

La negociabilidad de los derechos laborales: un análisis económico¹

The negotiability of labor rights:
an economic analysis

Camilo Piedrahita Vargas²

Fecha de recepción: 15/06/2011

Fecha de aprobación: 08/11/2011

-
- 1 Este artículo es producto de la investigación institucional denominada “La negociabilidad de los derechos laborales: un análisis económico”, realizada por Camilo Piedrahita Vargas en calidad de investigador principal y financiada por la Universidad EAFIT durante el año 2008.
 - 2 Abogado por la Universidad de Medellín. Magíster en Derecho Económico, Universidad Externado de Colombia. Jefe del Departamento de Derecho de la Universidad EAFIT, Medellín-Colombia. Correo electrónico: cpiedra8@eafit.edu.co

Resumen

Este trabajo presenta los resultados de la investigación aplicada: “La negociabilidad de los derechos laborales: un análisis económico”, la cual tuvo como objetivo principal analizar la regulación jurídica relativa a la negociación individual de los derechos laborales en Colombia a la luz de los postulados de la economía (Análisis Económico del Derecho - AED), con el fin de identificar la ineficiencia generada por la prohibición de la negociación de los mismos. Tras familiarizar al lector con la disciplina del AED, este artículo analiza las principales normas jurídicas que regulan (y prohíben) la libertad de negociación individual en materia laboral lo cual sumado a las características económicas de los agentes (trabajadores) desata un alto nivel de ineficiencia en el mercado de trabajo.

Palabras clave:

Análisis económico del derecho, derechos laborales, negociación laboral.

Abstract

This paper shows the results of the applied research titled "Negotiating labor rights: an economic analysis", which analyzes the legal regulation on individual labor rights negotiation in Colombia from the viewpoint of basic economic principles (Economic Analysis of Law), in order to identify the inefficiencies caused by the prohibition of this type of negotiations. After introducing the discipline of the Economic Analysis of Law, this article specifically analyzes the main legal principles that support the prohibition of individual negotiations which summed to the economic characteristics of the agents (workers), produce inefficiency in the labor markets.

Key words:

Law Economic Analysis, Labor Rights, Labor Negotiation.

Clasificación JEL: J01, J08, J80

1. Introducción

Este trabajo investiga, desde el análisis económico del derecho (AED), el marco jurídico regulatorio de la negociación individual de los derechos laborales, con la pretensión de sentar algunas bases teóricas y empíricas para su mejor entendimiento, con base en el supuesto de que las normas jurídicas, como instituciones económicas que son, tienen efectos en la conducta de los agentes que, aunados a las características de estos y de los mercados, pueden o no fomentar la eficiencia económica, la cual se considera un objetivo socialmente deseable del derecho, aunque no el único.

En ese orden de ideas, el trabajo comienza por introducir al lector en la disciplina del AED y sus bases teóricas para continuar con el análisis del marco jurídico de la negociabilidad de los derechos laborales en el ámbito individual en Colombia. Por último, dicho marco es estudiado desde una perspectiva económica, la de los efectos que las normas pueden producir en el mercado de transacciones laborales y en sus agentes de acuerdo con sus características (las cuales son evaluadas empíricamente), y por ende, en la eficiencia económica.

1.1 Introducción al análisis económico del derecho³

El sistema jurídico presenta repercusiones sobre el sistema económico y viceversa (Arjona, 2002, p. 118). Hoy, las diversas relaciones entre el sistema jurídico y el económico son notables en hechos tales como el de ser el sistema jurídico el que establece el modelo económico vigente en una sociedad determinada, o que el derecho opera como un marco institucional que permite dirigir las diferentes variables macroeconómicas como la inflación, el empleo o la inversión, así como otros asuntos relacionados con la distribución de los recursos y la Hacienda Pública. El derecho, independientemente de la perspectiva de las instituciones o de la regulación económica que se adopte, tiene un importante efecto como estructura de regulación de los mercados y provee una institucionalidad determinante para la realización adecuada de las transacciones. A pesar de que dicha relación ha existido desde tiempo atrás, no siempre fue tan clara como lo es en la actualidad.

3 Los apartados 1.1 a 1.6 tienen como referencia la monografía de grado: "Una visión ius económica de la culpa en la responsabilidad civil extracontractual por el hecho propio". Taborda Jaramillo, A.J. (2007). EAFIT, Medellín, Colombia.

1.2 Definición

Hasta mediados del siglo XX la expresión “análisis económico del derecho” se refería principalmente al estudio de los casos antimonopolio y a la conducta de los agentes en el mercado. Hoy puede decirse que el concepto alude primordialmente al movimiento doctrinal e intelectual desarrollado en algunas de las escuelas de leyes estadounidenses (Chicago, Yale) que se caracteriza por la aplicación de herramientas microeconómicas al análisis de las normas e instituciones jurídicas.

Por AED se entiende, además, la metodología utilizada por los partidarios de dicho movimiento intelectual en sus investigaciones y análisis sobre el derecho. En este contexto el AED implica la utilización de herramientas económicas (principalmente de la microeconomía⁴ y la econometría) para analizar los procesos de formación, la estructura y los efectos de las normas jurídicas, las decisiones judiciales o las políticas públicas, a partir de la premisa de que las normas actúan como incentivos y que la ciencia económica, entendida como la ciencia de las elecciones racionales en un mundo de recursos escasos respecto de las necesidades humanas, cuyo propósito es el de explorar las implicaciones de asumir la racionalidad maximizadora de sus intereses (Posner, 1998, p. 3), ofrece una teoría sólida del comportamiento para pronosticar la forma como los individuos responden ante las normas jurídicas y sus cambios, y para la realización de juicios de eficiencia acerca de las normas, las decisiones judiciales o las políticas públicas en particular.

El AED moderno ha implicado la aplicación de las herramientas económicas al análisis de diversas dogmáticas jurídicas, incluso a aquellas no relacionadas con la regulación de situaciones de mercado, como el derecho de familia o el aborto; y lo que caracteriza el enfoque actual del AED “es la aplicación de la economía al sistema legal por todas partes: a campos del derecho común tales como los daños, los contratos, la restitución y la propiedad [...] al procedimiento civil, penal y administrativo [...] al derecho constitucional (Posner, 1998, p. 27).

El AED, como movimiento intelectual y como metodología, se gesta con una concepción *antiformalista* (realismo) del derecho, la cual lo considera como una práctica social de origen convencional y con una naturaleza instrumental que le permite ser un instrumen-

4 La microeconomía “[...] se ocupa de la toma de decisiones por parte de grupos pequeños, tales como los individuos, las familias, los clubes, las empresas y las oficinas gubernamentales” (Cooter & Ulen, 1998, p. 22).

to para la realización de los intereses de las personas y de la sociedad. Como objeto de conocimiento, el derecho es incompleto, temporal e indeterminado (Chiassoni, 2007).

1.3 Presupuestos del AED

El AED concibe al individuo como un ser económico, un agente racional, maximizador de su bienestar en un contexto caracterizado por la escasez de recursos (González, 1994) y permite entonces considerar el derecho como un incentivo para el comportamiento de los individuos y como un instrumento de consecución de objetivos con sentido económico (eficiencia) (Bejarano, 1999).

El AED ortodoxo o tradicional (escuela de Chicago), tiene en cuenta los siguientes postulados básicos (Núñez, 2000):

- Ley de demanda: hay una relación inversa entre el precio que se cobra y la cantidad demandada.
- Al establecerse el precio de un bien debe tenerse en cuenta el costo de oportunidad: el precio que hubiera podido obtenerse destinando los recursos al siguiente uso existente.
- El mercado es el instrumento óptimo de asignación de recursos en el sentido de que por medio de él siempre tenderán a encontrarse en manos de quienes más los valoran.
- Los individuos son racionales puesto que maximizan su utilidad en situaciones de mercado y de no mercado.
- Los individuos responden a incentivos de precios en los mercados y a los incentivos legales.
- El sistema jurídico y su impacto deben analizarse con base en la eficiencia y aquel debe ante todo promoverla (Arjona, 2002).

1.4 Enfoques del AED

A partir de la perspectiva económica, se han identificado dos enfoques del AED. Un enfoque positivo, que implica “el intento de explicar las reglas y los resultados legales tal como son, en lugar de cambiarlos para mejorarlos” (Posner, 1998, p. 28). Por otro lado,

un enfoque normativo que pretende sugerir el contenido de las instituciones jurídicas para lograr su objetivo (Núñez, 2000), apelando tradicionalmente a la eficiencia económica como criterio de valoración (Arjona, 2002). Lo anterior implica, necesariamente, la emisión de juicios de valor sobre el sistema jurídico operante.

1.5 La eficiencia económica

Como se anotó, uno de los objetivos esenciales del AED es la utilización de las herramientas económicas en el estudio de las instituciones jurídicas con la finalidad de evaluar su eficiencia a partir del hecho de que actúan como incentivos modificadores de la conducta de individuos que a su vez son maximizadores. En consecuencia, el énfasis del análisis está puesto sobre el criterio de eficiencia de las normas jurídicas.

En el lenguaje ordinario la eficiencia es la virtud o facultad predicada de algo para obtener un efecto determinado; algo eficiente es aquello que produce un resultado satisfactorio sin desperdiciar tiempo ni recursos (Gutiérrez, 2001).

Por su parte, la economía ha planteado las siguientes definiciones de eficiencia:

- **Eficiencia u optimalidad de Pareto:** según este criterio, un estado de cosas es óptimo si por lo menos una persona empeora su situación en caso de abandonarse. En conclusión, no es posible mejorar la situación de una persona sin desmejorar la de otra (Pindyck, 2001).
- **La superioridad de Pareto:** un estado de cosas es superior a otro, en términos de Pareto, si el pasar del primer estado al segundo se mejora al menos la situación de una persona y no desmejora la de los demás. En otras palabras, “se mejora la posición de al menos una persona sin empeorar la de nadie” (Posner, 1998, p. 21; Pindyck, 2001, pp. 509 -510).
- **La eficiencia de Kaldor-Hicks o superioridad potencial de Pareto:** pasar de un estado de cosas a otro es eficiente siempre y cuando los beneficios generados por el movimiento superen los costos de él, que exista la posibilidad siempre de que quienes sufran los costos puedan ser compensados (Varian, 1998).

Por último, en la doctrina del AED aparece el criterio de *la maximización de la riqueza*, propuesto por Richard A. Posner. Con esta noción dicho autor quiere indicar:

La política de intentar maximizar el valor agregado de todos los bienes y servicios, ya sea que se comercien en mercados formales (los bienes y servicios “económicos” usuales) o que no se comercien en tales mercados (en el caso de bienes y servicios no económicos, como la vida, la recreación, la familia y la libertad de dolor y sufrimiento). El “valor” es determinado por lo que el dueño de los bienes o el servicio exigirían para separarse de él o por lo que un no dueño estaría dispuesto a pagar para obtenerlo —cualquiera de los dos sea el mayor—. La “riqueza” es el valor total de todos los bienes y servicios “económicos” y “no económicos” y esta es maximizada cuando todos los bienes y servicios, en la medida en que esto sea posible, sean asignados a sus usos más rentables (Posner, 1998, p. 682).

1.6 Desarrollo histórico y escuelas del AED

El origen del AED no es producto de una metodología coherente, sino que toma forma con el paso del tiempo (Núñez, 2000). Como antecedentes próximos aparecen la obra principal de Adam Smith, *La riqueza de las naciones*, en 1776, y la teoría del equilibrio general, de León Walras, fundador de la economía matemática, que explica y demuestra el equilibrio del mercado de competencia perfecta y cómo los precios de los bienes y servicios se pueden determinar por las interacciones entre los mercados.

Otros antecedentes remotos aparecen en la teoría de los incentivos, expuesta por Cesare Beccaria, y el utilitarismo de Bentham (1789), el cual asocia los niveles de justicia en una sociedad a los de felicidad.

A partir de la segunda mitad del siglo XX el análisis de casos judiciales de *antitrust* o *antimonopolio* en Estados Unidos sirvió como fuente de información para el estudio del comportamiento de algunos actores económicos en los mercados, pero el AED moderno se inicia con estudios como los de Ronald Coase y Guido Calabresi sobre los derechos de propiedad y las reglas de la responsabilidad.

En los años setenta el AED como metodología se extendió incluso por fuera del análisis de dogmáticas jurídicas particulares, incluyendo situaciones de no mercado con trabajos y obras como las de Gary Becker y Richard A. Posner.

2. Escuelas del AED

2.1 La escuela de Chicago

Una de las principales preocupaciones de esta escuela es la generalización (modelos *a priori*) de sus postulados y el rigorismo científico en su desarrollo, lo que permite entender el comportamiento de los agentes como grupo y no de manera individual. Su finalidad es la de estructurar una teoría abstracta del comportamiento basada en las normas jurídicas como incentivos y restricciones a las acciones de los individuos (Kitch, 2000).

Conceptualmente la escuela se fundamenta en los postulados de la microeconomía neoclásica: la maximización racional de los individuos (preferencias estructuradas de manera completa, transitiva, reflexiva y continua), racionalidad que implicaría acceso a información completa y perfecta; la teoría del precio o de la demanda (a mayor precio menor cantidad demandada); y la eficiencia económica en términos de Kaldor y Hicks.

2.2 La nueva economía institucional

Como su nombre lo indica, esta escuela se sustenta en los postulados de la vieja economía institucional (Knight, Commons, Veblen, Pound, Galbraith, Schmid, Samuels, entre otros), cuyos estudios sobre la acción colectiva (las instituciones se definen aquí como acciones colectivas en control de las individuales), resaltaron la importancia de las normas jurídicas como parte del conjunto de instituciones —marco institucional— necesario para alcanzar el nivel de cooperación suficiente que permita llegar a la eficiencia económica y su interacción evolutiva, lo cual justificaba la intervención estatal en un escenario coercitivo (Núñez, 2000) al estructurar instituciones para establecer un sistema de control social sobre la actividad económica. En esta escuela el problema de la eficiencia se centra en la premisa de que cada solución legal apunta a un objetivo eficiente pero diferente, de tal modo que no puede establecerse un único test de eficiencia, como lo plantea la escuela de Chicago al acoger la microeconomía neoclásica; el problema de la determinación de derechos es un problema de distribución y no de eficiencia (Márquez, 2005).

La intervención estatal se hace entonces necesaria gracias a las fallas que se presentan en el mercado. Existe escepticismo frente a la idea de la racionalidad ilimitada de los agentes y a la posibilidad de que las personas lleguen a niveles de cooperación convenientes sin la existencia de un marco institucional adecuado (Núñez, 2002).

La nueva economía institucional (Williamson, North, Demsetz, entre otros) estudia el origen y propósito principal de las instituciones económicas referido a asuntos como la reducción de los costos de transacción y la reducción de la incertidumbre y su posible ineficiencia debido a que quienes las establecen generalmente persiguen su interés particular y no la maximización de la riqueza de la comunidad. Autores como Douglas North plantean la necesidad de diferenciar los agentes (los jugadores) de las instituciones (reglas). Las reglas de juego que dependen de los intereses y del poder relativo de los jugadores exitosos —no del interés público— trae como consecuencia que las reglas de juego no siempre tengan como finalidad la eficiencia económica (Arjona, 2002).

Para esta escuela el estudio del AED tiene como objetivo identificar las variables instrumentales y los procesos que determinan la forma como operan las instituciones jurídicas de significación económica, extendiendo el alcance tradicional y abstracto del AED y resaltando la forma como los derechos de propiedad y los costos de transacción afectan el comportamiento de los agentes económicos (Roemer, 1994).

El análisis realizado por esta escuela se da en términos de individualismo metodológico, lo que implica una mayor importancia de la función de los individuos que de las generalizaciones abstractas, la maximización racional de la utilidad dentro de las restricciones implementadas por el marco institucional, la racionalidad limitada de los agentes (no pueden prever todo lo que puede ocurrir) y el comportamiento oportunista de estos (Roemer, 1994; Márquez, 2005).

Para el neoinstitucionalismo, el análisis de la eficiencia de un modelo institucional ha de partir de que en el mismo se incluyan todas las restricciones que deban enfrentar los agentes que participan en él con el fin de maximizar sus beneficios; si con las restricciones impuestas se maximiza el beneficio, la solución es eficiente.

2.3 Escuela de la elección pública

Esta escuela (Black, Arrow, Buchanan, Tullock, entre otros) estudia las interrelaciones entre la economía y las decisiones políticas con el fin de comprender y predecir el comportamiento de los mercados políticos, tratando a los agentes económicos decisores como participantes de un complejo sistema de interacciones que genera un resultado político (Márquez, 2005). Es un análisis económico sobre la toma de decisiones de no mercado, ya que tiene por objeto el estudio de las decisiones públicas, la estructura del Estado, las normas electorales y la influencia de los grupos de interés en esas decisiones.

Los objetivos de esta escuela de pensamiento son:

- Definir la justificación económica para la acción pública.
- Analizar las instituciones políticas y burocráticas de manera realista.
- Definir las funciones útiles para el sistema judicial en el ámbito de este sistema de política pública (Arjona, 2002).

3. Marco jurídico de la negociabilidad de los derechos laborales en Colombia

3.1 Naturaleza dual de los derechos relativos al trabajo

Antes de analizar el marco jurídico de la negociabilidad de los derechos laborales deben distinguirse al menos dos tipos de derechos asociados a la relación de trabajo. En primer lugar aparecen los denominados derechos (principios, valores) de carácter fundamental, tales como el derecho al trabajo; la libertad de escoger arte, profesión u oficio o a no ser discriminado laboralmente por razones de raza, sexo o condición política o religiosa, por citar solo algunos. Por otro lado, adscritos a la relación laboral aparecen ciertos derechos económicos o prestacionales, no fundamentales, tales como el derecho a gozar de vacaciones remuneradas, al auxilio de cesantía o a la dotación de calzado y vestido de labor a favor del trabajador.

La legislación colombiana establece profundas restricciones a la negociación individual de los derechos laborales económico-prestacionales y privilegia la negociación colectiva de estos con el argumento de que es el trabajador la parte débil de la relación de trabajo y que el estatuto jurídico laboral tiene en sí como finalidad la introducción de la justicia (equilibrio) en tan desproporcionada relación. (art. 1º, Código Sustantivo del Trabajo [CST]).

3.2 Normas internacionales

Como es sabido, los convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), organismo perteneciente a la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y cuyo objetivo es la lucha por el establecimiento del trabajo decente en todos los pueblos del mundo a través del enlace de los intereses estatales, de los trabajadores y de los empleadores, que hayan sido ratificados por el ente legislativo colombiano, hacen parte del ordenamiento jurídico nacional y prevalecen en el ordenamiento jurídico interno (art. 93,

Constitución Política [C. P.]), debiendo anotarse que las recomendaciones de dicho ente no son exigibles a los Estados miembros de la organización, salvo las proferidas por el Comité de Expertos de ella.

No existe actualmente ningún convenio de la OIT relativo a los límites en materia de negociación individual de derechos laborales; sin embargo, la recomendación 92 de 1951 se refiere a los asuntos relacionados con la conciliación y el arbitraje voluntarios en materia laboral, si bien nada establece acerca de la posibilidad o no de negociar individualmente los derechos inherentes a la relación de trabajo.

3.3 Normas constitucionales y legales

La Constitución Política de Colombia, en su título II, capítulo I, *De los derechos fundamentales*, establece en el art. 25 el derecho fundamental al trabajo: “El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas”; y a continuación, en el art. 26, la libertad de escogencia y ejercicio de él, bajo el acatamiento a la ley:

Toda persona es libre de escoger profesión u oficio. La ley podrá exigir títulos de idoneidad. Las autoridades competentes inspeccionarán y vigilarán el ejercicio de las profesiones. Las ocupaciones, artes y oficios que no exijan formación académica son de libre ejercicio, salvo aquellas que impliquen un riesgo social.

Las profesiones legalmente reconocidas pueden organizarse en colegios. La estructura interna y el funcionamiento de estos deberán ser democráticos. La ley podrá asignarles funciones públicas y establecer los debidos controles.

Asimismo, en los arts. 48 y 49 de dicho título, capítulo II, establece los derechos irrenunciables a la seguridad social y, en particular, a la salud.

Finalmente, el art. 53 constitucional establece quizás el marco constitucional más importante en materia laboral, al fijar los principios mínimos fundamentales de todo estatuto laboral proferido en Colombia, entre los cuales se incluye la prohibición de negociar individualmente los derechos laborales, mediante el establecimiento de la irrenunciabilidad de los derechos y garantías mínimas laborales establecidas en la Constitución, y la ley sobre la facultad exclusiva de transigir y conciliar (negociar) únicamente cuando se trate de derechos inciertos y discutibles.

Debe anotarse que la C. P. determina en su art. 55 el derecho constitucional a la negociación colectiva para la regulación de las relaciones laborales.

El CST establece, en su art. 13, la regla imperativa de no atentar, por medio de pacto alguno, en contra de los derechos y garantías mínimas de los trabajadores, que son aquellos derechos definidos en su articulado y las leyes y disposiciones modificatorias y complementarias. También, el art. 14 consagra, producto de las características de orden público atribuidas a las normas laborales, la irrenunciabilidad de los derechos y garantías mínimas otorgadas a los trabajadores, salvo por excepción legal. Dicha excepción puede encontrarse en el art. 15 de dicho estatuto o en el mencionado art. 53 constitucional: la transacción y la conciliación de derechos laborales individuales puede realizarse válidamente cuando se trata de derechos inciertos y discutibles.

Debe tenerse en cuenta que las mencionadas figuras jurídicas —transacción y conciliación— son formas de negociación individual de derechos. La transacción, reglada por el art. 2469 del Código Civil (C. C.) colombiano, es un contrato mediante el cual las partes de una relación jurídica ceden o renuncian a parte o a la totalidad de sus intereses o pretensiones con el fin de terminar un proceso iniciado o por iniciar. La conciliación, por su parte, es un mecanismo de solución de conflictos, extra o intrajudicialmente, que pretende lo mismo que la transacción, solo que el acuerdo se realiza ante un tercero investido con la facultad de conciliar mas no de decidir por las partes y que en materia laboral no constituye requisito de procedibilidad pero solo puede llevarse a cabo ante el inspector del trabajo o el juez laboral.

4. Derechos inciertos y discutibles

Según lo mencionado hasta este punto, la libertad negocial individual en materia laboral se encuentra profundamente restringida cuando se refiere a derechos ciertos e indiscutibles, permitiéndosele al trabajador solo disponer sobre lo cierto (Campos Rivera, 1997). De ahí que únicamente se admita la transacción y la conciliación de los derechos inciertos y discutibles. “Sobre los derechos ciertos, por ser el derecho laboral una disciplina protectora del trabajador, no proceden estas figuras” (Cadavid, 2008, p. 394).

Solo excepcionalmente puede procederse con validez, por medio de la transacción, la renuncia o la conciliación, cuando se trate de derechos inciertos y discutibles. De ahí la importancia de determinar la esencia de los derechos.

Desafortunadamente la legislación laboral no se ocupó de definir qué tipo de derechos laborales cumplen con dichas características, lo cual los haría susceptibles de ser negociados individualmente. Por lo anterior, deberá acudir a una perspectiva jurisprudencial o doctrinal para intentar una caracterización de ellos.

La diferencia entre derechos inciertos y discutibles y los ciertos e indiscutibles no radica en la relativa a los derechos adquiridos y las meras expectativas, es decir, los derechos son, o no, ciertos o discutibles, pero son derechos, no meras expectativas (Vallejo, 2008).

Lo trascendental para la ubicación de un derecho como cierto o incierto, discutible o no, radica en su situación probatoria, esto es, independientemente de la fuente de consagración del derecho (legal, convencional o contractual, por ejemplo), si su titular está en condiciones de probarlo aquel será cierto e indiscutible, como es el caso de la confesión de la contraparte de su acreencia o la sentencia ejecutoriada proferida por un juez laboral. En caso contrario, esto es, la inexistencia de medios de prueba, deriva en incierto y, por lo tanto, en discutible y negociable.

4.1 La no negociabilidad, una perspectiva económica

4.1.1 La eficiencia del mercado y sus requisitos

El mercado, como mecanismo de asignación de recursos, es eficiente, ya que permite, por medio del intercambio vía precios, que los bienes (derechos) se transfieran a aquellas personas que más los valoran o a sus usos más valiosos. Esto es lo que se denomina eficiencia del intercambio. No obstante, para la existencia misma del mercado se requieren ciertas instituciones (algunas de ellas de naturaleza jurídica), tales como los derechos de propiedad y las normas contractuales. Los primeros establecen derechos de uso, goce y disposición sobre bienes o recursos, los cuales son los que en últimas se transfieren en el proceso de intercambio dado por el mercado. Las reglas contractuales se convierten en la manera institucional como tales derechos son transferidos a quienes más los valoran o a los usos más valiosos.

No obstante, debe tenerse en cuenta que no siempre los mercados por sí solos pueden generar eficiencia económica; en algunos casos estos pueden contar con las denominadas fallas de mercado, tales como el poder de mercado, las asimetrías de información, la publicidad de los bienes o las externalidades negativas. Debido a estas fallas los mercados ni siquiera llegan a crearse, o se crean pero con profundas deficiencias en cuanto

a la asignación eficiente de los recursos (sub y sobreexplotación, sobreinversión, riesgo moral, selección adversa, pérdida irrecuperable de eficiencia, etcétera).

Además debe tenerse en cuenta que utilizar el mercado como mecanismo de asignación o distribución de recursos cuesta para aquellos agentes que están dispuestos a usarlo. Estos costos son conocidos como de transacción, los cuales aparecen antes (búsqueda, negociación), durante (contratación) y después de la transacción (cumplimiento).

Tradicionalmente la teoría económica de la regulación ha formulado, ante las fallas de mercado, la solución vía regulación como mecanismo de corrección; es lo que se conoce como las teorías de la regulación en interés público, donde el Estado (usualmente el poder ejecutivo o una agencia regulatoria) interviene normativamente en el mercado con el fin de solucionar o corregir las fallas que le impidan a este lograr la eficiencia económica.

Desde la economía, la regulación se entiende como el control sostenido y focalizado ejercido generalmente por una agencia pública sobre actividades valoradas por una comunidad (Baldwin, 1999), lo que implica una serie específica de órdenes o mandatos, la influencia deliberada del Estado o formas de control o influencia social.

Comprende, asimismo, acciones gubernamentales para supervisar y controlar las actividades económicas de los agentes de mercado al objeto de prevenir algunas decisiones y actividades que no tengan en cuenta el interés público, entendido este como la eficiencia económica, la equidad, la salud y la seguridad (Delorme, 2001).

La regulación es, además, un importante instrumento de política pública en las economías de mercado, ya que ella no existe en sistemas económicos de planeación central absoluta; regular implica el ejercicio de algún tipo de influencia o control diferente al control total sobre una actividad, comprendida dicha influencia como el conjunto de reglas dentro de las cuales las personas deben realizar sus negocios con el objetivo de hacer más eficientes los mercados (Ricketts, 2006).

Frente a estas teorías del interés público surgieron las teorías del interés privado, que parten de la idea de que cuanto existe realmente es un mercado de regulación en el cual el Estado o las agencias reguladoras ofrecen la regulación más pertinente para el agente o grupo de interés que, de acuerdo con su capacidad de presión o cabildeo sea capaz de adquirir, de ahí que el Estado o las agencias no actúen como salvadores del interés público, sino como unos agentes más que buscan maximizar su bienestar al actuar en interés privado.

Independientemente de la escuela regulatoria que se adopte, es claro que el sistema jurídico sienta las bases para la existencia del mercado: establece derechos de propiedad y regulaciones contractuales que permiten transar dichos derechos.

Por lo tanto, si se parte de la idea de que el mercado es un mecanismo que puede ser eficiente en la asignación o distribución de los recursos, que los derechos de propiedad y de contratos son las bases para el funcionamiento de él y que utilizar el mercado cuesta para las partes, puede concluirse que dichos derechos de propiedad y de contratos deben gozar de ciertas características con el propósito de hacer menos costoso para los agentes el mecanismo de mercado. Esta tesis fue planteada por Ronald H. Coase en su obra *El problema del costo social*, como respuesta a la solución regulatoria tradicional (interés público) planteada por A. C. Pigou en sus estudios sobre la contaminación ambiental y las externalidades negativas.

Según Coase, lo que debe tenerse en cuenta al formular instituciones jurídicas asociadas a los derechos de propiedad o a los contratos es la reducción de los citados costos de transacción. Coase concluye que los costos de transacción se reducen —facilitando las transacciones, como ya se anotó, se permite la eficiencia en el intercambio— y por ende el valor de los recursos —derechos— se maximiza, si todos los recursos están apropiados (hay derechos de propiedad sobre todos los bienes, universalidad), gozan de exclusividad —permiten excluir a otros— y dichos derechos son claros, concisos y transferibles a bajo costo.

Las características asociadas a los derechos de propiedad y de contratos pueden reducir los costos de transacción y permitir las transacciones, así como la apropiación social de la eficiencia del intercambio; sin embargo, debe aclararse que solo el ala más radical del AED considera que dicha finalidad (la eficiencia) es la finalidad última del derecho. Siempre quedará la posibilidad de diferir de dicha idea y sacrificar eficiencia por razones de justicia, equidad, etcétera.

4.1.2 Opciones del legislador

Al seguir las ideas planteadas, el legislador laboral tiene las siguientes opciones:

1. Otorgar derechos a los empleadores (negociables o no).
2. Otorgar derechos negociables a los trabajadores.
3. Otorgar derechos no negociables a los trabajadores.

Es necesario, entonces, analizar la pertinencia, en términos de eficiencia económica, del establecimiento por parte del legislador de derechos laborales no negociables, los cuales, según lo citado, no cumplirían con las características de negociabilidad a bajo costo y por lo tanto podrían implicar un sacrificio o reducción de aquella.

4.1.3 Características de los agentes (trabajadores)

Pero, no solo la limitación a la negociabilidad individual de los derechos laborales y su contraposición a la libertad negocial como requisito para disminuir los costos de transacción y maximizar la utilidad social producto de las transacciones y la eficiencia del intercambio, son fundamentos teóricos para dicho análisis.

Según la corriente neoinstitucionalista de la economía y por ende del AED conocida como *behavioral economics* (economía del comportamiento), los trabajadores tienen ciertas características como agentes económicos que deben tenerse en cuenta al momento de analizar el impacto en términos de eficiencia del otorgamiento de derechos negociables o no en materia laboral (Sunstein, 2000). Veamos:

1. Los trabajadores son mucho más aversos al riesgo y a las pérdidas y no se preocupan tanto por la obtención de ganancias como otros agentes. En este sentido, para los trabajadores podría resultar eficiente en términos de maximización de su bienestar, negociar derechos de tipo prestacional de acuerdo con sus necesidades presentes, evadiendo el riesgo empresarial futuro.
2. Los trabajadores normalmente no tienen suficientes conocimientos legales, específicamente en materia de derechos laborales ni de que se les niegan derechos o se les imponen restricciones (como la de negociar). Esta característica permitiría inducir que en un sistema de derechos negociables se produciría en dicho mercado un nivel superior de información, más completa y veraz, lo cual permitiría reducir el impacto actual de la asimetría de información entre trabajadores y empleadores.
3. Los trabajadores son excesivamente optimistas.
4. Los trabajadores se preocupan demasiado por la justicia y están dispuestos a castigar a aquellos empleadores que los han tratado injustamente, incluso asumiendo ellos mismos el costo de dicho castigo.
5. Los trabajadores se preocupan por su posición económica relativa, no absoluta, y usualmente descuentan el futuro.

Estas características acerca de la racionalidad económica de los trabajadores complementan la tesis planteada: los trabajadores preferirían (porque maximiza su bienestar) negociar sus derechos económicos o prestacionales de manera individual, lo que les permitiría satisfacer sus necesidades hoy, sin importar el futuro, y estarían dispuestos a negociar si el arreglo fuera eficiente, evitándose así las ineficiencias propias de las preocupaciones morales y de justicia por propia mano producto de retaliaciones y venganza en contra de sus empleadores.

Dichas características sugieren que, en algunos casos, contrario a la tesis formulada en el teorema de Coase (de que la asignación inicial de derechos es intrascendente si los costos de transacción son bajos), podría ser deseable la asignación de derechos laborales negociables que permitan a los trabajadores maximizar su utilidad por medio de transacciones con sus empleadores de manera informada, en vez de crear rigideces ineficientes estableciendo derechos no negociables en cabeza de aquellos (costos de transacción prohibitivos), no solo por el hecho de que la libertad negocial, según la propuesta de Coase, puede maximizar la eficiencia económica, sino porque esas características de este tipo de agentes económicos (trabajadores) harían aún más justificable dicho tipo de fórmulas jurídicas a favor de la eficiencia económica.

4.1.4 Análisis empírico

La eficiencia del intercambio permite inferir la mayor eficiencia de las reglas de asignación de derechos de propiedad universales y ampliamente negociables respecto de los derechos de los trabajadores, no obstante este argumento se potencializa en la medida en que pueda demostrarse empíricamente que aquellos se comportan, económicamente, según las características enunciadas.

Con ese objetivo, se realizó una indagación empírica utilizando el mecanismo de recolección de información por encuesta directa, con el cual se pretendía identificar en qué medida efectivamente los trabajadores, como agentes económicos, se comportan de la manera señalada. La encuesta se aplicó a cien personas mayores de edad (69 hombres y 31 mujeres), trabajadores dependientes. A continuación se presentan los resultados obtenidos:

En primer lugar, se trató de determinar la racionalidad económica propia de los agentes (trabajadores) en un mercado de transacciones laborales. La mayoría de los encuestados se consideran muy optimistas (79%) y con alto grado de aversión al riesgo (67%). Independientemente de su optimismo, usualmente los trabajadores dependientes son personas con menos disposición a asumir riesgos y mayor disposición por la estabilidad,

al contrario de los empresarios, quienes a menudo están dispuestos a asumir riesgos más altos. Lo anterior se ratifica aún más al quedar expuesta la condición de los trabajadores de preferir una ganancia relativa actual a una superior pero no segura en el futuro (71%). Para finalizar, el 81% de los trabajadores admite abiertamente que tomaría retaliaciones en contra de su empleador a pesar de tener que asumir el costo de ellas, por consideraciones morales (no económicas).

También se intentó determinar los niveles de información con los que cuenta el mercado de transacciones laborales desde la perspectiva de la parte menos informada en este caso (el trabajador). En materia de conocimiento jurídico (información), la encuesta parece verificar la hipótesis prevista en este trabajo: en general los trabajadores revelan alto nivel de desconocimiento de la regulación laboral (82%) y en particular frente a la posibilidad de negociar individualmente sus derechos emanados de un vínculo laboral (89%).

5. Conclusiones

- El mercado, como mecanismo de asignación o distribución de recursos, puede generar eficiencia económica por medio del intercambio.
- La universalidad como característica de los derechos de propiedad es una institución jurídica necesaria para la existencia del mercado y por ende de la eficiencia económica.
- La eficiencia económica, a pesar de ser un objetivo socialmente deseable del derecho, puede sacrificarse en razón de lograr otros objetivos (igualdad, equidad, etcétera).
- La legislación laboral en Colombia establece profundas restricciones a la libertad negociada individual de derechos laborales, lo cual no permite cumplir con las características requeridas para maximizar la eficiencia del intercambio y por tanto de la eficiencia económica.
- Los agentes que actúan en la transacción de derechos laborales, en particular los trabajadores, poseen características que justificarían, al menos en materia de derechos prestacionales, la liberalización del régimen de negociación individual.
- La posibilidad de apropiarse de la eficiencia del intercambio, sumada a las características propias de los agentes económicos del mercado bajo estudio (trabajadores),

hacen imperativa la revisión de las reglas generales e inflexibles de restricción en materia de negociación individual de derechos laborales.

7. Referencias

- Arjona Trujillo, A.M. & Rubio Pardo, M. (2002). El análisis económico del derecho. Precedente Anuario Jurídico, 117-150.
- Baldwin, R. & Cave, M. (1999). Understanding regulation. Theory, strategy and practice. Nueva York, NY, EE.UU.: Oxford University Press.
- Bejarano, J.A. (1999, noviembre). El análisis económico del derecho: comentarios sobre textos básicos. Revista Economía Institucional, (1), 155-167.
- Cadavid Gómez, I. et al. (2008). Cartilla del trabajo (3ra Ed.). Medellín, Colombia: Universidad de Medellín.
- Campos Rivera, D. (1997). Derecho laboral colombiano (6ª Ed.). Bogotá, Colombia: Temis.
- Chiassoni, P. (1992). Law and economics. L'analisi economica del diritto negli stati uniti. Torino, Italia: Giappichelli.
- _____. (2007). La metajurisprudencia del análisis económico del derecho. Documento inédito.
- Coloma, G. (2001). Análisis económico del derecho privado y regulatorio. Buenos Aires, Argentina: Ciudad Argentina.
- Cooter, R. & Ulen, T. (1998). Derecho y economía. México D.F., México: Fondo de Cultura Económica.
- Cossio, J.R. (1997). Derecho y análisis económico. México: Fondo de Cultura Económica.
- Crew, M. & Parker, D. (Eds.). (2006). International handbook of economic regulation. Cheltenham, Reino Unido: Edward Elgar.
- Eirik Svindland, A.M. (2001). Approaches and dilemmas in economic regulation. Politics, economics and dynamics. Nueva York, NY, EE.UU.: Palgrave.

- González Amuchástegui, J. (1994). El análisis económico del derecho: algunas cuestiones sobre su justificación. *Revista DOXA - Filosofía del Derecho*, II, (15 -16), 929-943.
- Gutiérrez Prieto, H. (2001, junio). El análisis económico del derecho. Perspectivas para el desarrollo del derecho económico. *Temas Socio-Jurídicos*, 19, (40), 95-148.
- Jacint Jordana, D.L. - Faur (Eds.). (2004). *The politics of regulation: institutions and regulatory reforms for the age of governance*. Cheltenham, Reino Unido: Edward Elgar.
- Kitch, E. (2000). Los fundamentos intelectuales del análisis económico del derecho. *Derecho y economía: una revisión de la literatura* (pp. 51-65). México: Centro de Estudios de la Gobernabilidad y Políticas Públicas, Fondo de Cultura Económica, Instituto Tecnológico Autónomo de México.
- Márquez, C.P. (2005). *Anotaciones sobre análisis económico del derecho*, vol. I. Bogotá, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana.
- Mercado Pacheco, P. (1994). *El análisis económico del derecho, una reconstrucción teórica*. Colección *El derecho y la justicia*. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.
- Mercurio, N. & Medema, S.G. (2006). *Economics and the law. From Posner to post-modernism and beyond* (2ª Ed.). New Jersey, EE.UU.: Princeton University Press.
- Núñez Trujillo, A.J. (2000). *Antecedentes y principios fundamentales del análisis económico de la ley*. Colección de *Derecho Económico - Homenaje a Enrique Low Murtra*, vol. II. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Pindyck, R.S. & Rubinfeld, D.L. (2001). *Microeconomía* (5ª Ed.). Madrid, España: Prentice-Hall.
- Posner, R.A. (1998). *El análisis económico del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Roemer, A. (1994). *Introducción al análisis económico del derecho*. México: Centro de Estudios de la Gobernabilidad y Políticas Públicas, Fondo de Cultura Económica, Instituto Tecnológico Autónomo de México.
- Sunstein, C. (2000). *Human behavior and the Law of work*. En J.M. Olin. *Law and Economics Working Paper*, (100).

Taborda Jaramillo, A.J. (2007). Una visión ius-económica de la culpa en la responsabilidad civil extracontractual por el hecho propio. Monografía de grado. Universidad Eafit, Medellín, Colombia.

Vallejo Cabrera, F. (2008). La oralidad laboral – Teoría práctica y jurisprudencia – Derecho procesal del trabajo y de la seguridad social (5ª Ed.). Medellín, Colombia: Jurídica Sánchez.

Varian, H.R. (1998). Microeconomía intermedia (4ª Ed.). Barcelona, España: Antoni Bosch.

_____. (2006). Microeconomía intermedia: un enfoque actual (7ª Ed.). Barcelona, España: Antoni Bosch.