos mil pesos (800.000) estará obligada: [...] c) A pagar al trabajador que haya llegado o llegue a los cincuenta (50) años de edad después de veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos, una pensión vitalicia de jubilación equivalente a las dos terceras partes de los salarios devengado, sin bajar de treinta pesos (30) ni exceder de doscientos pesos (200), en cada mes. La pensión de vejez excluye el auxilio de cesantía, menos en cuanto los anticipos, liquidaciones parciales, o préstamos que se le hayan lícitamente hecho al trabajador, cuya cuantía irá deduciendo de la pensión de jubilación en cuotas que no excedan el 20 % de cada pensión” (Congreso de la República, 1945). El Artículo 17 consagra similar prestación para los empleados y obreros oficiales.

entre convención colectiva y contrato sindical (el contrato sindical no es obligatorio. Si el patrono prefiere contrata con cada individuo, en vez de contratar con un sindicato responsable, allá él. La convención colectiva es otra cosa: es la estipulación entre un patrono y un sindicato, para regular las condiciones generales de trabajo, en la respectiva empresa); adopción del principio de norma más favorable, eliminación del esquirolaje legalizado; actualización del listado de actividades del servicio público donde más huelgas se desarrollan; y, creación de la justicia especial de trabajo que el Acto legislativo n° 1 de 1942 había ya ordenado (Silva Romero, 2005, pp. 90-91).

Además de sentar los derroteros con los cuales se movería el Derecho Laboral colombiano en el siglo XX, esa actualización sentó las pautas que dieron lugar a un estatuto laboral unificado (Ley 6 de 1945, Preámbulo del Código Sustantivo del Trabajo); al mismo tiempo, con la creación de la Caja Nacional de Previsión Social (Cajanal) (art. 19)¹⁰⁷, dio los primeros pasos hacia la constitución de un verdadero sistema de seguridad social en pensiones. Dicho inicio no fue el mejor porque, como bien recuerda Óscar Iván Cortés Hernández (2006):

[...] esta institución (CAJANAL) que en su momento se encargó del pago de las pensiones ordenadas por la ley para los servidores públicos y cuyo objeto social después fue ampliado a todo lo concerniente al sistema de seguridad social (salud y riesgos profesionales), al abrir sus sedes a lo largo y ancho de la geografía nacional abrió las puertas a una mal entendida descentralización administrativa. Porque la tan criticada politiquería de los “caciques” regionales fue llevando a la paulatina creación de Cajas Departamentales de Previsión Social, en los diferentes órdenes territoriales, de tal suerte que en cada capital de departamento existían ya no sólo la Caja Nacional de Previsión, sino Cajas Departamentales de Previsión Social, encargadas como lo dice su nombre, de proteger a los servidores públicos que con dicho carácter prestaban sus servicios en las entidades territoriales respectivas. Pero, además como los políticos locales tenían sus propios intereses y apetitos burocráticos, se planteó como necesaria la creación de las denominadas Cajas de Previsión Social Municipal. Es decir, por obra y gracia de la mal interpretada descentralización, en cada municipio subsistieron hasta la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, todas estas Cajas de Previsión mencionadas (pp. 24-25).

.....
107 El Artículo 19 de la mencionada Ley rezaba: “La Caja de Previsión Social de los empleados y obreros nacionales, será una persona jurídica autónoma cuya administración corresponderá a una junta directiva integrada por representantes de gobierno y de los empleados y obreros. La nación garantiza todas las obligaciones de la Caja” (Congreso de la República, 1945).

Aunque se convirtieron en baluartes regionales de la corrupción y politiquería, estas entidades cumplieron la misión de reconducir las necesidades y problemáticas de buena parte de los trabajadores colombianos hacia la utopía de un trabajo en el sector público.

Pensión y organización sindical: la constitución del sistema

Como lo desarrolla Arenas Monsalve (2006), el período de consolidación de la organización institucional de una seguridad social en sentido estricto en Colombia va de 1945 a 1967. Ese lapso se enmarca en el ámbito interno por la debacle del proyecto gaitanista, por la derechización de buena parte de la élite política, por la Violencia, el caudillismo dictatorial de Rojas Pinilla, el Frente Nacional y la Alianza para el progreso; en el ámbito externo, por la división del mundo en áreas de influencia de las dos grandes superpotencias de la posguerra —Guerra Fría—, por el macartismo, por la creación de las alianzas militares (OTAN y Pacto de Varsovia), la conformación de la OEA y la ONU y por un proceso de descolonización del mundo. Cada uno de esos procesos ha sido objeto de muchos y variados estudios, pero aquí no son detallados en minucia, pues a lo que se intenta responder ahora es ¿cómo fue la contención de la conflictividad laboral, mediante la seguridad social, en las postrimerías de la Revolución en marcha?

Muchas veces, desde muy diferentes ópticas, se ha repetido que el proyecto reformador de López Pumarejo fue un fracaso:

[...] los resultados del truncado cambio fueron bastante deficientes: en la industrialización, los avances fueron modestos en el marco de la economía nacional, la reforma agraria fue un fracaso, la reforma educativa se notó en la universidad pero no en la amplitud de la escolarización, las reformas sociales implicaron un bloqueo a reivindicaciones posteriores de las masas al fracasar el intento y anunciar la pausa [...] siendo el fracaso del cambio político que implicaba la “revolución en marcha” la neutralización en su origen de los movimientos populares, es importante preguntarse por qué se dio esa entrega de los sindicatos, y finalmente del mismo Partido Comunista al destino que les fijara López. Pero además interesa tratar de entender por qué el Estado pareció concederle un espacio a las masas, y por qué los grupos dominantes renunciaron al dominio oligárquico directo para buscar un nuevo pacto social (Roll, 2001, pp. 124-126).

Las respuestas a estas cuestiones revelan el nexo peculiar de las aspiraciones de las clases dominantes con las demandas de los sectores populares que, en mayor o menor medida, fueron canalizadas por los sindicatos y que, de un modo lento, progresivo e incompleto, tomaron la forma de un sistema de seguridad social.

En cuanto a la mansedumbre de la clase obrera, ya se ha mencionado el estado incipiente en el que se encontraba el movimiento sindical cuando el liberalismo llegó al poder, y cómo se desarrolló a la sombra de éste. Así, la razón principal de la incorporación del movimiento sindical al liberalismo que se presentó como progresista, fue la debilidad y falta de organización de las masas populares. Una debilidad acrecentada con la crisis mundial, que rebajó ostensiblemente los salarios y más aún después de la crisis de 1937. Debilidad que se manifestaba en el hecho de que los sindicatos eran fundamentalmente de servicios públicos y artesanales, en tanto que los trabajadores industriales apenas estaban representados y fueron obligados a asumir el costo del desarrollo industrial [...]. Así pues, los obreros no tenían otra opción que confiar en los ofrecimientos del gobierno. En síntesis, las masas se incorporaron al Partido Liberal cuando se percataron de que su nivel de vida se deterioraba y que ellos no podían evitarlo sin ayuda externa [...]. Pero el intento de cambio político de la “revolución en marcha”, si bien tuvo el apoyo de las masas populares, contó con las élites dominantes, que finalmente impusieron su poder [...]. El protagonista principal del cambio fue el Estado que lograría el encuentro de las clases populares y la clase dominante. A través pues de estas falsas inferencias, dejan a un lado las reformas políticas y se reconstruye la dominación oligárquica bajo un nuevo esquema y se afianzan los elementos de continuismo político que se irá consolidando en cada nueva crisis, al superarlas sin afectar el poder de las élites tradicionales. El problema parece así girar en torno a la legitimidad y la eficacia. López quería la legitimidad a través de las reformas, pero la legitimidad en la que se apoyaba era la del Partido Liberal [...]. López aspiraba a que el factor eficacia impulsase la legitimidad de su gobierno, pero no tuvo tiempo para hacerlo (Roll, 2001, pp. 126-128).

No es difícil entender por qué el país estuvo de acuerdo con una “derechización” en contra de los sindicatos. Desde la perspectiva de las masas, el sesgo izquierdista de algunos sindicatos iba en contra de la satisfacción de sus demandas por las clases dominantes, las cuales se hallaban prestas a satisfacer sus demandas, pero no de la mano de López, sino de Lleras Camargo, lo que evitaba la amenaza del futuro incierto de un proceso revolucionario radical. Por eso, las esperanzas populares se depositaron en un líder como Jorge Eliécer Gaitán quien, al igual que Lleras, observó una de las grandes debilidades de las direcciones del

•Pensiones y sindicalismo en Colombia•

movimiento sindical, consistente en que no tenían respaldo político popular ni de sus propias bases (Silva Romero, 2005). Esto le permitió jugar estratégicamente a dos bandas entre el populismo y el bipartidismo, sin caer en la izquierda del sindicalismo, controlado policívicamente ahora por el Decreto 2313 de 1946, expedido por Lleras, pero puesto a funcionar por Ospina Pérez¹⁰⁸.

Por paradójico que resulte, en este contexto de debilitamiento de los sindicatos y de “derechización” de las organizaciones sociales, tuvo lugar la creación del Instituto Colombiano de Seguridad Social (ICSS) y el establecimiento del seguro social obligatorio mediante la Ley 90 de 1946. La legislación no fue motivada por la organización sindical, pero sí se originó como respuesta de contención a las masas movilizadas en ese momento por algunos sectores marginales del sindicalismo de izquierda y por el caudillo Gaitán.

No es extraño que Adán Andrade Arriaga, ministro en la época dorada de la Revolución en marcha, pero luego socio político de la contrarrevolución de derecha, fuera quien presentó el proyecto de la ley en mención el 21 de julio de 1945. La estrategia del Estado:

[...] se orientó hacia la consolidación de un sistema de seguridad social como forma de legitimidad política estructurada en función de la correlación de fuerzas de los sectores sociales organizados [...] durante la administración de Ospina Pérez y en una coyuntura marcada por la represión del movimiento obrero y de inicios de la violencia. En este sentido, con el sistema de seguridad social se buscó legitimar un gobierno claramente represivo por lo que la ley, que sigue de cerca el modelo bismarkiano, dejó por fuera la población rural (Rodríguez Salazar, 2001, p. 216).

.....
108 El Decreto ordena cómo debe llevarse a cabo la reunión de fundación y su notificación a un inspector, establece el contenido de los estatutos, instituye los requisitos para ser directivo sindical, define los libros que debe llevar el sindicato, reconoce personería jurídica para poder actuar como sindicato, señala que el Ministerio debe aprobar las modificaciones a los estatutos y sin ello no tendrán validez, estatuye cómo deben elegirse las Juntas Directivas y cuándo deben reunirse las Asambleas y cuáles son sus funciones, establece cómo deben manejarse y guardarse los dineros del presupuesto sindical, señala funciones principales de los sindicatos, define sanciones contra los directivos de los sindicatos, indica cuándo, por qué y cómo se disuelven los sindicatos, etc. Con tales medidas restrictivas el proceso de derechización del movimiento sindical está prácticamente acabado más aún cuando “a finales del gobierno liberal y ya triunfante Ospina Pérez, el movimiento sindical se halla institucionalizado, eliminada su capacidad de combate de los años 20, legalizada la mentalidad de todos los trabajadores del país, entrometido el gobierno en todos los pasos y actuaciones de todos y cada uno de los sindicatos, con un control férreo por parte del Estado, dividido el sindicalismo en pequeñas parcelas, en fin, desprotegido contra cualquier embestida patronal y gubernamental” (Silva Romero, 2005, p. 123).

Primeros reconocimientos de las convenciones internacionales laborales

En desarrollo de la estrategia gubernamental de contención descrita, el Ejecutivo consiguió determinar, por un lado, el marco justificador para hacer un uso acomodaticio de los convenios de la OIT sobre libertad sindical en favor de su “derechización” —cuando no de su control desde el Estado— y, por otro lado, propició la postergación indefinida de un proyecto securista de carácter universal.

Con el reconocimiento colombiano de los Convenios 87 y 98 de la OIT sobre libertad sindical de 1948 y 1949, respectivamente, el Gobierno consiguió salir al paso de las críticas del lopismo sobre irrespeto a la “normatividad” internacional acerca de la organización obrera¹⁰⁹ y pudo emplear esos mismos Convenios en favor de su causa. Recuerda Silva Romero (2005):

Invocando los convenios internacionales de la OIT sobre libertad sindical (87 de 1948), el gobierno de Ospina por decreto 2875 de 1949 deroga los artículos 61, 65 y 66 del decreto 2313 de 1946. El artículo 61 establecía la prohibición de reconcomiendo de personería a más de una federación regional en cada departamento, intendencia o comisaría, o a más de una que agrupe sindicatos de la misma rama industrial, comercial, agrícola o ganadera. El artículo 65 estatuye que la confederación estará integrada cuando menos por la mayoría absoluta de las federaciones regionales e industriales sin perjuicio de que también afilie a sindicatos y el 66 extiende el régimen de las federaciones a las confederaciones. Con la derogatoria de estas disposiciones el gobierno puede reconocer la personería jurídica a la Unión de Trabajadores de Colombia (UTC), el gran antídoto de la Iglesia y de la derecha contra el sindicalismo político de la CTC lopista.

109 “En 1944, se anexó a la Constitución de la OIT la Declaración de Filadelfia en la que se reafirmaba, como uno de los principios fundamentales sobre los cuales está basada la Organización, que ‘la libertad de expresión y de asociación es esencial para el progreso constante’. Esa Declaración reconocía, además, la obligación solemne de la OIT de fomentar la ejecución de programas que permitan, entre otras cosas, ‘lograr el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva, la cooperación de empleadores y de trabajadores para mejorar continuamente la eficiencia en la producción, y la colaboración de trabajadores y empleadores en la preparación y aplicación de medidas sociales y económicas’. Todos estos principios enunciados en la Constitución deben ser respetados por cada Estado miembro de la Organización. Cronológicamente, el Convenio de la OIT sobre el derecho de asociación (agricultura), 1921 (núm. 11), fue el primero que se ocupó del derecho de sindicación, seguido del Convenio sobre el derecho de asociación (territorios no metropolitanos), 1947 (núm. 84). No obstante, el proyecto de reglamentación de la libertad sindical a nivel internacional sólo se materializó realmente con la adopción, en 1948, del Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación (núm. 87) y, al año siguiente, del Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva (núm. 98), que son los instrumentos fundamentales en materia de libertad sindical. La Conferencia Internacional del Trabajo ha adoptado desde entonces varios otros instrumentos sobre los derechos sindicales y la negociación colectiva” (OIT, 1994, p. 2).

•Pensiones y sindicalismo en Colombia.

Algo de cinismo se da en la motivación del decreto porque es el gobierno de Ospina quien violó en todos los órdenes el Convenio 87 de 1948 y porque queda vigente la prohibición legal de paralelismo sindical a nivel de las empresas, en contra de lo dispuesto en el artículo segundo del convenio. No prohibición de paralelismo en confederaciones y federaciones y sí en los sindicatos donde el de empresa es la base de la organización. Pero el desconocimiento total de los convenios 87 y 98 de la OIT se va a dar en la expedición del Código Sustantivo del Trabajo en 1950 (p. 129)¹¹⁰.

.....
110 Textualmente los convenios señalados indican: "Artículo 1. Todo miembro de la Organización Internacional del Trabajo para el cual esté en vigor el presente Convenio se obliga a poner en práctica las disposiciones siguientes. Artículo 2. Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas. Artículo 3.1. 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. 2. Las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal. Artículo 4. Las organizaciones de trabajadores y de empleadores no están sujetas a disolución o suspensión por vía administrativa. Artículo 5. Las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de constituir federaciones y confederaciones, así como el de afiliarse a las mismas, y toda organización, federación o confederación tiene el derecho de afiliarse a organizaciones internacionales de trabajadores y de empleadores. Artículo 6. Las disposiciones de los artículos 2, 3 y 4 de este Convenio se aplican a las federaciones y confederaciones de organizaciones de trabajadores y de empleadores. Artículo 7. La adquisición de la personalidad jurídica por las organizaciones de trabajadores y de empleadores, sus federaciones y confederaciones no puede estar sujeta a condiciones cuya naturaleza limite la aplicación de las disposiciones de los artículos 2, 3 y 4 de este Convenio. Artículo 8.1. Al ejercer los derechos que se les reconocen en el presente Convenio, los trabajadores, los empleadores y sus organizaciones respectivas están obligados, lo mismo que las demás personas o las colectividades organizadas, a respetar la legalidad. 2. La legislación nacional no menoscabará ni será aplicada de suerte que menoscabe las garantías previstas por el presente Convenio. Artículo 9.1. La legislación nacional deberá determinar hasta qué punto se aplicarán a las Fuerzas Armadas y a la Policía las garantías previstas por el presente Convenio. 2. De conformidad con los principios establecidos en el párrafo 8 del artículo 19 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, la ratificación de este Convenio por un miembro no deberá considerarse que menoscaba en modo alguno las leyes, sentencias, costumbres o acuerdos ya existentes que concedan a los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía garantías prescritas por el presente Convenio. Artículo 10. En el presente Convenio, el término 'organización' significa toda organización de trabajadores o de empleadores que tenga por objeto fomentar y defender los intereses de los trabajadores o de los empleadores. Artículo 11. Todo miembro de la Organización Internacional del Trabajo para el cual esté en vigor el presente Convenio se obliga a adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores y a los empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación" (OIT, 1948, p. 1). Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98): "Artículo 1. 1. Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo. 2. Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto: a) sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato; b) despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo. Artículo 2.1. Las organizaciones de trabajadores y de empleadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de injerencia de unas respecto de las otras, ya se realice directamente o por medio de sus agentes o miembros, en su constitución, funcionamiento o administración. 2. Se consideran actos de injerencia, en el sentido del presente artículo, principalmente, las medidas que tiendan a fomentar la constitución de organizaciones de trabajadores dominadas por un empleador o una organización de empleadores, o a sostener económicamente, o en otra forma, organizaciones de trabajadores, con objeto de colocar estas organizaciones bajo el control de un empleador o de una organización de empleadores. Artículo 3. Deberán crearse organismos adecuados a las condiciones nacionales, cuando ello sea

De otro lado, el asesinato de Gaitán destruyó su movimiento y la organización sindical era incapaz de una movilización social generalizada, pero las demandas sociales se hacían sentir por todas partes; el descontento social se tornó en una violenta cacería de brujas, en la que ni siquiera se sabía bien a quién o qué perseguir. Los únicos estamentos estables, organizados y constantes del país (los partidos políticos, la Iglesia, el estamento militar, la Policía y la Administración del Estado) se vieron involucrados por “la fuerza de los hechos” o por voluntad propia en el sangriento período colombiano conocido como la Violencia que, afirma James Henderson (1985):

[...] no se podía definir como un conflicto entre campesinos liberales perseguidos que formaban guerrillas para combatir la policía conservadora. Imagen que otorga alguna coherencia a la Violencia, algo que esta no tenía. De hecho la Violencia fue una maraña de perversidades débilmente relacionadas con un fenómeno identificable [...]. La Violencia fue un asunto netamente colombiano a pesar de que también sacó sustento de hechos ocurridos en otros países. El miedo a la subversión comunista era un fenómeno internacional en la época posterior a la Segunda Guerra Mundial, y los líderes colombianos no eran más ruidosos sobre este punto de lo que eran sus colegas de otras naciones. Es verdad que las supuestas “tendencias comunistas” de los liberales fueron utilizadas con frecuencia por la venal policía conservadora y por pequeños funcionarios como una conveniente disculpa para encubrir actos de terrorismo, pero el miedo legítimo a la subversión comunista se escondía en los corazones conservadores. A medida que la Violencia ganó impulso a comienzos de 1950, y mientras los colombianos luchaban por entenderla, existía entre ellos el deseo de encontrar una víctima propiciatoria a la que pudieran culpar de sus propios errores. Y el espectro del comunismo sirvió bien a este propósito (pp. 181-182).

No obstante, como la influencia comunista en los movimientos sociales organizados fue bastante pobre y las demandas sociales se canalizaron en el intento

necesario, para garantizar el respeto al derecho de sindicación definido en los artículos precedentes. Artículo 4. Deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo. Artículo 5. 1. La legislación nacional deberá determinar el alcance de las garantías previstas en el presente Convenio en lo que se refiere a su aplicación a las Fuerzas Armadas y a la Policía. 2. De acuerdo con los principios establecidos en el párrafo 8 del artículo 19 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, la ratificación de este Convenio por un miembro no podrá considerarse que menoscaba en modo alguno las leyes, sentencias, costumbres o acuerdos ya existentes, que concedan a los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía las garantías prescritas en este Convenio. Artículo 6. El presente Convenio no trata de la situación de los funcionarios públicos en la administración del Estado y no deberá interpretarse, en modo alguno, en menoscabo de sus derechos o de su estatuto” (OIT, 1949).

fallido del populismo gaitanista, les resultó relativamente fácil a las clases dominantes encubrir con la Violencia las deformidades de nacimiento del ICSS. Tales deformidades eran de carácter económico y de carácter sistémico, que solo décadas después llegaron a explotar con sus más nefastas consecuencias.

Acerca de las deformidades económicas, anota Óscar Rodríguez (2001):

Si bien la ley 90/1946, que dio lugar al ICSS, contempló el cubrimiento tanto de los seguros médicos como de los económicos, las transacciones políticas condujeron al gobierno de Mariano Ospina Pérez y a su ministro Arriaga Andrade a inclinarse porque el ICSS iniciara actividades brindando sólo los servicios incluidos en los seguros médicos (EGM), postergando la apertura de los riesgos de invalidez, vejez y muerte (IVM) y acciones de trabajo y enfermedad profesional (ATEP). De esta forma nació un modelo descapitalizado con baja cobertura y serias deficiencias en la prestación del servicio de salud. A estas circunstancias es preciso agregar la conversión de la contribución tripartita formal en una bipartita real (empleadores-empleados) que le imprimió el déficit como rasgo distintivo, en tanto el Estado incumplió con sus aportes. Además, los gremios económicos, los sindicatos y el Estado fueron responsables de las limitaciones iniciales del sistema de seguridad social; pues, la concertación implicó hacer mutuas concesiones entre los diferentes actores sociales (pp. 217-218).

No deja de ser extraño que cierto sector de la doctrina considere que este claro error en el nacimiento del ICSS fue en realidad una virtud. Señala Arenas Monsalve (2006):

[...] una de las virtudes de la legislación que dio inicio a la seguridad social fue su “realismo político”, pues diseñó un adecuado marco jurídico ajustado a la realidad socio-económica del país y a la vez previó el desarrollo futuro de la seguridad social al aplazar los seguros económicos hasta cuando las condiciones socio-políticas fueran diferentes y mientras los sectores comprometidos tomaran plena conciencia de la importancia del sistema (p. 76).

Como se advierte, una posición de este tipo sufre el defecto de la perspectiva monodisciplinar, pues no se percata de que un sistema de seguro social, por muy bien intencionado que esté jurídica y políticamente, no puede ser diseñado para nacer en déficit financiero, ya que más temprano que tarde el sistema tendrá que poner a alguien a pagar o desaparecerá.

En cuanto al segundo tipo de deformidades, sugiere Cortés Hernández (2006):

Aunque la institución adoptó sin restricciones el modelo bismarkiano, es necesario reseñar que en una etapa inicial y bajo un criterio proteccionista de Estado se dejó de lado el carácter bipartito de la financiación para asumir una aportación tripartita: Estado-empleador-trabajador, que muchos traumatismos causó al sistema [merced a que la situación del fisco nacional no daba para prometer unos aportes que, como prebendas políticas, terminarían sin ser pagados al sistema]. En cuanto a su dinámica, al igual que sucedió con las Cajas de previsión del sector público y dados los efectos negativos ocasionados por la inapropiada injerencia estatal y los vicios de la clase política en el manejo de la entidad la nota predominante fue la falta de planeación, la ausencia de estudios actuariales, el desvío de aportes y el despilfarro, así como también el incumplimiento de los aportes por parte de los empleadores, a lo cual contribuyó el Estado con su falta de adecuados mecanismos de control y vigilancia (p. 29).

Los objetivos del ICSS que prometían al país y a las capas de trabajadores urbanos una cierta estabilidad frente a las contingencias vitales, en particular las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, se vieron postergados, pero ya con la carga a costas de una desfinanciación de origen.

Al fin de cuentas, el interludio caudillista de la dictadura de Rojas Pinilla no fue más que eso: un alto en el camino del tradicional bipartidismo auspiciado por él mismo y, al tiempo, abandonado cuando estuvo a punto de salirse de sus manos¹¹¹. En términos de seguridad social hizo más bien poco, pues el muy afamado programa “asistencial” Sendas (Secretaría Nacional de Asistencia Social) no fue otra cosa que un programa demagógico y populista que buscaba ganarse con pequeños favores a las clases bajas, tradicionalmente afiliadas —por razones muchas veces de herencia parental— a uno de los dos partidos tradicionales.

Destaca Arenas Monsalve (2006):

[...] a partir del Frente Nacional hay un decidido apoyo gubernamental a la expansión de la seguridad social en el país, y en particular, se debate ampliamente la propuesta de crear los seguros de pensiones y de riesgos profesionales. En ese periodo se

111 David Roll (2001) afirma: “El ascenso al poder de un jefe militar en un país con la tradición bipartidista de Colombia, sin ser apoyado por ningún partido en contra del otro, sólo puede significar que la inestabilidad política sin ruptura había llegado a su límite máximo. Aunque el propósito del gobierno militar fuera la pacificación y no hubiera ningún planteamiento político que desafiara el continuismo en un primer momento, el reto de la modernización política que exigían los cambios económicos fue asumido por los militares, si bien de manera ambigua y contradictoria, pero con un grado de audacia suficiente como para ser forzados a devolver el poder a los partidos tradicionales” (p. 166). Respecto a los intentos de cambio político y económico —especialmente en materia tributaria— propiciados por el gobierno de Rojas Pinilla, puede verse Arenas Monsalve (2006).

•Pensiones y sindicalismo en Colombia•

logran, incluso, los primeros estatutos para dichos seguros, los cuales empero tuvieron múltiples dificultades legales (p. 79).

¿Cuáles fueron las razones por las que luego de casi veinte años de la Ley 90 de 1946 por fin se empezaran a considerar los seguros económicos?

Primeros seguros económicos

La implementación de la seguridad social y de la seguridad social en pensiones no ha sido en Colombia —ni en ninguna parte— un proceso jurídico evolutivo necesario ni doctrinalmente neutro. Se debe a condiciones, económicas, políticas y sociales específicas de cada momento histórico del país correspondiente. Por ahora, puede aseverarse que, dadas las circunstancias de Colombia previas a la “finalización” de la Violencia y a la exitosa contención, dispersión o “derechización” de las organizaciones sindicales, no existía algún motivo pragmático para que las clases dirigentes pensarán en un sistema pensional profesional pleno. En aquel momento político se demandaba, sobre todo, asegurarse la lealtad del sector militar, educativo y público y sus redes clientelistas con los beneficios de la seguridad económica y, para obtenerlo, ya se contaba con un buen número de regímenes especiales de pensiones y de Cajas de previsión social del sector público, Cajanal y todas sus semejantes. Moreno Lovera (2010) recuerda:

El ICSS, creado con la ley 90 de 1946 sólo empezó a desarrollarse en materia de seguros económicos con el decreto 3170 del 21 de diciembre de 1964, aprobatorio del Acuerdo 155 del 18 de diciembre de 1963, que comienza a operar el 1 de marzo de 1965 el negocio del seguro social obligatorio de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales. El decreto 3041 del 19 de diciembre de 1966 aprueba el Acuerdo 224 de 1966 y a partir del 1 de enero de 1967 comienza a captar cotizaciones por riesgos de invalidez, vejez y muerte, llamados seguros económicos, el cual fue modificado por el acuerdo 029 del 26 de septiembre de 1985 y aprobado por el decreto 2879 del 4 de octubre de 1985; cuya última modificación fue la introducida por el decreto 758 del 11 de abril de 1990 que aprobó el Acuerdo 049 del 1 de febrero de 1990, que son las normas que regulan el ISS anterior a la ley 100 de 1993 (pp. 6-7).

Si se llevan bien las cuentas, salta a la vista que el debate sobre pensiones profesionales se mantuvo en el limbo durante mucho tiempo. Esta circunstancia apenas empezó a ser tratada por el Frente Nacional, entre otras muchas razones, debido a la transformación de la estructura socioeconómica del país jalónada

por la Violencia y al miedo de las clases dominantes —aupada por los Estados Unidos— a una organización social no bipartidista y contestataria.

Pese a que los pactos de Benidorm (1956) y Sitges (1957) entre Alberto Lleras y Laureano Gómez que originaron el Frente Nacional no tenían en consideración reformas sociales concretas —su objetivo era asegurar el continuismo, la paridad y alternación del poder— ambos partidos eran conscientes de que las mismas no podían esperar. Tras la Violencia, Colombia ya no era un país rural con una pequeña élite preocupada más por mirar hacia afuera que hacia dentro. La verdadera y radical transformación de la cuestión agraria no fue ninguna reforma en la distribución de sus poseedores, sino el desplazamiento hacia las ciudades (Machado, 1998). El cambio en las ciudades no fue producto de la demanda de mano de obra de las empresas como aconteció en Europa; fue un medio de escape al bandolerismo en el que terminó convertido el enfrentamiento bipartidista. El cambio rápido de la relación poblacional de un 70 % rural y un 30 % urbano durante la década del setenta tomó fuera de lugar a la clase política¹¹², incapaz de sacarle el cuerpo al descontento social, al desempleo, a la informalidad laboral, etc., en un contexto propicio —el de la Guerra Fría y el de los movimientos revolucionarios de izquierda latinoamericana— para la insurrección.

David Roll (2001) anota:

La instauración del Frente Nacional constituyó la expresión más acabada de una característica constante en la dinámica del cambio político en Colombia, que a partir del fracaso de la Revolución en marcha se había afianzado con especial fuerza en el régimen político: el continuismo [...]. El Frente Nacional sirvió para reformar el continuismo político, pero con una perspectiva ya claramente desarrollista. Desde la segunda presidencia de López y especialmente al concluir la Segunda Guerra Mundial, el proceso de producción capitalista se había intensificado considerablemente, incluso durante la Violencia. Por ello, si bien el Frente Nacional respondió a la necesidad de recuperar la institucionalidad necesaria para instaurar nuevamente la dominación

112 Con fuente en los censos de población del DANE, Clara Ramírez Gómez (2001) afirma: “[...] la distribución espacial de la población se asocia tanto como el crecimiento demográfico diferencial como con los procesos de concentración y urbanización que se producen como resultados de las migraciones internas. En los últimos 50 años, la población urbana aumentó en cerca de 25 millones y medio, en tanto en dicho lapso la población rural sólo se incrementó en 4,7 millones de habitantes. La población urbana actual asciende a más de 28 millones cuando hace 30 años no superaba los diez millones. Lo anterior muestra que, en el lapso de medio siglo, la distribución urbano-rural de la población invirtió su composición. Entre 1951 y 1990 la población con residencia urbana pasó de 38 % a 70 %” (p. 491).

bipartidista sin reanimar la violencia, también cumplió el objetivo de reunificar a las clases dominantes en torno a una tarea común: el desarrollo económico (p. 208).

Las medidas con las cuales el bipartidismo enfrentó semejante reto requerían de la “pacificación” previa del país —su arma ideológica de legitimación—. Sin embargo, como en 1960 el “bandolerismo” tenía asediadas varias zonas del país, la justificación del fracaso de la “pacificación” no se hizo esperar:

[...] la explicación externa a los partidos de la persistencia del fenómeno estaba a la mano: la Violencia como herencia de la Dictadura (1953-57), aludiendo con esta fórmula exclusivamente a Rojas Pinilla y no a Laureano Gómez, tendía un manto de silencio sobre los 150.000 y más cadáveres del período 1948-53. Y, en efecto, nunca antes se había insistido tanto en la necesidad de olvidar. Era, de hecho, la complicidad del Frente Nacional, en su propio momento de nacer, por el período que se invocaba estar superando (Sánchez y Meertens, 1986, pp. 285-286).

Las circunstancias estaban servidas para mirar otra parte: a la “seducción comunista” de los trabajadores ciudadanos organizados y, al mismo tiempo, para tratar con medidas de guerra, es decir, de “orden público”, a los movimientos campesinos.

Como el ICSS había nacido bastante deformado financieramente, sumarle la carga de las pensiones era —como en efecto lo demostró el tiempo— un desatino para diversos sectores, desde la ANDI hasta algunos sindicatos. Advierte Arenas Monsalve (2006):

Fueron factores en contra de dicha ampliación la imagen negativa de algunos servicios asistenciales del ICSS, la crítica al déficit creado por el gobierno en el instituto —según cifras citadas por Rodríguez y Arévalo, aunque en 1959 el déficit llegó a más del 65 % de las cuotas estatales, en 1961 se redujo al 28 % gracias al esfuerzo del primer gobierno del Frente Nacional; no obstante, después de ese año, el déficit siguió estando por encima del 50 %— y el rechazo de los gremios al aseguramiento público de riesgo —la Ley 90/46 había previsto la posibilidad de que los patronos que desearan asumir directamente los seguros previstos en ella podrían hacerlo (art. 75); disposición que fue derogada por un decreto legislativo de 1949 y en 1957 la asamblea de la ANDI exigió que se reimplantara la mencionada norma, con lo cual las empresas de gran capital y los sindicatos con poder de negociación (UTC y CTC) podían salir del seguro, agudizando así los problemas financieros y abandonando el principio de solidaridad. Debe también mencionarse el comportamiento ambivalente de las organizaciones sindicales frente a los proyectos— fueron factores de discre-

pancia sindical las propuestas sobre el nivel de aportes, también, la comparación que se hacía el sector sindical más poderoso entre los beneficios del seguro social y lo que recibían de las empresas por la vía de la negociación colectiva, en otros aspectos el sindicato estimaba que la creación del seguro pensional hacía perder conquistas logradas en muchos años de lucha (p. 82).

Con todos los inconvenientes señalados y con la tradicional falta de consenso y concertación con la que el Frente Nacional tomó sus medidas, en 1964 se inició la vigencia del seguro de riesgos profesionales (Decretos 3169 y 3179) y en 1966 (Acuerdo 224 y Decreto 3041) se dio comienzo al seguro de pensiones, es decir, la primera pensión se causó solo el 1 de enero de 1987, mejor dicho, cuando el sistema ya estaba en crisis, según la descripción de Arenas Monsalve (2006). Además, de acuerdo con el espíritu de la ley que le dio origen, el ICSS no debía estar sujeto al clientelismo bipartidista, menos aún en el cálculo actuarial de las cotizaciones, pero en el contexto de una organización política como la del Frente Nacional, que fundaba su estabilidad en el reparto burocrático, ello era imposible. Recuerda Cortés González (2009):

Se presentaron dificultades desde el inicio de operación del Instituto que, en lo concerniente a las cotizaciones, debía iniciar con un aporte del 6 % (3 % patronal, 1,5 % de los trabajadores y 1,5 % estatal); en el año 6 debía subir el aporte al 9 %, en el 11 al 12 %, en el 16 al 15 %, en el 21 al 18 % y en el 26 al 22 %; pero cuyo incremento no se hizo efectivo por el incumplimiento de las obligaciones adquiridas por el Estado. [...] las tasas de cotización al seguro social eran bajas. En CAJANAL correspondían inicialmente al 3 % y luego al 5 % de aporte por parte de los afiliados, con lo cual difícilmente se cubrían los gastos generados por los riesgos de enfermedad no profesionales y maternidad, y de ninguna manera los económicos y de largo plazo [...]. En 1959 el Ministerio de Trabajo expresó que la situación de las cajas de previsión era difícil financieramente y que su quiebra sería insuperable. Lo anterior teniendo en cuenta que a la financiación del fondo para el pago de las prestaciones de largo plazo (pensiones) solamente se aplicaba para entonces un 20 % de los recursos recaudados (pp. 136-137).

Por si fuera poco, desde sus inicios, a la deformación financiera estructural del sistema de aseguramiento pensional obligatorio se sumaron dos grandes inconvenientes. Por una parte, las Cajas de previsión oficial, en cuanto nichos del clientelismo regional y partidista, fueron las primeras en desequilibrar el presupuesto nacional a favor del sostenimiento de un sistema económicamente inviable:

•Pensiones y sindicalismo en Colombia.

[...] según cifras del actuario suizo Paul Schwab, el balance de CAJANAL arrojaba en 1953 ya un pasivo pensional superior a los 500 millones de pesos [debido a que] el período mínimo de servicios para obtener pensión era demasiado corto y no se había intentado relacionar el monto de la pensión con el número de años de servicio (Morales Benítez, 1986, citado en Arenas Monsalve, 2006, p. 82).

Por otra parte, con la expedición de la Ley 171 de 1961 se creó una “prestación social atípica”, la llamada pensión-sanción. Aunque en principio pretendía favorecer la estabilidad laboral, terminó dificultando la operatividad del sistema, porque como la Ley preveía que todo empleador que despidiera de manera injustificada a un trabajador con más de diez años de antigüedad estaba obligado a reconocerle una pensión proporcional a la que le habría correspondido si hubiera trabajado los veinte años exigidos, cuando llegó el momento de la implementación real del sistema de cotizaciones del ICSS muchos trabajadores entraron a discutir jurídicamente el derecho a la pensión-sanción.

Pensión y organización sindical: ¿Crisis del sistema?

Pese a que Arenas Monsalve (2006) considera que el período que va de 1967 a 1977 fue de expansión del sistema de seguridad social, puede notarse que, en materia de pensiones, dicha expansión no tuvo lugar, pues ello supondría el pleno establecimiento del sistema (que en términos de gestión implica todo el proceso: desde el recaudo de cotizaciones hasta el pago de mesadas) y esto no sucedió. La historia del ICSS —posterior ISS— en materia de pensiones es la “crónica de una muerte anunciada”, la crónica de un desangre presupuestal que esta generación colombiana ha de pagar para sostener un sistema nacido con una enfermedad terminal. Según Roberto Steiner (UNRadio, 2011a), del Centro de investigaciones de Fedesarrollo, el pago de pensiones actual se lleva el total del recaudo por concepto de IVA y, además, solo cubre a un millón de personas, un 80 % de las cuales son pensionadas que están dentro del grupo más rico de la población colombiana o que lograron formar parte de uno de los regímenes especiales¹¹³.

En efecto, aunque se sabía de tiempo atrás que al amparo de los Decretos 1835 de 1965 y 687 de 1967:

.....
113 Esto es “el valor de las pensiones de jubilación en curso, decretadas a favor de funcionarios oficiales, tiene entre 1993 y 2020, a precios de 1992, un valor cercano a los nueve billones de pesos que a valor presente equivalen a más de cinco billones, lo que a su vez significa el 15,7 % del PIB de este año” (Rodríguez y Arévalo, 1994, p. 238).

[Se] estipuló que el manejo de las reservas de ICSS operaría en virtud de un contrato de fideicomiso y suscripción de bonos de valor constante para la seguridad social (firmado entre el ICSS, el gobierno y el Banco de la República), lo que le facilitaba al Estado hacer uso de una parte del ahorro nacional, se optó por este sistema descapitalizador (Rodríguez Salazar, 2001, p. 219).

La consecuencia obvia no podía ser otra que pasar de un sistema de capitalización a uno de reparto. Esto, empero, no significó mejorar la situación deficitaria del sistema, pues este no consiguió satisfacer ninguno de los criterios económicos y actuariales para ser posible. Según Ricardo Bonilla (2001):

La pensión de jubilación debe ser resultado de la combinación de una serie de circunstancias que contribuyen a hacer posible su disfrute y el monto de su liquidación:

-En primer lugar es consecuencia de la capacidad de acceso al sistema, inicialmente reservado a quienes sostienen una relación laboral y pueden realizar aportes permanentes, para ser extendido, poco a poco, a trabajadores independientes y a todos aquellos que trabajan en sectores no estructurados.

-En segundo lugar es resultado del tamaño y la continuidad de los aportes, con los cuales se constituye el fondo y la acumulación de las reservas para el futuro, por lo tanto tiene como requisito el establecimiento de una saludable regla de juego en la que los afiliados contribuyen y la evasión y la elusión son prácticas desconocidas o poco usuales.

-En tercer lugar es necesario diseñar y conservar un sano equilibrio entre las contribuciones y los beneficios, de tal manera que los aportes permitan consolidar un ahorro de largo plazo suficiente para otorgar los beneficios de la vejez a una edad adecuada y en un monto compatible con el sistema, es decir, no puede ser ni a una edad laboral temprana ni con un monto elevado.

-En cuarto lugar es producto de la buena administración de los recursos acumulados, con buenas decisiones de inversión y bajos costos de gestión. Los aportes para los fondos de pensiones, públicos o privados, representan una fuente importante del ahorro de un país, por lo tanto, constituyen el soporte para desarrollar el mercado de capitales con la presencia de inversionistas institucionales, requieren de una administración profesional cuyo costo no puede ser superior al de otras actividades de la economía nacional y una alta dosis de responsabilidad respecto a las decisiones y los resultados de la inversión (pp. 310, 312).

Paradójicamente, ninguna de las condiciones anotadas fue satisfecha por el sistema de seguridad social en pensiones anterior a la Ley 100 de 1993, pues si

•Pensiones y sindicalismo en Colombia.

bien durante la década de los setenta hubo una cierta expansión en las áreas de salud, riesgos profesionales y compensación familiar (en particular con el establecimiento del “seguro médico familiar” auspiciado por el Decreto Ley 433 de 1971), las modificaciones financieras dadas por el Estatuto —el mismo Decreto Ley 433— que “reorganizó” el ICSS (el Estado pasó de ser cotizante a contribuir con recursos del presupuesto del Instituto en una estructura que ordenó al Seguro la separación proveniente de cada riesgo) terminaron por aniquilar una perspectiva sana del sistema pensional.

En términos coloquiales, dichas modificaciones lo que hicieron fue legalizar “el conejo” del Estado, a sabiendas de que lo único que se conseguía con el Decreto 1935 de 1973 (por el cual se permitió al Seguro Social disponer de parte de los ingresos de los seguros de pensiones y de riesgos profesionales para saldar un eventual déficit en cualquier otra rama del seguro) (Arenas Monsalve, 2006) era aplazar el estallido del sistema cuando el ISS tuviera que empezar a cancelar las pensiones. Sin embargo, en ese momento nadie se atrevió decir nada desde la oficialidad. La justificación de la omisión era simple: en el contexto de la política estadounidense de zanahoria y garrote (Alianza para el progreso, Plan Laso y Operación Cóndor)¹¹⁴, ningún grupo político estaba dispuesto a pagar el costo político y social de denunciar el inminente fracaso del sistema pensional general.

.....
114 El programa Alianza para el progreso se inició bajo la presidencia de John F. Kennedy, con la intención de promover el desarrollo en América Latina mediante un proceso de modernización. Era una época de plena Guerra Fría con momentos candentes, dada la expulsión de Cuba de la OEA. La política de Estados Unidos dio un giro, porque en la situación bipolar tocaba ganar aliados y el Plan Marshall de recuperación europea después de la Guerra Mundial hacía que los países latinoamericanos exigieran un programa de apoyo para el desarrollo. En la década del cincuenta, Estados Unidos había descuidado estos países y se estaba gestando todo un clima de protesta social, con demandas por transformaciones como la reforma agraria, asistencia social, etc. y todas esas exigencias eran expresadas por los líderes presidenciales. En este contexto, Alberto Lleras desempeñó un papel importante porque la Alianza se venía “cocinando” desde la OEA y, ante el malestar que se venía gestando en América Latina, el vicepresidente Richard Nixon recibió las manifestaciones de piedras y palos en Venezuela, Argentina y Perú. En Cuba ya se había presentado un cambio drástico y podían llegar al poder los grupos comunistas en otros lugares. Los procesos de modernización en América Latina contrastaban con la relación de dependencia, atraso y pobreza de la mayoría de países. El objetivo de la Alianza era luchar contra la pobreza y cincuenta años después podríamos decir que estamos peor, aunque sería injusto demandar a los programas lo que no podían dar. Cualquier cambio o desarrollo estaba afectado por un crecimiento exacerbado de la población y uno de los programas bandera estaba relacionado con la tasa de natalidad y el control demográfico. Había una visión ingenua para el desarrollo y los programas sociales no se podían implementar, porque las realidades sociales eran más complejas. Gabriel Misas (2001) relató que Colombia venía de un régimen de hegemonía conservadora, interregno militar y se iniciaba el Frente Nacional; simultáneamente, surgía la revolución cubana. Había una difícil situación económica por la caída de los precios del café, la baja en las importaciones, la devaluación del peso y la poca acogida en la banca internacional. Se contó con un plan de desarrollo hecho por la Cepal y se hizo un intento de reforma agraria. Aquí hubo un gran entusiasmo por la Alianza, alentando las élites. No se pueden desconocer los esfuerzos que hicieron por

Mejor sería alentar las Cajas y los regímenes especiales y dejarle a un futuro —sin la amenaza de un socialismo revolucionario o democráticamente triunfante a lo Cuba o Chile— la solución del problema. Mientras tanto, sería mejor abordar la cuestión de manera no secuencial, sino simultánea, con una doble estrategia: por un lado, asegurar ciertas concesiones al Derecho Laboral y de Seguridad Social de los trabajadores y, por otro, contener la actividad sindical en los precisos términos de la “licitud democrática”.

La primera estrategia tomó forma con el Decreto 2351 de 1965, convertido en la Ley 48 de 1968, el cual, para muchos sectores del sindicalismo, significó una importante conquista de los trabajadores, en la medida en que se obtuvo la eliminación de la cláusula de reserva y el plazo presuntivo y fortificó el sindicalismo y la negociación colectiva. Así lo resume Marcel Silva Romero (2005):

[...] para establecer los alcances del decreto 235/65 debe destacarse que su núcleo central es la estabilidad laboral, pues: 1° se elimina la cláusula de reserva y el plazo presuntivo, para consagrar que el contrato de trabajo tiene vocación de permanencia y el empleador no lo puede dar por terminado sino por justa causa de despido [...] 2° pero si despide sin justa causa un número plural de trabajadores, el Ministerio de Trabajo, encargado de la política de empleo, puede declarar dichos despidos como colectivos y la consecuencia será la nulidad, no produciendo efecto alguno [...] para fijar la representatividad sindical en los conflictos se recurre únicamente alrededor del número de trabajadores de una misma empresa [por lo que] la prohibición de paralelismo sindical sólo procede para los sindicatos de empresa. [Así] las dos únicas formas de extensión de la convención colectiva dependen del número de trabajadores de la empresa que estén afiliados al sindicato. Se elimina la preferencia del sindicato de empresa para la representación de los trabajadores en los conflictos colectivos y se radica: representación del sindicato mayoritario [o] la representación conjunta cuando ninguno de los varios sindicatos de una misma empresa tenga la mayoría. Se mantiene la definición de convención colectiva como la que se suscribe entre uno o varios patronos y uno o varios sindicatos [pero se agrega que] es un derecho sustantivo de los trabajadores suscribir convenciones por rama industrial [...]. Se prohíben los despidos durante el trámite del conflicto colectivo. Se perfeccionan los mecanismos de extensión de las convenciones colectivas: i. por adhesión, ii. automática, iii.

estimular el deporte, mejorar la alimentación y salud y deben recordarse los elementos de los Cuerpos de Paz. La encrucijada para los “gringos” era que no todo funcionaba y eso cuestionaba sus modelos de desarrollo. No obstante, más allá de las bondades de la Alianza para el Progreso, esta era una política general de lucha contra el comunismo que respaldó la doctrina contrainsurgente (Latin American Security Operation: LASO) y en Colombia llevó a la transformación de los “bandoleros” en guerrillas —las FARC, por ejemplo—.

por acto gubernamental. Cuando el empleador no pague los salarios o los disminuya colectivamente, el paro que realicen los trabajadores le será atribuible y por ende no se suspenderán los contratos de trabajo debiendo pagar todas sus obligaciones durante ese lapso. Se viabilizan los tribunales de arbitramento por solicitud de los trabajadores (pp. 160-163).

Según Arenas Monsalve (2006), el corolario de estas “concesiones” desde el punto de vista de la seguridad social lo constituyen:

El desarrollo de la reforma administrativa de 1968 es un importante esfuerzo de unificación normativa y de tecnificación del sistema prestacional oficial. Fueron normas fundamentales de este esfuerzo la expedición del Decreto Ley 3135 de 1968 y decreto reglamentario 1848 de 1969, que regulan el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales de nivel nacional, para los niveles seccionales se conserva la legislación originada en 1945, lo mismo que para las ramas distintas a la administración. Adicionalmente el D.L. 3118 de 1968 centraliza en el Fondo Nacional del Ahorro el manejo de las cesantías oficiales [...]. Además el Estado decide buscar la forma de arbitrar nuevos recursos para la seguridad social en el sector oficial. Son ejemplo de este tipo de soluciones la Ley 4ª de 1966 (que estableció como fuentes de financiación: un 5 % del salario mensual del funcionario o pensionado afiliado; una cuota patronal del 5 % y un impuesto sobre toda nómina o cuenta que pagaran las entidades estatales) y el decreto 435 de 1971 [...]. En este período, adicionalmente, se produce un importante elemento de expansión de la seguridad social desde el punto de vista de los sujetos protegidos. Se trata de la preocupación estatal por la situación de los pensionados y su núcleo familiar. Fruto de esta preocupación fue la expedición de varias leyes protectoras de los pensionados y sus familias, independientemente de cuál fuera la entidad responsable del pago de la pensión respectiva: la ley 10 de 1972 que estableció por primera vez sanción moratoria por el no pago oportuno de la pensión; la ley 33 de 1973 que transformó en vitalicias las pensiones que en normas anteriores habían sido establecidas temporalmente a favor de viudas de los pensionados fallecidos; la ley 12 de 1975 que estableció el derecho a la sustitución de la pensión a favor del “cónyuge supérstite” y también la posibilidad de que la pensión fuera sustituida a la “compañera” permanente [...] finalmente, la ley 4ª de 1976, conocida como el “estatuto del pensionado”, un esfuerzo de justicia social para los pensionados expedida por fuera de los criterios técnico-financieros, que destacaba: el derecho al reajuste anual del monto de la pensión, el límite mínimo de un salario mínimo para toda pensión, el derecho a una mesada adicional, el auxilio por gastos de sepelio y, por último, creó el derecho a que los pensionados y su familia disfrutaran de los servicios asistenciales de los trabajadores activos (pp. 93-95).

A criterio de Silva Romero (2005), la otra cara de la moneda, esto es, las medidas de contención de la organización sindical vienen dadas por la “contra-reforma laboral” vía jurisprudencial, por el establecimiento del Decreto 939 de 1966, que instituye otra causal del tribunal de arbitramento obligatorio (cuando la huelga supera los cuarenta días y los trabajadores no soliciten, el tribunal del Ministerio de Trabajo podría convocarlo) y por el frustrado impulso legislativo de los tribunales de arbitramento como sustitutos de la huelga en el sector privado.

Cuando hay un breve alto en el auge de la lucha de masas iniciada desde 1958, la Corte Suprema de Justicia convierte los tribunales de arbitramento en el horno crematorio de los derechos extralegales de los trabajadores y de las esperanzas que vivían cuando tenían próxima la fecha de vencimiento de la convención. En el auto del 28 de julio de 1967 y la sentencia del 30 de octubre del mismo año, la sala laboral le da a la denuncia del patrono el efecto, no sólo de manifestar su voluntad de querer terminarla, sino la de que sus pretensiones integren también el conflicto colectivo, debiendo los negociadores y en su defecto los árbitros pronunciarse sobre lo pedido en ella [...] si la denuncia de la convención le permitía al empleador derogar las cláusulas que consagraban derechos de los trabajadores ¿por qué no denunciarlas todas? Tal planteamiento traería la destrucción total del derecho de negociación [...]. Nace así la noción jurídica del contrapligo, o sea que el empleador debe concretar sus puntos de modificación de la convención colectiva vigente para desmejorarla [...] si al terminar el lapso pactado en la convención colectiva el empleador consigue hacer derogar los derechos de los trabajadores mediante una decisión arbitral la preferencia en la política sindical será recurrir a la huelga como única opción viable [...] es preocupación del presidente Lleras al intentar desalentar el ejercicio de huelga en los sectores privados viabilizando los tribunales de arbitramento [...] a través de la ley 48/68 (en particular con su art. 3, núm. 2) que estimulaba que los trabajadores con derecho a huelga a solicitar la convocatoria de un tribunal para dirimir las diferencias con el empleador, garantizando eso sí que los árbitros no podrían recortarles ningún derecho pues su conflicto sólo lo integraría su pliego de peticiones. [Sin embargo] en la sentencia del 12 de junio de 1970 la Corte en contra del querer del ejecutivo y del legislativo declara inexecutable esa parte del núm. 2 del art. 3º de la ley 48/68, lo que condujo, entre otras cosas, a que los trabajadores, en lugar de alegrarse porque la convención va a terminar y se logren mejores condiciones, experimentan con pavor la expiración de su vigencia porque el empleador con la sola denuncia obtendrá que sus derechos conquistados les sean suprimidos por un tribunal de arbitramento. Lo que sugiere que se aumenta el grado de polarización de las fuerzas sociales (Silva Romero, 2005, pp. 169-177).

Hoy aún se especula sobre las razones por las que en una decisión apretada con ocho salvamentos de voto la Corte Suprema de Justicia impidió facilitar las vías consensuales para dirimir los conflictos laborales y, con ello, abocó al movimiento sindical a las medidas de hecho y a una mayor politización. Es claro que, con una decisión de ese tipo los empleadores se percataron del poder contrarreformista de la jurisprudencia para su beneficio.

Ante las medidas restrictivas, la evolución sindical llegó a un período valle que anunció otro de declive. Según censo del Mintrabajo y de la Escuela Nacional Sindical (estructura sindical colombiana: Norberto Ríos), entre los años de 1947 y 1965 hubo un notable crecimiento en el número de sindicalistas —se pasó de 165.695 a 700.000— y de la tasa de sindicalización, que pasa de un 4,7 a un 13,4 (Urrutia, Rodríguez, Rodríguez y Sánchez, 2010). Después de este período de crecimiento, en plena década del setenta, se asistió a cierto estancamiento o inercia en el sindicalismo que aunque se mantiene en promedio el número de afiliados, en la década del ochenta desembocó en una notable disminución en la tasa de sindicalización, inferior incluso al 4,7 de la década del cuarenta (Urrutia *et ál.*, 2010).

Adicional a este fenómeno, durante el mismo lapso se focalizó la actividad huelguística en la negociación de peticiones obreras.

En efecto, la mitad de las huelgas realizadas entre 1960 y 1980 tuvo su origen en la negociación de pliegos de peticiones, [mientras] que en la década de los ochenta este motivo fue la segunda causa más importante de conflicto, pues para este período más de la mitad de las huelgas tuvieron su causa en la violación empresarial de normas legales o convencionales, destacándose además un notable aumento en las protestas políticas después de 1981 (Urrutia *et ál.*, 2010, p. 25).

Salta a la vista que las medidas restrictivas señaladas tuvieron éxito. ¿Con qué objeto se sindicalizarían los trabajadores si la negociación de sus intereses sería tan engorrosa o peligrosa como para perder beneficios acordados contractualmente? Más aún cuando la ilegalidad de las huelgas, de acuerdo con el Artículo 451 del Código Sustantivo de Trabajo, hasta antes de la expedición de la Ley 1210 de 2008, era declarada “administrativamente por el Ministerio de Trabajo”, esto es, por el Gobierno que oficiaba como “juez y parte”.

En estas condiciones, como bien indica Silva Romero (2005), se desarrolló un proceso de acumulación de fuerzas y de rechazo a los tribunales de arbitramento

y se recurría a la huelga como único mecanismo para resolver las aspiraciones reivindicativas.

[...] ni los discursos de Marx, Engels, Mao, Fidel Castro o el Che, ni llamamientos a la revolución, ni la supuesta infiltración comunista y revolucionaria en los sindicatos va a ser tan eficaz para radicalizar las direcciones sindicales, como la decisión de la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia (p. 184)¹¹⁵.

En la dirección de izquierda radical de los sindicatos, los trabajadores veían más alentadoras posibilidades de obtener sus demandas que en la mediación del Estado frente a los patronos.

Así las cosas, se acentuaron en el sindicalismo las dos tendencias históricas que ya se refirieron: la desconfianza en el papel mediador del Estado y la táctica de confrontación, en lugar de colaboración y consenso con los patronos. Esta situación fue propiciada por el mismo Estado antes que por la ANDI y condujo al “gran” paro del 14 de septiembre de 1977, el cual —ya ratificados formalmente los Convenios 87 y 98 de la OIT mediante las Leyes 26 y 27 de 1976— se propuso, aunque no se logró, eliminar la prohibición del derecho de negociación de un gran sector de trabajadores estatales, la restricción de derecho de huelga para trabajadores oficiales y privados y las denuncias y los “contraplegos” patronales.

En materia de seguridad social en pensiones, a este movimiento reactivo del sindicalismo se contrapuso una cauta —si no dócil— posición de los trabajadores. Ante la jurisprudencia de la Corte que le dio a la denuncia del patrono la posibilidad de desmejorar los derechos ya obtenidos por los trabajadores, optaron por la renuencia a plantear pretensiones pensionales mediante convención colectiva. Frente al peligro de una desmejora en la situación, valía más confiarse en un Seguro que garantizaba condiciones pensionales a futuro, sobre todo en las Cajas de Previsión y los regímenes especiales, menos inciertas que las que se podrían obtener de los patronos en complicidad con el Estado¹¹⁶.

115 La politización en el sector sindical no solo se refiere a las inclinaciones de izquierda, pues en la historia sindical de las décadas del sesenta y del setenta hay una gran variedad de oscilaciones políticas de las federaciones, confederaciones o centrales obreras, que van desde el conservatismo originario de la UTC, el “liberalismo” del MOIR, el protoc comunismo de la CSTC, las alianzas programáticas del sindicalismo independiente y los conocidos comités de unidad sindical, con sindicatos como la CTC. Así lo refiere Marcel Silva 2005: “[...] el lenguaje utilizado en el sindicalismo era el de rechazo radical frente a todos los demás que no estuviesen de acuerdo con su punto de vista o su organización política” (p. 184).

116 Como se recordará, antes de la creación de la Ley 100 de 1993, existía gran cantidad de regímenes pensionales especiales (sector oficial, Congreso de la República, Alcaldías, Gobernaciones y Rama Judicial, entre otros)

[...] en esta fase hay una marcada influencia de la jurisprudencia en el desarrollo del sistema pensional de seguridad social, dado que comienzan a llegar a la justicia los primeros conflictos por la aplicación del mismo, aquí la jurisprudencia define aspectos tan importantes como los alcances de la pensión-sanción, la definición de cuándo la pensiones corresponden al empleador y cuando al seguro y la decisión sobre la constitucionalidad del tránsito prestacional al seguro social (Arenas Monsalve, 2006, pp. 96-97).

En este punto, por incongruente que parezca, la Corte Suprema de Justicia (1979; 1980; 1982) se puso del lado de los trabajadores cotizantes, al considerar que la institución de la pensión-sanción se mantenía vigente a pesar de la existencia del sistema pensional del seguro¹¹⁷. Tal posición favoreció la postura cauta de los trabajadores ante la negociación colectiva en pensiones, máxime cuando la misma Corte Suprema colaboraba con su jurisprudencia a que se desmontaran los derechos convencionales de los trabajadores¹¹⁸.

El augurio de la debacle

Las difíciles relaciones, los flujos y reflujos en materia de Derecho Laboral colectivo y seguridad social en pensiones durante la segunda mitad de la década del setenta tienen dos frentes: el político y el económico; la finalización de una época y el umbral de otra. En el primer frente, con la elección de López Michelsen (1974-1978) supuestamente finalizó el Frente Nacional, pese a que el objetivo trazado por sus creadores de acabar con la violencia no se había cumplido y, en

que favorecían a ciertos grupos de interés. Por nombrar unos pocos ejemplos: los empleados del régimen especial de la Rama Jurisdiccional podían pensionarse a los 55 años, los hombres y a los 50, las mujeres, con veinte años de trabajo en el sector oficial y diez en la Rama. Los empleados de la Contraloría General debían haber trabajado veinte años en el sector oficial y diez en la Contraloría y tener 55 años los hombres y 50 las mujeres. Los sectores privado, oficial y mixto tenían sus propios regímenes.

117 Con el objeto de salir al paso de esta interpretación jurisprudencial, el Gobierno resolvió modificar el Reglamento general del seguro de pensiones del ISS con la expedición de la normatividad (D. 2879/85) que establece que la pensión-sanción se integra a la de vejez que reconozca el Seguro. Más tarde, con la Ley 50 de 1990, se hace casi inaplicable la pensión-sanción cuando se ha cumplido la obligación patronal de afiliación al Seguro Social, tendencia que se mantiene en la Ley 100 de 1993.

118 Según Marcel Silva (2005), en la década del setenta la Corte Suprema asumió criterios como estos: los árbitros no pueden decretar la retroactividad salarial entre la fecha que se expide el laudo y el día en el que se venció la convención colectiva (Corte Suprema de Justicia, 1974a); los árbitros no pueden crear nuevas prestaciones sociales; solo pueden aumentar las prestaciones establecidas por convención o laudo anterior (Corte Suprema de Justicia, 1974b); los árbitros solo pueden decretar incrementos económicos en salarios y prestaciones, pero pueden desmejorar las convenciones colectivas tanto en los aspectos estrictamente monetarios como en otros derechos como estabilidad, pensiones, cesantías, etc.

cambio, se institucionalizó el continuismo bipartidista burocrático y clientelista. David Roll (2001) expresa:

Durante la fase de los gobiernos de libre elección hay varias características que vale la pena señalar como pruebas inequívocas de que el Frente Nacional no fue el paliativo que la clase dirigente bipartidista esperaba para los males del país. En primer lugar, el carácter bipartidista se mantiene aún, pues desde 1974 hasta el período actual ha habido sólo gobiernos —originados— de los partidos tradicionales [...] lo que demuestra la adaptabilidad del bipartidismo [...]. En segundo lugar, y como lo muestra el recrudecimiento de la guerra, es pertinente señalar que mientras que durante el período del Frente Nacional la porción de recursos destinados a gastos de defensa fue de un promedio de 1.833,39 millones entre los cuatro gobiernos, en los llamados de libre elección desde Alfonso López hasta Andrés Pastrana se ha gastado un promedio de 4.937,64 millones, lo que demuestra la presencia cada vez mayor del gasto de guerra dentro del presupuesto nacional (pp. 215-216).

En el segundo frente, el programa de sustitución de importaciones, en cierta forma amparado por la Alianza para el progreso, consiguió avanzar hacia la producción de algunos bienes intermedios y en especial de consumo, pero no pudo ampliar su producción más que para satisfacer un mercado interno estratificado. Desde entonces se alentó un círculo vicioso que aún persiste: la industria no progresa, porque el mercado interno es estrecho y este último limita la generación de empleo y la expansión de la demanda, lo que a su vez restringe el crecimiento industrial. Así explica Consuelo Corredor (2001):

En efecto, los años 50 marcan un punto de inflexión: de una sociedad básicamente agraria y rural, con un evidente retraso agrícola e industrial respecto a otros países de América Latina, se abre paso un acelerado proceso de modernización económica hasta mediados de los años setenta: una mayor pérdida de la actividad agropecuaria en el PIB, un desarrollo industrial a ritmos mayores y un acelerado proceso de industrialización. Sin embargo este dinámico proceso se agotó rápidamente, lo que hace al año de 1975 un punto de quiebre, en el que dadas las dificultades en la valorización del capital se da inicio a un ciclo de acumulación especulativa, profundizando las restricciones a la actividad productiva y contribuyendo en forma importante al clima de inestabilidad social por las características del proceso: en primer lugar, si bien se operó una reducción de la brecha entre la producción agrícola e industrial, no fue menos importante el rezago de la productividad industrial lo que contribuyó a que en la década de los setenta se registrara una disminución en la tasa de rentabilidad industrial y un crecimiento negativo en los primeros años de los ochenta. El paquete

tecnológico adoptado en uno y otro sector, privilegió el uso capital y de los insumos importados con lo cual se castigó la mano de obra, restringió la disponibilidad de capital e hizo del desempleo y de la restricción de las divisas, problemas persistentes. La prioridad que se le otorgó a la agricultura comercial en detrimento de la tradicional, hizo de la insuficiencia alimentaria un problema de primer orden por sus efectos sobre el deterioro de los salarios y de la calidad de vida, la reducción de la demanda potencial para otro tipo de bienes, afectó el ahorro y la inversión e indujo procesos inflacionarios. Adicionalmente, esa opción condujo a la distracción de divisas para atender las crecientes importaciones para abastecer el mercado interno. La creciente tendencia a la concentración hizo que la gran propiedad, la agricultura comercial y las firmas oligopólicas fueran las principales beneficiarias de la modernización (pp. 26-27).

En este contexto, la estructura del sistema pensional colombiano estaba como había nacido: en crisis, desfinanciado y fragmentado por un gran número de retoques legales y jurisprudenciales que, sin un debido seguimiento técnico-actuarial y con apenas un reconocimiento formal de los Convenios de la OIT sobre libertad y negociación sindical, no podrían hacer plausible un sistema integral contributivo beneficioso para todas las partes.

Pensión y organización sindical en Colombia en el marco del ajuste económico

Para Marcel Silva (2005), la presidencia de López Michelsen es la antesala del neoliberalismo; para David Roll (2001), por el contrario, fue el intento frustrado de modificar la tendencia continuista asentada en el sistema político de dieciséis años atrás. Lo cierto es que el fracaso del intento por convocar una Asamblea Constitucional —el acto de su convocatoria fue declarado inexecutable por la Corte Suprema de Justicia— demostró que terminar con la concepción patrimonialista del Estado, originaria del reparto bipartidista de la burocracia y sus beneficios, solo podría hacerse por medios no constitucionales, como ocurrió en la década del noventa.

Tal vez por ello la década del ochenta en Colombia puede caracterizarse como una época reaccionaria y de umbral, en la medida en que, primero, se trató de controlar la protesta social incluso por la fuerza aunque, al mismo tiempo, se procuró estructurar los beneficios sociales ya existentes; segundo, se inició la materialización del proceso de la política de ajuste económico impulsada desde el FMI, el BM y la Cepal como respuesta a la crisis económica de esa década, lo

cual consume la retracción de los derechos sindicales y del apenas recién nacido Estado de bienestar.

No hay mucha discusión acerca de que el gobierno de Julio César Turbay Ayala (1978-1982) fuera un cuatrienio que, servido del Estatuto de seguridad creado al amparo de las facultades excepcionales otorgadas por “estado de sitio” que tuvo vigencia casi ininterrumpidamente desde 1947, acentuó la inestabilidad crónica del sistema político. Su estrategia de contención de los conflictos sociales por la fuerza limitaba la protesta sindical y la participación democrática y deslegitimó la alternativa bipartidista de solución de los conflictos sociales. En este trance, Colombia no tuvo que recurrir formalmente a las dictaduras militares del Cono Sur para implementar la Doctrina de seguridad nacional, impulsada desde Estados Unidos, pues el Decreto 2923 de 1978 cumplía ya todos los requerimientos represivos que en otros países fue necesario implementar al margen de la democracia.

Sobre el mencionado Decreto recuerda Silva Romero (2005):

[...] los paros cívicos, las huelgas, las movilizaciones en las ciudades y en el campo son drásticamente reprimidos en un proceso donde no hay ninguna garantía de derecho de defensa [...] se penaliza nuevamente el ejercicio de la huelga de todos aquellos a quienes la ley laboral no se la autoriza, es decir a más del 80 % de los trabajadores colombianos. Los allanamientos a los locales sindicales, la tortura, la desaparición de dirigentes y activistas sindicales, la supresión de personerías jurídicas será la constante durante los años de gobierno del binomio Turbay-general Camacho Leyva. En materia laboral no hay excepción a esta regla, la Corte Suprema de Justicia continúa restringiendo al máximo las posibilidades legales de desarrollo de los conflictos con su negativa a la retrospectividad de los laudos, la reducción únicamente a aspectos de incremento monetario confundiéndolo con el conflicto económico o de intereses y con la interpretación estrecha del artículo 458 con la cual declaraba inexecutable cualquier concesión no monetaria a los trabajadores por parte de los árbitros (p. 196).

No existía el ambiente ni el ánimo para que los trabajadores plantearan reformas a los regímenes —de intereses no monetarios, según la Corte Suprema de Justicia— de seguridad social en pensiones mediante convención colectiva. Por más que el establecimiento político procurara poner todo el énfasis de la política en la solución de los problemas “de orden público”, primero con el “garrote” de Turbay y después con la “zanahoria” de Belisario Betancur (1982-1986), la situación económica mundial y nacional dictaban otra cosa.

Durante los años que siguieron a la primera crisis del petróleo del setenta, 74 de los países en desarrollo, desde la enorme Brasil hasta la diminuta Granada, contrajeron deudas con los bancos por un valor superior a los 500 millones de dólares. La parte del León de los fondos fue recibida por los países con buenas perspectivas económicas, principalmente aquellos que desarrollaban entonces una base industrial (con la colaboración de las empresas multinacionales), o aquellos que parecían tener futuro como productores de petróleo [...]. Casi todos los gobiernos latinoamericanos eran deudores potenciales y además dispuestos, dado que gran parte de ellos enfrentaba cuentas crecientes por conceptos de importaciones de petróleo y dado que los empréstitos eran poco costosos en términos reales. Con anterioridad a 1971, el grueso del capital extranjero que entraba a América Latina provenía de inversión directa, con excepción del breve periodo de la Alianza para el progreso (1961-1965), cuando la mayor parte del ingreso fue suministrada por el gobierno norteamericano. Entre 1975 y 1982, sin embargo, fueron los bancos los que prestaron cerca de 60 mil millones de dólares a Latinoamérica [...]. Para los países fuertemente endeudados del tercer mundo, estos desarrollos eran poco menos que desastrosos. Un economista norteamericano ha estimado que el costo del aumento inicial de las tasas de interés para los NOPEPs (países fuera de la OPEP) fue de 20 mil millones de dólares anuales entre 1980 y 1981. Esto coincidió con el deterioro en los términos de intercambio, que representó un costo adicional de 79 mil millones, sumado a la caída del volumen real de exportaciones debida a la recesión occidental. El servicio de la deuda se convirtió, por consiguiente, en una carga insostenible. Entre 1978 y 1984 la amortización total de intereses por parte de Latinoamérica aumentó en un 360 %, y la suma total adeudada o avalada a los mercados financieros internacionales por sus gobiernos se incrementó en un 250 %. La crisis de la deuda, en una palabra, resultaba inevitable (Roddick, 1990, p. 57).

En semejantes circunstancias, era obvio que el establecimiento no se preocuparía por la seguridad social, menos aún por las organizaciones sindicales que podrían ser deslegitimadas con facilidad en sus pretensiones por la supuesta cercanía con los movimientos de izquierda. Pese a ello, el ánimo conciliatorio por el que Belisario Betancur fue elegido condujo a la expedición de la Ley 30 de 1985, la cual, *grosso modo*, redujo todos los términos legales de negociación, eliminó la etapa de conciliación y estableció la de mediación, suprimió la orden a los trabajadores de abandonar el sitio de trabajo y radicó en “los trabajadores directamente comprometidos en el conflicto” la votación de huelga o tribunal de

arbitramento¹¹⁹. Si bien tales medidas pueden ser consideradas de avanzada, no pudieron materializarse sino para un grupo de sindicatos plenamente organizados cuando la ley entró en vigencia o que bien consiguieron constituirse como sindicatos mixtos. Dicho reconocimiento de sindicatos mixtos conformados por trabajadores oficiales y públicos, al tenor de los Convenios de la OIT, fue de difícil implementación, debido a que:

[...] la clasificación hecha por las juntas directivas de las entidades tenía como objetivo destruir las organizaciones de los trabajadores. Lógicamente, los trabajadores procedían a demandar ante lo contencioso administrativo esos actos de clasificación y después de muchos años obtenían fallos favorables, cuando ya era casi imposible reconstruir su antiguo esplendor (Silva Romero, 2005, p. 212).

La preocupación gubernamental no se dirigió a la implementación de un sistema universalista o generalizado de seguridad social, pues en ningún sector existía la liquidez para asegurarla, sino a contener las medidas redistributivas, originadas en el abortado Estado de bienestar de la década del sesenta, mediante el retoque fragmentario de las medidas legales de su financiación —tradición que sigue el país hasta el día de hoy—. Por esta razón, agrega Arenas Monsalve (2006):

En este periodo se producen interesantes esfuerzos legislativos en materia de pensiones, con la expedición de la leyes 33 de 1985 y 71 de 1988, con sus correspondientes reglamentaciones. En estas leyes se reestructurarán las condiciones pensionales del sector oficial, se fortalece financieramente a las entidades, se modifica el estatuto del pensionado y se ordena hacia el futuro la unificación de los tiempos pensionales en el sector público y privado, la ley 33 de 1985 procuró el fortalecimiento financiero de las cajas de previsión, mediante el aumento del impuesto con destino a ellas; además, dispuso que debía existir proporcionalidad entre la base de cotización y los factores para liquidar la pensión [...] la ley 71 de 1988, por su parte, buscó fortalecer la situación de los pensionados, para lo cual dispuso reglas más benéficas sobre reajustes y amplió el alcance de la sustitución pensional. Además creó la “pensión de jubilación por aportes” que buscaba la unificación de los tiempos pensionales en los sectores público y privado, por primera vez en el país (p. 98).

119 La polémica respecto a la noción “directamente comprometidos en el conflicto” fue zanjada con un pronunciamiento del Consejo de Estado (1991), que estableció: “[...] la expresión ‘directamente comprometidos con el conflicto’, se refiere a quienes lo hubiesen promovido, bien sean los sindicalizados o no sindicalizados. En últimas, todos los trabajadores de una empresa resultan afectados con la decisión; pero no son todos los directamente comprometidos”. No obstante, advirtió que, a esa fecha, la disposición había sido derogada por el Artículo 61 de la Ley 50 de 1990.

Aun así, el sistema de seguridad social y pensional se encontraban en un estado financiero tal, que eran insostenibles a largo a plazo. La alternativa, como desde aquellos días se predica, fue limitar —cuando no eliminar— todas las “facultades” redistributivas del Estado; mejor dicho, lavar las manos del Estado respecto a sus responsabilidades en la economía y en el mundo laboral, esto es, entregar al mercado, cómplice de la utopía de Walras, lo que por principio es incapaz de hacer: un Estado social.

Preliminares del ajuste económico

La década del ochenta está marcada por varias restricciones económicas de orden interno y externo. Las primeras son originadas por las limitaciones del ciclo especulativo que estalló con la crisis financiera de 1982, la cual puso de cara a los Estados —en particular latinoamericanos— con la realidad de que no podían continuar sosteniendo su déficit fiscal con endeudamiento financiero externo. Las segundas, obvias causas de las anteriores, surgieron del cierre crediticio de los flujos de capital, necesarios ahora para los países de la OCDE en un contexto de protección de la producción local y, por consiguiente, de reclamo de las obligaciones contraídas por los países acreedores (Roddick, 1990; Corredor, 2001).

En semejante contexto, es apenas lógico que las preocupaciones por los derechos laborales, sindicales y de seguridad social pasaran a un segundo plano para los Gobiernos colombianos, máxime cuando en esta época se agudizaron algunos fenómenos que ya de antaño habían empezado a fraguarse:

1. El crecimiento en la participación en el PIB y en el total de la mano de obra del sector de servicios y el informal, en los cuales en Colombia y en el mundo ha sido muy difícil la organización de sindicatos.
2. La privatización por problemas de viabilidad económica de empresas que precisamente tenían sindicatos muy fuertes (p. ej., Telecom y el ISS).
3. Una mayor volatilidad de una economía más abierta, lo cual promueve la subcontratación de procesos (outsourcing), la reducción de la duración de los contratos y la contratación de mano de obra a través de empresas de servicios temporales y cooperativas. Todas estas formas de trabajo hacen difícil la agrupación de obreros y empleados en sindicatos.

4. Las costosas prestaciones sociales extralegales acordadas en convenciones colectivas antiguas desestimulan la contratación de nuevos empleados en tales empresas, las cuales contaban con sindicatos fuertes.
5. También los empresarios entendieron que resultaba mucho más fácil y menos traumático celebrar pactos colectivos con los trabajadores no sindicalizados, lo cual ha llevado a una constante desafiliación de los trabajadores de sus sindicatos de base.
6. Al existir una brecha entre la ideología y las ideas políticas de la dirigencia sindical y sus bases, se genera un desestímulo a la sindicalización.
7. Una creciente actitud antisindicalista de parte de los empresarios, así como la falta de instrumentos efectivos contra la persecución sindical.
8. Un temor a la violencia antisindical, la cual puede haber sido fomentada por la inefectividad sancionatoria de la justicia penal.
9. Los sindicatos dejaron de presentar pliegos de peticiones, dada la jurisprudencia restrictiva de la Corte Suprema, extraviando una de las bases fundamentales de su razón de ser, esto es, la negociación colectiva, por lo que, paulatinamente, fueron perdiendo la credibilidad y el respaldo de sus trabajadores.
10. El proceso de informalización que se ha producido como consecuencia del desbordado de la contratación a través de cooperativas, muchas de las cuales son pseudocooperativas, en perjuicio de los derechos y el bienestar de sus trabajadores “pseudocooperados”. Lo paradójico de este hecho es que el mismo gobierno es promotor de este sistema de contratación, en cumplimiento del proceso de reestructuración del sector público (Urrutia *et ál.*, 2010, p. 8).

Dado que el presidente Virgilio Barco (1986-1990) pretendía la recuperación de la credibilidad política de los partidos tradicionales por intermedio de lo que llamó el Plan de economía social y buscaba hacer viables las finanzas públicas, su respuesta a la problemática fue seguir pie juntillas la doctrina económica en boga: el modelo de “ajuste económico” o de “reforma estructural”, programa que, bajo su batuta, condicionó las políticas económicas nacionales a los dictados de las instituciones financieras internacionales. Señala Consuelo Ahumada (1998):

El plan de desarrollo de su gobierno, presentado en 1987, emprendió los primeros pasos en lo que respecta el cambio del modelo de desarrollo vigente en el país. En este sentido, se empezó a gestar el abandono de la intervención estatal y otorgársele papel prioritario a la inversión del sector privado, tanto nacional como extranjero. El 22 de febrero de 1990 el gobierno lanzó el Programa para la Modernización de la

•Pensiones y sindicalismo en Colombia.

Economía Colombiana, más conocido como la política de “apertura” [...]. La aceptación por parte del gobierno Barco de las imposiciones del Banco Mundial para recibir el llamado crédito “challenger” durante el primer semestre de 1989 fue un hecho ampliamente conocido en Colombia. Vale la pena [decir] que este crédito fue dedicado en muy buena parte al servicio de la deuda externa, por lo que el país no recibió recursos frescos [...]. Para ese entonces el peso de la deuda externa sobre la economía nacional había aumentado de manera significativa. La relación del servicio de la deuda con el PIB pasó del 27 % en 1980 al 42 % en 1988 (pp. 101-102).

Estas cifras muestran que las finanzas nacionales estaban —y aún están— atadas de manos frente a los empréstitos adeudados con la banca internacional, lo cual forzaba el cumplimiento de sus directivas, una de las cuales hacía referencia al instituto pensional. Para el FMI y el BM, el sostenimiento por parte del Estado de un “sistema pensional” contributivo de prima media con prestación definida basado en la solidaridad intergeneracional era —y es— considerado una amenaza a la sanidad fiscal y al control de la inflación. Cuando la población económicamente activa se ve obligada a sostener las pensiones de quienes llegaron a la tercera edad —en cumplimiento de una normatividad establecida en la ley—, el sistema económico, por la mediación de un Estado ineficiente y clientelista, se ve forzado a actualizar los egresos fiscales al ritmo de los cambios demográficos y de consumo de los trabajadores¹²⁰.

120 En la lógica neoliberal de la escuela austriaca (Hayek, Von Mises) y de Chicago (Milton y Rose Friedman), el Estado es un factor distorsivo en la distribución de la riqueza y hace más mal que bien, pues su inclusión en aspectos de competencia estricta del mercado termina por corromper el sistema en su conjunto y lo hace más improductivo, ineficiente y, por ello, como en la utopía de Walras, incapaz de asegurar bienestar para todos. Para el Estado social esta perspectiva indica: “Que el Estado de bienestar ha crecido en tiempos recientes es un hecho conocido cuya evidencia resulta difícil de negar [...]. Esa tendencia afloró, ya, muy claramente en el decenio de los sesenta. Fueron estos años de intenso crecimiento económico, y con la alegría del gasto público, se produjo el fenómeno de trasvase de importantes recursos del sector privado al sector público. Así nació el Estado benefactor nutrido con recursos antes canalizados por el sector privado” (González, 2000, p. 124). Eran recursos que, en uno u otro momento, debían ser redimidos, pues el sector privado no se contentaría con ser el subsidiador de las políticas gubernamentales si estas no empezaban a favorecer su propio desarrollo. “En una fase de crecimiento económico, se consideraba que la expansión del sector público era deseable para la estabilidad política [...]. Todavía a principios del siglo XX, el gasto del Estado no sobrepasaba el 25 % del PNB en las economías occidentales. Fue la arquitectura de un Estado de bienestar sin mecanismos inhibidores (de control) lo que disparó el gasto público hasta cotas que tienden a exceder el 50 % del PNB” (González, 2000, pp. 137-138). Para el ciudadano corriente, este fenómeno puede ser evidencia del mayor interés del Estado por los derechos materiales de los ciudadanos; no obstante, ese mismo ciudadano no repara en que los costes marginales del déficit tendrán que pagarse de algún modo —ya sea por su generación o por la siguiente— en forma de salarios, empleos, etc. “Por eso hay quien afirma que cuando hay más electores, el tamaño del sector público crece, quizás pensando en que los electores tienden a capturar rentas de los más productivos para redistribuirlas a los menos productivos. En ese sentido el elector con rentas por debajo de la media es racional, si puede obtener a través del gasto público y del voto, beneficios ¿por

En dicha perspectiva, salta a la vista que, en materia de seguridad social:

[El] sistema heredado de la ley 90/46 no se ajustaba a los nuevos patrones de desarrollo sugeridos por los organismos de crédito internacional (BID, FMI, BM) a partir de la crisis de la deuda externa de los ochenta. De manera adicional este sistema se encontraba en crisis por cuanto presentaba baja cobertura (22 % de la población), déficit actuarial, distorsiones en la solidaridad del sistema, deficiencias en la prestación de los servicios y dispersión de organismos e instituciones de seguridad social (Rodríguez Salazar, 2001, p. 209).

Dicho de otra forma, la mesa estaba servida para que se implementaran las tan mentadas “reformas estructurales” en el tema social por medio de la reducción del papel del Estado, esto es, con el sacrificio del gasto social.

Las “excesivas” cargas económicas que debían soportar los patronos, sumadas a la situación financiera mundial y a la crisis de desempleo, a ojos de la ideología neoliberal eran responsabilidad del Estado y de los trabajadores. Por ende, las primeras medidas de rescate de la hiperinflación y del déficit fiscal debían dirigirse a la reducción del papel del Estado en la vida económica y en la intervención sobre uno de sus factores: el trabajo. La salida, entonces, era la flexibilización laboral. Desde esa perspectiva, permitiría mayor movilidad en el activo laboral, mayor empleo y, en consecuencia, mayor consumo, factor determinante para el círculo virtuoso de ampliación del mercado interno-estímulo al aparato productivo nacional-demanda de una mayor fuerza laboral (Ahumada, 1998).

La receta se oye atractiva y el gobierno de César Gaviria Trujillo (1990-1994) la siguió con fidelidad, al presentar al Congreso, en vigencia de la Constitución de 1886, los proyectos convertidos en las Leyes 50 y 60 de 1990. Estas aseguraron respectivamente la flexibilidad laboral en el sector privado y la reducción de “la carga burocrática” en el sector público, pues con ellas se comercializó el factor trabajo en la relación capital-producción y se “redujo” la presencia del Estado como patrono en el mercado laboral. Esto no se llevó a cabo en un contexto político regular, sino cuando el país auguraba la reforma constitucional de la Asamblea Nacional Constituyente que, por medio de la forzada “séptima papeleta”, el

qué esforzarse en obtener esos ingresos, digamos, trabajando o arriesgándose? [...] esos incentivos son perversos, inducen al déficit sostenido y finalmente a la crisis” (González, 2000, p. 124).

•Pensiones y sindicalismo en Colombia•

elector primario exigía al establecimiento político en un momento en el que el país se encontraba asediado por el conflicto interno y por el narcotráfico¹²¹.

Las primeras reformas del gobierno Gaviria no obedecieron a un nuevo orden institucional, sino que anunciaron su próxima inclinación. En la Ley 50 subyacía un supuesto más general del nuevo orden mundial —el orden posguerra fría—: el valor de los salarios y de las prestaciones legales a ellos anejos eran excesivamente costosos, de modo que para ganar en productividad, se necesitaba reducirlo. Ello demandaba formalizar el *outsourcing* —la tercerización— en la mano de obra¹²², o sea, sustraer en la mayor medida posible a los trabajadores colombianos del Código Sustantivo del Trabajo, pero ¿cómo se hace esto? Con la comercialización y descolectivización del trabajo. En palabras de César Giraldo (2010):

Hoy día los trabajadores son menos colectivizados y más independientes. El contrato laboral viene siendo sustituido por un contrato comercial: prestación de servicios, proveedor, contratista, cooperativa. Un contrato comercial tiene una connotación diferente a uno laboral. Mientras un contrato laboral implica una relación asimétrica en la cual el patrón es la parte fuerte y el trabajador la débil, razón por la cual las sociedades han construido históricamente una legislación que protege al trabajo, por el contrario, una relación comercial es una relación entre iguales y, por tanto, conlleva la protección de los derechos al trabajo, de manera que los contratos comerciales son con trabajadores disfrazados de contratistas [...] como se trata de relaciones comerciales la responsabilidad acerca de la cobertura de salud, pensiones o cualquier otra prestación social corre por cuenta del contratista, esto es, del trabajador ahora convertido en lo formal (no en lo real), en contratista. La cobertura del riesgo social se individualiza y esto está acompañado con el hecho de que la cobertura es provista por agentes financieros privados. Desaparece el vínculo entre prestación social y el Estado que es lo que daba origen al derecho social. Es el individuo que debe procurarse los mecanismos de aseguramientos para enfrentar los riesgos frente a la vida. La obligación del Estado no es la de proveer tal aseguramiento, sino la de garantizar

121 En este punto hay que recordar que el Decreto 927 de 1990, por medio del cual se adicionaba a la elección presidencial la consulta sobre la convocatoria de una Asamblea Constituyente que reformara la Constitución de 1886, se expidió como una medida legitimadora de un acto no constitucional de suyo, pues el Artículo 218 de la Constitución vigente no permitía una reforma que no tuviera iniciativa en el Congreso. Respecto al contexto de violencia que asistía Colombia en la antesala del proceso constituyente, puede verse Roll (2001).

122 El fenómeno de tercerización se ha desarrollado en Colombia mediante tres figuras: cooperativas de trabajo asociado, empresas asociativas de trabajo y contratistas. “[...] por su parte, los intentos de amoldar mejor la relación laboral a la producción han estado fundamentalmente enmarcados en la contratación temporal y las permanentes reformas a los estatutos laborales con relación a la reducción de garantías laborales” (Velásquez y Cañón, 2009, p. 229).

las condiciones para que ese aseguramiento se provea a través de los mecanismos de mercado (p. 25).

La impronta neoliberal —que veía al Estado como un factor distorsivo en la libre movilidad de los factores económicos del mercado— supuso en el orden legal impulsado por César Gaviria:

[...] la necesidad de adelgazamiento de la burocracia, siendo la expresión de esta postura la ley 60 de 1990, que en su aspecto esencial facultó al Ejecutivo, de manera genérica, para determinar las condiciones de retiro del servicio de los funcionarios pertenecientes a las distintas ramas del poder público (insubsistencia como indemnización, retiro voluntario con bonificación) (Silva Romero, 2005, p. 233).

Esto tuvo como efecto un proceso de desvinculación masiva de trabajadores públicos, aupado por el Decreto 1160, eventualmente declarado inconstitucional (Corte Constitucional, 1992a).

Las mencionadas medidas no solo obedecían a las políticas de “reforma estructural”, sino al contexto en el que estas tenían sentido, es decir, al proyecto liberalizador general que el gobierno Gaviria impulsaba con lo que en su momento se llamó “la apertura”. No es otra cosa que el acta de defunción del proceso de sustitución de importaciones y del incipiente Estado de bienestar —iniciado con la inyección directa de recursos de la Alianza para el progreso— y la implantación del modelo económico neoclásico tras la debacle de la amenaza del socialismo real (Aguilar, 1991, citado en Arenas Monsalve, 2006). Por esta razón, desde la década del noventa, según Rodríguez (2001):

[...] el 97 % de las posiciones arancelarias quedó en el régimen de libre importación, la tarifa promedio de arancel disminuyó del 24 % al 22 %. Lo que en el mercado laboral significó con la ley 50/90 la supresión de la pensión sanción, la retroactividad de las cesantías y de manera global la flexibilidad laboral. En el mercado financiero se expidió la ley 45 de 1990 con el objeto de aumentar la competencia y con la ley 6/92 se reglamentó la fiscalidad indirecta con el incremento del IVA. [...] tanto para el caso colombiano como para otros países el problema de la seguridad social se percibe como una seria desarticulación de las finanzas públicas, responsable en parte del déficit fiscal, y que no se ajusta al equilibrio macroeconómico que deben tener los diferentes componentes de la política económica. Esta especie de dictadura fiscal está

•Pensiones y sindicalismo en Colombia.

presente en la exposición de motivos que tienen las diferentes leyes reformativas de la seguridad social en América Latina (p. 221)¹²³.

En términos de Silva Romero (2005), en materia de Derecho Laboral, semejantes medidas conllevaron a la adopción de una perspectiva totalitaria neoliberal, cuya visión de fondo permite concluir que, en lo individual, incrementa la concentración de la riqueza y aumenta la pobreza y, en lo colectivo, restringe un real desarrollo del derecho de asociación, pues lo limita a los cada vez menos trabajadores contratados a término indefinido.

En definitiva, poniendo a operar la ley 50/90 en la realidad, les impide a los trabajadores misioneros constituir sindicatos. Los trabajadores trashumantes, tampoco pueden conformar sindicatos, [...] en general un trabajador contratado a término fijo no puede integrarse a ninguna clase de sindicatos, porque su contrato no será revocado [...] esta ley 50 elimina el proteccionismo en la parte individual del derecho individual, introduce al máximo la flexibilización y la precariedad, pero en la parte colectiva deja vivas las consecuencias del proteccionismo y lo perfecciona, lo que va a dar por resultado la imposibilidad real de desarrollar sindicatos [pues] las normas regulatorias son inoperantes para la mayoría de trabajadores reduciendo la posibilidad de sindicalización exclusivamente a los trabajadores con contrato de trabajo a término indefinido que paulatinamente van desapareciendo [...] si se pudiera negociar un pliego de peticiones en el lapso que los temporeros —trabajadores con contrato a término definido— estén trabajando, con tantos requisitos legales para el trámite del conflicto, cuando se definiera ya no habría trabajadores por terminación de la actividad para que la fueron contratados (pp. 235-237)¹²⁴.

123 Agrega Consuelo Ahumada (1998) que "entre marzo de 1990 y junio del 91 se efectuaron cuatro reformas arancelarias que redujeron las tasas promedio de impuestos sobre las importaciones de un 43,7 a un 11,4 por ciento, al tiempo que eliminaron las listas de prohibida importación y de licencia previa" (p. 103).

124 Entre las formas de tercerización han sido frecuentes las cooperativas de trabajo asociado, que son aquellas que "vinculan el trabajo personal de sus asociados y sus aportes económicos para la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios en forma autogestionaria" (Congreso de la República, 1988, art. 70). Estas formas asociativas nacen de la voluntad libre y autónoma de un grupo de personas que deciden unirse para trabajar bajo sus propias reglas, contenidas en los estatutos o reglamentos internos y no están sometidas a la legislación laboral ordinaria. Sus socios son los mismos trabajadores, que pueden pactar las reglas que gobiernan sus relaciones laborales de previsión, de seguridad social y de compensación. Todos los asociados tienen derecho a recibir compensación por el trabajo aportado y participar en la distribución equitativa de los excedentes (ganancias) que obtenga la cooperativa. La Sentencia C-211 de 2000 declara exequible el Artículo 59 de la Ley 79 de 1988 y establece: "En las Cooperativas de Trabajo Asociado sus miembros deben sujetarse a unas reglas que son de estricta observancia para todos los asociados, expedidas y aprobadas por ellos mismos, respecto del manejo y administración de la misma, su organización, el reparto de excedentes, los aspectos relativos al trabajo, la compensación y todos los demás asuntos atinentes al cumplimiento del objetivo o finalidad para el cual decidieron asociarse voluntariamente que, en este caso, no es otro que el de trabajar conjuntamente y así obtener los ingresos necesarios para que los asociados y sus familias puedan llevar una vida digna" (Corte Constitucional, 2000e). No

En suma, el proyecto de ajuste neoliberal impulsado por las reformas de Gaviria consiguió romper el vínculo entre trabajo y derecho a la seguridad social, porque agrega nuevas formas de subcontratación o tercerización que facilitan al empleador escapar a las restricciones de las leyes laborales¹²⁵.

[...] como consecuencia de esta desalarización, la protección social también se dirige a una crisis financiera en la medida en que la relación salarial formal se flexibiliza e incluso disminuye (precarización, informalidad, subempleo, etc.), pues se presenta una disminución en la base de la cotización. La contrapartida es que el Estado entra a cubrir a través de formas asistenciales el vacío que se presenta en la seguridad social, las cuales deben financiar con fuentes distintas a las cotizaciones, lo que crea una fuerte tensión fiscal (Martínez, 2010, pp. 96-97).

En otras palabras, tras el proyecto neoliberal que se impulsó en Colombia bajo la bandera de la ortodoxia neoclásica de reducción del papel del Estado, ya se encontraban sus elementos problemáticos: el incremento de las medidas asistenciales (Sisbén, Familias en Acción, etc.) y, por consiguiente, del rol estatal: la burocratización, cuando no politización, del acceso a los derechos asistenciales a la seguridad social; la presión fiscal sobre las capas menos favorecidas y la segmentación y estratificación del acceso a la protección social, entre otros. En esta lógica:

[...] lo social se define sobre el individuo. Los pobres son individuos o familias pobres y las políticas se focalizan en los pobres. Esta visión individualista de lo social lleva a calificar los derechos sociales conquistados por las luchas de los trabajadores como privilegios [...] la gratuidad del bien social se obtiene sobre la base del fracaso

.....
obstante, las condiciones reales en las cuales se están vinculando los trabajadores a este tipo de empresas violan los principios en los que se fundamentan estas organizaciones, en primer lugar, porque no se debe a decisión voluntaria y libre, sino a la presión del Gobierno y de los empleadores que les niegan a los no asociados la posibilidad de trabajar. Tampoco son los asociados quienes deciden el valor de su trabajo; por el contrario, las entidades que contratan fijan las condiciones y obligan a las empresas a competir por precios de sus servicios, de manera que para lograr un contrato se bajarán cada vez más las compensaciones (ingresos) de los trabajadores.

125 La Ley 50 propuso: "1. Total desregulación laboral al proyectar que quien 'habitualmente preste sus servicios personales remunerados [...] deberá probar que la intención de las partes fue celebrar un contrato de naturaleza laboral y que la subordinación jurídica fue la prevista en el artículo 2 literal b) de esta ley y no la necesaria para el cumplimiento de la labor o actividad encomendada'. 2. Preferencia del contrato de trabajo a término fijo y eliminación paulatina del indefinido. 3. Flexibilización de la jornada máxima de trabajo. 4. Variación del concepto jurídico de salario y restricción de los elementos integrantes del salario. 5. Eliminación de la acción de reintegro después de 10 años de servicio e incremento en la tabla indemnizatoria para quienes cumplan ese lapso. 6. Beneficio de no declaratoria de unidad de empresa durante 10 años después de haber instalado una nueva factoría que cree empleo. 7. Salario integral para los altos empleos. 8. Regulación de las agencias temporales de empleo" (Silva Romero, 2005, pp. 230-231).

•Pensiones y sindicalismo en Colombia•

social y la obligación del Estado como garante de bienes sociales se reduce a los mínimos: lo mínimo para personas mínimas (pobres) (Giraldo, 2010, p. 31).

Aun a sabiendas de lo que acarrearía a largo plazo, la administración Gaviria se empeñó en la defensa de la apertura como la única forma de modernizar la industria colombiana y aumentar su competitividad en un mercado globalizado. Para cualquiera es obvio que las diferencias estructurales entre las economías de los países de la OCDE con Colombia eran tan abismales que, a lo sumo, lo que se podía esperar era que el país ocupara su sitio correspondiente en la división internacional del trabajo: el sitio adecuado para los mercados de fácil captura de proveedores, a su vez, de materia primas y mano de obra baratas para la inversión extranjera directa en industria de extracción o de maquila.

Desde esta perspectiva se afirma que la responsabilidad sobre la vida y los problemas del trabajador compete únicamente al propio trabajador, quien debe asegurarse contra los riesgos que supone su existencia y la de su familia, incluso, los derivados de la producción (accidentes de trabajo o enfermedades profesionales). De esta forma, el tema de la eficiencia es un problema de la empresa y el de la solidaridad del Estado, la transferencia de subsidios que en el pasado se hacía en el interior de la empresa, ahora se hace exterior a ella, o más exactamente a través del Estado. Esta es la separación entre lo social y lo económico. Mientras aumentan las presiones financieras sobre el Estado, la base salarial sobre la cual se cobra la cotización para el soporte de la protección social es cada vez menos (Martínez, 2010, p. 99).

Una perspectiva de este tipo no se podía presentar como lo que en realidad era, más aún en el pleno del proceso de reforma política que esperaba la sociedad colombiana tras el triunfo de la “séptima papeleta”. La llamada “apertura económica”, a la sombra de la justificación pacificadora del país, se anunció más bien como una alternativa salvadora a la baja competitividad y productividad de la industria nacional —generada, entre otras razones, por el excesivo proteccionismo de Estado—¹²⁶ que, alentada por los efectos benefactores del mercado, sería eficiente y aseguraría la tantas veces soñada redistribución de la riqueza.

.....
126 El eslogan “Bienvenidos al futuro”, del inicio del gobierno Gaviria, ya ponía de presente la ideología —vigente al día de hoy— que sostiene que el crecimiento económico de un país depende de los mercados y la financiación externa, es decir, de la inserción de la economía nacional en el mercado global. Tal inserción, paradójicamente, exige la retirada del Estado de la vida económica, pero al mismo tiempo lo postula como el principal agente de los “cambios estructurales” y de las condiciones de interés para el mercado (seguridad jurídica, reducción o eliminación de barreras arancelarias, etc.) (Evans, 1998).

La sanción política del ajuste económico

Colombia no llegó de manera fortuita a plantearse la necesidad de una reforma constitucional, pues esto era ya una necesidad sentida desde los fracasados intentos de reforma de López Michelsen y Turbay Ayala en 1977 y 1979, respectivamente. Dicha necesidad no fue antes tan imperiosa como lo fue al final de la década del ochenta, cuando los ataques de los carteles de narcotraficantes y la escalada militar guerrillera pusieron en jaque toda la frágil institucionalidad posfrentenacionalista que aún pervivía.

Recuerda Consuelo Ahumada (1998):

Entre 1984 y 1991 miles de dirigentes políticos, jueces, un Procurador General de la Nación, numerosos dirigentes sindicales y campesinos, periodistas y civiles inocentes fueron asesinados. El sentimiento unánime de que las fuerzas del Estado no podían o no querían hacerle frente a esta situación motivó la creación de un gran número de grupos privados de autodefensa [...]. La crisis tocó fondo entre 1989 y 1990, cuando tres candidatos presidenciales fueron asesinados, cuando la intensificación de la violencia del narcotráfico llevó a numerosos estallidos de bombas, resultado de la guerra declarada contra los narcotraficantes por el mandatario de entonces, Virgilio Barco, bajo presión del gobierno de Washington (p. 176).

Con este contexto, es apenas obvio que la principal justificación para un cambio institucional de largas miras fuera la pacificación del país o, por lo menos, el aseguramiento de un marco constitucional inclusivo que permitiera empezar a dar pasos en ese camino. Sin embargo, dadas las circunstancias geopolíticas y económicas mundiales y regionales, la “nueva” Carta Política colombiana de 1991 no fue sino otra más de las varias respuestas institucionales que los países latinoamericanos dieron a la crisis económica de la década del ochenta:

Estados endeudados, incapaces de mantener los anteriores niveles de gasto público o financiar las pérdidas de las empresas públicas, buscan legitimizar su bancarrota afirmando que el camino a la eficiencia y el crecimiento pasa por las privatizaciones y la reducción del gasto [...] las élites de América Latina importan masivamente la ideología neoliberal, la razón es muy obvia: se trata de revestir la necesidad de virtud. Carente de margen de maniobra en tiempo y recursos para reconvertir el sector público de la economía, y racionalizar tanto las prestaciones y servicios sociales como

•Pensiones y sindicalismo en Colombia•

la administración del Estado, el Estado deja caer la sociedad civil que él mismo ha creado (Díaz, 1996, p. 152)¹²⁷.

Así las cosas, los sueños emancipatorios de la organización estudiantil por la “séptima papeleta” no tardaron en ser absorbidos por los planes más realistas de la élite neoliberal criolla¹²⁸. Para algunos, “la adopción del neoliberalismo a ultranza, tanto en lo económico como en lo político, ha sido las más perniciosas de las contribuciones de la nueva Constitución al desbarajuste institucional del país y de violencia” (Roll, 2001, p. 256). Lejos de haber alcanzado la prometida pacificación o estabilización del país, con la eliminación del aún no nacido Estado de bienestar, agrandó las brechas de inequidad entre clases, lo cual es el caldo de cultivo para la agudización de los conflictos sociales¹²⁹.

Pese a los incuestionables avances en materia de derechos fundamentales, participación política y reconocimiento del carácter pluricultural, laico y descentralizado del Estado, así como en la reforma de la administración de justicia, la tutela y el control de constitucionalidad¹³⁰, el texto constitucional de 1991 acentuó las paradójicas contradicciones que vive Colombia. Junto con la declaración del país como un Estado social de Derecho (art. 1) cohabitan las políticas de apertura económica, privatización e integración regional características del modelo neoliberal. Así lo resume Consuelo Ahumada (1998):

.....
127 Respecto a los paralelos entre Constituciones de antecedente y cuño neoliberal de Brasil, Chile, Perú y Colombia, puede verse Vargas (1996).

128 Cabe recordar el vaticinador concepto negativo del entonces procurador general de la Nación, Alfonso Gómez Méndez, al Decreto 927 de 1990, que sometía a elecciones la propuesta de convocatoria de una Asamblea Constituyente: “[...] resulta ser que lo que se presenta como la suprema manifestación de la democracia participativa puede quedar reducido a un cheque en blanco para que el próximo presidente, y sus asesores, sean quienes decidan cuál es el camino a seguir para convocar la Constituyente” (Gómez, 1990, citado en SÁCHICA y VIDAL, 1991, p. 151). Agrega Consuelo Ahumada (1998) que: “El desarrollo ulterior de los acontecimientos confirmaría con creces los temores del procurador. El 2 y 3 de agosto de 1990 César Gaviria, como presidente electo y jefe del Partido Liberal, llegó a un acuerdo sobre la convocatoria de dicha Asamblea con los líderes de los dos sectores del Partido Conservador (Partido Social Conservador y Movimiento de Salvación Nacional) y con el M-19. Todos los demás partidos, organizaciones y movimientos políticos fueron marginados de las reuniones que llevaron a suscribir el acuerdo” (p. 180).

129 Luego de más de veinte años de vigencia de la Constitución Política, cifras de la ANIF muestran que la pobreza absoluta (hoy alrededor de un 45 %) y de distribución del ingreso (en un inequitativo coeficiente de Gini de 0,58) están muy lejos de la eficiencia y equidad prometidas en la década del noventa (“Desigualdad extrema”, 2011)

130 Un balance de los aspectos positivos y negativos del proceso constitucional en la década del noventa, puede verse en Sarmiento (1995).

Los artículos 226 y 227 de la Carta establecen que el Estado promoverá la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas y la integración económica, social y política con las demás naciones. La iniciativa privada y la competencia económica también son consagradas en la nueva Ley suprema [...] aunque dicho artículo parece contradecirse con el que sigue, el cual establece que el Estado es responsable del manejo general de la economía. La privatización de las empresas públicas aparece también contemplada de manera expresa en la nueva Carta. El artículo 366 señala que el Gobierno podrá enajenar o liquidar las empresas del Estado y “otorgará a terceros el desarrollo de su actividad cuando no cumplan los requisitos de eficiencia, en los términos que determine la ley”. El fundamento legal para la venta de estas empresas también aparece sustentado en otros artículos (por ejemplo, el art. 60 que estipula la venta de los intereses del Estado a una empresa; el art. 300, nums. 7-9, se refiere a las privatizaciones a nivel departamental y a las atribuciones de los gobernadores en esa materia; el art. 313, num. 6 y el art. 315, num. 4, señalan las potestades de los concejos y alcaldes con respecto a la privatización a nivel municipal; el art. 355, sobre la firma de contratos por parte de las autoridades nacionales, departamentales y municipales con entidades privadas para el suministro de servicios; y el artículo 48, sobre la participación de compañías privadas en la prestación de la seguridad social). Se introduce asimismo un iluso e inocuo control antimonopólico (art. 333). La estructura de las llamadas zonas de libre comercio o zonas francas también se contempla en la Constitución (art. 337), así como la consagración constitucional del reordenamiento territorial que busca, dentro del proceso de descentralización neoliberal, debilitar las funciones del Estado central y atomizar el territorio nacional (arts. 289 y 295), lo cual suministra una base constitucional para la violación de la soberanía nacional. En el artículo 150 núm. 16, por ejemplo, el Estado reconoce explícitamente el poder de las organizaciones e instituciones financieras internacionales sobre la economía del país [...]. Por último, la nueva Constitución establece que los tratados internacionales deben ser aprobados por el Congreso para que sean válidos. Sin embargo, el presidente de la República está facultado para “darle aplicación provisional a los tratados de naturaleza económica y comercial acordados en el ámbito de organismos internacionales que así lo dispongan (art. 224 y art. 58 transitorio) (pp. 196-198).

En esta perspectiva, el texto constitucional de 1991 atendió —y atiende, pese a la casi treintena de reformas que lleva a cuestras¹³¹— la difícil tarea de conciliar las expectativas de un Estado social de Derecho real —a la manera del *welfarestate*

.....
131 La tantas veces alabada estabilidad histórica del ordenamiento jurídico-político colombiano contrasta con la precaria perdurabilidad de sus proyectos constitucionales originales, pues lo que es un hecho que los cambios institucionales y constitucionales del país no son resultado de cambios estructurales radicales, sino más bien de

europeo— de la población y, al mismo tiempo, las exigencias “modernizadoras” de liberalización de las élites neoliberales y de los organismos multinacionales. No por casualidad el mismo presidente César Gaviria (1991) afirmaba en su discurso de instalación de la Asamblea Constituyente:

[...] al reformar la Constitución es preciso tener presente el horizonte del siglo XXI. Colombia necesita una Constitución para asumir un papel preponderante en el nuevo orden internacional que se está gestando; para la nueva era de las revoluciones tecnológicas que se suceden con espasmosa rapidez; para una economía que se está abriendo a un escenario mundial cada vez más interdependiente. También debe preparar sus instituciones para una sociedad pluralista cada vez más compleja; para un ciudadano que quiere tener mayor participación en las decisiones para comprometerse con los cambios y no depender del paternalismo; para un Estado servidor que debe responder con dinamismo a las numerosas peticiones y grandes expectativas de la comunidad.

Dado el énfasis antipaternalista y globalizado que desde sus inicios disponía el itinerario constitucional, no es de extrañar que en el texto último de la Carta solo fueran justiciables e imperativos los derechos liberales clásicos y los de corte neoliberal, mientras los derechos de tinte social resultaron siendo mandatos programáticos o de optimización¹³² que demandan, por lo mismo, las conciliaciones políticas y económicas del Legislador para ser llevados a efecto. Una estrategia que, según Óscar Ermida (1990), ha permitido que en los textos constitucionales iberoamericanos aparezcan derechos sociales de gran calado programático y de garantismo ambicioso que, al descender al Legislador, pierden toda su fuerza en las limitaciones y reglamentaciones jurídicas ordinarias. Esto ocurre, por ejemplo, con el derecho de huelga: “[...] generalmente las constituciones hacen el trabajo ‘lindo’ de consagrar el Derecho con bastante amplitud y luego el Legislador hace el trabajo ‘sucio’ o un poco más desagradable de establecer restricciones o limitaciones, mayores o menores, según el caso” (Ermida Uriarte, 1990, p. 255).

cuidadosos retoques de filigrana legal que, en últimas, terminan por enterrar hasta el proyecto más ambicioso (Ramírez, 2004).

132 Sugiere Silva Romero (2005) que los derechos sociales relacionados con el área laboral solo fueron enunciados en la Constitución, pero con remisión al Legislador (derecho a la honra, art. 21; la segunda instancia, art. 31; el asilo, art. 36; la seguridad social, art. 48; derecho de asociación sindical, art. 39; los principios mínimos fundamentales, art. 53; el derecho de negociación, art. 55; la huelga, art. 56, participación en la gestión de las empresas, art. 57; el acceso a la propiedad de las empresas, art. 60; etc.), mientras los principios neoliberales (derecho de propiedad, art. 58; libre competencia y libertad de empresa, art. 333) fueron establecidos con toda su intensidad.

En este orden de ideas, la constitucionalización del Derecho Laboral y de la Seguridad Social en Colombia ha de ser tomada con beneficio de inventario, pues aun tras ser promulgados con solemnidad los principios iusfundamentales al trabajo y a la seguridad social, bajo la tutela de la dignidad humana, la sola formalización no ha conseguido mayores resultados que los existentes antes de la Constitución de 1991 y de la Ley 100 de 1993, como se indicará.

Derecho Laboral y seguridad social en el marco del ajuste constitucionalizado

Es incuestionable que las violaciones a los derechos laborales han sido una constante en la historia colombiana reciente, por lo que no puede acusarse al texto constitucional de 1991 de los efectos catastróficos de la tercerización laboral y del comportamiento contracíclico del sector informal¹³³. De lo que no cabe duda es de que la mayoría de edad constitucional que alcanzó el Derecho Laboral —por ejemplo, con el fuero sindical para los empleados públicos y la prohibición al Ejecutivo de tomar sanciones contra las personerías de los sindicatos, entre otros— no ha podido ejercerse¹³⁴, dado que cuando el Artículo 85 de la Carta enumera los derechos de aplicación inmediata consagrados en los Artículos 11-21, 26-31, 33, 34, 37 y 46 no reconoce tal dignidad a ninguno de los derechos sociales (Silva Romero, 2005). Con razón afirma Santiago Montenegro (2009), exdirector de Planeación Nacional y uno de tantos profetas del neoliberalismo:

.....
133 Como indica Ricardo Bonilla (2001), “el sector informal es contra-cíclico, crece en los periodos de crisis y se contrae en el auge, cuando el sector formal le sustrae personas o las empresas crecen de tamaño. La economía colombiana registra ese comportamiento (según tasas de informalidad urbana 2001-2006. Fuentes: DANE; ECH segundo trimestre. Cálculos del OCSE, CID y UN). El comportamiento de la informalidad en los últimos años (entre el 58,5 % para las principales ciudades y el 62,8 % en todas las cabeceras) evidencia tres fenómenos recurrentes de la estructura económica nacional: Que los grandes centros urbanos tienen creadas las condiciones para reflejar los menores niveles de informalidad [pues] el sector se localiza en ellos y en otros centros urbanos de mayor tamaño. Que ciudades intermedias, como Cúcuta o Montería, que presentan los mayores niveles de informalidad son fiel reflejo de su estructura económica compuesta de una intrínseca red de microempresas de todos los sectores de la actividad económica [...]. La informalidad no ha disminuido, ni va a tener reducciones sustanciales en los próximos años, dadas las tendencias a crear múltiples empresas de tamaño micro y a extender el uso de modalidades alternativas de contratación comercial de trabajadores, lo que los convierte automáticamente en independientes” (pp. 39-41).

134 La Constitución incorporó las normas internacionales de trabajo correspondientes a los Convenios 87, 98, 100, 138 y 182 de la OIT. Además, tanto la Corte Constitucional como la Corte Suprema de Justicia han proferido numerosas sentencias por vía de tutela, al resolver acciones de inexequibilidad o recursos de casación u homologación, con lo que se reconoce la fuerza normativa vinculante de los Convenios 87 y 98 de la OIT. Algunos ejemplos son las sentencias: T-441 de 1992, C-096 de 1993, C-593 de 1993, C-265 de 1994, SU-342 de 1994, T-568 de 1999, C-381 de 2000, C-385 de 2000, T-436 de 2000, C-567 de 2000 y las sentencias de homologación de octubre 26 de 1993 (Rad. 6407) y de enero 28 de 1999 (Rad. 11859).

Pareciese que en Colombia tenemos dos realidades. Una realidad formal, de derechos a la seguridad social que son además tutelables, para un universo que puede abarcar al 40 % de los trabajadores. Entre tanto, hay otra realidad para el 60 % de los trabajadores que está excluido de cobertura contra riesgos profesionales, régimen contributivo de salud y seguridad social en pensiones, ya sea del régimen de ahorro individual o del régimen de prima media. ¿Por qué tenemos una informalidad tan grande? Según cifras de Fedesarrollo, el 48 % de todos los trabajadores ganan menos de un salario mínimo y, de éstos, un 29 % devenga menos de medio salario mínimo. Asimismo, las normas dicen que nadie puede ganar menos que un salario mínimo, cuyo nivel, definido por su proximidad al salario medio de todo el mercado laboral, es considerado uno de los más altos del mundo. En segundo lugar, los académicos también señalan que los costos no salariales de Colombia están entre los más altos de América Latina. Por ejemplo, para un trabajador que gana un salario mínimo el costo salarial para su empleador se incrementa en un 67 %, incluyendo el subsidio de transporte. En tercer lugar, los expertos han señalado que, desde que comenzó la llamada apertura económica en los años noventa, el costo del capital ha bajado con relación al costo del trabajo, porque se abrió la cuenta de capitales, se autorizó la inversión extranjera directa y se eliminaron o se bajaron todos los aranceles a la importación de maquinaria y equipo [...]. Los académicos también han señalado que la oferta de trabajo formal por parte de los trabajadores ha caído por los subsidios que, en una forma u otra, reciben los trabajadores de los niveles más bajos del Sisbén, que son los más pobres. Por el temor a perder esos subsidios, como el del régimen subsidiado de salud, muchas veces los trabajadores prefieren permanecer en la informalidad a aceptar un empleo formal. Si recordamos que la economía formal es la que paga impuestos y la informal la que recibe subsidios, tarde o temprano —y quizá más temprano que tarde— tendremos que cortar una dinámica de un sector formal que se estrecha y que tiene que pagar cada vez más impuestos para subsidiar a un sector informal que crece y, al crecer, estrecha aún más al sector formal. O lo que puede ser aún más grave: un creciente sector informal que, a falta de impuestos, exige subsidios financiados con endeudamiento externo o interno. Cuando se discutió y se aprobó la Ley 100 se supuso que la economía crecería a tasas altas y sostenidas, y que la formalidad sería cada vez más creciente y la informalidad tendería a caer. Infortunadamente eso no ha sucedido y parece ser que está ocurriendo lo contrario. Necesitamos un gran acuerdo nacional para formalizar la economía y para que todos los colombianos alcancen pleno acceso a la seguridad social.

El llamado a un acuerdo al que apunta la anterior justificación neoliberal no es otra cosa que un pacto sobre la radicalización de los principios neoliberales, en particular sobre aspectos como el TLC con los Estados Unidos. Pone de presente

que, aun desde la ortodoxia económica, es imposible encubrir el fracaso del proyecto “aperturista y globalizador” diseñado desde la Constitución de 1991 en lo que tiene que ver con el sindicalismo y con la condición *sine qua non* del mismo: la formalización laboral, condicionante lógico de la negociación colectiva¹³⁵. En lugar de ser el marco institucional para que la “mano invisible” del mercado resolviera los problemas de pobreza e inequidad de los colombianos, el contenido de la Carta se tornó más bien en un punto de partida de su agudización. Anota Silva Romero (2005):

En efecto, a partir de la expedición de la Carta se dio cierta amplitud a los sectores populares, entre ellos el sindicalismo y se sintió cierto sentido de posibilidades democráticas, pero a medida que los sectores políticos distintos de los tradicionales del país se debilitaron o no adquirieron la suficiente fuerza en el contexto nacional, muchos derechos y principios democráticos fueron desconocidos y se cerró el anillo neoliberal. Por ello la égida de los sectores neoliberales, coordinados e impulsados desde palacio presidencial es la impronta. La catarata de leyes centrales, reconocidamente neoliberales, no se hizo esperar, como son la ley 80 de 1993 sobre contratación administrativa, ley 100 de 1993 sobre seguridad social, ley 134 de 1994 Estatuto de participación ciudadana, ley 136 de 1994 sobre modernización de los municipios, ley 142 de 1994 sobre servicios públicos domiciliarios, ley 143 de 1994 sobre sector eléctrico, ley 190 de 1995 Estatuto anticorrupción, ley 200 de 1995 sobre régimen único disciplinario, ley 270 de 1996 o estatutaria de la administración de justicia, etc. Mientras tanto los trabajadores presentaron un proyecto de estatuto de trabajo, consagrado en el artículo 53 de la Carta, con el respaldo de un millón de firmas y no obtuvieron ni su discusión en la comisión VII de la Cámara. Se confirma que entre

.....
135 No está de más recordar que, con la flexibilización laboral, las cooperativas de trabajo asociado (CTA) y las demás formas de tercerización fueron desdibujadas de su propio contexto y de sus propios principios, para dar paso a una mancillamiento del orden laboral en beneficio de los patronos. A modo de ejemplo, como formas de contratación por el sistema de intermediación, las CTA aseguraron sus finanzas mediante el porcentaje que les “correspondía” por administración de la unidad de pago de capitación (UPC); luego, cada vez era menor lo que quedaba disponible para las compensaciones o ingresos de los trabajadores. Por eso, es un contrasentido denominar a estas “instituciones” como cooperativas “que vinculan el trabajo personal de sus asociados y sus aportes económicos para la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios en forma autogestionaria” (Congreso de la República, 1988, art. 70). Esta última facultad fue considerada indispensable por la Sentencia C-211 de 2000 en el momento de reconocer una genuina “cooperativa” y, por lo mismo, de declarar la exequibilidad del Artículo 59 de la Ley 79 de 1988, ya que: “En las Cooperativas de Trabajo Asociado sus miembros deben sujetarse a unas reglas que son de estricta observancia para todos los asociados, expedidas y aprobadas por ellos mismos, respecto del manejo y administración de la misma, su organización, el reparto de excedentes, los aspectos relativos al trabajo, la compensación y todos los demás asuntos atinentes al cumplimiento del objetivo o finalidad para el cual decidieron asociarse voluntariamente que, en este caso, no es otro que el de trabajar conjuntamente y así obtener los ingresos necesarios para que los asociados y sus familias puedan llevar una vida digna” (Corte Constitucional, 2000e).

•Pensiones y sindicalismo en Colombia.

las distintas interpretaciones de la Constitución primará la más favorable a aquellos sectores que más presión pueda ejercer, es decir a los neoliberales (p. 277).

Pese a la constitucionalización de los principios fundamentales del Derecho Laboral internacional en el ordenamiento jurídico colombiano, es decir, de los que forman parte de los Convenios 87 y 98 de la OIT (libertad de asociación y derecho de asociación sindical, derecho de negociación colectiva y huelga, eliminación de trabajo forzado, protecciones laborales para niños y jóvenes y eliminación de discriminación laboral)¹³⁶, la situación de la organización sindical y de los trabajadores colombianos ha sido más gravosa desde la expedición de la Carta Política. Por un lado, porque las formas de intermediación desarrolladas en el marco de la flexibilización laboral de la década del noventa han impedido que se constituyan sindicatos de empresa y sindicatos de industria, lo que afecta la consolidación de estructuras sindicales por actividad económica e impide fortalecer el proceso de negociación colectiva (Urrutia *et ál.*, 2010). Por otro lado, porque basta echar un vistazo a las cifras sobre persecución de sindicalismo en Colombia durante la última década para percatarse que los “ríos de leche y miel”,

.....
136 Como recuerda Jimena Puyo Posada (2007), asistente de investigaciones ICP, en un concepto preparado con ocasión de examinar las condiciones laborales en Colombia frente a un futuro TLC con Estados Unidos, “el punto de partida de la incorporación del Derecho Laboral internacional en Colombia es la Constitución de 1991 en la cual se reconoció expresamente la internacionalización del derecho del trabajo, mediante los artículos 53, 93 y 94, que confieren a los tratados internacionales o principios universales de derecho impositivo o *ius cogens* en esta materia un status equivalente a normas de rango legal o constitucional. En materia laboral el bloque de constitucionalidad está compuesto por: el preámbulo, los artículos 1°, 25, 26, 39, 53, 54, 55, 56, 57, 64 y 125 de la Constitución (formal) de 1991 y por los núcleos esenciales de los Convenios de la OIT números 87, 98, y por último, y en virtud del art. 94 superior, por cualquier otra norma internacional de *ius cogens* no codificado, o no ratificado por Colombia, relativa a materias laborales. Los convenios y tratados internacionales del trabajo debidamente ratificados por Colombia son parte del ordenamiento jurídico o prevalecen en él. Dentro de los que prevalecen, es decir los que hacen parte del denominado bloque de constitucionalidad por tratarse de derechos humanos y además fundamentales, están los Convenios 87 y 98 de la OIT. También los Convenios de la OIT 100, 105, 111, 138 y 182 y de ratificarse el TLC con Estados Unidos, las disposiciones laborales incorporadas al Tratado que se refieran a los derechos considerados fundamentales internacionalmente [...]. Las Normas Internacionales del Trabajo (NIT) que integran el bloque de constitucionalidad serán, 1) preponderantes frente a las normas infraconstitucionales que le sean contrarias, por lo cual podrían ser impugnadas mediante acción pública de inconstitucionalidad y ser declaradas inexequibles; sustentar acciones de nulidad ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, contra actos administrativos cuyo conocimiento no compete a la jurisdicción constitucional o no aplicarse por ser inconstitucionales; 2) parámetros obligatorios del control de constitucionalidad que realice la Corte Constitucional; y 3) pueden ser protegidas mediante acción de tutela. Con estas normas se busca: 1) Que una vez incorporadas al ordenamiento jurídico interno creen directamente derechos subjetivos o comprometan internacionalmente al respectivo Estado a adoptar las medidas necesarias para crearlos; 2) que contribuyan al fomento de la justicia social; 3) que aporten a la consolidación de las legislaciones nacionales en materia socioeconómica; y 4) que constituyan una fuente de inspiración de las legislaciones nacionales para construir sus políticas sociales y diseñar una política interna de trabajo” (p. 2).

que prometía el neoliberalismo de 1991 y la Ley 50 de 1990¹³⁷, no han sido otra cosa que estratagemas para justificar el carácter regresivo de las reformas en materia laboral.

De los noventa representantes sindicales que fueron asesinados durante 2010 en todo el mundo, 49 de ellos lo fueron en Colombia, según el informe anual de la Confederación Sindical Internacional (CSI), publicado hoy. El informe de la CSI, que recoge datos de 143 países correspondientes al año pasado, señala que Sudamérica “continúa siendo el lugar más peligroso para el ejercicio de los derechos sindicales”. De los 90 sindicalistas asesinados en todo el mundo, 75 murieron en América del Sur, 49 de ellos en Colombia, según la CSI, que también señala que el dato referido a dicho país es similar al de años anteriores (en 2009 fueron 48). En el caso de Colombia, la persecución de la actividad sindical “continúa siendo sistemática”, una situación que “no ha mejorado” pese a la creación de nuevas leyes y normativas destinadas a aumentar la protección de los sindicatos y a evitar interferencias en la actividad de los mismos. En 2010 los sindicalistas colombianos volvieron a ser víctimas de “asesinatos, amenazas de muerte, ataques y actos discriminatorios”, cuyos responsables “no fueron castigados”, según la CIS (“Asesinados 90 representantes sindicales”, 2011)¹³⁸.

Por paradójico que sea, tras dos décadas de abandono de la agenda interna sobre derechos laborales, el estamento gubernamental ha vuelto su mirada a las condiciones laborales y sindicales de los colombianos. Esto no ha sido efecto de las estadísticas sobre empleo o pobreza ni por la movilización social o la protesta, sino por la presión de las condiciones impuestas por el Gobierno estadounidense para la firma del TLC¹³⁹ que, a ojos de la élite neoliberal, es la tabla de salvación

.....
137 Esta última facultó a los empleadores y trabajadores para constituir organizaciones sindicales dotadas de personería jurídica; acogió los Artículos 1, 2 y 3 del Convenio 98 sobre la protección del derecho de asociación e incorporó el Artículo 3 del Convenio 87 sobre estatutos y el 4 sobre la disolución del sindicato por vía judicial. Pueden verse los Artículos 39, 42 y 52 CST.

138 Cabe agregar que la violencia contra los sindicalistas desde 1986 deja por lo menos 2.778 asesinados y más de 196 desaparecidos. En cifras de 2010: 39 sindicalistas han sido asesinados, de los cuales, diecisiete eran educadores afiliados a Fecode. Entre el 1 de enero y el 30 agosto de 2010, ha habido 275 violaciones, entre ellas, 201 amenazas, dieciséis atentados, diez hostigamientos, cinco secuestros, cinco desapariciones, dos allanamientos ilegales, una detención arbitraria y los homicidios mencionados (Escuela Nacional Sindical y Comisión Colombiana de Juristas, 2010).

139 Como recuerda el diario *El País*, el actual Gobierno colombiano se comprometió a destrabar los cinco años que la agenda nacional lleva esperando la discusión del TLC en el Congreso de Estados Unidos y ceder a las exigencias que el Partido Demócrata —impulsado por el movimiento sindical de ese país— impone para su consideración. “Estos son los puntos del Plan de Acción que se compromete Colombia a cumplir para facilitar la aprobación del TLC con Estados Unidos: 1. Expandir antes del 22 de abril el programa de protección para dirigentes sindicales, con

•Pensiones y sindicalismo en Colombia.

de un proyecto que hace tiempo intenta encontrar la cuadratura del círculo: la justicia social a partir de un modelo basado en el libre mercado.

En solo un par de meses del año 2011 se presentó una avalancha de “reformas” laborales tan amplia y extendida como no la había desde la expedición del Código Sustantivo del Trabajo. Por ejemplo, se ha puesto atención al problema de la regulación de la tercerización, la informalidad, las cooperativas de trabajo asociado, las convenciones colectivas, la seguridad sindical, la actualización del acuerdo tripartita de junio de 2006, etc.¹⁴⁰. Aunque muchas de esas medidas ya

la meta de brindar protección a activistas laborales, trabajadores que intentan formar o ingresar a un sindicato y ex sindicalistas que puedan recibir amenazas. 2. Eliminar antes del 30 de julio las evaluaciones de riesgo pendientes para sindicalistas que han solicitado protección y garantizar que la Policía Nacional procese todas las solicitudes en 30 días. 3. Revisar antes del 22 de abril el programa de protección y reubicación de maestros. 4. Aprobar antes del 15 de junio una reforma del Código Penal para castigar acciones o amenazas que perjudiquen derechos laborales fundamentales. 5. Ordenar a la Policía Nacional antes de diciembre de 2011 la asignación de 95 investigadores judiciales a tiempo completo para apoyar a fiscales que conocen de crímenes contra líderes sindicales. 6. Por su parte, la Procuraduría General deberá analizar homicidios anteriores para identificar medidas que ayuden a identificar móviles y autores intelectuales en el futuro. 7. El Ministerio Público hará entrenamiento para policías y fiscales con la asistencia de los departamentos estadounidenses de Justicia y de Trabajo. 8. Será necesario elaborar antes del 20 de mayo un plan para fortalecer la capacidad y la cantidad de fiscales e investigadores judiciales en oficinas regionales. 9. Urge una acción legislativa antes del 31 de mayo que adelante desde junio de 2011 a julio de 2011, la entrada en vigencia de reglamentos que incluyen multas para prohibir el abuso de cooperativas de intermediación laboral. 10. Deberán expedirse antes del 15 de junio regulaciones que implementen la ley de cooperativas de 2010. 11. Se pide duplicar los inspectores laborales con la contratación de 480 nuevos en cuatro años, incluyendo 100 en el 2011. 12. Antes de finalizar el año 2012, deberán asignarse 100 inspectores laborales para investigar los abusos de cooperativas de trabajo asociado. 13. Antes de junio de 2011 tendrá que adelantarse una campaña para informar a los trabajadores sobre sus derechos y compensaciones laborales. 14. El Gobierno se debe comprometer a mejorar antes del 15 de junio las inspecciones para prevenir el uso de agencias de empleo temporal que debiliten los derechos laborales. 15. Es fundamental lanzar antes del 15 de junio un programa de vigilancia para detectar y enjuiciar el uso de contratos colectivos que debilitan el derecho a organizarse y negociar de manera colectiva” (“Plan de 15 puntos”, 2011).

140 Como se ha declarado, “Colombia sí hizo la tarea para el TLC con E.U.: El Gobierno de Estados Unidos reconoció que Colombia cumplió los compromisos para que se apruebe el Tratado de Libre Comercio (TLC) en el Congreso norteamericano, mientras el presidente Juan Manuel Santos dijo en su twitter que ‘Colombia cumplió y hasta por anticipado’. El representante comercial estadounidense, Ron Kirk, destacó que Colombia adoptará un segundo paquete de medidas para aumentar la protección a los derechos laborales antes del 15 de junio, tal como acordó el presidente Juan Manuel Santos con su homólogo Barack Obama, en abril pasado.

Kirk dijo en un comunicado de prensa estar ‘complacido de que Colombia cumpla sus compromisos’ y agregó estar deseoso de ver al Congreso estadounidense avanzando lo antes posible respecto al TLC con Colombia, junto al de Panamá y Corea del Sur.

Además, el ministro de la Protección Social, Mauricio Santamaría Salamanca, expidió el pasado 8 de junio el Decreto 2025 de 2011, por medio del cual se expidieron parte de las normas que deberán observar las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado y las condiciones para la contratación de éstas con terceros. El texto definió como intermediación laboral ‘el envío de trabajadores en misión para prestar servicios a empresas o instituciones’, señaló que esa actividad es propia de las empresas de servicios temporales, por lo que no está permitida a las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado. También se estableció que las instituciones o empresas públicas y/o privadas no podrán contratar procesos o actividades misionales permanentes con cooperativas o

existían en el papel, sufrían el déficit de la voluntad política para ponerlas en funcionamiento. Así, las restricciones a la intermediación laboral por cooperativas de trabajo asociado (CTA) ya estaban previstas en el Decreto 4588 de 2006 (por medio del cual se prohibió a las cooperativas y precooperativas actuar como empresas de intermediación laboral, disponer del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a usuarios o a terceros beneficiarios) y el Acuerdo tripartita de 2006 entre las tres centrales obreras y la Confederación Nacional de Pensionados (CUT, CGT, CTC y CNP) (Confederación General de Trabajadores, 2006), los representantes de los empleadores (ANDI) y el Gobierno (representado por el Ministerio de la Protección Social, la Fiscalía General de la Nación y la Procuraduría General de la Nación) y solo demandaba su implementación¹⁴¹.

precooperativas de trabajo asociado y fijó las multas y sanciones para quienes infrinjan la normatividad. Las cooperativas o precooperativas de trabajo asociado que incurran en la intermediación laboral quedarán incurso en causal de disolución y liquidación. El artículo sexto del Decreto, fijó que el valor de las multas (hasta por 5.000 salarios mínimos legales vigentes) se destinarán al Servicio Nacional de Aprendizaje (Sena)" ("Colombia sí hizo la tarea", 2011).

141 El contenido de la carta acuerdo dispone : "En cumplimiento de la recomendación efectuada por la Misión de Alto Nivel de 2011 para que los mandantes tripartitos de Colombia actualicen el Acuerdo suscrito en el año 2006, las partes signatarias del presente 'Acuerdo Laboral' expresan su voluntad de acoger la citada recomendación y por lo tanto, manifiestan que los compromisos consignados en la 'Carta Acuerdo de 2006', seguirán siendo parte integral de la agenda de la Comisión Permanente de Concertación de Políticas Salariales y Laborales y se comprometen a desarrollar las siguientes acciones: 1. Reorganización del Ministerio del Trabajo [...]. 2. Fortalecimiento del sistema de administración del trabajo. 2.1 Ampliación de la Planta de Inspectores del Trabajo [...]. 2.2 Términos en las investigaciones administrativas. El Gobierno Nacional se compromete a cumplir lo dispuesto en la circular número 060 de 2009, por medio de la cual se reglamentó el término máximo de duración del trámite de las querellas administrativas laborales. 2.3 Mecanismos de quejas y reclamos. Fortalecer el sistema de Atención al Ciudadano, que comprende la implementación de una línea de atención gratuita, una línea de atención con opción exclusiva para Cooperativas, Precooperativas de Trabajo Asociado y Empresas de Servicios Temporales; rediseño de la plataforma tecnológica de la página web del Ministerio de la Protección Social para atención de consultas, quejas y reclamos con la opción de presentar denuncias en forma anónima [...]. 2.4 Visitas de Inspección Preventiva. Desarrollar planes y mecanismos de seguimiento en las visitas a las Empresas de Servicios Temporales E.S.T., Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado [...]. 2.5 Programa de Inducción y Capacitación a Inspectores de Trabajo [...]. 2.6 Fortalecimiento de los mecanismos de información [...]. 2.7 Campaña de difusión de la Ley, Doctrina y Jurisprudencia sobre Servicios Públicos Esenciales. Compilación normativa, difusión y capacitación de los diferentes textos legales relativos a Servicios Públicos esenciales orientado a los trabajadores, empleadores y organizaciones sindicales. 2.8 Estrategia de comunicación y capacitación para promover y socializar los derechos laborales. Diseñar e implementar programas de difusión y formación sobre normas laborales de carácter individual y colectivo. 2.9 Programa de Formación en Resolución de Conflictos. Diseñar e implementar un programa de capacitación en negociación, mediación, conciliación y arbitraje que propenda el uso adecuado de las herramientas teórico-prácticas para el manejo y transformación del conflicto laboral. 2.10 Reglamentación del art. 63 de la Ley 1429 de 2010 y anticipo de la entrada en vigencia. 2.11 Penalización por uso indebido de los Pactos Colectivos de Trabajo. Incluir en la reforma al Código Penal un artículo modificatorio del art. 200 de la Ley 599 de 2000 por medio del cual se penalice la violación de los derechos de reunión y asociación y el uso indebido de los Pactos Colectivos. 2.12 Agencias de Colocación de Empleo 'A.C.E'. Implementar un sistema de inspección preventiva y reactiva para las Agencias de Colocación de Empleo y revisar su marco normativo. 3. Programa de protección a líderes sindicales [...]. 4. Reforma a la justicia penal [...]. 5. Diálogo social. 5.1 Posicionamiento de la CETCOIT. 5.2 Pensiones:

•Pensiones y sindicalismo en Colombia•

Así las cosas, la proyección del Derecho Laboral colectivo en Colombia no está hoy en las clásicas medidas de negociación entre grupos de interés focalizados —territorial, industrial o gremialmente— o en el desarrollo “natural” del conflicto de clases de una “sociedad industrial”, sino más bien en la adaptación de las fuerzas estratégicas globales. Si el mercado no tiene fronteras y el mundo es cada vez más interdependiente, el derecho de negociación colectiva debe ser asumido desde una perspectiva distinta del parroquialismo y del paternalismo. Debe operar y presionar, simultáneamente, desde afuera hacia adentro y viceversa. La respuesta no es la postura de más Estado que propone la izquierda vetusta que añora un Estado de bienestar extinto incluso en sus países de origen, pero tampoco es la creencia ingenua de la derecha en un mercado omnisciente y todopoderoso con poderes salvadores. Estado y mercado son ficciones; lo real son los individuos y sus intereses, que pueden llegar a acuerdo por la “reconstitucionalización” del derecho a la negociación colectiva.

El advenimiento de la Ley 100 de 1993

El texto constitucional no solo afectó el diseño del Derecho Laboral, sino que además trató de enfrentar la cuestión acuciante de la financiación de seguridad social mediante la tácita o explícita admisión de la interacción público-privada en áreas —sobre todo económicas— consideradas de dominio exclusivo del Estado. Indica Cortés González (2009):

El impacto de la nueva Carta Política en el sistema de seguridad social es alto, en cuanto reformula a través de sus normas y principios la fundamentación del sistema

Analizar, proponer y adoptar en la Comisión Permanente de Concertación de Políticas Salariales y Laborales aspectos de interés a los pensionados y fortalecer la subcomisión pensional dentro de la Comisión Permanente de Concertación de Políticas Salariales y Laborales 5.3 Promover la confianza entre los actores tripartitos [...]. 5.4 Negociación en el sector público. Concertar con las Centrales Obreras y expedir un Decreto que reforme el Decreto 535 de 2009.5.5 Comisión Permanente de Concertación de Políticas Salariales y Laborales. Las partes signatarias del presente acuerdo laboral, se comprometen a fortalecer la Comisión Permanente de Concertación de Políticas Salariales y Laborales y las Subcomisiones Departamentales, para lo cual se solicitará asistencia técnica de la Organización Internacional del Trabajo —OIT, y de manera especial avocarán el estudio de políticas públicas que permitan reducir la tasa de informalidad y los mecanismos para solucionar y promover políticas para la generación de empleo, analizar elementos de contratación laboral, difundir el derecho de asociación de trabajadores y empleadores como parte esencial de la democracia. 6. Asistencia técnica de la OIT. Las partes signatarias del presente acuerdo manifiestan su interés en fortalecer los programas de asistencia técnica de la Organización Internacional del Trabajo que contribuyan a garantizar el cumplimiento de las obligaciones aquí contraídas” (cursivas propias) (Confederación General de Trabajadores, 2006, pp. 1-7).

mismo, principalmente a partir de los siguientes postulados: a) la organización de la República como un Estado social de Derecho (art. 1. C.P.). b) La consagración del trabajo como fundamento del Estado social de Derecho (preámbulo y art. 1). c) La consagración de la solidaridad entre las personas que integran el Estado como fundamento del mismo. El principio de solidaridad es básico para la estructuración del sistema de protección social. d) El reconocimiento del tríptico constitutivo del Estado: persona-familia-sociedad. e) El reconocimiento del tríptico económico en que se funda el Estado: propiedad-trabajo-libre empresa. f) La consagración de la familia como institución básica de la sociedad (art. 5), frente a la cual el Estado se encuentra obligado a prestarle amparo (art. 42) y la especial protección a los niños (art. 44). g) El reconocimiento del derecho a la seguridad social, como servicio público de carácter obligatorio, y el señalamiento de sus principios, así como la indicación de que en el mismo pueden concurrir los particulares (art. 48). h) El reconocimiento del derecho a la salud (art. 49). i) El reconocimiento de los principios mínimos fundamentales del derecho laboral (art. 53). Dentro de ellos se reconoce la remuneración mínima vital y móvil, la garantía de seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario, la protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. j) El reconocimiento del derecho a la vivienda digna (art. 51). k) El reconocimiento del derecho a la recreación, la práctica del deporte y el aprovechamiento del tiempo libre (art. 52). l) La instauración de la acción de tutela que terminará cobijando derechos sociales por conexidad con derechos fundamentales, y la aplicación de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, a partir de dicho instituto, como doctrina que da realidad efectiva a los principios del Derecho aplicables en Colombia (arts. 86 y 241). m) El reconocimiento del bloque de constitucionalidad y del carácter no taxativo de los derechos reconocidos por la Constitución Política (arts. 93 y 94). n) El reconocimiento del deber de solidaridad social a cargo de las persona (art. 95). o) El reconocimiento de la autonomía de las organizaciones no gubernamentales (art. 103). p) La consagración de la finalidad social del Estado y de los servidores públicos (arts. 365y 366) (pp. 142-143).

Con todo este paquete de prescripciones, el sistema de seguridad social colombiano adquiere su carta de ciudadanía moderna, pues hasta la Constitución de 1991 y la Ley 100 de 1993 o Estatuto de la seguridad social, la constitucionalización del derecho a la seguridad social no había aparecido en el ordenamiento positivo (Cañón Ortegón, 2007). Se reformó —y para algunos doctrinantes, luego se contrarreformó¹⁴²— con el Artículo 48 constitucional, antes de las adiciones

142 Como destaca Óscar Iván Cortés (2006), la pródiga y en ocasiones excesiva regulación sobre el sistema integral de seguridad social la hace contradictoria. "De hecho, si a la multiplicidad de decretos reglamentarios de la ley

efectuadas por el Acto Legislativo 01 de 2005 que será estudiado en extenso en el próximo capítulo:

La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley. La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley. No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella. La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.

En este contexto, es comprensible la razón por la cual la Ley 100 de 1993 posee un tono dual: por un lado, apunta a conciliar la perspectiva del Estado social de Derecho con la iniciativa de la reestructuración (racionalización) del Estado y, por otro, intenta asegurar la sostenibilidad financiera del sistema con su ampliación en cobertura. Una tarea titánica, cuando no paradójica, pues la construcción del Estado de bienestar que supone el Estado social de Derecho es, por principio, contradictoria con la lógica del Estado-mínimo preconizada por la doctrina neoliberal. La materialización de derechos sociales supone una extensión del Estado antitética con los axiomas básicos de la ortodoxia neoclásica. Por eso, como se detallará en el próximo capítulo, ante las controversias y los problemas reales del sistema, se ha decidido priorizar unos principios —los del mercado— sobre los otros —los del Estado social—.

No obstante, Colombia no es un caso marginal porque, en líneas generales, en América Latina se ha optado por la solemne y formal declaración de derechos sociales universales y por la parcelación de su reclamo y garantía por vía jurídica. Esto se debe a que la mayor parte de las normas sobre protección social obligatoria (que no de asistencia pública) apuntan a beneficiar al sector formal y,

100 de 1993 establecidos para cada uno de los sub-sistemas que conforman el sistema de seguridad social integral agregamos las denominadas reformas y contrarreformas (Reforma al sistema general de riesgos profesionales: ley 777/02; Reforma laboral: ley 789/02; Reforma pensional: ley 797 y 860/03; Acto Legislativo N° 1/05), y a todo este espectro normativo sumamos las circulares internas tanto de las entidades encargadas de la dirección y control como de las propias entidades prestadoras del servicio, ya encontramos argumentos suficientes para asegurar que en no pocos casos cada uno de ellos va por caminos diferentes" (p. 51).

en consecuencia, a las relaciones salariales legales de la actividad productiva o a la apropiación privada de los factores correspondientes a los derechos sociales¹⁴³. Así, deja por fuera gran parte de la población trabajadora independiente e informal, la cual resultó lanzada a dicha situación no por la iniciativa y el riesgo de la voluntad privada, sino por la propia lógica neoliberal que busca incrementar los beneficios de la renta sin consideración o externalidad distinta al propio sueño del equilibrio walrasiano¹⁴⁴.

De aquí que los factores correspondientes a los derechos sociales sean percibidos como privilegios por las políticas neoliberales que focalizan el gasto público o introducen reformas a la política social donde la relación salarial y la estabilidad en el trabajo son la excepción y no la regla (Rodríguez Salazar, 2009, pp. 222-223).

Aun así, le asiste cierto mérito a la Ley 100 de 1993 por haber sustraído a la seguridad social colombiana del tradicional tratamiento parcelado de sus componentes (salud, pensiones, riesgos profesionales y servicios sociales complementarios) y, por lo mismo, haber concebido al sistema de forma integral. No obstante, según varios autores, faltó atender dos puntos importantes: primero, la inclusión expresa de las cajas de compensación familiar dentro de los servicios

.....
143 No ha de entenderse aquí por relaciones salariales legales todas las posibilidades que, incluso bajo el cobijo de la ley, socavan los derechos laborales adquiridos, sino las relaciones que tiene un contrato laboral formal con todas sus características. Este continúa siendo el criterio definitorio de los sectores protegidos en la Ley 100 de 1993, aun cuando el Sistema integral de seguridad social apuntalado allí permite y promueve la afiliación de trabajadores independientes y de otros sectores como mecanismo de asegurar recursos frescos para el sistema mediante la actualización de la Planilla integrada de liquidación de aportes (PILA), creada por el Decreto 1465 del año 2005, por una parte y, por otra, para dar cumplimiento formal al mandato constitucional de progresividad del derecho a la seguridad social (República de Colombia, 1991, art. 48).

144 Sugiere Javier Pineda Duque (2008) que “después de cuarenta años el concepto de sector informal ha seguido teniendo una importancia considerable en el entendimiento de la realidad laboral, especialmente en América Latina. Ello toma mayor relevancia toda vez que la noción de informalidad se ubica como referente central para la formulación de políticas de desarrollo, tanto porque permite ‘identificar’ los sujetos de los programas, como porque permite orientar las acciones entre lo social y lo económico. Así por ejemplo lo entiende el reciente trabajo del Banco Mundial para orientar las reformas que en su concepto se requieren en los sistemas de seguridad en América Latina (Perry, G. et al. Informalidad: escape y exclusión. Washington, 2007). Con una definición que se inclina hacia lo institucional para dicho propósito, la cobertura o no de seguros de salud y pensiones, resalta el alto componente ‘voluntario’ de la informalidad en la región (la idea de que la informalidad surge como una decisión voluntaria del trabajador a partir de un análisis costo-beneficio de acogerse o no a la regulación, constituye una visión individualista e histórica que choca con la idea de inserción y organización social de los entornos en que se desempeñan los trabajadores), identifica los desestímulos que las barreras de regulación o los regímenes subsidiados generan para una mayor formalidad y propone mecanismos para que los pobres coticen y se supere la insostenibilidad de los sistemas dada la persistencia de la informalidad (la ampliación de la cobertura se logra con recursos provenientes de lo formal, si este no crece, la ampliación de cobertura se agota). En el fondo, estas propuestas constituyen un reconocimiento del agotamiento de los modelos de desarrollo y el no cumplimiento de los ideales de las reformas de los 90, soportados ambos por la misma institucionalidad internacional” (p. 301).

sociales complementarios (Cortés Hernández, 2006) y, segundo, el desarrollo de un sistema asistencial orgánico.

Sobre el primer particular no hay una declaración legal concluyente, aunque se admite, vía jurisprudencia, que la naturaleza de los beneficios prestados por las cajas de compensación familiar las ubica en el sistema integral de seguridad social sin que hubiera una expresa declaración de ello en la Ley 100¹⁴⁵. En el segundo punto, con la expedición de la Ley 789 de 2002, que complementa el sistema integral de tipo contributivo con la creación del Sistema de protección social de orden distributivo, se adicionaron formalmente varios subsistemas (los de subsidio familiar, al desempleo y al adulto mayor, entre otros) bajo la rúbrica de la asistencia social, lo que permitió organizar un buen número de medidas asistenciales y de subsidios existentes (Congreso de la República, 2002).

Sobre la Ley 100 indica Arenas Monsalve (2006):

- a) El sistema integral de seguridad social, en los términos de la Ley 100 tiene como objetivos, garantizar las prestaciones económicas y de salud de los afiliados, y procurar la aplicación de la cobertura hasta lograr que toda la población acceda al sistema (art. 10).
- b) El sistema integral está instituido para unificar la normatividad y la planeación de la seguridad social (art. 6). [Lo que] significa desaparecer las regulaciones anteriores y se crea una nueva, en forma integral, sin perjuicio de lo que disponga el nuevo sistema respecto de los derechos adquiridos y los regímenes de transición normativa.
- c) Con la denominación de “sistema integral” se cubren los tres grandes sistemas legales desarrollados por la Ley 100 (art. 8): sistema general de pensiones, salud y riesgos profesionales. Adicionalmente se crearon con criterio marginal, los denominados servicios sociales complementarios.
- d) Un aspecto de importancia capital en la seguridad social, como lo es el sistema de asignaciones familiares o subsidio familiar, no fue mencionado dentro del sistema. En realidad ese régimen forma parte también de la seguridad social, aunque la Ley 100 no lo haya expresado de ese modo. La Ley se ocupó de manera tangencial pero importante del sistema de subsidio familiar: permitió a las cajas de compensación familiar la participación en el capital de las administradoras de pensiones (art. 90);

.....
145 Como ha sostenido la Corte Constitucional (1999b), el sistema de subsidio familiar forma parte del sistema de seguridad social integral, por cuanto “el régimen de seguridad se erige como un servicio público, debe deducirse que el subsidio familiar también lo es. [...] el subsidio familiar (L. 21 de 1982) es una especie del género de la seguridad social”.

les permitió también participar como entidades promotoras de salud; y dispuso, finalmente, que las cajas debían participar en el régimen subsidiado de salud, mediante la destinación de un porcentaje de los recaudos del subsidio familiar (art. 217) (pp. 110-111)¹⁴⁶.

.....

146 La Ley 100 de 1993 dispone desde su Preámbulo: "La Seguridad Social Integral es el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad". Asimismo, los artículos citados por el autor señalan: "Art. 6. Objetivos. El Sistema de Seguridad Social Integral ordenará las instituciones y los recursos necesarios para alcanzar los siguientes objetivos: 1. Garantizar las prestaciones económicas y de salud a quienes tienen una relación laboral o capacidad económica suficiente para afiliarse al sistema. 2. Garantizar la prestación de los servicios sociales complementarios en los términos de la presente ley. 3. Garantizar la ampliación de cobertura hasta lograr que toda la población acceda al sistema, mediante mecanismos que en desarrollo del principio constitucional de solidaridad, permitan que sectores sin la capacidad económica suficiente como campesinos, indígenas y trabajadores independientes, artistas, deportistas, madres comunitarias, accedan al sistema y al otorgamiento de las prestaciones en forma integral. El Sistema de Seguridad Social Integral está instituido para unificar la normatividad y la planeación de la seguridad social, así como para coordinar a las entidades prestatarias de las mismas, para obtener las finalidades propuestas en la presente ley [...]. Art. 8. Conformación del sistema de seguridad social integral. El Sistema de Seguridad Social Integral es el conjunto armónico de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos y está conformado por los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios que se definen en la presente ley [...]. Art. 10. Objeto del Sistema General de Pensiones. El Sistema General de Pensiones tiene por objeto garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en la presente ley, así como propender por la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de población no cubiertos con un sistema de pensiones [...]. Art. 90. Entidades administradoras. Los fondos de pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad serán administrados por las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones, cuya creación se autoriza. Las sociedades que de conformidad con lo establecido en las disposiciones legales vigentes administren fondos de cesantía, están facultadas para administrar simultáneamente fondos de pensiones, previo el cumplimiento de los requisitos establecidos en la presente Ley. Las entidades de Derecho Público del sector central o descentralizado, de cualquier nivel territorial, podrán promover la creación o ser socias de Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones. También podrán promover la constitución o ser socias de las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones las entidades del sector social solidario, tales como cooperativas, organizaciones sindicales, fondos mutuos de inversión, bancos cooperativos, fondos de empleados y las Cajas de Compensación Familiar. Las Cajas de Compensación Familiar directamente o a través de instituciones de economía solidaria podrán promover la creación, ser socias o propietarias de sociedades administradoras de fondos de pensiones y/o cesantía, en los términos de la Ley. A efectos de lograr la democratización de la propiedad, las Cajas de Compensación Familiar deberán ofrecer a sus trabajadores afiliados en término no mayor a cinco años la titularidad de por lo menos el 25 % de las acciones que posean en las respectivas administradoras, conforme a los reglamentos. El plazo de cinco años se contará a partir de la constitución de la sociedad administradora. Las Cajas de Compensación Familiar podrán destinar recursos de sus excedentes para el pago de los aportes a las sociedades administradoras. Las compañías de seguros podrán ser socias de las entidades a que se refiere el presente artículo, pero solo podrán participar directamente en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad mediante los planes de seguros que se adopten en esta Ley [...]. Art. 217. De la participación de las cajas de compensación familiar. Las Cajas de Compensación Familiar destinarán el 5 % de los recaudos del subsidio familiar que administran, para financiar el régimen de subsidios en Salud, salvo aquellas Cajas que obtengan un cociente superior al 100 % del recaudo del subsidio familiar del respectivo año, las cuales tendrán que destinar un 10 %. La aplicación de este cociente, para todos sus efectos, se hará de acuerdo con lo establecido en el artículo 67 de la Ley 49 de 1990, y a partir del 15 de febrero de cada año. Las Cajas de Compensación Familiar podrán administrar directamente, de acuerdo con la reglamentación que se expida para el efecto, los recursos del régimen

•Pensiones y sindicalismo en Colombia•

En cuanto a otras características que identifican el Estatuto de la seguridad social no se puede dejar de mencionar su naturaleza de “ser un derecho irrenunciable de la persona que se materializa mediante la prestación de un servicio público de carácter obligatorio” (Corte Constitucional, 1994a); tal precisión destaca, por una parte, el carácter de derecho general, exigible, irrenunciable y de rango constitucional del derecho a la seguridad social y, por otra, admite la participación del sector privado en la prestación del servicio, pues por público no se entiende estatal¹⁴⁷.

Sobre el primer punto, la Corte Constitucional (1992c) señaló que “hoy en día se entiende que este derecho no emana de la relación laboral o la dependencia del trabajador sino que es la misma condición humana, las previsiones del riesgo, la conservación de una comunidad sana y productiva, conceptos que la han convertido en un derecho inalienable de la persona”¹⁴⁸. Esto no significa que dicha generalidad le imponga al Estado la obligación de una prestación universal, pues cuando el mismo texto constitucional advierte que la seguridad social “comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la ley”, lo que apuntala es que ese derecho ha de entenderse como un mandato de optimización que, si bien tiene vocación de generalidad, está sujeto a la viabilidad financiera

subsidiado de que trata el presente artículo. La Caja que administre directamente estos recursos constituirá una cuenta independiente del resto de sus rentas y bienes. Las Cajas de Compensación Familiar que no cumplan los requisitos definidos en la reglamentación, deberán girar los recursos del subsidio a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía. Parágrafo. A partir de la vigencia de la presente Ley, el 55 % que las Cajas de Compensación deben destinar al subsidio en dinero, se calculará sobre el saldo que queda después de deducir el 10 % de gastos de administración, instalación y funcionamiento, la transferencia respectiva del fondo de subsidio familiar de vivienda, la reserva legal y el aporte a la Superintendencia del Subsidio Familiar y la contribución a que hace referencia el presente artículo”.

147 Los artículos que destacan estos particulares señalan: “Art. 1°. Sistema de seguridad social integral. El sistema de seguridad social integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten. El sistema comprende las obligaciones del Estado y la sociedad, las instituciones y los recursos destinados a garantizar la cobertura de las prestaciones de carácter económico, de salud y servicios complementarios, materia de esta Ley, u otras que se incorporen normativamente en el futuro [...]. Art. 3°. Del derecho a la seguridad social. El Estado garantiza a todos los habitantes del territorio nacional, el derecho irrenunciable a la seguridad social. Este servicio será prestado por el Sistema de Seguridad Social Integral, en orden a la ampliación progresiva de la cobertura a todos los sectores de la población, en los términos establecidos por la presente ley. Art. 4°. Del servicio público de seguridad social. La Seguridad Social es un servicio público obligatorio, cuya dirección, coordinación y control está a cargo del Estado y que será prestado por las entidades públicas o privadas en los términos y condiciones establecidos en la presente ley. Este servicio público es esencial en lo relacionado con el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Con respecto al Sistema General de Pensiones es esencial sólo en aquellas actividades directamente vinculadas con el reconocimiento y pago de las pensiones”.

148 También puede verse Consejo de Estado (2001).

del sistema, la misma que se encuentra supeditada a la estabilidad macroeconómica en los términos en que los artículos constitucionales señalados —de cariz neoliberal— entienden la estructura del ajuste económico del país¹⁴⁹.

En cuanto a la exigibilidad del derecho, Arenas Monsalve (2006) ha señalado que:

La seguridad social tiene un campo conceptual propio en el ordenamiento jurídico (no es un apéndice del Derecho del Trabajo), criterios orientadores e interpretativos específicos, instituciones que la materializan y jueces competentes para resolver sus conflictos. Ese derecho objetivo, cuando se le mira desde el ángulo del sujeto, se torna un derecho subjetivo, es decir, que la persona tiene derecho a la seguridad social específicamente cuando su situación de hecho se enmarca dentro de las normas del sistema de seguridad social. En este momento, el derecho subjetivo se convierte en derecho exigible: su titular tiene la posibilidad de reclamarlo de los sujetos obligados a su reconocimiento y puede acudir a la jurisdicción para hacer valer su exigibilidad. La legislación procesal regula la exigibilidad de los derechos derivados de la seguridad social. A este respecto, la Ley 712/01 dispone que la jurisdicción ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social conoce, entre otros asuntos: “Las controversias referentes al sistema de seguridad social integral que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras y prestadoras, cualquiera sea la naturaleza de la relación jurídica y de los actos jurídicos que se controvertan” (art. 2º, núm. 4) (p. 136).

La irrenunciabilidad se predica de los elementos integrantes del derecho a la seguridad social integral; las prestaciones consolidadas desde el ámbito constitucional y legal no pueden ser renunciadas o cedidas por su titulares (arts. 48 y 53 CP, en concordancia con los arts. 3º L. 100/93 y 1º L. 789/02)¹⁵⁰, ya que la afilia-

149 En orden a la ideología neoliberal se ha desarrollado recientemente la “Regla Fiscal”, Ley 112 de 2010, que es una extensión de la Ley 819 de 2003, “Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones”.

150 El Artículo en mención de la Ley 789 de 2002 dispone: “Art. 1º. Sistema de protección social. (Artículo condicionalmente exequible. Aparte tachado inexecutable) El sistema de protección social se constituye como el conjunto de políticas públicas orientadas a disminuir la vulnerabilidad y a mejorar la calidad de vida de los colombianos, especialmente de los más desprotegidos. Para obtener como mínimo el derecho a: la salud, la pensión y al trabajo. El objeto fundamental, en el área de las pensiones, es crear un sistema viable que garantice unos ingresos aceptables a los presentes y futuros pensionados. En salud, los programas están enfocados a permitir que los colombianos puedan acceder en condiciones de calidad y oportunidad, a los servicios básicos. El sistema debe crear las condiciones para que los trabajadores puedan asumir las nuevas formas de trabajo, organización y jornada laboral y simultáneamente se socialicen los riesgos que implican los cambios económicos y sociales. Para esto, el sistema debe asegurar nuevas destrezas a sus ciudadanos para que puedan afrontar una economía dinámica según la demanda del nuevo mercado de trabajo bajo un panorama razonable de crecimiento económico. Creación

ción al sistema de seguridad social, no a cualquiera de las entidades que integran el mismo¹⁵¹, no puede ser objeto de transacción ni conciliación, en orden a que el carácter obligatorio y no optativo del pago de los aportes y su monto involucra la obligación de satisfacer los derechos por parte de los operadores y del Estado y, por otra parte, el deber de los afiliados cotizantes de respetar las circunstancias de beneficio causadas legalmente (Cortés González, 2009). Esto implica que cualquier estipulación regresiva respecto a los derechos establecidos legalmente carece de toda legitimidad, pues “la irrenunciabilidad de los derechos es, en consecuencia, el argumento constitucional para rechazar la validez de todo convenio o regla unilateral que desconozca los derechos establecidos en la normatividad de seguridad social” (Arenas Monsalve, 2006, p. 137).

Todas las características señaladas abrevan del rango constitucional de la seguridad social, el cual tiene dos implicaciones de suma importancia para el caso en estudio. En primer lugar, reconoce el carácter iusfundamental del derecho —cuestión problemática en cuanto al carácter conexo o de segunda generación del mismo— y, en segundo lugar, limita la expedición formal y manifiesta de normas por el legislador ordinario, que conlleven el desmonte de los derechos adquiridos en esa materia¹⁵². Además, como los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos sirven de pauta interpretativa y son prevalentes en el orden interno (República de Colombia, 1991, art. 93), el rango constitucional del derecho a la seguridad social supone su adecuación al bloque de constitucionalidad (Corte

del Fondo de Protección Social. Créase el Fondo de Protección Social, como una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, adscrita al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, o a la entidad que haga sus veces, cuyo objeto será la financiación de programas sociales que el Gobierno Nacional defina como prioritarios y aquellos programas y proyectos estructurados para la obtención de la paz. El Fondo de Protección Social tendrá las siguientes fuentes de financiación: 1. Los aportes que se asignen del Presupuesto Nacional. 2. Los recursos que aporten las entidades territoriales para Planes, Programas y Proyectos de protección social. 3. Las donaciones que reciba. 4. Los rendimientos financieros generados por la inversión de los anteriores recursos. 5. Los rendimientos financieros de sus excedentes de liquidez y, en general, todos los demás recursos que reciba a cualquier título”. Artículo declarado exequible por los cargos estudiados, salvo el aparte tachado y el parágrafo que se declaran inexecutable por la Corte Constitucional (2004c), “[...] en el entendido que los programas sociales deben corresponder al Plan Nacional de Desarrollo o a leyes preexistentes, y el gasto se haya incorporado previamente en el correspondiente presupuesto”.

151 En este sentido, ha sostenido la Corte Constitucional (1997c; 1997d; 2008g) que la afiliación es al sistema y no a uno de sus subsistemas.

152 Se habla aquí de la expedición formal y manifiesta para sugerir que esta proscripción no impide la aparición o el estudio de medidas legislativas que, en la práctica, sacrifiquen el gasto social y, con ello, la viabilidad real de la satisfacción de las prestaciones. Es el caso de la Ley sobre “regla fiscal” y el proyecto de Acto legislativo modificatorio de la Constitución que agrega el “principio” de la sostenibilidad fiscal.

Constitucional, 1993a; 1995a). Todos estos puntos se comentarán más adelante, pues por ahora solo se hará un recuento general y sumario del tratamiento pensional en la Ley 100 de 1993 sin entrar en pormenores.

El Estatuto de la seguridad social concibe la prestación del servicio como de carácter público y no estatal, lo que, sin abandonar su carácter obligatorio, supone la posibilidad de prestación por particulares, dado que el aseguramiento eficiente del servicio público —inherente a la finalidad del Estado— no es obstáculo para limitar su prestación por parte del sector privado, como lo muestran los Artículos 365 y 333 constitucionales en conformidad con el Artículo 48 CP y las Leyes 789 de 2002 y 1151 de 2007. De ahí que:

La protección social como servicio público presenta tres características básicas en Colombia:

-Por un lado se define directamente por la Constitución como tal, sin que requiera ley al respecto. Se trata de un servicio público de rango constitucional. De otra parte se le entiende como servicio público social, en cuanto tiene por objeto suministrar a sus beneficiarios prestaciones sociales, es decir, prestaciones que tienden a beneficiar categorías de ciudadanos considerados más o menos desprotegidos contra los riesgos inherentes a su condición social.

-Igualmente, se trata de un servicio público esencial por definición en lo relacionado con el sistema general de seguridad social en salud y con respecto al sistema general de pensiones, en aquellas actividades directamente vinculadas con el reconocimiento y pago de las pensiones (art. 4º L. 100/93), casos en los cuales está prohibida la huelga (art. 56 C.P.) (Cortés González, 2009, p. 187).

En cierta forma, la Ley 100 de 1993 sancionó tibiamente el ajuste estructural, pues su Artículo 4 permitió la prestación administración del servicio público obligatorio —ya no exclusiva del Estado, que se subroga la facultad de supervisión, vigilancia y control— bajo las reglas del mercado, aunque atadas a unos lineamientos mínimos y “esenciales” a la operación del mismo¹⁵³. Esto es un contrasentido,

.....
153 Como se advierte en los artículos siguientes de la Ley 100, nunca se asocia la prestación con el Estado, terrible anuncio de la privatización total de la seguridad social que aún hoy se encuentra vigente. “Art. 5º. Creación. En desarrollo del artículo 48º de la Constitución Política, organizase el Sistema de Seguridad Social Integral cuya dirección, coordinación y control estarán a cargo del Estado, en los términos de la presente ley. Art. 6º. Objetivos. El Sistema de Seguridad Social Integral ordenará las instituciones y los recursos necesarios para alcanzar los siguientes objetivos: 1. Garantizar las prestaciones económicas y de salud a quienes tienen una relación laboral o capacidad económica suficiente para afiliarse al sistema. 2. Garantizar la prestación de los servicios sociales complementarios en los términos de la presente ley. 3. Garantizar la ampliación de cobertura hasta lograr que toda

porque el ánimo de lucro, el supuesto económico de la maximización de la utilidad individual, se opone por principio a la solidaridad y a cualquier restricción que se le imponga desde afuera. Con razón indica Cañón Ortegón (2007):

La seguridad social colombiana no tiene un modelo propio sino la transcripción del modelo chileno y está inspirada por los mismos principios, pero directamente orientada a la sustitución de los esquemas de asistencia pública, previsión social y seguros sociales obligatorios que se habían venido desarrollando en el país durante las últimas cinco décadas [...] con la expedición de la reforma de la seguridad social se plantea la construcción de un sistema integral, cuyas características básicas se pueden resumir en la siguiente forma: a) lograr la cobertura universal en forma progresiva [...]; b) unificar los regímenes para hacer más racional y equitativo el sistema [...]; c) adoptar un sistema mixto de financiación de tipo contributivo para las personas con recursos, y de carácter subsidiado para los grupos más vulnerables de la población, a través de la solidaridad general; d) incorporar elementos de eficiencia en la administración de los servicios y beneficios de la seguridad social, como la libertad de elección, la libre competencia y los estándares mínimos de calidad; e) la creación de una cultura del seguro, del ahorro, de la prevención, del autocuidado, etc.; f) reconocer y auspiciar la participación del sector privado y público en la gestión de la seguridad social, y g) tratar de desligar el desarrollo de la seguridad social de la regulación laboral. [Sin embargo] la incorporación del *ánimo de lucro* en el desarrollo de las actividades de la seguridad social y las medidas que trataron de liberar al Estado de la responsabilidad en materia de salud pública y con los grupos más desprotegidos de la población, han tenido efectos negativos en los desarrollos de la seguridad social (cursivas propias) (pp. 114-115).

Aunque en la Ley 100 hay una lista de principios altruistas que orientan la seguridad social, el orden y la jerarquía que se les asigne —en su desarrollo práctico y legal— depende de las definiciones más o menos ideologizadas de los grupos

la población acceda al sistema, mediante mecanismos que en desarrollo del principio constitucional de solidaridad, permitan que sectores sin la capacidad económica suficiente como campesinos, indígenas y trabajadores independientes, artistas, deportistas, madres comunitarias, accedan al sistema y al otorgamiento de las prestaciones en forma integral. El Sistema de Seguridad Social Integral está instituido para unificar la normatividad y la planeación de la seguridad social, así como para coordinar a las entidades prestatarias de las mismas, para obtener las finalidades propuestas en la presente ley. Art. 7°. Ámbito de acción. El Sistema de Seguridad Social Integral garantiza el cubrimiento de las contingencias económicas y de salud, y la prestación de servicios sociales complementarios, en los términos y bajo las modalidades previstas por esta Ley. Art. 8°. Conformación del sistema de seguridad social integral. El Sistema de Seguridad Social Integral es el conjunto armónico de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos y está conformado por los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios que se definen en la presente ley. Art. 9°. Destinación de los recursos. No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella”.

de poder involucrados. Como se ha dicho, estos obedecen en el canon ideológico neoliberal a una ordenación que ubica la eficiencia antes que la universalidad (en el Artículo 48 constitucional como en la Ley 100), a *contrario sensu* de lo que ocurre en la doctrina internacional.

La Ley 100 expresa que el principio de eficiencia “es la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente” (art. 2a). Ello supone romper con una de las reglas elementales de la filosofía del gasto público: los ingresos deben seguir a los gastos y no los gastos a los ingresos, pues las necesidades sociales que deben satisfacerse con bienes públicos exigen un gasto que debe ser el punto de referencia para que la política fiscal genere los ingresos que vayan acompañando las exigencias de gasto público y no al contrario: no partir de un criterio de estabilidad del ingreso al que las necesidades sociales deben ajustarse. Si bien la eficiencia implica la eficacia en la realización del control de resultados acerca del servicio, ello no presume que por vía legal se parta de cierta inercia en el ingreso (Corte Constitucional, 1992b). Por eso, la jurisprudencia ha declarado que “lograr el orden justo es el objetivo y el principio de eficiencia tiene que contribuir a ello”, como medio no como fin (Corte Constitucional, 2002b).

Como se ha dicho, la universalidad es entendida constitucional y legalmente como un programa progresivo no regresivo de optimización de un derecho, en particular, de cobertura subjetiva de la seguridad social que debe concretarse en: i) la garantía a todas las personas; ii) sin discriminación alguna, y iii) en todas las etapas de la vida. El “legislador debe optar por fórmulas que garanticen la ampliación de la cobertura de la seguridad social y la eficacia de este derecho irrenunciable” (Corte Constitucional, 2008a). Esto significa que “las prestaciones de la protección social no tendrán que materializarse en forma automática y plena, pero que el Estado está obligado a proveer aquellas a los beneficiarios, mediante el sistema que adopte, paulatina y progresivamente” (Cortés González, 2009, p. 241).

La solidaridad, indica la Ley 100, es “la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil”, coordinada y dirigida mediante la intervención del Estado. A pesar de la naturaleza casi inherente de

este principio a las personas, no se adecúa a la racionalidad del *homo economicus*, que guía la seguridad social como servicio que puede ser prestado por el mercado, según los principios liberales de propiedad y empresa. Por eso, es un absurdo tratar de conciliar el ánimo de lucro con la idea de que “la seguridad social debe apoyarse en instrumentos o técnicas de garantía colectiva, que distribuyan las cargas económicas entre el mayor número de personas, haciendo operar el principio de solidaridad lo más extensamente posible” (Atala, 1966, citado en Cañón Ortegón, 2007, p. 124)¹⁵⁴.

El principio de integralidad es la forma objetiva de la universalidad en cuanto a las prestaciones.

[Habrá de] reflejarse en la pretensión obligatoria que concierne a la satisfacción en tiempo y a cabalidad de los servicios que requiera el beneficiario, pues este es una persona, que no puede desdoblarse y ser una para las pensiones y otra para riesgos profesionales, a más de que demanda prestaciones que cubran plenamente sus necesidades (Cortés González, 2009, p. 249).

Debe existir una correspondencia entre las necesidades que se demandan y los beneficios que el sistema de seguridad social ha de ofrecer, con los criterios de cantidad, calidad y tiempo; esto quiere decir que el servicio debe ser suficiente, completo y oportuno¹⁵⁵.

Sin duda, de todos los principios considerados hasta ahora, el de unidad es el más utópico, porque consiste en “la articulación de políticas, instituciones, regímenes, procedimientos y prestaciones para alcanzar los fines de la seguridad social” (Congreso de la República, 1993, art. 2e), pero la práctica de los sistemas dice una cosa muy distinta. En la realidad, frente a una misma necesidad no se

.....
154 Además, pueden verse Corte Constitucional (1992b).

155 Con estos criterios para el caso del sistema de salud, la jurisprudencia constitucional ha extendido las obligaciones de las entidades prestadoras del servicio a procedimientos y medicamentos no previstos en el POS, así como a las obligaciones de transporte, estadía, continuidad y celeridad administrativa (Corte Constitucional, 1993; 2000; 2007; 2008a). Además, señala Juan Carlos Cortés González (2009), “la noción de integralidad se refleja particularmente en tres instituciones del sistema de protección social en Colombia: a) El subsistema de los servicios complementarios a que alude el libro IV de la ley 100 [...] b) Los servicios que prestan las cajas de compensación familiar, inicialmente para cubrir la prestación del subsidio familiar enfocado a los trabajadores pero que paulatinamente se han ido extendiendo como emanación de la política social de estado [...] c) La extensión de las coberturas de la seguridad social a personas en condición de vulnerabilidad que no obstante no contar con los requisitos para acceder a las prestaciones son cubiertas por mandatos judiciales, como en el caso de pensionados por invalidez en condición de pobreza y extrema necesidad” (p. 250).

ofrece la misma prestación, las mismas pensiones, los mismos servicios, auxilios, etc. Con razón, se dice que el principio es altruista, puesto que:

[...] para hacer realidad el principio de unidad dentro del sistema de seguridad social, se acude a diversas formas, intermedias y graduales, de coordinación, sistematización o integración lógica, que conlleven paulatinamente a implantar regímenes generales y en lo posible un régimen único aplicable a toda la población (Perrin, 1980, citado en Cañón Ortegón, 2007, p. 134).

Es un postulado quimérico, ya que presume que los grupos de interés no actúan o presionan en su favor, más aún en un contexto como el colombiano, en el que se tiende a “igualar por lo bajo”. Así lo ejemplifica el Acto Legislativo 01 de 2005 que, supuestamente, en aras de unidad, eliminó regímenes de excepción, especiales y de transición y mantuvo y ratificó los regímenes especiales para el presidente de la República, las Fuerzas Armadas y ciertas actividades de alto riesgo¹⁵⁶.

Por último, en abierta contradicción con el principio anterior, el Legislador dispuso “la intervención de la comunidad a través de los beneficiarios de la seguridad social en la organización, control, gestión y fiscalización de las instituciones y del sistema en su conjunto” (Congreso de la República, 1993, art. 2f), es decir, escribió una participación imposible de llevar a cabo, pues la negociación en el seno del Legislativo no es otra cosa que la negociación de grupos de presión representados. ¿Acaso existe otro modo de intervenir en la organización del sistema cuando su coordinación y dirección funcionan mediante la intervención del Estado? ¿Acaso la inclusión de un principio de raigambre constitucional permite eludir, en lo que atañe al manejo de las prestaciones para la comunidad, los intereses de sus beneficiarios? ¿Acaso es posible para el grupo de beneficiarios

.....
156 A esto hay que agregarle que el mencionado Acto Legislativo sugiere que “en materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos”, lo que ha permitido una instrucción del procurador general de la Nación, Alejandro Ordóñez Maldonado, en la cual pide que la liquidación de pensiones para personal de la Rama Judicial, los magistrados de Altas Cortes, la Contraloría y el Ministerio Público se haga con base en los fallos de tutela y no en lo establecido en la Ley 100 sobre régimen de transición. En efecto, la circular del jefe del ente de control, expedida el pasado 4 de noviembre y dirigida a los Ministerios de la Protección Social y de Hacienda, Cajanal en liquidación, el Seguro Social y los fondos de pensiones que administran el régimen de prima media, pide que, de conformidad con un régimen especial contenido en un decreto expedido hace 39 años (Decreto 546 de 1971), se reconozca la norma que permitiría que todos estos servidores públicos se pensionaran con un 75 % de la asignación mensual más elevada que hubiese devengado el servidor en el último año de servicio (*Portafolio*, 2010).

interesados el control, la gestión y la fiscalización del sistema en su conjunto cuando la fórmula más común de la ley es “en los términos previstos por esta ley”?

De la estructura del sistema de protección de seguridad social prefigurado en la Ley 100 de 1993 solo nos interesa abordar la cuestión pensional; por eso, se apuntalarán los mínimos comunes de su descripción. El análisis transdisciplinar del instituto pensional y de la organización sindical en el contexto específico de la Ley 100 y de todas las reformas que hasta el día de hoy le han seguido será objeto del siguiente capítulo, más aún cuando:

[...] la materia pensional ha estado en el orden del día de los principales debates públicos, al punto de haber sido incluida como materia del referendo constitucional que propuso el Gobierno Nacional y que el Congreso sometió a decisión del pueblo, en el mes de octubre de 2003, y que finalmente no fue aprobado por faltar el número de votantes mínimos (Cortés González, 2009, p. 261).

Empero, lo propuesto allí en materia pensional fue llevado a la Constitución mediante el Acto Legislativo 01 de 2005.

Pensiones y ajuste constitucionalizado en la Ley 100 de 1993

Varias veces se ha repetido que, en línea con el Artículo 48 constitucional, el sistema de seguridad social en pensiones diseñado por la Ley 100 de 1993 buscó 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 los costos de administración y mejorar los rendimientos de los aportes para garantizar la sostenibilidad futura del sistema. También se sugirió que la tabla de salvación para un sistema desfinanciado e ineficiente era sustituir la razón de ser de estos fenómenos —el Estado— por la racionalidad económica del sector privado¹⁵⁷. Dicho de otro modo, la Ley instituyó el credo neoliberal bajo el supuesto de que el sistema general de Pensiones es esencial sólo en aquellas actividades directamente vinculadas con el reconocimiento y pago de

.....
157 Chile fue el pionero del sistema de ahorro individual y de la justificación neoliberal encabezada por los Chicago boys de “las reformas latinoamericanas que se han caracterizado por una traslación de la base de sustentación del sistema público de pensiones de la responsabilidad social a la individual. [...] muchos países de la región, en particular Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, la República Dominicana, El Salvador, México, Perú y Uruguay, han adoptado un sistema que se basa en las cuentas de ahorro individuales” (OIT, 2005).

las pensiones¹⁵⁸, es decir, en las actividades que no comprometen directamente la prestación. En la práctica, ello sugiere un paulatino proceso de desembarazo del Estado respecto a su obligación con las prestaciones económicas de las personas en condiciones de jubilación.

En efecto, con la instauración del sistema pensional dual (dos regímenes: prima media con prestación definida —administrada hoy por la nueva entidad pública Colpensiones— y ahorro individual, a cargo de fondos de pensiones, AFP)¹⁵⁹ se implanta una relación asimétrica de competencia, aunque los dos regímenes se suponen complementarios y fundados bajo el principio de la solidaridad¹⁶⁰ y el

158 "Art. 10. Objeto del Sistema General de Pensiones. El Sistema General de Pensiones tiene por objeto garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en la presente ley, así como propender por la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de población no cubiertos con un sistema de pensiones" (Ministerio de Protección Social, 2009).

159 Los Artículos de la Ley 100 de 1993 en relación señalan: "Art. 52. Entidades administradoras. El régimen solidario de prima media con prestación definida será administrado por el Instituto de Seguros Sociales. Las cajas, fondos o entidades de seguridad social existentes, del sector público o privado, administrarán este régimen respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan, sin perjuicio de que aquéllos se acojiera a cualquiera de los regímenes pensales previstos en esta Ley. Las cajas, fondos o entidades de seguridad social existentes, del sector público o privado, estarán sometidas a la vigilancia y control de la Superintendencia Bancaria [...]. Art. 90. Entidades administradoras. Los fondos de pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad serán administrados por las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones, cuya creación se autoriza. Las sociedades que de conformidad con lo establecido en las disposiciones legales vigentes administren fondos de cesantía, están facultadas para administrar simultáneamente fondos de pensiones, previo el cumplimiento de los requisitos establecidos en la presente Ley. Las entidades de derecho público del sector central o descentralizado, de cualquier nivel territorial, podrán promover la creación o ser socias de Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones. También podrán promover la constitución o ser socias de las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones las entidades del sector social solidario, tales como cooperativas, organizaciones sindicales, fondos mutuos de inversión, bancos cooperativos, fondos de empleados y las Cajas de Compensación Familiar. Las Cajas de Compensación Familiar directamente o a través de instituciones de economía solidaria podrán promover la creación, ser socias o propietarias de sociedades administradoras de fondos de pensiones y/o cesantía, en los términos de la Ley. A efectos de lograr la democratización de la propiedad, las Cajas de Compensación Familiar deberán ofrecer a sus trabajadores afiliados en término no mayor a cinco años la titularidad de por lo menos el 25 % de las acciones que posean en las respectivas administradoras, conforme a los reglamentos. El plazo de cinco años se contará a partir de la constitución de la sociedad administradora. Las Cajas de Compensación Familiar podrán destinar recursos de sus excedentes para el pago de los aportes a las sociedades administradoras. Las compañías de seguros podrán ser socias de las entidades a que se refiere el presente artículo, pero solo podrán participar directamente en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad mediante los planes de seguros que se adopten en esta Ley".

160 "Art. 12. Regímenes del Sistema General de Pensiones. El Sistema General de Pensiones está compuesto por dos regímenes solidarios excluyentes pero que coexisten, a saber: a. Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida. b. Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad". No está de más recordar que el régimen de prima media con prestación definida es aquel mediante el cual los afiliados o sus beneficiarios obtienen una pensión de vejez, de invalidez o de sobrevivientes (Congreso de la República, 1993, arts. 31 y ss.). Es un régimen solidario de prestación definida. Los aportes de los afiliados constituyen un fondo común de naturaleza pública que garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados. El régimen de ahorro individual

•Pensiones y sindicalismo en Colombia•

Estado consigue hasta cierto punto “desligarse” del problema pensional¹⁶¹. Con los fondos privados, el Estado descargó parte de su responsabilidad con el argumento de depurar todo el esquema de burocracia, administraciones deficientes, corrupción, pensiones reconocidas a edades tempranas y montos altos no acordes con la situación económica del sistema o no compensadas con el ciclo de retorno. Según Ricardo Bonilla (2001):

Antes de la reforma de 1993, en Colombia existía un régimen contributivo concentrado en el ISS, con afiliados provenientes principalmente de empresas del sector privado y una base pequeña de trabajadores por cuenta propia, al lado de un sistema disperso de regímenes que cubrían a los empleados del sector público, el Ejército y la Policía. Con la reforma se introdujo un sistema dual que puso a competir el régimen contributivo, administrado por el sector público, con un nuevo régimen privado de capitalización individual, al mismo tiempo que se presionó al desmonte de algunas Cajas Públicas [...]. El sistema ideal es aquel donde se logren compatibilizar los anteriores criterios, es decir, se tenga la más amplia cobertura posible de la población económicamente activa, los aportes sean regulares, en el tiempo necesario y en la proporción de los ingresos suficiente, se tenga una vida activa normal y extendida en el tiempo, se asuma la jubilación a una edad adecuada y con beneficios proporcionales a lo aportado en la vida, así como una administración eficiente que haya logrado multiplicar los recursos con decisiones racionales de inversión y costo normal de gestión. Cumpliendo todos estos requisitos, las administradoras de los fondos pueden ser públicas o privadas y lo que marque la diferencia debe ser la mejor capacidad de gestión [...]. La presencia del doble sistema, contributivo y de capitalización individual, tuvo el objetivo de crear las condiciones para alcanzar el mejor sistema, no obstante, ninguno de los dos ha demostrado ser el sistema ideal y ambos tienen sus respectivas ventajas y desventajas (pp. 2-4).

con solidaridad está basado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus rendimientos financieros y la solidaridad por medio de garantías de pensión mínima y aportes al fondo de solidaridad y propende por la competencia entre las entidades administradoras del sector privado, del sector público y del sector social solidario que escojan los afiliados libremente (Congreso de la República, 1993, arts. 59 y ss.).

161 “Antes de la Ley 100, el Estado cargaba el fardo de las pensiones de entidades liquidadas y quebradas y del manejo irresponsable de las entidades territoriales, pero no debía comprometer recursos tan cuantiosos en materia pensional, siempre y cuando funcionara el sistema de prima media escalonada llamado pacto intergeneracional, roto por la misma Ley 100, el cual tenía como base que los ingresos reales de los colombianos aumentaban, el empleo crecía y lo hacía aún más la población afiliada que la pensionada (todo lo cual supone una economía en ascenso y un manejo financiero responsable). Después de la Ley 100, el Estado debe pagar las pensiones de los afiliados antiguos, garantizar la pensión mínima para todos y trasladar a los Fondos los bonos pensionales (el dinero acumulado por una persona en una entidad de pensiones). Esto es lo que ha disparado el valor de la deuda pensional. [...] la Ley 100 significó que el Estado se quedó con los pensionados y los Fondos Privados con los cotizantes” (Central Unitaria de Trabajadores, 2004, p. 5).

Al margen de una eventual extensión analítica sobre lo afirmado, el Sistema General de Pensiones colombiano asume la pensión como una “tasa de remplazo, en la medida que implica la sustitución de los ingresos que percibía estando en actividad productiva la persona, por ingresos en condición de pasivo” (Cortés González, 2009, p. 266). Para algunos autores que se revisarán más adelante, esto supone el resquebrajamiento del “pacto social intergeneracional”, porque en un paralelismo de sistemas excluyentes respecto a cada afiliado no puede considerarse la pensión como un reconocimiento del conjunto de la sociedad y de las actuales generaciones asalariadas a los servicios y aportes que durante décadas han hecho las personas que ya alcanzaron la tercera edad. El de régimen de prima media con prestación definida basado en la solidaridad intergeneracional es excluyente frente a un régimen de capitalización individual que, por principio, deja de lado cualquier ejercicio redistributivo para la tercera edad.

Si bien existen dos regímenes, el sistema es uno, aplicable a todos los habitantes del territorio nacional, conservando y respetando, adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos en disposiciones normativas, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo previos a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993¹⁶² y se fundamenta en el principio de solidaridad, en la medida en que ambos regímenes están obligados a:

[...] garantizar a sus afiliados el reconocimiento y pago de una pensión mínima, conforme a la ley, esto es que no sea inferior al salario mínimo legal mensual vigente en el momento de su causación. Para cumplir tal objetivo, crea un Fondo de Solidaridad Pensional destinado a ampliar la cobertura mediante subsidios a los grupos que no tienen capacidad de pago (Moreno Lovera, 2010, p. 65)¹⁶³.

.....
162 El Artículo 11 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 797 de 2003, señala: “Campo de aplicación. El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando y respetando, adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de prima media y del sector privado en general. Lo anterior será sin perjuicio del derecho de denuncia que le asiste a las partes y que el tribunal de arbitramento dirima las diferencias entre las partes”.

163 El mentado fondo no es en realidad una persona jurídica, sino una cuenta especial de la Nación “(administrada bajo la forma de fiducia por las sociedades fiduciarias de naturaleza pública, y preferencialmente por las sociedades fiduciarias del sector social solidario, o por las administradoras de fondos de pensiones y/o cesantía del sector

•Pensiones y sindicalismo en Colombia•

Lo que, además, lleva a presumir que los afiliados tienen libertad de escogencia y movilidad entre modelos, aunque solo hasta donde las disposiciones legales sobre portabilidad lo permitan¹⁶⁴.

Para Bonilla (2001), tales limitaciones implican:

[...] la relación entre contribuciones y beneficios se determina por el volumen de los aportes de cada afiliado, de tal manera que la liquidación es individual y el valor de los beneficios está en función del tiempo aportado, el valor cotizado, los rendimientos obtenidos y el costo de la administración, con lo cual el probable desequilibrio no se le traslada a otras personas ni a la siguiente generación [...] los aportes al fondo de solidaridad, 1 % del ingreso de aquellos que devenguen más de cuatro salarios

social solidario) [cuyo objeto] es subsidiar los aportes al Régimen General de Pensiones de los trabajadores asalariados o independientes del sector rural y urbano que carezcan de suficientes recursos para efectuar la totalidad del aporte" (Congreso de la República, 1993, arts. 25-26). El aparte entre paréntesis fue declarado exequible por la Corte Constitucional (2006a) debido a los cargos analizados.

164 En ningún caso un mismo afiliado pueda estar vinculado simultáneamente a los dos regímenes. La Ley 100 dispone que el traslado entre regímenes solo podrá hacerse una vez cada cinco años, con algunas restricciones en el uso de esta facultad según el régimen en el que se encuentra la persona y su estatus pensional (Arenas Monsalve, 2006). La Ley 100 de 1993 expresa: "Art. 15. Afiliados. Serán afiliados al Sistema General de Pensiones: 1. En forma obligatoria: Todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos. Así mismo, las personas naturales que presten directamente servicios al Estado o a las entidades o empresas del sector privado, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, o cualquier otra modalidad de servicios que adopten, los trabajadores independientes y los grupos de población que por sus características o condiciones socioeconómicas sean elegidos para ser beneficiarios de subsidios a través del Fondo de Solidaridad Pensional, de acuerdo con las disponibilidades presupuestales. También serán afiliados en forma obligatoria al Sistema General de Pensiones creado por la Ley 100 de 1993, y se regirán por todas las disposiciones contenidas en esta ley para todos los efectos, los servidores públicos que ingresen a Ecopetrol, a partir de la vigencia de la presente ley. Durante los tres (3) años siguientes a la vigencia de esta ley, los servidores públicos en cargos de carrera administrativa, afiliados al régimen de prima media con prestación definida deberán permanecer en dicho régimen mientras mantengan la calidad de tales. Así mismo quienes ingresen por primera vez al Sector Público en cargos de carrera administrativa estarán obligatoriamente Parágrafo 1°. En el caso de los trabajadores independientes se aplicarán los siguientes principios: a) El ingreso base de cotización no podrá ser inferior al salario mínimo y deberá guardar correspondencia con los ingresos efectivamente percibidos por el afiliado. De tal manera que aquellos que posean capacidad económica suficiente, efectúen los aportes de solidaridad previstos en esta ley; b) Podrán efectuarse pagos anticipados de aportes; c) El Gobierno Nacional establecerá un sistema de descuento directo de aportes para permitir el pago directo de los mismos; d) Las administradoras no podrán negar la afiliación de los trabajadores independientes ni exigir requisitos distintos a los expresamente previstos por las normas que las rigen; e) Los aportes podrán ser realizados por terceros a favor del afiliado sin que tal hecho implique por sí solo la existencia de una relación laboral; f) Para verificar los aportes, podrán efectuarse cruces con la información de las autoridades tributarias y, así mismo, solicitarse otras informaciones reservadas, pero en todo caso dicha información no podrá utilizarse para otros fines. 2. En forma voluntaria: Todas las personas naturales residentes en el país y los colombianos domiciliados en el exterior, que no tengan la calidad de afiliados obligatorios y que no se encuentren expresamente excluidos por la presente ley. Los extranjeros que en virtud de un contrato de trabajo permanezcan en el país y no estén cubiertos por algún régimen de su país de origen o de cualquier otro. Art. 16° incompatibilidad de regímenes. Ninguna persona podrá distribuir las cotizaciones obligatorias entre los dos Regímenes del Sistema General de Pensiones. Lo dispuesto en el inciso anterior se entenderá sin perjuicio de la facultad de los afiliados para contratar o ser partícipes en planes de pensiones complementarios dentro o fuera del Sistema General de Pensiones".

mínimos, no pasa de ser simbólico y deja en manos del Estado la solución a los problemas de desigualdad en la tercera edad, transfiriendo el ejercicio de solidaridad y redistribución a entidades diferentes a los fondos de pensiones (p. 11).

Al margen de comentarios adicionales, puede resumirse que el sistema pensional colombiano prefigurado por la Ley 100 es un modelo mixto que descarga la materialización de las inequidades propias de un sistema puro de capitalización individual en el Estado, en tanto tiene a su cargo el pago de las pensiones mínimas y el subsidio de la diferencia entre semanas cotizadas-edad-pensión que un trabajador promedio, con un salario mínimo, no podría alcanzar en las AFP¹⁶⁵. Estos factores ya se encuentran delineados por las propias características del sistema que, de acuerdo con el Artículo 13 de la Ley 100 de 1993, son:

La afiliación es obligatoria para todos los trabajadores dependientes e independientes.

165 "Lo que sucedió con la Ley 100 es que unos ingresos que antes eran recaudados por el Estado y que éste administraba para garantizar su preservación, su adecuado uso y el mantenimiento de su valor real, pasó a manejarlos el sector privado (AFP) que los invierte en papeles del Estado, obtiene una alta rentabilidad y no debe erogar prácticamente ningún gasto en los próximos 20 años. Para asegurar su rentabilidad, los Fondos hacen inversiones y cobran una cuota de administración. En 2002 invirtieron la mitad de éstos dineros en títulos de deuda pública y 18,6 % en diversos papeles de las instituciones financieras —lo demás lo invirtió en distintos papeles, incluyendo moneda extranjera— mientras el llamado sector real de la economía recibió una inversión que no supera el 2 % de sus recursos y que de todas maneras se presta para operaciones cruzadas entre bancos o el favorecimiento a los monopolios, como cuando se compraron bonos de Bavaria por 215 mil millones de los 370 mil millones que estaban en oferta. La evolución de las inversiones de los Fondos en estos 12 años desmiente su papel de fortalecer la capacidad productiva del país. Valdría hacerse la siguiente pregunta: ¿Si las inversiones de las cuales los Fondos extraen su rentabilidad son principalmente papeles del Estado, o sea, una parte importante de su deuda pública, por qué este mismo Estado no maneja directamente tales dineros? Si el resultado final de toda ésta operación va a ser subsidiar las pensiones de los trabajadores en una suma multibillonaria, el Estado debería quedarse con los miles de millones que representan los gastos de administración. Los fondos privados de pensiones poseen 22 billones de pesos dedicados al parasitismo financiero mientras el I.S.S. no tiene con qué pagarles a sus pensionados. Por su parte, las reformas pensionales en América Latina han jugado un papel importante en el fortalecimiento del sector financiero, con el traslado masivo de recursos públicos al sector privado. Por otra parte, al I.S.S. se le entregó la responsabilidad de una mesada adicional que se dio como una especie de compensación a algunos pensionados perjudicados por la Ley 100 y que se conoce como la mesada 14, para la cual no se creó ningún fondo, lo que le representa un costo de 1 billón al año. El I.S.S. también asumió el 8 % del incremento en las cotizaciones ordenado en salud para los pensionados. Todo esto sin contar la campaña que se hizo contra la institución desde comienzos de la apertura económica y la sanción que le impuso la Superintendencia Nacional de Seguridad Social en Salud, prohibiéndole inscribir nuevos afiliados, argumentando para ello anomalías del I.S.S. en la rendición de cuentas. El gobierno rodeó de garantías a las AFP: los bonos pensionales expedidos por el I.S.S. deben rentar 4 % frente a 3 % de los emitidos por las AFP, y se otorgó la garantía de pensión mínima que beneficia a los Fondos Privados, ya que mientras un trabajador que gana el salario mínimo necesita 20 años para pensionarse en el I.S.S., con el mismo salario mínimo en los fondos requiere 40 años y puede pensionarse al completar 1.150 semanas, pero sus ahorros sólo le posibilitarían una pensión cercana a 40 % del salario mínimo, y la diferencia la cubre el gobierno, lo cual le significa al erario entre 11 y 35 billones de pesos. El mismo presidente de Asofondos, entidad que representa a los Fondos Privados, reconoció que a los 20 años de cotización una persona con un salario mínimo necesitaría un subsidio de 76 % para que su pensión alcance dicho salario mínimo. Esto fue corroborado por Sergio Velasco, investigador de la OIT" (Central Unitaria de Trabajadores, 2004, pp. 5-8).

La selección de cualquiera de los regímenes previstos es libre y voluntaria por parte del afiliado.

Los afiliados tendrán derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones y de las pensiones de invalidez, de vejez y de sobrevivientes, conforme a lo dispuesto en la Ley.

La afiliación implica la obligación de efectuar los aportes que se establecen en la Ley.

Para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes, se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente Ley, al Instituto de Seguros Social o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado.

En desarrollo del principio de solidaridad, los dos regímenes previstos por el artículo 12° de la ley 100 de 1993 garantizan a sus afiliados el reconocimiento y pago de una pensión mínima en los términos de la presente Ley. El fondo de solidaridad pensional estará destinado a ampliar la cobertura mediante el subsidio a los grupos de población que, por sus características y condiciones socioeconómicas, no tienen acceso a los sistemas de seguridad social.

Ningún afiliado podrá recibir simultáneamente pensiones de invalidez y de vejez.

Las entidades administradoras de cada uno de los regímenes del Sistema General de Pensiones estarán sujetas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria.

Los recursos del Sistema General de Pensiones están destinados exclusivamente a dicho sistema y no pertenecen a la Nación, ni a las entidades que los administran.

El Estado es responsable de la dirección, coordinación y control del Sistema General de Pensiones y garante de los recursos pensionales aportados por los afiliados y controlará su destinación exclusiva, custodia y administración.

Los afiliados que al cumplir la edad de pensión no reúnan los demás requisitos para tal efecto, tendrán derecho a una devolución de saldos o indemnización sustitutiva de acuerdo con el régimen al cual estén afiliados y de conformidad con lo previsto en la norma.

En cuanto a la financiación, el sistema se soporta en las cotizaciones de los afiliados que tienen como base el salario mensual de los mismos, a efecto de la obligación del cotizante de efectuar los aportes durante todo el tiempo necesario para hacerse a una pensión en cualquiera de sus formas (vejez, invalidez o anticipada). El pago de la pensión no podrá exceder las trece mesadas pensionales al año ni podrá tener montos superiores a veinticinco salarios mínimos legales

vigentes con cargo a recursos de naturaleza pública, según el Artículo 5 de la Ley 797 de 2003, que reformó el Artículo 18 de la Ley 100 de 1993¹⁶⁶. Por disposición del Decreto 4982 de 2007, la cotización obligatoria en ambos regímenes es de 16 % de los ingresos salariales o contractuales mensuales o sobre los ingresos que declaren los independientes¹⁶⁷.

Además, dadas las prerrogativas redistributivas de orden constitucional que se le imponen al sistema pensional (pensión mínima, subsidios a los faltantes del fondo de reparto y financiación de los bonos pensionales que aseguran la portabilidad de las cotizaciones del régimen de prima media al de capitalización), el Estado financia con recursos fiscales los faltantes que el propio sistema no pueda proveer. Estos, por cierto, no son pocos:

[...] en el caso colombiano los bonos pensionales y la garantía de pensión mínima, sin los cuales ningún trabajador se afiliaría a los fondos de pensiones, representan más de 24 billones de pesos que deben salir del presupuesto nacional y cuyo porcentaje es del 2,8 % del PIB (Central Unitaria de Trabajadores, 2004, p. 10)¹⁶⁸.

Respecto a las prestaciones o los beneficios, el sistema contempla la pensión de vejez en atención a la pertenencia a uno u otro régimen. Entonces, si el afiliado se encuentra en el régimen de capitalización, no hay condicionamientos diferentes a la acumulación del capital pensional en la cuenta individual de cada afiliado, ya que:

[...] la pensión se causa cuando se cumple la condición de reunir en la cuenta individual de ahorro el capital requisito para financiar dicha pensión, y su cuantía será proporcional a lo ahorrado. En consecuencia, el sistema hace abstracción del requisito de edad y del tiempo mismo en que se hayan hecho las cotizaciones, pues lo que cuenta es la cantidad cotizada (Arenas Monsalve, 2006, p. 237).

.....
166 Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en la Ley 100 de 1993 el promedio de los salarios o las rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez años anteriores al reconocimiento de la pensión o en todo el tiempo, si este fuera inferior, para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia.

167 Originalmente, la Ley 100 de 1993 exigió como tiempo mínimo de cotización 1.000 semanas al sistema de seguridad social en pensión, pero con la Ley 797 de 2003 dicha base se amplió: comienza en 1.050 para 2005 e incrementa veinticinco cada año, hasta llegar a 1.300 en 2015.

168 El gasto colombiano en pensiones, como porcentaje del PIB, se ubica en una media general baja respecto al gasto en otros países, por ejemplo, 4,2 % en Israel (1992); 12,0 % en Letonia (1994); 4,1 % en Argentina (1994); 14,2 % en Bélgica (1995); 5,7 % en Canadá (1993) y 6,8 % en Estados Unidos (1994-1995) (Clavijo, 1998).

•Pensiones y sindicalismo en Colombia•

A tenor, eso sí, de que la cuenta, en cualquiera de sus modalidades (renta vitalicia, retiro programado o retiro programado con renta vitalicia diferida) permita una pensión superior al 110 % del SMLV¹⁶⁹. Ello no obstaculiza las prestaciones y los beneficios adicionales contemplados para el régimen, de acuerdo con la disponibilidad de recursos en la cuenta individual¹⁷⁰.

Si el afiliado se encuentra en el sistema de prima media, la pensión puede causarse vía ordinaria y especial; para el primer caso, deberá reunir las siguientes condiciones: i) haber cumplido 55 años de edad si es mujer o 60 años si es hombre, aunque a partir del 1 de enero de 2014 la edad se incrementó a 57 años de

169 "Art. 79. Modalidades de las pensiones de vejez, de invalidez y de sobrevivientes. Las pensiones de vejez, de invalidez y de sobrevivientes, podrán adoptar una de las siguientes modalidades, a elección del afiliado o de los beneficiarios, según el caso: a) Renta vitalicia inmediata; b) Retiro programado; c) Retiro programado con renta vitalicia diferida, o d) Las demás que autorice la Superintendencia Bancaria. Art. 80. Renta vitalicia inmediata. La renta vitalicia inmediata es la modalidad de pensión mediante la cual el afiliado o beneficiario contrata directa e irrevocablemente con la aseguradora de su elección, el pago de una renta mensual hasta su fallecimiento y el pago de pensiones de sobrevivientes en favor de sus beneficiarios por el tiempo a que ellos tengan derecho. Dichas rentas y pensiones deben ser uniformes en términos de poder adquisitivo constante y no pueden ser contratadas por valores inferiores a la pensión mínima vigente del momento. La administradora a la que hubiere estado cotizando el afiliado al momento de cumplir con las condiciones para la obtención de una pensión, será la encargada de efectuar, a nombre del pensionado, los trámites o reclamaciones que se requieran, ante la respectiva aseguradora. Art. 81. Retiro programado. El retiro programado es la modalidad de pensión en la cual el afiliado o los beneficiarios obtienen su pensión de la sociedad administradora, con cargo a su cuenta individual de ahorro pensional y al bono pensional a que hubiera lugar. Para estos efectos, se calcula cada año una anualidad en unidades de valor constante, igual al resultado de dividir el saldo de su cuenta de ahorro y bono pensional, por el capital necesario para financiar una unidad de renta vitalicia para el afiliado y sus beneficiarios. La pensión mensual corresponderá a la doceava parte de dicha anualidad. El saldo de la cuenta de ahorro pensional, mientras el afiliado disfruta de una pensión por retiro programado, no podrá ser inferior al capital requerido para financiar al afiliado y sus beneficiarios una renta vitalicia de un salario mínimo legal mensual vigente. Lo dispuesto en el inciso anterior, no será aplicable cuando el capital ahorrado más el bono pensional si hubiere lugar a él, conduzcan a una pensión inferior a la mínima, y el afiliado no tenga acceso a la garantía estatal de pensión mínima. Cuando no hubiere beneficiarios, los saldos que queden en la cuenta de ahorro al fallecer un afiliado que esté disfrutando una pensión por retiro programado, acrecentarán la masa sucesoral. Si no hubiere causahabientes, dichas sumas se destinarán al financiamiento de la garantía estatal de pensión mínima. Art. 82. Retiro programado con renta vitalicia diferida. El retiro programado con renta vitalicia diferida, es la modalidad de pensión por la cual un afiliado contrata con la aseguradora de su elección, una renta vitalicia con el fin de recibir pagos mensuales a partir de una fecha determinada, reteniendo en su cuenta individual de ahorro pensional, los fondos suficientes para obtener de la administradora un retiro programado, durante el período que medie entre la fecha en que ejerce la opción por esta modalidad y la fecha en que la renta vitalicia diferida comience a ser pagada por la aseguradora. La renta vitalicia diferida contratada tampoco podrá en este caso, ser inferior a la pensión mínima de vejez vigente" (Congreso de la República, 1993).

170 "Excedentes de libre disponibilidad. Será de libre disponibilidad, desde el momento en que el afiliado opte por contratar una pensión, el saldo de la cuenta individual de ahorro pensional, más el bono pensional, si a ello hubiere lugar, que exceda del capital requerido para que el afiliado convenga una pensión que cumpla con los siguientes requisitos: a) Que la renta vitalicia inmediata o diferida contratada, o el monto del retiro programado, sea mayor o igual al setenta por ciento (70 %) del ingreso base de liquidación, y no podrá exceder de quince (15) veces la pensión mínima vigente en la fecha respectiva. b) Que la renta vitalicia inmediata, o el monto del retiro programado, sea mayor o igual al ciento diez por ciento (110 %) de la pensión mínima legal vigente" (Congreso de la República, 1993, art. 85).

edad para la mujer y 62 años para el hombre, y ii) haber cotizado un mínimo de 1.000 semanas en cualquier tiempo, pero a partir del 1 de enero de 2005 el número de semanas se incrementó en veinticinco cada año hasta llegar a 1.300 semanas en 2015¹⁷¹. Para el segundo caso, esto es, para personas que padezcan disminución física, psíquica o sensorial mayor a un 50 % o sus padres o madres encargados, el sistema exige cumplir 55 años y 1.000 semanas mínimas de

.....
171 "Requisitos para obtener la pensión de vejez. Para tener el derecho a la pensión de vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones: 1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre. A partir del 1° de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre. 2. Haber cotizado un mínimo de mil (1.000) semanas en cualquier tiempo. A partir del 1° de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015. Parágrafo 1°. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, se tendrá en cuenta: a) el número de semanas cotizadas en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones; b) el tiempo de servicio como servidores públicos remunerados, incluyendo los tiempos servidos en regímenes exceptuados; c) el tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la ley 100 de 1993; d) el tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador; e) el número de semanas cotizadas a cajas previsionales del sector privado que antes de la ley 100 de 1993 tuviesen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión. en los casos previstos en los literales b), c), d) y e), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional. Los fondos encargados reconocerán la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho. Los fondos no podrán aducir que las diferentes cajas no les han expedido el bono pensional o la cuota parte. Parágrafo 2°. Para los efectos de las disposiciones contenidas en la presente ley, se entiende por semana cotizada el período de siete (7) días calendario. La facturación y el cobro de los aportes se harán sobre el número de días cotizados en cada período. Parágrafo 3°. Se considera justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, que el trabajador del sector privado o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión. El empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones, transcurridos treinta (30) días después de que el trabajador o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión, si este no la solicita, el empleador podrá solicitar el reconocimiento de la misma en nombre de aquel. Lo dispuesto en este artículo rige para todos los trabajadores o servidores públicos afiliados al sistema general de pensiones. Parágrafo 4°. Se exceptúan de los requisitos establecidos en los numerales 1 y 2 del presente artículo, las personas que padezcan una deficiencia física, síquica o sensorial del 50 % o más, que cumplan 55 años de edad y que hayan cotizado en forma continua o discontinua 1.000 o más semanas al régimen de seguridad social establecido en la ley 100 de 1993. La madre [o el padre] trabajadora cuyo hijo padezca invalidez física o mental, debidamente calificada y hasta tanto permanezca en este estado y continúe como dependiente de la madre, tendrá derecho a recibir la pensión especial de vejez a cualquier edad, siempre que haya cotizado al sistema general de pensiones cuando menos el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez. Este beneficio se suspenderá si la trabajadora se reincorpora a la fuerza laboral. Si la madre ha fallecido y el padre tiene la patria potestad del menor inválido, podrá pensionarse con los requisitos y en las condiciones establecidas en este artículo" (Congreso de la República, 1993, art. 79).

•Pensiones y sindicalismo en Colombia.

cotización, lo que no impide el beneficio de una mesada adicional fijada con base en los criterios de ley para el monto de la pensión¹⁷².

Respecto a las prestaciones o los beneficios que el sistema contempla para la pensión de invalidez, la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, pierda un 50 % o más de su capacidad laboral puede adquirir el derecho a la pensión (Congreso de la República, 1993, art. 38), de acuerdo con las condiciones y los montos previstos en los Artículos 39 y 40 de la misma Ley 100¹⁷³ y sin más limitación para la calificación y revisión del estado

.....
172 "Monto de la pensión de vejez. El monto mensual de la pensión de vejez, correspondiente a las primeras 1.000 semanas de cotización, será equivalente al 65 % del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.000 hasta las 1.200 semanas, este porcentaje se incrementará en un 2%, llegando a este tiempo de cotización al 73 % del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.200 hasta las 1.400, este porcentaje se incrementará en 3% en lugar del 2%, hasta completar un monto máximo del 85% del ingreso base de liquidación. El valor total de la pensión no podrá ser superior al 85% del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima de que trata el artículo siguiente. A partir del 1° de enero del año 2004 se aplicarán las siguientes reglas: el monto mensual de la pensión correspondiente al número de semanas mínimas de cotización requeridas, será del equivalente al 65 %, del ingreso base de liquidación de los afiliados. Dicho porcentaje se calculará de acuerdo con la fórmula siguiente: $r = 65,50 - 0,50 s$, donde: r = porcentaje del ingreso de liquidación y s = número de salarios mínimos legales mensuales vigentes. A partir del 2004, el monto mensual de la pensión de vejez será un porcentaje que oscilará entre el 65 y el 55% del ingreso base de liquidación de los afiliados, en forma decreciente en función de su nivel de ingresos calculado con base en la fórmula señalada. El 1° de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 semanas. Adicionalmente, el 1° de enero de 2006 se incrementarán en 25 semanas cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015. A partir del 2005, por cada cincuenta (50) semanas adicionales a las mínimas requeridas, el porcentaje se incrementará en un 1,5 % del ingreso base de liquidación, llegando a un monto máximo de pensión entre el 80 y el 70,5 % de dicho ingreso, en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización, calculado con base en la fórmula establecida en el presente artículo. El valor total de la pensión no podrá ser superior al ochenta (80 %) del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima" (Congreso de la República, 1993, art. 34). Asimismo, señala el artículo 50: "Mesada adicional. Los pensionados por vejez o jubilación, invalidez y sustitución o sobrevivencia continuarán recibiendo cada año, junto con la mesada del mes de noviembre, en la primera quincena del mes de diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad adicional a su pensión".

173 "Art. 39. Requisitos para obtener la pensión de invalidez. Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que, conforme a lo dispuesto en el artículo anterior, sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones: 1. invalidez causada por enfermedad, que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración; 2. invalidez causada por accidente: que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma. Parágrafo 1°. Los menores de veinte (20) años de edad sólo deberán acreditar que han cotizado veintiséis (26) semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o su declaratoria. Parágrafo 2°. Cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75 % de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, solo se requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos tres (3) años. Art. 40. Monto de la pensión de invalidez. El monto mensual de la pensión de invalidez será equivalente a: a) el 45% del ingreso base de liquidación, más el 1,5% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, cuando la disminución en su capacidad laboral sea igual o superior al 50 % e inferior al 66%; b) el 54 % del ingreso base de liquidación, más el 2 % de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras ochocientas (800) semanas de cotización. Cuando la disminución en su capacidad laboral es igual o superior al 66 %, la pensión por invalidez no podrá ser superior al 75 % del ingreso

de invalidez que lo dispuesto en la Ley 100 (arts. 41-44) y en su interpretación por la Corte Constitucional, en relación con la aplicación del principio de favorabilidad y el principio de la progresividad (Corte Constitucional, 2007a; 2007d).

En el caso del derecho a la pensión de sobrevivientes, la Ley 100 de 1993 dispone que son beneficiarios, en el monto establecido por la misma, los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca, siempre y cuando este hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las circunstancias y condiciones siguientes: por muerte a causa de enfermedad: si es mayor de 20 años de edad, que haya cotizado un 25 % del tiempo transcurrido entre el momento en el que cumplió veinte años de edad y la fecha del fallecimiento; por muerte a causa de accidente: si es mayor de 20 años de edad, que haya cotizado un 20 % del tiempo transcurrido entre el momento en el que cumplió 20 años de edad y la fecha del fallecimiento¹⁷⁴.

base de liquidación. En ningún caso la pensión de invalidez podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual. La pensión de invalidez se reconocerá a solicitud de parte interesada y comenzará a pagarse, en forma retroactiva, desde la fecha en que se produzca tal estado”.

174 “Artículo 46. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes: 1. los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca, y 2. los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento. Parágrafo 1º. Cuando un afiliado haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima en tiempo anterior a su fallecimiento, sin que haya tramitado o recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o la devolución de saldos de que trata el artículo 66 de esta Ley, los beneficiarios a que se refiere el numeral 2 de este artículo tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos de esta ley. El monto de la pensión para aquellos beneficiarios que a partir de la vigencia de la ley, cumplan con los requisitos establecidos en este parágrafo será del 80 % del monto que le hubiera correspondido en una pensión de vejez. Artículo 47. Beneficiarios de la pensión de sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes: a) en forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte; b) en forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a). Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos(as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido. En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a) en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los

•Pensiones y sindicalismo en Colombia.

Por último, respecto a las prestaciones o beneficios de los regímenes pensionales, hay que considerar que en ambos modelos existe un auxilio funerario, así como una indemnización sustitutiva o devolución de saldos para quienes cumplan con la edad señalada por la ley, pero se encuentren ante la imposibilidad de causar el derecho pensional, bien por no haber efectuado las cotizaciones mínimas exigidas, bien por no contar con el capital necesario para financiar una pensión. Tal beneficio se hace extensivo tanto para la pensión de invalidez como para la de sobreviviente en los mismos términos en los que lo es para la pensión de vejez, según lo prescribe el artículo 37 de la Ley 100 de 1993¹⁷⁵.

últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente; c) los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, esto es, que no tienen ingresos adicionales, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuándo hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la ley 100 de 1993; d) a falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de este; e) a falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, padres e hijos con derecho, serán beneficiarios los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de éste. Parágrafo. Para efectos de este artículo se requerirá que el vínculo entre el padre, el hijo o el hermano inválido sea el establecido en el Código Civil. Artículo 48. Monto de la pensión de sobrevivientes. El monto mensual de la pensión de sobrevivientes por muerte del pensionado será igual al 100 % de la pensión que aquel disfrutaba. El monto mensual de la pensión total de sobrevivientes por muerte del afiliado será igual al 45 % del ingreso base de liquidación más 2 % de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas adicionales de cotización a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, sin que exceda el 75 % del ingreso base de liquidación. En ningún caso el monto de la pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, conforme a lo establecido en el artículo 35 de la presente ley. No obstante lo previsto en este artículo, los afiliados podrán optar por una pensión de sobrevivientes equivalente al régimen de pensión de sobrevivientes del ISS, vigente con anterioridad a la fecha de vigencia de la presente ley equivalente al 65 % del ingreso base de liquidación, siempre que se cumplan las mismas condiciones establecidas por dicho instituto" (Congreso de la República, 1993).

175 Los artículos pertinentes refieren, en su orden: "Art. 37. Indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado [...]. Art. 45. Indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez. El afiliado que al momento de invalidarse no hubiere reunido los requisitos exigidos para la pensión de invalidez, tendrá derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a la que le hubiera correspondido en el caso de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, prevista en el artículo 37 de la presente ley [...]. Art. 49. Indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes. Los miembros del grupo familiar del afiliado que al momento de su muerte no hubiese reunido los requisitos exigidos para la pensión de sobrevivientes, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a la que le hubiera correspondido en el caso de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, prevista en el artículo 37 de la presente Ley". Acerca del auxilio funerario, el Artículo 51 manifiesta: "Auxilio funerario. La persona que compruebe haber sufragado los gastos de entierro de un afiliado o pensionado, tendrá derecho a percibir un auxilio funerario equivalente al último salario base de cotización, o al valor correspondiente a la última mesada pensional recibida, según sea el caso, sin que éste auxilio pueda ser inferior a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes, ni superior a diez (10) veces dicho salario. Cuando los gastos funerarios por disposición legal o reglamentaria deban estar cubiertos por una póliza de seguros, el Instituto

Tras describir, *grosso modo*, cómo la normatividad que rige el Sistema General de Pensiones en Colombia presenta varios desequilibrios e inequidades que conspiran contra la sostenibilidad financiera del sistema en conjunto y atentan contra el principio rector de la solidaridad intergeneracional, está por verse si, en materia del capital de los fondos de pensiones, la Reforma Financiera (Ley 1328 del 15 de julio de 2009) consigue la profundización financiera, el fomento del ahorro y la inversión productiva de los recursos de las pensiones que anuncia. Dicha reforma:

[...] señala como objetivo de intervención que los recursos de los fondos de pensión obligatoria estén invertidos en portafolios de inversión que consideren las edades y expectativas de los afiliados, con el objetivo de maximizar la rentabilidad ajustada por riesgo para brindar las prestaciones previstas en la Ley a favor de los afiliados. En armonía con lo anterior, se faculta al Gobierno para establecer las normas pertinentes para la administración de diferentes portafolios de inversión de pensión obligatoria por parte de las sociedades administradoras de fondos de pensiones, incluyendo, entre otros, la definición del número de portafolios, los regímenes de inversión de cada uno de ellos, la rentabilidad mínima aplicable a éstos de conformidad con lo previsto en el artículo 101 de la Ley 100 de 1993, las reglas obligatorias y supletivas de asignación de las cuentas de ahorro individual a los distintos portafolios, así como las posibilidades de elección por parte de los afiliados y el régimen de transición (Zuluaga, 2007, p. 4).

Con la implementación del Programa de multifondos, el Gobierno persigue promover la financiación completa del capital de los cotizantes y adscribirlos de ese modo a la lógica neoliberal que se impuso en la Ley 100 de 1993, pero al día de hoy no ha conseguido los resultados prometidos. Esto es más notorio en lo que tiene que ver con el régimen de inversión de los capitales pensionales, reglamentado por el Título IV de la Circular básica jurídica expedida por la Superintendencia Financiera (1996), por la actividad de las AFP que intermedian en el mercado de valores. Pese a que esta actividad está reglamentada por los Decretos 2175 de 2007 y 1121 de 2008, se desconoce quiénes aportan los recursos de ahorro pensonal. Por eso, cuando los afiliados alcanzan una pensión de

de Seguros Sociales, cajas, fondos o entidades del sector público podrán repetir contra la entidad aseguradora que lo haya amparado, por las sumas que se paguen por este concepto”.

un 110% del salario mínimo, conforme al Artículo 85 de la Ley 100 de 1993, los fondos terminan encargándose de la supuesta optimización de los excedentes.

En otras palabras, la salida neoliberal al problema de los portafolios en materia de pensiones es profundizar el juego especulativo del capital financiero y desconocer con ello la alternativa de la negociación colectiva. Para el establecimiento, la solución es convertir al cotizante en un especulador o, en el mejor de los casos, arrojarlo a las manos del fondo intermediario; así lo dispone el Artículo 100 de la Reforma financiera:

Con el fin de garantizar la seguridad, rentabilidad y liquidez de los recursos del sistema, las administradoras los invertirán en las condiciones y con sujeción a los límites que para el efecto establezca el Gobierno Nacional, los cuales deberán considerar, entre otros, tipos y porcentaje de activos admisibles según el nivel de riesgo. En cualquier caso, las inversiones en Títulos de Deuda Pública no podrán ser superiores al cincuenta por ciento (50 %) del valor de los recursos de los Fondos de Pensiones. Dentro del esquema de multifondos, particularmente en relación con el definido como el de mayor riesgo, el Gobierno Nacional establecerá su régimen de inversiones con el objetivo de procurar la mejor rentabilidad ajustada por riesgo a los afiliados y la Superintendencia Financiera ejercerá una estricta vigilancia al cumplimiento de la composición del portafolio de dicho fondo, según lo dispuesto por el Gobierno Nacional en el régimen de inversiones que defina. El Gobierno Nacional podrá definir los requisitos que deban acreditar las personas jurídicas que sean destinatarias de inversión o colocación de recursos de los Fondos de Pensiones. Las normas que establezca el Gobierno Nacional sobre la inversión de los recursos del sistema deberán contemplar la posibilidad de invertir en activos financieros vinculados a proyectos de infraestructura, en títulos provenientes de titularización de cartera de microcrédito y en títulos de deuda de empresas que se dedican a la actividad del microcrédito, de acuerdo con los límites, requisitos y condiciones que se determinen para el efecto (Congreso de la República, 2009, art. 100).

Flujos y reflujos

En atención a lo que se propuso desde la primera parte de este capítulo, el instituto pensional es una de las medidas de contención social del problema de la distribución de la riqueza al que es aneja la categoría de negociación, en cuanto está ligado al desarrollo conflictivo de la sociedad industrial y a sus “luchas” entre intereses alternativos opuestos. Desde una perspectiva no monodisciplinar,

se mostró que en Colombia el advenimiento de la seguridad social, en general y del instituto pensional, en particular, surgió como un movimiento reactivo del establecimiento frente al ascenso confrontador de la organización social y sindical.

En efecto, la creación del Instituto Colombiano de Seguridad Social (ICSS) y del seguro social obligatorio mediante la Ley 90 de 1946 fue la respuesta —de las clases políticas dominantes— a las demandas y esperanzas insatisfechas de la Revolución en marcha y una forma de legitimidad política estructurada en función de la correlación de fuerzas de los sectores sociales organizados. De ahí que las formas legales representen los resultados de la movilización de los grupos de interés. Por eso, en Colombia se ha asistido a un movimiento de flujo —cuando las expectativas y la capacidad de negociación-movilización social-sindical es mayor— y de reflujo —cuando cede el potencial de negociación-movilización—. Ejemplo de lo primero fue la toma de medidas del Frente Nacional entre 1964-1966, con el inicio del seguro de riesgos profesionales por los Decretos 3169, 3179 y 3041. Muestra de lo segundo fue el desmonte de los derechos convencionales obtenidos por los trabajadores después de 1974, otorgadas por la Corte Suprema de Justicia con dos decisiones: una, que los árbitros no pueden decretar la retroactividad salarial entre la fecha que se expide el laudo y el día en que se vence la convención colectiva (Corte Suprema de Justicia, 1974); la otra, que los árbitros solo pueden decretar incrementos económicos en salarios y prestaciones aun en desmejora de las convenciones colectivas, tanto en los aspectos monetarios como en otros derechos (estabilidad, pensiones, cesantías, etc.).

También se mostró que la relación histórica entre organización social y seguridad social en materia pensional, anterior a la Carta de 1991, se desarrolló en buena parte bajo la egida de la zanahoria y del garrote, por ejemplo, con la amenaza de la Ley 30 de 1985 y, al tiempo, la sanción de una “nueva” Constitución de los derechos sociales laborales, pero con remisión al Legislador (derecho a la honra, art. 21; la segunda instancia, art. 31; el asilo, art. 36; la seguridad social, art. 48; derecho de asociación sindical, art. 39; los principios mínimos fundamentales, art. 53; el derecho de negociación, art. 55; la huelga, art. 56, participación en la gestión de las empresas, art. 57; el acceso a la propiedad de las empresas, art. 60; etc.).

Las reformas laborales del proceso de reestructuración, por ende, no se comprenden solo como medidas del Legislativo —adecuadas según las posiciones

doctrinales en boga— para la “actualización” del Código Sustantivo del Trabajo. La política de ajuste económico es un programa ideológico, político y económico que se sirve de herramientas jurídicas y que se enfrenta mediante la elección racional —en términos de la teoría de public choice— de acuerdos entre posiciones alternativas interesadas. El discurso sobre el derecho a la negociación colectiva rebasa, entonces, la pura órbita jurídica, habida cuenta de que el reconocimiento de unos derechos-beneficios, en este caso a la libertad sindical y a la negociación colectiva, es también un programa ideológico, político y económico.