



**LA EXTINCION DE BENEFICIOS PENSIONALES CONVENCIONALES
EXTRALEGALES Y SU DESAPARICION A PARTIR DE UNA SUSTITUCION DE LA
CONSTITUCION POLITICA**

YAIR DÍAZ TÁMARA

CARMEN ELENA GARCES

**UNIVERSIDAD ICESI
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESPECIALIZACION EN DERECHO LABORAL Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
SANTIAGO DE CALI
2012**

LA EXTINCION DE BENEFICIOS PENSIONALES CONVENCIONALES
EXTRALEGALES Y SU DESAPARICION A PARTIR DE UNA
SUSTITUCION DE LA CONSTITUCION POLITICA.

YAIR DIAZ TAMARA

UNIVERSIDAD ICESI
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACION EN DERECHO LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL
CALI
2012

Agradecimientos a mi esposa Claudia Inés por su apoyo y paciencia, a mis tres hijos Gabriela del mar, Ángela Thai, Tomas D Andro por ponerme a prueba, a KRUSTA BENNIN ITAR ITI, AMIGO y NERBUF

CONTENIDO

1. Introducción.....	1
2. La Compatibilidad de las pensiones convencionales extralegales y su extinción a partir del acto legislativo 01 de 2005.....	4
2.1. Diseño y Construcción del caso.....	4
2.2. Planteamiento del problema.....	6
3. La compatibilidad y compartibilidad de la pension de jubilacion de carácter extralegal..	7
3.1 Pension de jubilacion de carácter compatible.....	7
3.2. Pension de jubilacion de carácter compatible.....	9
3.3 Cuando nos encontramos en presencia de una pension de jubilacion extralegal compatible y cuando en presencia de una compatible?.....	10
4. El derecho a la libertad sindical y el derecho a la negociacion colectiva.....	15
5. Naturaleza y fundamento constitucional de la libertad sindical y la negociacion colectiva.....	17
6. Las convenciones colectivas como mecanismo de solucion de conflictos.....	20
6.1. Efectos de la denuncia de la convencion colectiva.....	20
6.2. Derecho a la denuncia de la convención colectiva.....	22
7. Principios constitucionales y el bloque de constitucionalidad.....	23
7.1. Principios constitucionales.....	23
7.2. Bloque de constitucionalidad.....	25
8. Principio de progresividad y prohibición de regresividad y su efecto en la reforma pensional.....	27
9. Limites de la libertad de configuración del legislador en materia de seguridad social.....	30
10. Solución al caso construido	35
11. Bibliografía	42

INTRODUCCION

El campo de acción de la construcción del presente caso, se ubica dentro en la orbita de lo que en el la comunidad jurídica se conoce como la libertad sindical y la negociación colectiva para los trabajadores del sector privado y parcialmente en el sector estatal. Su relevancia la adquiere en medio de lo que ha significado una de las limitaciones más dramáticas y notorias de la libertad de negociación de los trabajadores en su capacidad de expresarse libremente como masa sindical organizada.

La mirada cautelosa de la comunidad internacional en materia de derechos humanos y los derechos del trabajo, bajo la consigna del trabajo decente, agregan un tris exótico al tema a exponer, en tanto que la huella imborrable de los excesos de los últimos ocho años de gobierno, evidencian un panorama desolador del derecho sindical como una expresión de libertad de las democracias, sin llegar a desesperanzar el abrigo del derecho internacional que podría ayudar a recobrar el lugar marchito de los beneficios convencionales en materia de la pensión de jubilación de los trabajadores sindicalizados.

La fuente informativa del presente trabajo la encontraremos organizadas a través de dos vertientes de estudio.

La primera es una de orden factico. Se encuentra en la problemática vivida por los trabajadores privados del sector eléctrico De la costa norte colombiana con la entrada en vigencia del acto legislativo del año 2005 que en algún momento adquirieron lo que se conoce como la calidad de pre-pensionados.

La segunda es de orden legal. la entrada en vigencia del parágrafo 3° del acto legislativo 01 del año 2005 que se incorporó al artículo 48 de la constitución nacional.

Las convenciones colectivas de trabajo de 1976-1978. 1980- 1982 celebradas por el sindicato de trabajadores del sector eléctrico SINTRAELECOL en la costa norte colombiana.

La jurisprudencia de la sala laboral de la corte suprema de justicia y las sentencias de unificación de la corte constitucional frente al tema de los derechos adquiridos, las meras expectativas de derecho, las expectativas legítimas de derecho, el principio de progresividad, la prohibición de regresividad en materia de derechos laborales, los convenios de la "OIT". ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, bloque de constitucionalidad y principios constitucionales, la libertad de configuración del legislador en materia de derechos laborales y sus límites o excepciones.

Dada la diversidad pero a la vez íntima afinidad de las instituciones jurídicas que conciernen a la temática de la construcción del caso, enuncio el título y subtítulos que conforman parte del presente trabajo.

Como elemento esencial de un sistema democrático superior todos los trabajadores por regla general tienen derecho de asociarse libremente de manera organizada para la guarda y mejora de sus derechos laborales. Esa potestad les da la cualidad de ocasionar de manera pacífica y en arreglo a la misma ley lo que se conoce como conflictos colectivos, presentando pliegos de peticiones ante el empleador o sus representantes.

Este ha sido desde las primeras luchas por las libertades individuales y colectivas que ha afrontado la sociedad, un modo de alcanzar las grandes conquistas y reconocimiento de pactos sobre derechos humanos.

El panorama nacional no ha sido la excepción a esta línea de conflicto social en que se ha desenvuelto la humanidad. La fuerza sindical de nuestro país de alguna forma ha marcado históricamente alguna notoriedad de la actividad sindical.

El modelo de política neoliberal o apertura económica trajo consigo la privatización de algunas funciones públicas radicadas en cabeza del estado, la delegación y colaboración de particulares reconocida por la constitución, dio lugar a que el estado fuera cediendo cierto control de sus funciones, para que el capital privado ejerciera cierto predominio de poder económico relativo, esto lo vemos a diario a nivel de la salud, de los servicios públicos domiciliarios, las pensiones, la banca entre otros.

En plenitud y esplendor de la función pública radicada en cabeza del estado hasta mediados de la década de los 80, dan cuenta que la libertad sindical como actividad legítima permitió a los trabajadores oficiales consignar en convenios colectivos especiales Beneficios que el estado empleador se obligó a cumplir por varias décadas, en especial beneficios pensionales de mayor envergadura y bienestar que los reconocidos por las leyes del trabajo, esto por años permitió distinguir en esencia los beneficios por vía legal y por vía de los convenios de trabajo.

Pero no todo podía ser perenne en el tiempo, la venta de las empresas por parte de los gobiernos, cambió de alguna forma el pensamiento ideológico de la capacidad de negociación de los sindicatos, Especialmente en aquellos que venían con excesivas prebendas, lo que en algún momento fue Considerado como abuso del derecho de esa libertad de negociación, dando lugar a la hoy lamentable e indeseable estigmatización de la libertad de negociación colectiva.

Las empresas comercializadoras y distribuidoras de energía de la costa Caribe colombiana y el sindicato de trabajadores de estas empresas, reconocieron mayores y mejores beneficios convencionales que los establecidos en normas legales. Luego de las privatizaciones de las empresas, por sustitución patronal, estas prestaciones permanecieron en el tiempo, dando lugar a un pesado pasivo pensional de dichas Empresas. Pero con la aparición del acto legislativo 01 de 2005, esos reconocimientos se fueron diluyendo en el tiempo, dejando sin capacidad de negociación a los sindicatos de trabajadores en materia pensional.

El siguiente, corresponde al texto puntual de la norma:

Las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este acto legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulado. En los pactos, convenciones o laudos que se suscriban entre la vigencia de este acto legislativo y el 31 de julio del 2010, no podrán estipularse condiciones pensionales mas favorables que las que se encuentren actualmente vigentes. En todo caso perderán su vigencia el 31 de de julio del 2010. El subrayado es mío

2. LA COMPATIBILIDAD DE LAS PENSIONES CONVENCIONALES EXTRALEGALES Y SU EXTINCIÓN A PARTIR DEL ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2005. DISEÑO Y CONSTRUCCIÓN DEL CASO. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

2.1. CONSTRUCCION DEL CASO

PRIMERO: el señor VALENTIN AMARIZ VALDELAMAR a la edad de 19 años de edad, ingresó a laborar mediante contrato de trabajo en calidad de trabajador oficial a la electrificadora de bolívar empresa industrial y comercial del estado del orden municipal el 29 de julio de 1980 en el cargo de técnico electricista grado III.

SEGUNDO: el trabajador se encuentra afiliado de manera adherente al sindicato de trabajadores de SINTRAELECOL constituido legalmente por los trabajadores de la empresa estatal mencionada, por encontrarse conformado aquel por mas de las 2/3 partes de la nomina de trabajadores de la empresa estatal.

TERCERO: empresa y sindicato vienen negociando desde el año 1968 convención colectiva de trabajo con término de vigencia de dos años mediante la cual se Regulan las relaciones individuales de trabajo de los trabajadores y la empresa empleadora.

CUARTO: Empresa y sindicato de trabajadores celebraron convención colectiva de trabajo que rigió para los años 1976 a 1978 en la cual se negoció que la empresa empleadora se OBLIGÓ a pagar una pensión extralegal de jubilación a todo trabajador que cumpliera 50 años de edad y 20 años al servicio de la empresa.

QUINTO: empresa y sindicato de trabajadores celebraron convención colectiva que rigió los periodos de 1980 y 1982 en la cual se ratificó el punto convencional acordado en la convención 1976 – 1978 y se pactó que la pensión extralegal de jubilación a la que se obligó es de carácter vitalicio y sin perjuicio de la pensión legal de vejez que pague el instituto de los seguros sociales cuando el trabajador cumpla los requisitos legales para acceder a la condigna pensión de vejez.

SEXTO: desde entonces han regido convenciones colectivas para los periodos siguientes, conservándose el punto convencional de la pensión de jubilación extra legal de origen convencional.

SEPTIMO: el 4 de agosto de 1998 la empresa ELECTRIFICADORA DE BOLIVAR, mediante venta transfiere sus activos a la empresa BARCELONA, transformándose en persona de derecho privado y configurándose con relación a la mayoría de los trabajadores, incluidos el del caso sub- examine, la sustitución patronal.

OCTAVO: mediante acuerdo 029 de 1985 aprobado por el decreto 2879 de 1985 estableció lo siguiente: **Artículo 5º.** Los patronos insertos en el Instituto de Seguros Sociales que a partir de la fecha de publicación del decreto que apruebe este Acuerdo otorguen a sus trabajadores afiliados pensiones de jubilación reconocidas en Convención Colectiva , Pacto Colectivo, Laudo Arbitral o voluntariamente continuaran cotizado para los aseguradores de Invalidez, Vejes, y muerte hasta cuando los aseguradores cumplan los requisitos exigidos Por el Instituto para otorgar la posesión de vejes, y en este momento el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el Mayor valor si lo hubiere entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía siendo pagada por el patrono.

NOVENO: el sindicato de trabajadores SINTRAELECOL, al finalizar el término de vigencia de la convención colectiva, omite su denuncia, cobrando vigencia en el tiempo, por el Contrario la empresa ELECTRIFICADORA DEL CARIBE "ELECTRICARIBE S.A ESP" la viene denunciando sin mayor efecto jurídico relevante por lo menos con relación a la compatibilidad.

DECIMO: ante la mencionada situación, la empresa ELECTRIFICADORA DEL CARIBE al contraer la obligación por sustitución patronal que otrora asumía la electrificadora de bolívar, viene reconociendo una pensión de jubilación a todo trabajador que cumpla 50 años de edad y 20 años al servicio de la empresa, pero Bajo el entendido de que al cumplir el trabajador 60 años de edad, el instituto de los seguros sociales pagará una pensión legal de vejez y la empresa empleadora pagará el mayor valor si lo hay, es decir viene entendiendo que la pensión de Carácter convencional en compatible y no incompatible.

DECIMO PRIMERO: la situación en comento ha desatado una colosal controversia jurídica por mas de diez años puesto que la empresa ELECTRICARIBE no solo adquirió los activos de la ELECTRIFICADORA DE BOLIVAR, sino que también adquirió los activos de todas las electrificadoras de la costa atlántica es decir la Guajira, El cesar, Magdalena, Atlántico, Sucre, Córdoba, electrificadoras a las cuales se hizo extensiva la convención colectiva de trabajo de 1976- 1978, 1980 y 1982. Asumiendo la nueva compañía un grueso pasivo pensional que le ha llevado a librar álgidas batallas jurídicas a fin de exonerarse definitivamente de una peculiar obligación pensional.

DECIMO SEGUNDO: VALENTIN AMARIZ VALDELAMAR el 29 de julio del año 2010 cumplió 30 años de servicios de manera ininterrumpida tanto al servicio de la empresa extinta como de la empresa sustituta. Al haber nacido en 1960 cumplió 50 años de edad el día 18 de agosto del 2010.

2.2. PLANTAMIENTO DEL PROBLEMA JURIDICO A RESOLVER

El método escogido se comprende con la formulación de un interrogante o cuestionamiento.

La reforma constitucional del acto legislativo 01 de 2005 vulneró el derecho a la negociación colectiva de los sindicatos en Colombia?

En caso de que la medida sea razonable para darle aplicación al principio de sostenibilidad del sistema, es una medida proporcional?

Fue una reforma a la carta política o una sustitución parcial de la misma?

3. COMPATIBILIDAD Y COMPARTIBILIDAD DE LA PENSION DE JUBILACION DE CARÁCTER EXTRALEGAL.

Es absolutamente insoslayable hacer referencia al tema de la compatibilidad pensional, pues en tratándose de beneficios convencionales y a manera de establecer una claridad en cuanto a la proyección del alcance de la construcción del presente caso, esta figura jurídica se constituye como la medula espinal de este trabajo.

La compatibilidad de las pensiones de jubilación es un beneficio en cuanto a aspectos pensionales se refiere, en principio superior a los ofrecidos por la ley y su emanación es por lo general los convenios colectivos de trabajo como fuente de obligaciones. Tiene un origen que se remonta a los mismos albores de la seguridad social en Colombia, expertos en el tema como ULPIANO AYALA clasifican el desarrollo de la seguridad social bajo de un esquema de periodización, que para el estudio pertinente nos referiremos en este apretado análisis al periodo de organización del sistema de seguridad social que es posterior al periodo de Dispersión del sistema y se caracterizó por ser una etapa de prestaciones patronales y seguros sociales diversificados.

Con la entrada en vigencia del decreto 2350 de 1944 y la ley 6° de 1945 el gobierno adoptó una legislación más o menos uniforme de las relaciones laborales del sector público y Privado, se establecieron beneficios de seguridad social de los Trabajadores a cargo de los empleadores entre las cuales se encuentran la concerniente a la pensión de jubilación, a continuación:

Artículo 14: 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 del promedio de los salarios Devengados, sin bajar de treinta pesos (\$ 30) ni exceder de doscientos pesos (\$ 200), en cada mes. La pensión de jubilación excluye el auxilio de cesantía, menos en cuanto a los Anticipos, liquidaciones parciales, o préstamos que se le hayan hecho lícitamente al trabajador, cuya cuantía se irá deduciendo de la pensión de jubilación en cuotas que no exceden del 20% de cada pensión.

Sección III

De las prestaciones oficiales

Artículo 17. Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones:

b) Pensión vitalicia de jubilación, cuando el empleado u obrero haya llegado o llegue a cincuenta (50) años de edad, después de veinte (20) años de servicio Continuo o discontinuo, equivalente a las dos terceras partes del promedio de sueldos o jornales devengados, sin bajar de treinta pesos (\$ 30) ni exceder de Doscientos pesos (\$ 200) en cada mes. La pensión de jubilación excluye el auxilio de cesantía, menos en cuanto a los anticipos, liquidaciones parciales o préstamos que se le Hayan hecho lícitamente al trabajador, cuya cuantía se irá deduciendo de la pensión de jubilación en cuotas que no excedan del 20% de cada pensión.

c) Pensión de invalidez al empleado u obrero que haya perdido su capacidad de trabajo para toda ocupación u oficio, mientras dure la incapacidad, equivalente a la totalidad del Último sueldo o salario devengado, sin bajar de cincuenta pesos (\$ 50) ni exceder de doscientos (\$ 200). La pensión de invalidez excluye la cesantía y la pensión de jubilación.

No obstante a la asunción directa que radicaba en cabeza del patrono ya se alcanzaba a prever por el legislador un cambio de sistema puramente asistencial por uno de aportes, por lo menos así lo hizo notar el artículo de la normatividad en estudio: Artículo 12. ***Mientras se organiza el seguro social obligatorio, corresponderán al patrono las siguientes indemnizaciones o prestaciones para con sus trabajadores, ya sean empleados u obreros.***

Posteriormente con la aparición del decreto ley 3135 de 1968 que estableció el régimen prestacional y de la seguridad social de los empleados públicos y los Trabajadores oficiales las cajas de previsión fueron tomando un protagonismo en la administración del sistema de la seguridad social.

Así las cosas, las obligaciones a cargo el empleador han tenido a lo largo de la historia de este país una fuente legal como he referido, esa tendencia marcó la pauta para que mediante convenciones colectivas empleadores asumieran el Pago de pensiones de jubilación que al Pasar de los años y paralelamente a la creación del instituto del seguro social mediante la ley 90 de 1946 permanecieron a la diestra del sistema con la pensión de vejez.

El momento que marca la aparición de la compatibilidad de las pensiones de jubilación y la de vejez se gestó desde el momento que el sistema de cobertura planteado por el seguro social fue vinculando gradualmente mas sectores de la población, especialmente trabajadores particulares y del sector oficial a quienes beneficiaron convenciones colectivas de trabajo con relación a pensiones de jubilación reconocidas por sus patronos, pero el punto de configuración álgida de la compatibilidad y compartibilidad pensional lo determinó el artículo 5 del acuerdo 029 de 1985 emanado por el consejo nacional de los seguros sociales obligatorios, aprobado por el decreto 2879 de 1985 el cual en su tenor reza:

Artículo 5º. Los patronos insertos en le Instituto de Seguros Sociales que a partir de la fecha de publicación del decreto que apruebe este Acuerdo otorguen a sus trabajadores afiliados pensiones de jubilación reconocidas en Convención Colectiva, Pacto Colectivo, Laudo Arbitral o voluntariamente, continuaran cotizado para los Seguros de Invalidez, Vejez, y muerte hasta cuando los asegurados cumplan los requisitos exigidos Por el Instituto para otorgar la posesión de vejez, y en este momento el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor si lo hubiere entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía siendo pagada por le patrono. La obligación de seguir cotizando el Seguro de Invalidez, Vejez, y muerte de que trata este artículo sólo rige para el patrono inscrito en le Instituto de Seguros sociales.

3.1. Vista la norma, entiéndase por **PENSIÓN DE JUBILACION DE CARÁCTER COMPARTIBLE** aquella y única que asumen dos o más deudores de la misma, a favor del trabajador en virtud y por ministerio de la ley y de convenios colectivos de trabajo. Y

3.2. PENSION DE JUBILACION DE CARÁCTER COMPATIBLE, es la que puede subsistir de manera paralela en el patrimonio del jubilado o pensionado con otra de distinta fuente u origen jurídico y de diversa emanación de financiamiento.

LA CORTE CONSTITUCIONAL EN SENTENCIA T-488 DE 2010 definió la estudiada figura en los siguientes términos: “La compartibilidad pensional consiste en la protección que se otorga al monto del ingreso pensional del jubilado, cuando el mismo cumple con todos los requisitos para acceder al pago de la pensión vitalicia de vejez, por parte de la entidad administradora de tales recursos. Lo anterior ocurre, por ejemplo, cuando la entidad en la cual se encuentra laborando el trabajador prevé condiciones más favorables para acceder a la pensión que la

prescritas para la generalidad de los trabajadores. En tales circunstancias, la empresa empleadora asume el pago de las mesadas hasta tanto el empleado cumpla la edad y el tiempo de cotización exigidos por la ley para todas las personas.”

“La no compartibilidad (o compatibilidad) de una pensión, implica que el pensionado tiene derecho a recibir integralmente dos - o más - pensiones: la pensión extralegal y la pensión posteriormente reconocida por el I.S.S. En esta situación el empleador reconoce una pensión de jubilación convencional o extralegal por un monto determinado e inicia su pago. Sin embargo, el pensionado sigue cotizando ante el Instituto de Seguros Sociales y una vez cumple con los requisitos de ley, solicita ante el I.S.S. la pensión de vejez. Dicha entidad reconoce y ordena el pago de la pensión de vejez. En consecuencia, teniendo en cuenta que la pensión de jubilación reconocida por el empleador no tiene el carácter de compartida, el pensionado tiene derecho a recibir las dos mesadas pensionales. Se trata entonces de pensiones compatibles.”

De la preceptiva en comento se puede inferir sin mayor elucubración mental que el acuerdo 029 de 1985 procuró lo que hasta antes de su expedición venía siendo una clara compatibilidad de la Pensión extralegal de jubilación reconocida por el empleador y la reconocida por el ISS en virtud de sus reglamentos y acuerdos, que entonces para que mutara su naturaleza de convencional a Una mixtura de legales asumida por el instituto del seguro social y siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor si lo hubiera entre la pensión otorgada por el ISS.

A fin de un mayor entendimiento del tema en estudio valga establecer los siguientes interrogantes:

3.3. CUANDO NOS ENCONTRAMOS EN PRESENCIA DE UNA PENSION DE JUBILACION EXTRALEGAL COMPATIBLE? Y CUANDO EN PRESENCIA DE UNA COMPARTIBLE?

Para imprimirle un tratamiento adecuado al presente análisis, es necesario tener en cuenta dos aspectos fundamentales: A) los lapsos espacios en los que se configuran los Requisitos convencionales pactados en dicho acuerdo colectivo para acceder al status jubilante y B) el contenido sustancial de la clausula convencional.

El tiempo en que se reconoce la pensión de jubilación extralegal determina si esta tiene carácter compatible o no, pues resulta que aquellas pensiones de la naturaleza estudiada reconocidas con anterioridad a la entrada en vigencia en el ordenamiento jurídico del decreto 2879 de 1985 aprobatorio del acuerdo 029 de 1985 así como del decreto 758 de 1990, aprobatorio del acuerdo 049 de 1990, nunca han tenido en carácter de compatibles, solo con la regencia de la Normatividad traída a sustento se estableció la **COMPARTIBILIDAD** de la pensión de jubilación.

Así lo ha definido la sala laboral de la corte suprema de justicia en una abundante línea jurisprudencial, entre otras sentencias las siguientes:

14808 del 2001, M.P LUIS GONZALO TORO CORREA. *“3. En varias oportunidades la CORTE ha dilucidado el alcance del acervo normativo señalado por el impugnante como entendido equivocadamente y ha concluido que la pensión extralegal reconocida por un empleador antes del 17 de octubre de 1985, cualquiera sea el acto que le haya impuesto dicha obligación prestacional, esto es, contrato de trabajo, convención o pacto colectivo, laudo, o conciliación, por regla general es compatible con la pensión de vejez que alguna entidad del sistema de seguridad social también reconozca al beneficiario de aquella jubilación. A menos, ha puntualizado la jurisprudencia aludida, que por voluntad expresa de las partes se haya acordado la incompatibilidad de dichas pensiones y, por lo mismo, la compartibilidad de la pensión legal de vejez con la Voluntariamente otorgada por el Empresario, siempre y cuando se cumpla con los requisitos y condiciones señalados en la ley. “Díjose en la más reciente de las sentencias alusivas al problema jurídico planteado por el censor, al determinar los alcances del Acuerdo 224 de 1966, que durante la vigencia de éste no era viable que una pensión de origen Voluntario se compartiera con la de vejez otorgada por el Instituto de los Seguros Sociales, habida consideración de que la posibilidad consagrada en ese Precepto se circunscribe de manera exclusiva a las pensiones de naturaleza legal (rad. 12461, 30 de noviembre de 1999). Es decir, que antes de la expedición del Decreto 2879 de 1985, aprobatorio del Acuerdo 029 del mismo año, no era factible conmutar una jubilación extralegalmente reconocida por el empleador, al cumplir su pensionado directo la densidad de cotizaciones y la edad requeridas para la adquisición del derecho a la pensión de vejez.*

RADICACION 36932 del 16 de diciembre del 2009 MP HUGO JOSE GNECCO MENDOZA, *“La Corte Suprema de Justicia, luego de zanjada la discusión jurisprudencial frente a la compatibilidad de estas prestaciones, mediante sentencia No. 24424 proferida el 31 de mayo de 2005 ratificó la línea jurisprudencial mediante la cual se determinó que solo las pensiones de índole convencional reconocidas por los empleadores con posterioridad*

a la entrada en vigencia del Decreto 2879 de 1985 pueden ser susceptibles de compartibilidad, en tanto fue mediante esta normativa que se dio aprobación al Acuerdo 029 de 1985.

SENTENCIA 39574 del 24 de mayo de 2011 MP CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE. Pues bien, no puede perderse de vista que la reglamentación contenida en la ley 9a de 1946 o en el acuerdo 224 de 1966, sobre derecho pensional, no establecían la compartibilidad de la pensión de naturaleza extralegal, voluntaria o contractual con la de vejez. Posteriormente, fue en el texto del Acuerdo 029 de 1985, aprobado por el Decreto 2879 del mismo año, que por primera vez se determinó la posibilidad de la compartibilidad de la pensión y se impuso a los empleadores la obligación de continuar cotizando hasta que se cumplieran los requisitos de acceso a la pensión de vejez, quedando a cargo de éstos solo el mayor valor, si lo hubiere.

El segundo punto objeto de análisis que guarda consonancia con la COMPATIBILIDAD de la pensión de jubilación, se relaciona con lo que hemos Denominado el contenido sustancial de la clausula convencional, el cual será abordado de la siguiente manera:

Como se ha venido explicando, solo con la regulación del acuerdo 029 de 1985 aprobado por el decreto 2879 de 1985 tomo auge en el tema pensional la compartibilidad, asumiendo el ISS el valor de la pensión que se venía causando con anterioridad a la vigencia de la norma tantas veces mencionada, no obstante las convenciones colectivas que hasta ese entonces consignaban reconocimiento de pensiones de jubilación, no cayeron en estado paupérrimo es decir el reconocimiento de pensiones de jubilación por parte del empleador que venían establecidas en las convenciones colectivas cobraron vigencia o por decirlo de alguna manera sobrevivieron al establecimiento de la compartibilidad en el evento en que en los mismos convenios de trabajo se pactara expresamente que dichas pensiones de jubilación no tendrían el carácter de compartible. Se infiere este razonamiento del párrafo correspondiente al artículo 5 del acuerdo 029 de 1985 el cual dispuso: esa regla de compartibilidad no se aplicará cuando en la respectiva convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o acuerdo Entre las partes, se haya dispuesto expresamente, que las pensiones en ellos reconocidas, no serán compartidas por el instituto de los seguros sociales.

En otras palabras la regla general de **COMPARTIBILIDAD** traída por la normatividad mencionada, en ella misma se contempló una excepción y es precisamente cuando en la convención, pacto, acuerdo o laudo se disponga Por acuerdo de voluntades, que las pensiones no son compartibles. Pero no ha sido el único acuerdo expedido por el seguro social antes de la

expedición de la ley 100 de 1993 con fines compartibles de las pensiones de jubilación de origen convencional, el acuerdo 049 de 1990 en su artículo 18 trajo lo propio frente al tema en comento, veamos:

ARTÍCULO 18. COMPARTIBILIDAD DE LAS PENSIONES EXTRALEGALES.

Los patronos registrados como tales en el Instituto de Seguros Sociales, que otorguen a sus trabajadores afiliados pensiones de jubilación reconocidas en convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o voluntariamente, causadas a partir del 17 de octubre de 1985, continuarán cotizando para los seguros de invalidez, vejez y Muerte, hasta cuando los asegurados cumplan los requisitos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez y en este momento, el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía cancelando al pensionado.

PARÁGRAFO. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará cuando en la respectiva convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o acuerdo entre las partes, se haya dispuesto expresamente, que las pensiones en ellos reconocidas, no serán compartidas con el Instituto de Seguros Sociales.

Esta línea jurídica de la seguridad social como lo es la compatibilidad y compartibilidad de las pensiones ha tenido un importante espacio de discusión en los despachos judiciales del país y especialmente de la costa Caribe colombiana debido al componente especial de la existencia de convenciones colectivas con cláusulas de compatibilidad pensional, tal vez atípico pero con gran impacto en la comunidad jurídica del derecho laboral y de la Seguridad social de la región Caribe. La tesis jurisprudencial de la sala laboral de la corte suprema de justicia ha sido prácticamente uniforme y contundente en el tema de la compatibilidad de las pensiones de jubilación de los trabajadores de las electrificadoras de La costa atlántica que como se ha dicho pasaron de trabajadores oficiales según la naturaleza jurídica de la entidad a trabajadores particulares pero con la Conservación de sus derechos reconocidos en las convenciones colectivas de trabajo

A continuación la relación de algunas sentencias:

Radicación 29907 de 2008 MP GUSTAVO JOSE GNECCO MENDOZA.

Empero, ello no impide considerar que del texto del aludido acto reformativo de la Constitución no se infiere, como lo pretende la censura, que automáticamente dejaron de tener vigencia y efectos jurídicos los acuerdos sociales pactados entre empleadores y sindicatos en materia de pensiones, y mucho menos, los derechos adquiridos por los trabajadores con anterioridad a la entrada en vigor de esa reforma constitucional. Y en este asunto debe tenerse en cuenta que la pensión extralegal que se le reconoció al demandante fue consagrada en una convención colectiva de trabajo que se suscribió en el año 1982 y que ese derecho prestacional ya había ingresado al patrimonio de su titular desde el 16 de noviembre de 1998, cuando se le otorgó la prestación, es decir, muchos años antes del 25 de julio de 2005, fecha de la publicación inicial del Acto Legislativo en el Diario Oficial No. 45980.

REFERENCIA 22710 DE 2004 MP ISAURA VARGAS DIAZ.

Pero además, la compatibilidad entre las dos pensiones expuestas, también resulta como lo dijo el Tribunal, del artículo 20 de la convención colectiva de trabajo de 1982-1983, en la que expresamente se dijo que la pensión de jubilación reconocida con base en el artículo 5º de la convención colectiva de 1976-1978, equivalía al *"ciento por ciento del salario promedio devengado por el trabajador en el último año de servicio, **sin tener en cuenta la pensión de vejez que reconoce el I.S.S.**"* (120, Cuaderno de convenciones - el sombreado está por fuera de texto).

Como se observa, queda sin piso el ataque de la censura en torno a que el soporte convencional no reguló de manera expresa acuerdo sobre la independencia pensional, porque es la misma cláusula quinta de la convención, la que establece la autonomía entre la pensión reconocida por el empleador y la de vejez reconocida por el Instituto de Seguros Sociales, pues así textualmente lo dice la convención cuando sostiene que la pensión convencional corresponde al cien por ciento del salario promedio devengado por el trabajador durante el último año; con independencia de la pensión de vejez reconocida por el Instituto.

4. EL DERECHO A LA LIBERTAD SINDICAL Y EL DERECHO A LA NEGOCIACION COLECTIVA

En su concepción primigenia deba mencionarse convenientemente que estas figuras jurídicas les pertenece en cuanto a su génesis un tinte histórico, político y especialmente económico, debido a que nacen frente a circunstancias beligerantes regidas por un entorno de antagonismo de la economía de Europa que desabocó en lo que ya se conoce como la primera y la segunda guerra mundial.

La marcada competencia de producción traducida en la revolución industrial y que dio lugar a la primera guerra mundial de alguna forma detuvo la regulación de normas Protectorias del trabajo, de algún modo entonces, no existían garantías de protección sobre el trabajo humano, dando paso al materialismo dialectico y al lema “sin justicia no hay paz social” dándole fuerza entonces al surgimiento del comunismo.

No para dar una retórica de historia, pero si para retomar las raíces de las instituciones jurídicas ahora mencionadas, de un mundo de desigualdades se procuró un atisbo de igualdad o por lo menos la ideología compensatoria del estado de desigualdad.

Un tratado militar que puso fin a una guerra que paralelamente al conflicto por competencia de producción, llevó envuelto los derechos humanos, los derechos de los trabajadores, el trato justo de la mano de obra humana, aun sin asomo la dignidad humana, tratado que duró poco, pues el advenimiento de una segunda guerra fue inminente. Entre guerra y guerra con periodos de transiciones económicas y Reconstrucción interna de naciones involucradas en conflictos bélicos, para ello fue necesario volver al mercado interno, fue entonces cuando tomó fuerza el sindicalismo, pues la reconstrucción no estaba solo en cabeza del estado sino de los empresarios y naturalmente en sus ejércitos de trabajadores quienes marcaron un fortalecimiento de las instituciones sindicales.

En un plano más o menos de igualdad, se observó un fenómeno llamado como globalización, la cual fue malentendida pues se inspira en términos de flexibilización con una tendencia de la precariedad de los derechos fundamentales laborales, siendo moderado por el estado social de derecho.

Sin parar mientes, la intensidad trascendental de los acontecimientos históricos brevemente mencionados robusteció una gama notoria de derechos que se fueron materializando con un reconocimiento y acogimiento de la comunidad Internacional, no en vano se levantó la organización internacional del trabajo; y todo esto para comprender que la libertad sindical y el derecho de asociación fueron derechos paridos de la voz de una sociedad con grandes connotaciones Históricas, su dimensión y alcance se han perpetuado en el tiempo en consonancia con la concepción del estado social de derecho.

La libertad sindical y la negociación colectiva son manifestaciones de la libertad de expresión como derecho que se desarrolla en las democracias y especialmente en el estado social de derecho como una manifestación pluralista de los derechos sociales, siendo dos figuras inescindibles pues al concepto de del derecho de asociación conformando como lo ha dicho la jurisprudencia de la corte constitucional, tres dimensiones: una dimensión individual, una dimensión colectiva y una dimensión instrumental.

La dimensión individual se traduce como lo ha dicho la corte en el derecho de los Trabajadores de organizar y conformar sindicatos a permanecer y retirarse de el. Una dimensión colectiva vinculada a la idea básica de la libertad sindical y conforme a la cual se garantiza tanto la autonomía para la conformación de las organizaciones sindicales, con sujeción al orden legal y a los principios democráticos, y al margen de toda intervención del Estado, como la capacidad que tienen estas organizaciones para promover no sólo los intereses laborales de sus afiliados, sino también su visión de la política general en temas Que afectan o convocan a los trabajadores y una dimensión instrumental, en la medida que la asociación sindical se crea sobre la base de un vínculo jurídico, necesario para la Consecución de unos fines que las personas van a desarrollar en el ámbito de la formación social la negociación y suscripción de una convención colectiva.

En este orden, la libertad sindical el alma, la negociación colectiva el espíritu y las convenciones colectivas y demás medios de arreglo de los conflictos colectivos, el cuerpo de la libertad de asociación, las cuales en las dimensiones plantadas por la jurisprudencia de la corte constitucional las formas de protección.

5. NATURALEZA Y FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD SINDICAL Y LA NEGOCIACION COLECTIVA

Artículo 39 de la constitución política

Los trabajadores y empleadores tienen derecho a constituir sindicatos o asociaciones, sin intervención del Estado. Su reconocimiento jurídico se producirá con la simple inscripción del acta de constitución.

La estructura interna y el funcionamiento de los sindicatos y organizaciones sociales y gremiales se sujetarán al orden legal y a los principios democráticos.

La cancelación o la suspensión de la personería jurídica sólo proceden por vía judicial.

Se reconoce a los representantes sindicales el fuero y las demás garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión.

No gozan del derecho de asociación sindical los miembros de la Fuerza Pública.”

Artículo 55 de la constitución política.

Se garantiza el derecho de negociación colectiva para regular las relaciones laborales, con las excepciones que señale la ley. Es deber del Estado promover la concertación y los demás medios para la solución pacífica de los conflictos colectivos de trabajo.

En un contexto jurídico, el derecho a la libertad sindical y la negociación colectiva son aspectos inherentes a las relaciones de trabajo, es decir, no son un elemento jurídico aislado del contrato de trabajo y los sujetos que involucran una relación contractual. Desde que el derecho laboral ha venido como una rama autónoma del derecho se conciben dos aristas que componen la relación laboral, el trabajador y el empleador, aquel como parte débil de la relación solo ofrece para ella su fuerza de trabajo, por su parte el empleador, quien posee capital para ofrece bienes y servicios, se le tiene como la parte fuerte o por lo menos mas que el trabajador en cuanto a la relación individual de trabajo se refiere.

No situándose en un plano de igualdad, el derecho de asociación la libertad sindical y la negociación colectiva convergen en un solo punto de las relaciones jurídicas individuales de trabajo y entonces las relaciones individuales del trabajo pueden irradiar hacia un espectro colectivo de las relaciones jurídicas, Adquiriendo más disposición vinculante la voluntad de los trabajadores a partir Del mismo derecho de asociación y principalmente el dialogo que principia un conflicto colectivo con garantías legales y constitucionales para el colectivo que propone un dialogo al empleador.

A fin de garantizar esa libertad de expresión en el marco de las relaciones de trabajo, de poder ejercer un dialogo e introducir conflictos jurídicos que regulen las condiciones laborales de los trabajadores, la constitución política establece que es deber del estado promover la concertación y los demás medios para la solución pacífica de los conflictos colectivos de trabajo.

La protección constitucional tiene el alcance de elevar a categoría de derecho fundamental el derecho de asociación de libertad sindical, así lo dijo la corte constitucional en varias sentencias en las que se relacionan las siguientes: (T-1303 de 2001, sentencia C- 385 del año 2000, sentencia T-251 de 2010)

“ El art. 39 de la Constitución consagra el derecho fundamental de asociación sindical de los trabajadores, el cual constituye una modalidad del derecho de libre asociación, dado que aquél consiste en la libre voluntad o disposición de los trabajadores para constituir formalmente organizaciones permanentes que los identifiquen y los una, en defensa de los intereses comunes de la respectiva profesión u oficio, sin autorización previa o la injerencia o intervención del Estado, o de los empleadores.”

Es importante acotar a este punto, que el derecho a la negociación colectiva no está concebido por la jurisprudencia de la corte constitucional como un derecho en principio de carácter fundamental, el solo adquiere dicha relevancia cuando se ve afectado el derecho al trabajo y el derecho de asociación sindical.

Adicionalmente, el artículo 2° del Convenio 154 de la OIT, hace referencia a la negociación colectiva *“como un concepto genérico que alude a las negociaciones que tengan lugar entre un empleador, grupo de empleadores u organización de empleadores con una o varias organizaciones de trabajadores, con el propósito de fijar las condiciones que habrán de regir el Trabajo y el empleo, o con el fin de regular las relaciones entre empleadores y trabajadores a través de las diferentes organizaciones de unos y otros”*

Si bien existe una clara relación entre los citados derechos, de todas maneras cada uno tiene su propia entidad separada. Así, el derecho de asociación sindical persigue asegurar la libertad sindical, mientras que el de negociación colectiva se constituye en un mecanismo para regular las relaciones laborales; además, mientras el derecho de asociación sindical es de naturaleza fundamental, el de negociación colectiva prima facie no tiene este carácter, aunque puede adquirirlo cuando su vulneración implica la amenaza del derecho al trabajo o el de asociación sindical.

Resulta importante la acotación hecha por cuanto el criterio jurisprudencial mencionado ha hilado sobre la fuerza normativa de los derechos relacionados con la libertad de asociación, en el sentido en que estos se van permeando en el álgido debate de si pertenecen o no al bloque de constitucionalidad y constituir una plena garantía constitucional del mismo estado. Sin embargo constituye un debate en el que el derecho internacional del trabajo y los convenios internacionales del trabajo mantienen un criterio tuitivo del cual resulta conveniente una interpretación de criterio sistemático.

6. LAS CONVENCIONES COLECTIVAS COMO DERECHO Y COMO MECANISMO DE SOLUCION DE LOS CONFLICTOS COLECTIVOS

Deviene del derecho a la negociación colectiva que radica en cabeza del sindicato de trabajadores de una empresa y el empleador. Una vez iniciado el conflicto colectivo precedido del pliego de peticiones, este debe ser resuelto y la convención colectiva representa un acuerdo de diferencias planteadas durante la etapa de negociaciones.

Se discute si las convenciones colectivas son leyes y tienen fuerza de ley para así entronizar en ellas un efecto coercitivo, sin embargo en lo que respecta a este trabajo son una fuente formal del derecho y auténticas fuentes de obligaciones que contienen una finalidad, un elemento normativo y uno obligacional como se verá:

“La finalidad de la convención colectiva de trabajo, según la norma transcrita, es la de "fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo", lo cual revela el carácter normativo que la doctrina y la jurisprudencia le reconocen.

El elemento normativo de la convención se traduce en una serie de disposiciones, con vocación de permanencia en el tiempo, instituidas para regular las relaciones de trabajo individual en la empresa; en virtud de dichas disposiciones se establecen anticipadamente y en forma abstracta las estipulaciones que regirán las condiciones individuales para la prestación de los servicios, esto es, los contratos individuales de trabajo. Las cláusulas convencionales de tipo normativo constituyen derecho objetivo, se incorporan al contenido mismo de los contratos de trabajo y, en tal virtud, contienen las obligaciones concretas del patrono frente a cada uno de los trabajadores, como también, las obligaciones que de modo general adquiere el patrono frente a la generalidad de los trabajadores, las que fijan la jornada de trabajo, los descansos, los salarios, prestaciones sociales, el régimen disciplinario, o las que establecen servicios comunes para todos los trabajadores en el campo de la seguridad social, cultural o recreacional.

Se distingue igualmente en la convención colectiva, por la doctrina y la jurisprudencia, el denominado elemento obligatorio o aspecto obligacional, que está conformado por aquellas cláusulas que señalan deberes u obligaciones recíprocos de las partes, destinadas a asegurar la efectividad de las normas

convencionales, como son, por ejemplo, las cláusulas que establecen las comisiones o tribunales de conciliación y arbitraje, las que fijan sanciones por la violación de las estipulaciones que constituyen la parte normativa, o las que establecen mecanismos para garantizar la libertad sindical.

Finalmente se destacan en la convención, las regulaciones de orden económico, que atañen a las cargas económicas que para la empresa representan las diferentes Estipulaciones de la convención, frente a los trabajadores en particular o ante la organización sindical.” sentencia de la Corte Constitucional C-009 de 1994 y las sentencias de la Sala de Casación Laboral, Sección Primera, junio 1 de 1983 y de la Sala de Casación Laboral, Sección Segunda, abril 7 de 1995, M.P. Rafael Méndez Arango.

Diríamos entonces que las convenciones se introducen en el ordenamiento jurídico y tienen un efecto vinculante frente a las partes que la celebran, pues Sindicato de trabajadores y empleador por acto voluntario deciden que sea el contenido de la convención y no de la ley la que regule las condiciones de trabajo establecidas entre unos y otros. Pero entonces aunque establecidas las convenciones colectivas en el ordenamiento jurídico, estas igual que la ley tienen una vigencia en el tiempo, no son necesariamente perennes, adentrándonos entonces en el término de la vigencia para referirnos al concepto de denuncia de la convención colectiva y la prorroga automática. La denuncia de la convención colectiva de trabajo es definida por ley como la manifestación escrita, procedente de cualquiera de las partes o de ambas, que expresa la voluntad de dar por terminada la convención colectiva de trabajo (art. 479 C.S.T). Esta manifestación debe ser presentada dentro de los sesenta (60) días anteriores a la expiración del término de la convención colectiva (art. 478 C.S.T), por triplicado ante el inspector de trabajo del lugar, y en su defecto ante el alcalde. El respectivo funcionario debe posteriormente cumplir con el procedimiento legal dispuesto para el trámite de la denuncia, colocar la nota de presentación que señala el lugar, fecha y hora de la misma y luego entregar el original de la denuncia al destinatario y sus copias destinadas a la instancia pública de trabajo y al propio denunciante de la convención. El artículo 14 del Decreto 616 de 1954 – que modificó el artículo 479 C.S.T – vino a garantizar la Vigencia de la convención colectiva denunciada hasta tanto se firme una nueva, dando así estabilidad al acuerdo colectivo entre patrono y trabajadores.

6.1. EFECTOS DE LA DENUNCIA DE LA CONVENCION COLECTIVA

Primero, no le resta eficacia jurídica a lo pactado, ya que la convención continua Vigente; segundo, la vigencia de la convención denunciada no tiene término legal fijo; tercero, la continuidad de la convención está supeditada a que se firme una nueva convención, lo cual supone un nuevo acuerdo entre las partes en lugar de la imposición unilateral de condiciones laborales diferentes. Titularidad de la facultad de denuncia.

6.2. DERECHO A LA DENUNCIA DE LA CONVENCION COLECTIVA.

Los titulares del derecho a la denuncia, según las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo aquí demandadas, son las dos partes de la relación laboral, esto es, tanto los trabajadores como el empleador. Esto se desprende del texto de los artículos 478 y 479 del C.S.T. sentencia de la Corte Suprema de Justicia rad. 7243 de abril 7 de 1995, M. P. Rafael Méndez Arango.

Nos parece de trascendental importancia dilucidar el tema sobre quien tiene derecho a denunciar la convención colectiva y con ello establecer si al legislador aun dentro de la libertad de configuración que le otorga la constitución, puede rebasar los efectos en el Tiempo que las mismas partes le imprimen al acuerdo de trabajo, arguyendo libertad de configuración.

En principio y al tenor de la lectura del artículo 478 y 479 del código sustantivo del trabajo, los únicos que pueden decidir la suerte o destino de las obligaciones consignadas en las convenciones colectivas son las partes involucradas activamente en el Conflicto colectivo, es decir trabajadores y empleador, sea porque el mismo documento de concertación establece un termino o sea porque terminada la vigencia nada dicen las partes sobre sus efectos o sea finalmente por la denuncia sobre la reforma pensional bajo el rasero potestativo del constituyente primario o del legislador los que determinen las regulaciones normativas en materia de derechos pensionales.

7. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

7.1. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

Dada la densidad jurídica que tienen los principios constitucionales, no será esta la oportunidad para realizar un vasto desarrollo sobre esa temática, pero si lo pertinente para comprender que los principios son inherentes al ordenamiento jurídico, todo sistema jurídico se edifica sobre unos principios que significan y representan una identidad de dicho sistema. Es importante esta acotación porque el sistema es una refracción de los principios que lo orientan tanto desde el punto de vista político como jurídico, pero más allá de conformar un sistema, desde el punto de vista constitucional son la esencia de un sistema, derroteros que marcan el curso de la evolución del derecho y mas allá, son la fuente hermenéutica de principal importancia en la función jurisdiccional.

Tanto en su fuerza normativa, como su eficacia jurídica los principios tienen por naturaleza una prevalencia en el derecho, son de aplicación inmediata por lo general aunque sean de textura abierta, en efecto un principio de carácter constitucional goza de prevalencia frente a una norma legal incluso frente a una norma constitucional, análisis que se desprende del artículo 4° de la constitución Nacional conocido como primacía de la constitución.

Con relación a lo principios laborales de clase constitucionalidad sea conveniente comentar que siempre ha surgido sobre ellos el interrogante si realmente con de eficacia directa e inmediata por ser derechos de estirpe fundamental o por si el contrario hacen parte de un bloque de legalidad laboral. Es un dilema extendido en el tiempo del cual el gran responsable es el legislador pues sigue en mora con la expedición del estatuto laboral que defina una política mas clara sobre el derecho de los trabajadores.

El artículo 53 de la carta política contiene lo que se conoce como los principios mínimos fundamentales, siendo preciso transcribir su tenor a fin de empalmar el análisis que se quiere con la reforma constitucional del acto legislativo 01 de 2005

“ igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades mínimas para transigir y conciliar sobre derechos inciertos e discutibles; situación mas favorable al favorable en caso de duda en la aplicación e interpretación de la fuentes formales del derecho; primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social; capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer; a la maternidad y al trabajador menor de edad.

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste de las pensiones legales,

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la libertad humana ni los derechos de los trabajadores.

Deba aclararse y esto para efectos del análisis de la eficacia directa, que no pueden confundirse los principios generales del derecho que si bien a la luz del artículo 230 de la carta política son criterios auxiliares de interpretación, con los principios constitucionales que son no solo de aplicación directa e inmediata sino que el proceso hermenéutico que comportan es puramente sistemático, dado su contenido axiológico reconocido por la misma constitución política.

Los principios laborales gozan de esta calidad constitucional, la ausencia del desarrollo de un estatuto del trabajo no significan que los principios presenten algún debilitamiento jerárquico normativo, por principio de inmunidad de los derechos los realza en el espacio jurídico.

Ahora bien en lo tocante a la reforma de constitucionalidad vista en el parágrafo 3° del acto legislativo del año 2005, es de suprema importancia distinguir si al prohibir la negociación de los beneficios convencionales, se violó un principio constitucional, pues de ser así nos encontraríamos frente a una situación de exclusión constitucional, quiere esto decir que si la constitución política se sostiene sobre unos principios que manifiestan una identidad ideológica y a través de la reforma se violan estos principios, es forzoso concluir que la reforma en si

misma es inconstitucional independientemente de que el debate para declararla no admita discusiones de sustancialidad de la reforma, es decir si en verdad se revistiera de menos tramite una demanda de inconstitucionalidad que acusa la sustancia de una reforma de la constitución, el debate sobre la aplicación irrestricta de la proporcionalidad de la misma sería mas restringido.

7.2. BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

Esta compuesto por aquellas normas y principios que sin aparecer formalmente en el texto constitucional, son utilizados como parámetros de control de constitucionalidad de las leyes, sea porque son verdaderas reglas y principios constitucionales evento en el cual se ubican en el nivel constitucional, o también por que no tienen rango constitucional para la misma constitución política ordena que se les respete como reglas constitucionales frente a normas ordinarias como el caso de las normas estatutarias.

El bloque de constitucionalidad tiene una función integradora del ordenamiento jurídico de las normas que al no hacer parte de un cuerpo normativo se incorporan al universo constitucional solo por mandato de la misma cata constitucional. Desde el punto de vista hermenéutico significa esto, que cualquier violación de aquella norma integrada la ordenamiento jurídico se entiende entonces como violatorio del la constitución misma.

Es entendido entonces el bloque de constitucionalidad en sentido estricto y en sentido amplio. El primero es aquellos principios y normas *de valor constitucional*, los que se reducen al texto de la Constitución propiamente dicha y a los tratados internacionales que consagren derechos humanos cuya limitación se encuentre prohibida durante los estados de excepción (C.P., artículo 93)...

Sentido amplio de bloque de constitucionalidad o noción *lato sensu* del bloque de constitucionalidad, es aquel que está compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación.

Hasta este punto, nuestro cometido es hallar una conexión íntima entre el bloque de constitucionalidad y los principios constitucionales laborales para extraer que

incumbencia tienen sobre la reforma constitucional plasmada en el acto legislativo 01 de 2005

Lo que ha dicho la corte:

el bloque de constitucionalidad se construyó para interpretar las normas que fijan el alcance de los derechos comprometidos en este caso, y el de la protección que les brindan, tanto las normas internacionales como los convenios incorporados a la legislación nacional, según lo establece el artículo 53 Superior.

Valga anotar que los convenios internacionales del trabajo contienen el reconocimiento de derechos del trabajo y hacen parte de la legislación interna de conformidad con el artículo 53 de la carta política, ahora bien lo trascendental dentro del ejercicio es saber si esos convenios aunque se encuentren dentro de la legislación interna, conforman dentro de la labor integradora, al bloque de constitucionalidad en sentido estricto o lato. De este modo entendemos, que la forma que puedan revestir el blindaje constitucional en sentido estricto es que de su contenido se puede verificar que se refieren a derechos humanos de conformidad con lo contemplado en el artículo 93 de la constitución política y no se restrinja su aplicación en los estados de excepción, aquellos que no revisten esta caracterización comprenderán el bloque de constitucionalidad en sentido lato y tienen el carácter de bloque en sentido lato.

Es decir, el bloque de constitucionalidad se usó para los fines precisos que señala el artículo 93 de la Carta Política: para interpretar el alcance de los derechos consagrados en ella *"de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia"*. Y los Convenios 87 y 98 son parte de la legislación interna en cuanto fueron debidamente ratificados (C.P. art. 53), por lo que son normas aplicables en cuya interpretación deben los jueces atender el criterio de los órganos de la OIT que son sus intérpretes legítimos y autoridades competentes para vigilar el cumplimiento de las obligaciones que se desprenden de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo.

Decantando sobre esta temática lo relevante dentro del tema de la reforma de la constitución según el acto legislativo 01 de 2005, párrafo 3° es comprender que si en la medida que la limitación de pactar beneficios convencionales en materia pensional compromete convenios internacionales del trabajo contemplados como inmersos al bloque de constitucionalidad en

sentido estricto, estaríamos en presencia de una violación de la constitución de manera directa en su estructura integradora que evidencia a todas luces una sustitución, pues desarticula los elementos definitorios de la constitución referente a la concepción tridente del trabajo.

8. PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD PROHIBICION DE REGRESIVIDAD Y SU EFECTO EN LA REFORMA PENSIONAL.

La progresividad pertenece a la gama de deberes de los estados para con los ciudadanos, si bien es cierto es un principio, surgió dentro del concepto cercano al estado bienestar.

Es un principio propio de los derechos sociales, económicos y culturales, la prohibición concomitante de regresividad de éstos derechos se encuentra consagrado en el artículo 48 de la C.P que establece que, *“El Estado, con la participación de los particulares, ampliará **progresivamente** la cobertura de la seguridad social.*

Importante para mencionar que igualmente se debe tener en cuenta que el principio de progresividad y la prohibición de regresividad de los DESC se encuentran consagrados en las normas de derecho internacional que hacen parte del bloque de constitucionalidad, ya que específicamente se encuentran estipulados en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), que establece que, “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, **para lograr progresivamente**, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”. Del mismo modo en el artículo 11.1 del PIDESC se establece que, “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a **una mejora continua de las condiciones de existencia.**

se debe tener en cuenta que en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos se encuentra consagrado dicho principio cuando en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) se establece que, “Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr **progresivamente** la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos.

Aspectos importantes para destacar con relación a la progresividad es el desarrollo y reconocimiento que ha tenido en el seno de la jurisprudencia constitucional de la cual traemos alguna referencia SU 225 DE 1999 : “que establece que la progresividad de los derechos sociales hace referencia al reconocimiento de prestaciones mayores y superiores de cada uno de éstos derechos e implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección no se puede retroceder frente al nivel de protección al que se ha llegado o conseguido. Igualmente se ha acogido dentro de la jurisprudencia de la Corte la interpretación del principio de no regresividad que han dado los organismos internacionales en el sentido de que el mandato de progresividad de los DESC no excusa al Estado del cumplimiento del deber de que con el máximo de los recursos disponibles se provea por la cobertura universal de los contenidos de éstos derechos. Así mismo la sentencia 038 de 2004 desarrolló un elemento factico del principio de la progresividad en el sentido de que cuando un estado alcanzaba un nivel de progresividad, va implícito en ese mismo progreso la prohibición de regresividad frente a niveles alcanzados. Fragmentos de la sentencia: Del mismo modo la jurisprudencia constitucional estableció que el mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección de un derecho social existe *prima facie* la presunción de inconstitucionalidad de todo retroceso y la necesidad de realizar un juicio de constitucionalidad más severo en el caso de que se presenten legislaciones regresivas de éstos derecho.

De la presunción de inconstitucionalidad de las medidas regresivas por un estado se infiere que frente a la creación de nuevas normas dentro del ordenamiento jurídico la libertad de configuración del legislador se ve restringida, a la luz de la sentencia de constitucionalidad C- 038 de 2004 así es entendible: “El mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve restringida, al menos en un aspecto: todo retroceso Frente al nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático puesto que precisamente contradice el mandato de progresividad. Como los Estados pueden enfrentar dificultades, que pueden hacer imposible el mantenimiento de un grado de protección que había sido alcanzado, es obvio que la prohibición de los Retrocesos no puede ser absoluta sino que debe ser entendida como **una prohibición prima facie. Esto significa que, como esta Corte ya lo había señalado, un retroceso debe presumirse en principio inconstitucional, pero puede ser justificable, y por ello está sometido a un control judicial más severo.** (Subrayé) Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social”.

Del Test de regresividad conviene verificar: (i) si con la reforma no se desconocieron derechos adquiridos; (ii) si se respetaron con la reforma los principios constitucionales del trabajo y (iii) si las reformas se encuentran justificadas conforme al principio de proporcionalidad y razonabilidad.

En lo que tiene que ver con la proporcionalidad para analizar si las medidas plasmadas en cambios legislativos se debe atender al principio de idoneidad, presupuesto de necesidad, hasta llegar hasta al último paso del test de verificar la **proporcionalidad en sentido estricto** que consiste en confrontar el principio de no regresividad con otros principios constitucionales como la garantía de sostenibilidad del sistema o los principios de universalidad, solidaridad y Eficiencia cuando se trata de valorar el sistema de seguridad social, para establecer si en el caso concreto se presenta un mayor menoscabo del principio de progresividad frente al principio constitucional que se enfrenta a éste.

Procediendo acuciosos a confrontar el principio de no regresividad con otros principios constitucionales como sería el de sostenibilidad del sistema por ejemplo, que las pensiones pagadas por particulares como en el caso que analizamos, no se encuentran orientadas por este principio pues se pagan con capital privado, por el contrario, estas pensiones del sector privado contribuyen a los regímenes como el subsidiado con el porcentaje de solidaridad.

No se ve claro entonces que finalidad tenía el legislador al terminar las pensiones extralegales de origen convencional pagas con capital privado, por el contrario si se nota con claridad que fue a todas luces una medida desproporcionada. Fue una medida regresiva pues la limitación por parte del mismo constituyente derivado, de negociar beneficios pensionales que en nada venían afectando al sistema de seguridad social es una afrenta al derecho de negociación colectiva, es atentar contra la democracia misma, contra la libertad de expresión vista en el seno de la organización sindical; no quiere ello decir que el legislador de todas formas si debía controlar mas de un acto que venía desangrando el tesoro publico, como la pensión graciosa, las pensiones de CONCOLPUERTOS , FERROCARRILES DE COLOMBIA que sin duda alguna fueron en verdad una defraudación y dilapidación de recursos. Pero seguirá en el tintero la duda de si la medida adoptada debía tratarse con el mismo rasero para otros sectores sin intervención del estado.

9. LIMITES DE LA LIBERTAD DE CONFIGURACION DEL LEGISLADOR EN MATERIA DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

La libertad de configuración es de amplia aplicación en el derecho colombiano, sin embargo será tocado a partir de sus limitaciones en el espectro de la seguridad social.

Cuando se enfoca la libertad de configuración del legislador se parte de la premisa de que la labor de la creación de las normas jurídicas y su incorporación en el ordenamiento jurídico no es ilimitada, está sujeto a un control y uno de ellos es el control constitucional. En materia de configuración de normas jurídicas que implican modificaciones en el ordenamiento jurídico de manera especial en materia de la seguridad social, el legislador debe observar un umbral de condiciones encaminadas a la conservación esencial del ordenamiento jurídico el cual se encuentra representado en el pensamiento filosófico y los principios constitucionales que orientan el sistema jurídico. Esto no quiere decir que el sistema jurídico se torne inmodificable, pues el derecho es cambiante, empero Aquella realidad fáctica que el reformador pretende en su sabiduría, modificar; de hecho, aquellas mutaciones que comportan sustituciones sustanciales a la constitución política verbi gratia so pretexto de modificación del ordenamiento bajo el amparo de la Libertad de configuración están llamadas a un naufragio jurídico en virtud del artículo 4° de la constitución política “la constitución es norma de normas” en todo caso de incompatibilidad entre la constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicaran las disposiciones constitucionales.

Como lo ha dicho la corte constitucional la libertad de configuración del legislador pende de la observancia de principios de rango constitucional entre los que encontramos uno ya analizado como lo es la progresividad en materia de derechos económicos, sociales y culturales, pero además la jurisprudencia de la corte es del sentir que la progresividad en materia de pensiones debe valorarse además a de los criterios esbozados en el título de la progresividad, a partir de la afectación al principio de los derechos adquiridos, meras expectativas y una novedosa categoría intermedia conocida como **expectativas legítimas de derecho**.

Dijo la corte:

*Por otra parte y en cuanto a la aplicación del principio de progresividad y prohibición de regresividad específicamente **en materia de pensiones**, se constata que la Corte acogió la regla de la presunción de inconstitucionalidad prima facie y el control estricto de constitucionalidad mediante la verificación de la proporcionalidad del retroceso utilizando el “test de no regresividad”. Sin embargo,*

se debe subrayar que en este caso ha valorado especialmente si se trata de retrocesos de “meras expectativas” o de “derechos adquiridos y ha establecido una categoría intermedia de protección que denominó “expectativa legítima”.

La doctrina en cabeza de los hermanos MASSEUD define que los derechos adquiridos son aquellos que han entrado al patrimonio del sujeto de quien los ostenta por el cumplimiento de los requisitos que permiten acceder a dicho derecho.

Por su parte las meras expectativas son situaciones y condiciones de hecho en vía de construir y configurar un derecho, no son propiamente derechos, pero ciertas condiciones le confieren vocación de consolidarse en un derecho, una vez consolidado el derecho, entran al patrimonio de su causante.

La diferencia mas notable entre los derechos adquiridos y las meras expectativas es que los primeros al conformar el patrimonio de quien ostenta el derecho se encuentran fuera de la orbita de modificación del legislador en virtud de la libertad de configuración, mientras que las segundas por ser situaciones de hechos son susceptibles de ser modificadas con los cambios legislativos, lo contrario sería petrificar la evolución del derecho.

Lo que ha dicho la corte:

“El derecho adquirido se incorpora de modo definitivo al patrimonio de su titular y queda a cubierto de cualquier acto oficial que pretenda desconocerlo, pues la propia Constitución lo garantiza y protege; no ocurre lo mismo con la expectativa que, en general, carece de relevancia jurídica y, en consecuencia, puede ser modificada o extinguida por el legislador. Y es en esta última categoría donde debe ubicarse la llamada 'condición más beneficiosa'. Se puede concluir que quien ha satisfecho los requisitos de edad y tiempo de servicio o número de semanas cotizadas, exigidas por la ley para acceder a una pensión de jubilación o de vejez, tiene un derecho adquirido a gozar de la misma. Pero quien aún no ha completado el tiempo de servicio o llegado a la edad prevista en la norma legal, no tiene un derecho sino que se halla apenas ante una simple expectativa de alcanzarlo en el momento de reunir la condición faltante”.

La necesidad de evolución del derecho ha permitido por ende evolucionar a la jurisprudencia constitucional y corresponder a las situaciones derivadas de los tránsitos legislativos a fin de conjurar los actos inequidad que se han configurado con ocasión de las expectativas legítimas de derecho que sin pertenecer a la esfera de los derechos adquiridos, por alguna situación o requisito no configurado le ubican en un limbo jurídico pese a su seria vocación de derecho.

en palabras de la corte: sentencia C -663 DE 2007.

“...los regímenes de transición en el ámbito pensional han sido entendidos como mecanismos de protección previstos por el legislador, mediante los cuales se pretende que los cambios introducidos por una reforma normativa no afecten excesivamente a quienes tienen una expectativa próxima de adquirir un derecho, por estar cerca del cumplimiento de los requisitos necesarios para acceder a él, en el momento del cambio legislativo.

La consagración de tales regímenes, le permite al legislador ir más allá de la protección de los derechos adquiridos de las personas, para salvaguardar incluso las expectativas de quienes están próximos por edad, tiempo de servicios o número de semanas cotizadas a adquirir el derecho a la pensión de vejez, lo que corresponde a una plausible política social que en lugar de violar la Constitución, se adecua al artículo 25 [de la Carta] que ordena dar especial protección al trabajo”

Los regímenes de transición, en consecuencia, (i) recaen sobre expectativas legítimas de los asociados y no sobre derechos adquiridos; (ii) su fundamento Es el de salvaguardar las aspiraciones de quienes están cerca de acceder a un derecho específico de conformidad con el régimen anterior y (iii) su propósito es el de evitar que la subrogación, derogación o modificación del régimen anterior, impacte excesivamente las aspiraciones válidas de los asociados, especialmente si existe la posibilidad de minimizar esa incidencia y de armonizar las expectativas ciudadanas y los cambios legislativos a través de un régimen de transición”.

Del mismo modo se definió en dicha Sentencia el concepto de “expectativa legítima” afirmándose que estas suponen “una probabilidad cierta de consolidación futura del correspondiente derecho, si se mantienen las condiciones establecidas en una ley determinada. Tales expectativas pueden ser modificadas por el legislador en virtud de sus competencias, si ello se requiere para cumplir fines constitucionales, pero no pueden ser modificadas de una manera arbitraria en contraposición a la confianza legítima de los ciudadanos”.

Por otra parte se estableció en dicha Sentencia que aunque es posible que el legislador modifique los regímenes de transición con posterioridad a su consagración, porque éstos no pueden ser concebidos como normas pétreas, “los criterios de razonabilidad y proporcionalidad exigibles genéricamente en las transformaciones legislativas y los principios de confianza legítima (Art. 83 C.P), derechos mínimos de los trabajadores y progresividad de los derechos sociales (Art. 53 y 93 C.P), son límites específicos que debe respetar el Congreso en las modificaciones que se introduzcan a un régimen de transición en materia pensional. Explica finalmente que teniendo en cuenta estos presupuestos plantearían problemas constitucionales los cambios que impliquen para quienes se encontraban amparados por un régimen de transición, por ejemplo, “(i) la exclusión arbitraria de las personas de ese régimen, (ii) la supresión injustificada de la totalidad del régimen de transición ya consagrado, durante el lapso legislativo de su vigencia y eficacia, o (iii) el establecimiento de nuevas condiciones que constituyan una carga desproporcionada o que tengan por efecto excluir arbitrariamente personas ya cobijadas por el régimen”.

Esta tendencia jurisprudencial viene siendo irradiada por esta corte incluso en el tema del reten social en el caso del cambio de naturaleza de entidades del estado y por ende la naturaleza de sus servidores, como también en el caso particular de los llamados pre-pensionados o próximos a adquirir una pensión frente al cierre de la entidad.

El alcance del artículo 12 de la Ley 790 de 2002 o “Retén Social” para las personas próximas a pensionarse.

En desarrollo del artículo 13 Superior, esta Corte ha estudiado el tema de la protección constitucional de las expectativas de quienes están próximos a pensionarse. Es así como en Sentencia C-168 de 1995, en la cual se analizó la exequibilidad del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la Corte señaló que los regímenes de transición en materia pensional van más allá de la simple protección de derechos adquiridos, pues constituyen una verdadera protección de las expectativas de las personas que están próximas a pensionarse, lo cual representa una verdadera política social del Estado. La Corte explicó que esta protección no riñe con la Constitución, sino que, por el contrario, se ajusta a lo ordenado en su artículo 25 Superior.

Respecto de los pre-pensionados como beneficiarios del retén social, la Corte hizo las siguientes precisiones en sentencia C 795 de 2009:

El límite temporal establecido para la protección constitucional derivada del retén social la terminación definitiva de la existencia jurídica de la empresa, o el momento en que quede en firme el acta final de la liquidación.

Tiene la condición de pre-pensionado para efectos de la protección reforzada reconocida por el legislador a sujetos de especial vulnerabilidad, en el contexto de procesos de renovación de la administración pública, el servidor público próximo apensionarse al cual le falten tres (3) o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez.

El término de tres (3) años o menos, debe contabilizarse a partir de la fecha en que se declara la reestructuración de la entidad de la administración Pública. La protección surge desde el momento mismo en que empiezan a regir las normas que inician el proceso de liquidación.

El lapso durante el cual es posible mantener la protección de estabilidad reforzada por las personas próximas a pensionarse, es durante el tiempo por el cual se prolongue el proceso de liquidación, y hasta la extinción material y jurídica de la entidad sometida a dicho proceso. En relación con la situación específica de los pre-pensionados ha precisado en su más reciente jurisprudencia que la protección durará “hasta cuando se reconozca la pensión de jubilación o vejez o se de el último acto de liquidación de la entidad, lo que ocurra primero”.

Cuando no es posible el reintegro, el ente en liquidación, por intermedio de la empresa liquidadora, y a cargo de quien asuma el pasivo pensional de la empresa o institución extinta, deberá garantizar la realización de los aportes en pensión hasta tanto la persona próxima a pensionarse cumpla con el requisito para acceder a dicho derecho.

10. SOLUCION DEL CASO

Vertidos los conceptos sobre la compatibilidad pensional pareciere estar zanjada la discusión frente al tema de la aplicabilidad de las pensiones compartibles y las que no lo son, tal vez así lo sea, de hecho la jurisprudencia en este punto ya es añeja y patria, no obstante la solución al caso planteado estaría dada si se tratara de un simple ejercicio escolar de interpretación gramatical del plurimentado acto legislativo 01 de 2005, lo que equivaldría a decir que el tema está definido. No siendo así, es plausible considerar que para establecer una solución de puro derecho frente al caso planteado, resulta absolutamente imprescindible mirarlo desde la óptica de un juicio de constitucionalidad como en efecto en este punto se hará.

Antes de proceder a una solución que se corresponda y atienda a una trascendencia jurídica, especialmente en los orbes del derecho constitucional, es pertinente mencionar que el acto legislativo 01 de 2005 ha sido objeto de múltiples demandas de constitucionalidad, pero a la postre ha sobrevivido la reforma, las acciones instauradas han resultado fallidas por algo que he denominado una improcedencia restrictiva de la acción de inconstitucionalidad como enseguida se pasará a explicar:

Antes de ello, de una vez coloco en evidencia el criterio particular inclinado y plenamente identificado de que el párrafo 3° del acto legislativo en su contenido es en verdad contrario a la CONSTITUCIÓN, por consiguiente enerva de el una condición espuria en su esencia y sustancia. No sucede lo mismo con todo ritual bien llevado para su acabado final, esto es la observancia de formalidades bien llevadas que dio lugar a su incorporación definitiva en el texto de LA CONSTITUCIÓN. Lo hasta ahora acotado nos coloca frente a un problema jurídico de una complejidad capital como lo es la perennidad de los actos legislativos en el ordenamiento jurídico más allá de las discusiones que se contraigan con relación con su validez material.

A continuación la sustentación a lo esgrimido:

Artículo 241 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA:

A la corte constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la constitución; en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promueven los ciudadanos contra los actos reformativos de la constitución, cualquiera que sea su origen, solo por vicios de procedimiento en su formación. (Subrayé).

Para tratar de ir descendiendo en la densidad del tema, sea preciso considerar que es posible reformar el ordenamiento superior pues este no contiene normas pétreas e inmodificables en el tiempo, por lo tanto esta llamado a ser reformado.

Existe entonces un poder de reforma que radica en cabeza del constituyente, no obstante dicha facultad con alguna excepción, tiene unos límites definidos, no es absoluto. Puede reformarse entonces LA CONSTITUCION POLITICA, o lo que es lo mismo son actos reformativos de LA CONSTITUCION POLITICA, la expresada en un acto legislativo, la asamblea constituyente y referendo.

Al poder reformativo del ordenamiento superior le comprenden unos límites competenciales de reforma, que para ser entendido resulta imperioso saber quienes tienen facultades competenciales de reforma, LA CORTE CONSTITUCIONAL en varias sentencias entre las que se encuentra la C-551 de 2003, C- 1040 de 2005 y la C-303 DE 2010 lo explicó así:

A su vez, el establecimiento de límites al poder de reforma remite, en criterio del mismo precedente, a cuestiones trascendentes de teoría política, como es la distinción entre el poder Constituyente y los poderes constituidos, también denominados como constituyentes derivados. De acuerdo con esta diferenciación, cuando se adelantan reformas constitucionales por parte de poderes constituidos, como es el Congreso, es evidente que el presupuesto para la validez de esa actuación está, precisamente, en la Carta Política, pues es este documento jurídico el que (i) se fijan las reglas, calidades y condiciones para la conformación del Congreso; y (ii) se le asigna la competencia al órgano de representación popular para adelantar la reforma constitucional. Esta clara relación de subordinación entre el poder constituido y la norma que le confiere las potestades tanto para su conformación como para modificar la Carta

Por su parte, el poder de reforma, o poder constituyente derivado, se refiere a la capacidad que tienen ciertos órganos del Estado, en ocasiones con la consulta a la ciudadanía, de modificar una Constitución existente, pero dentro de los cauces determinados por la CONSTITUCIÓN misma. Ello implica que se trata de un poder establecido por la CONSTITUCIÓN, y que se ejerce bajo las condiciones fijadas por ella misma. Tales condiciones comprenden asuntos de competencia, procedimientos. La Corte insiste en su jurisprudencia que en “el mundo contemporáneo, en desarrollo de los principios democráticos y de la soberanía popular, el poder constituyente está radicado en el pueblo, quien tiene y conserva la potestad de darse una Constitución. Este poder constituyente originario no está entonces sujeto a límites jurídicos, y comporta, por encima de todo, un ejercicio pleno del poder político de los asociados. (...).

El raciocinio constitucional explicado es de vital comprensión al momento de ejercer un control constitucional de los actos reformativos de la CONSTITUCION, por cuanto si el poder constituyente derivado o constituido tiene sus límites, el control llámese abstracto de constitucionalidad también lo tiene y esos límites en uno y otro estadio radica en que para el constituyente derivado existe un poder de reforma que no puede ser en esencia una sustitución de la constitución en razón de un límite competencial reformativo. En cuanto al control constitucional como ya lo hemos dicho, las revisiones en cuanto a los actos reformativos se refiere se circunscriben única y exclusivamente a vicios de forma o procedimiento, cada vez que ante demandas de inconstitucionalidad se debatan análisis materiales de los actos reformativos, LA CORTE CONSTITUCIONAL en principio se inhibirá como de hecho lo viene predicando.

Bajo este entendimiento resulta conveniente exponer la diferencia fundamental entre reforma constitucional y sustitución:

La corte en **sentencia C-303 de 2010** así lo ha explicado: “se advierte que en efecto, la diferencia entre violación de la Constitución y sustitución de la Constitución no es de grado sino de naturaleza. La violación de la Constitución consiste en la contradicción entre la norma superior y otra norma considerada inferior y sujeta a lo dispuesto por la norma superior. Si se aplicara el concepto de violación al control de las modificaciones a la Constitución, toda reforma constitucional al contradecir lo que dice la norma constitucional por ella reformada sería violatoria de la Constitución, lo cual tornaría en inmodificable la Constitución y supondría degradar al rango de norma inferior toda reforma constitucional por el

hecho de ser reforma del texto original. Esta conclusión es inadmisibles no solo en teoría sino en virtud de lo dispuesto por el artículo 374 de la Carta.”

A fin de otorgar herramientas interpretativas que sirvan para dilucidar si, en cada caso concreto, se está ante el fenómeno de la reforma o la sustitución, la jurisprudencia ha diferenciado entre las figuras de la intangibilidad y la insustituibilidad.

El primer fenómeno se presenta cuando en un ordenamiento dado el Constituyente decide excluir determinadas normas o materias de la posibilidad de ser reformadas, configurándose lo que comúnmente se ha denominado como cláusulas pétreas. De otro lado, la insustituibilidad refiere a la existencia en todo orden constitucional de ejes esenciales y definitorios del mismo, que si llegasen a ser reformados, afectarían la identidad de la Constitución, convirtiéndola en un texto distinto. Por ende, si estos asuntos llegaren a ser subvertidos o eliminados a través del ejercicio del poder de modificación constitucional adscrito a los órganos constituidos, no se estaría ante el ejercicio legítimo del poder de reforma, sino ante la sustitución de la Carta Política.”

Podemos inferir que hasta antes de la sentencia acotada la corte no había desarrollado con mayor guisa el concepto de sustitución ni su contraste con el de reforma o modificación, al limite de que solo enunció en sentencias como la C-551 de 2003 y C-472 de 2006 sobre la sustitución cuando la supuesta reforma de la constitución contraviene elementos definitorios de la constitución. Sin embargo ha sido a través de sentencias como la C-303 de 2010, la C-395 de 2011, la C-141 de 2010 en las que corte dado el eje temático de cada una de esas providencias, es decir los actos reformativos demandados para cada caso, los que le han permitido explayar un concepto que hasta antes nos parecía inconcluso, veamos:

La jurisprudencia ha denotado que el juicio para determinar si el poder constituido ha incurrido en sustitución de la Carta no es de grado, sino de naturaleza. En ese orden de ideas, bien puede el reformador modificar la Constitución de forma profunda y sustantiva, sin que ello signifique que se ha sustituido por otra distinta. Así, la Corte ha insistido en la necesidad de distinguir con la claridad suficiente los planos de “... la reforma y la sustitución constitucional. La reforma proviene de una decisión del Congreso que puede contradecir normas constitucionales preexistentes. Incluso, puede llegar a tratarse de una contradicción radical que directamente derogue mandatos o principios constitucionales fundamentales y que suponga la transformación dramática de algunas instituciones constitucionales o que contradiga la tradición constitucional. Todo esto es normal en procesos de

reforma constitucional. En efecto, toda reforma supone un cambio y si este se predica de la Constitución, supone entonces un cambio sustancial o radical de instituciones jurídico-políticas fundamentales pues son estas las que se encuentran en la Carta. Lo que no puede ocurrir, es que una tal modificación suponga la sustitución del modelo constitucional vigente, es decir, la sustitución de la opción política fundamental consagrada en la fórmula política de la Constitución. Todo lo demás, por grave, importante, definitivo que resulte, puede ser objeto de reforma constitucional sin que la Corte pueda oponer límite competencial alguno.” (Subrayas no originales).

De tan importante magnitud resulta este análisis para poder comprender el caso construido y dimensionar los efectos jurídicos que trajo la reforma pensional del acto legislativo 01 de 2005 frente a los derechos del trabajo y si tal reforma sustituyó elementos definitorios de la CONSTITUCION POLITICA por vicios competenciales de un acto reformativo que no se encontraba en cabeza del constituyente derivado.

La sentencia C-472 de 2006 referente precisamente a una demanda de constitucionalidad del acto legislativo 01 de 2005 obtuvo dos salvamentos de voto los cuales considero vale la pena transcribir en su tenor literal, puesto que ellos le dan una entidad al trabajo de una trilogía dimensional colosal como elemento definitorio de la CONSTITUCION POLITICA. JAIME ARAUJO RENTERÍA frente a la inhibición de la corte de referirse a la constitucionalidad de la reforma.

La negociación colectiva en materia laboral es un medio apropiado e insustituible para concretar y desarrollar la protección especial que la Constitución colombiana otorga al trabajo, de tal modo que dicha protección no se limite al mínimo de principios, derechos y garantías previstos en aquella y en las leyes que la desarrollan. Por consiguiente, la exclusión o la restricción de la negociación colectiva laboral en el ordenamiento jurídico representan necesariamente la exclusión o la restricción de dicha protección, que a su vez es uno de los elementos definitorios de la esencia de la Constitución colombiana. Por estas razones, la exclusión que las expresiones demandadas hacen en materia pensional configura una sustitución de la Constitución, en cuanto reemplazan la protección especial del trabajo por su desprotección o desamparo, en esa materia, lo cual es totalmente opuesto o integralmente diferente al conjunto de normas de la Constitución, así como al bloque de constitucionalidad en la misma materia, esto es, totalmente incompatibles con ellos. En consecuencia, tales expresiones debieron

declararse inexecutable, por falta de competencia del Congreso de la República como órgano reformador de la Constitución. Por otra parte, los apartes demandados no sólo sustituyen parcialmente la Constitución, sino que también, más allá, sustituyen la voluntad del pueblo soberano, consagrada en el Art. 3º de aquella, de la cual deriva el poder constituyente. En el caso en examen, como es de conocimiento público, la pregunta contenida en el citado numeral 8 del Art. 1º de la Ley 796 de 2003, no fue aprobada por el pueblo en el referendo efectuado el 25 de Octubre de 2003, al igual que otras preguntas contenidas en esa ley, al no haber obtenido las mismas un número de votos afirmativos que excediera de la cuarta parte del total de ciudadanos que integraban el censo electoral. Por consiguiente, dicho asunto ya fue definido por el pueblo. Por esta razón, la aprobación posterior de dichos contenidos normativos por el Congreso de la República en los Parágrafos 2º y Transitorio 3º del Art. 1º del Acto Legislativo 01 de 2005, representa una sustitución de la voluntad soberana, consagrada en el preámbulo y el Art. 3º de la Constitución, por la propia voluntad de dicho órgano constituido, sin tener manifiestamente competencia para hacerlo y vulnerando el Art. 374 superior.

Salvamento de voto del Dr. MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de esta corporación, me permito salvar mi voto en relación con la Sentencia C-472 de 2006 con base en las siguientes razones:

A. Si existía en la demanda cargo y además debió prosperar con fundamento en las razones que expresé en el proyecto de fallo del que fui Ponente y que son:

B. Límites al poder de reforma de la Constitución

Esta corporación ha expresado que en el constitucionalismo colombiano el poder de reforma, por ser constituido, tiene límites de competencia expresamente establecidos en el Art. 374 de la Constitución, pues no puede

sustituir, subvertir ni derogar la Constitución, y que para establecer si aquel ha respetado dichos límites el juez constitucional debe tener en cuenta los valores y principios contenidos en la Constitución y los que derivan del bloque de constitucionalidad. Al respecto expresó:

“36- En tal contexto, como las autoridades sólo pueden hacer aquello que les está expresamente permitido (CP arts 6 y 121), y la Constitución no sólo no consagra expresamente (pudiendo haberlo hecho) la posibilidad de sustitución total de la Carta, sino que además establece expresamente que la Constitución “podrá ser reformada” (Título XIII), una conclusión se impone: en el constitucionalismo colombiano, el poder de reforma tiene límites competenciales, pues no puede sustituir la Constitución de 1991. Se trata de un límite expresamente establecido por el Constituyente originario en el artículo 374 de la Constitución adoptada en 1991 por la Asamblea Constituyente como comisionada del pueblo soberano.

“37- El argumento precedente muestra que un poder de reforma sin límites competenciales elimina también la distinción básica entre poder constituyente originario y poder constituyente derivado o de reforma. Y es que el acto del constituyente primario trasciende la mera “adopción” verbal o escrita de la Constitución pues, a partir de tal manifestación –sea compleja o sencilla-, se define la estructura del poder estatal, las relaciones entre el Estado y el resto de la sociedad, los deberes estatales y los derechos y deberes de los particulares, los mecanismos de solución de conflictos, y la manera de proteger dicho esquema adoptado. En este orden de ideas, se entiende que el poder constituido (que incluye el poder de reforma de la Constitución), únicamente tiene existencia a partir del hecho constituyente y en los términos definidos por las decisiones fundamentales tomadas por el poder constituyente.

“El Constituyente derivado no tiene entonces competencia para destruir la Constitución. El acto constituyente establece el orden jurídico y por ello, cualquier poder de reforma que el constituyente reconozca únicamente se limita a una revisión. El poder de reforma, que es poder constituido, no está, por lo tanto, autorizado, para la derogación o sustitución de la Constitución de la cual deriva su competencia. El poder constituido no puede,

en otras palabras, arrogarse funciones propias del poder constituyente, y por ello no puede llevar a cabo una sustitución de la Constitución, no sólo por cuanto se estaría erigiendo en poder constituyente originario sino además porque estaría minando las bases de su propia competencia.

“39. Conforme a lo anterior, la Corte concluye que aunque la Constitución de 1991 no establece expresamente ninguna cláusula pétrea o inmodificable, esto no significa que el poder de reforma no tenga límites. El poder de reforma, por ser un poder constituido, tiene límites materiales, pues la facultad de reformar la Constitución no contiene la posibilidad de derogarla, subvertirla o sustituirla en su integridad. Para saber si el poder de reforma, incluido el caso del referendo, incurrió en un vicio de competencia, el juez constitucional debe analizar si la Carta fue o no sustituida por otra, para lo cual es necesario tener en cuenta los principios y valores que la Constitución contiene, y aquellos que surgen del bloque de constitucionalidad, no para revisar el contenido mismo de la reforma comparando un artículo del texto reformatorio con una regla, norma o principio constitucional – lo cual equivaldría a ejercer un control material. Por ejemplo, no podría utilizarse el poder de reforma para sustituir el Estado social y democrático de derecho con forma republicana (CP art. 1º) por un Estado totalitario, por una dictadura o por una monarquía, pues ello implicaría que la Constitución de 1991 fue remplazada por otra diferente, aunque formalmente se haya recurrido al poder de reforma. (

Protección especial al trabajo en la Constitución vigente

El ordenamiento constitucional colombiano consagra el trabajo en general, tanto el subordinado o dependiente como el independiente, como uno de los valores y propósitos del Estado (preámbulo) y uno de los principios fundantes del mismo, junto con el respeto de la dignidad humana, la solidaridad de las personas y la prevalencia del interés general (Art. 1º).

En el mismo sentido, establece que el trabajo es un derecho y una obligación social y goza “en todas sus modalidades” de la especial protección del Estado y que toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas (Art. 25). Dicha protección especial ostenta una mayor entidad o un mayor grado en relación con el trabajo subordinado o dependiente, por causa de la estructura desigual de la relación económica entre el empleador y el trabajador.

Esta condición de desigualdad explica que el constituyente haya dispuesto que el Congreso de la República debe expedir el estatuto del trabajo y que la ley correspondiente deberá tener en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de Derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad; garantía del pago oportuno y del reajuste periódico de las pensiones legales.

Sobre este tema la Corte Constitucional ha señalado:

“La Corte ha hecho énfasis en que tanto los posibles estímulos como las limitaciones de orden legal a las que puede verse sometida la libertad económica y de empresa, han de tener como guía la garantía de los derechos fundamentales de las personas y la prevalencia del interés general. También ha destacado que el ejercicio de esa libertad, debe ser compatible con la protección especial estatal otorgada a derechos que, como el del trabajo y demás ligados a éste, son determinantes para alcanzar los fines económicos para los cuales fue creada la empresa, garantizando su realización efectiva,

pero dentro del entorno que asegure la vigencia de un orden justo, protegido por las distintas autoridades públicas

“Al respecto ha señalado la Corporación lo siguiente:

“(E)l derecho al trabajo surge con particular importancia a partir del Preámbulo de la Constitución, a efectos de ser protegido en la perspectiva de un orden político, económico y social justo. A lo cual concurre el artículo 1 ibídem otorgándole un valor fundante en el Estado Social de Derecho que entraña Colombia, ámbito en el que les corresponde a las autoridades proveer a su garantía en condiciones dignas y justas, es decir, atendiendo a la realización de los fines del Estado materializando los atributos y consecuencias del derecho al trabajo. Así entonces, dentro de la órbita estatal, a partir de políticas laborales consonantes con la dignidad y justicia que deben irradiar el derecho al trabajo, le compete al Legislador establecer normas tendientes a salvaguardar los intereses del empleado frente al empleador. Vale decir, es tarea fundamental del Estado en general, y del Legislador en particular, promover las condiciones jurídicas y fácticas necesarias a la reivindicación del trabajo, en el entendido de que la libertad de empresa con criterio rentable implica a su vez una función social en cabeza de los empleadores, función ésta que en términos constitucionales tiene como primeros destinatarios a los trabajadores de la empresa y, subsiguientemente, a los clientes de sus bienes y servicios.”

El presente salvamento de voto revela un flagrante vicio competencial del constituyente derivado frente al acto reformativo, lo cual la CORTE CONSTITUCIONAL mira con sigilo, al extremo que prefirió inhibirse en el control constitucional esgrimiendo imposibilidad de ejercer un control material y gravando al actor de la demanda de algo que la misma corporación ha llamado una carga argumentativa mayor como se verá:

En efecto, lo que se exige es que la acusación debe ser suficientemente comprensible (clara) y recaer verdaderamente sobre el contenido de la

disposición acusada (cierta). Además el actor debe mostrar cómo la Disposición vulnera la Carta (especificidad), con argumentos que sean de naturaleza constitucional, y no legales ni puramente doctrinarios ni referidos a situaciones puramente individuales (pertinencia). Finalmente, la acusación debe no sólo estar formulada en forma completa sino que debe ser capaz de suscitar una mínima duda sobre la constitucionalidad de la norma impugnada (suficiencia).

La solución de este caso como viene planteado estriba en conceder para el caso de las convenciones colectivas que venían cursando a 31 de julio de 2005 y que reconocían pensiones de jubilación extralegal de origen convencional el cumplimiento del termino inicialmente pactado inclusive si se trataba de una prórroga, caso en el cual VALENTIN AMARIZ VALDELAMAR entraría a gozar de la pensión compatible de jubilación extralegal de origen convencional.

Por lo demás considero que el plano nacional no ha sido el escenario urídico de discusión ni la herramienta mas eficaz y garantista para darle a esta problemática un destino conducente, sería a través de la jurisdicción internacional en la que se acuse este tipo de medidas como regresivas a fin de comprometer al estado colombiano a un juicio internacional, aunque se advierte de que para el caso concreto ya se ha intentado como se pasará a ver para luego finalizar.

Un importante grupo del sector eléctrico del país conformado por SINTRAISA, SINTRAISAGEN y SINTRACHIVOR formuló una queja ante el COMITÉ DE LIBERTAD SINDICAL contra el estado colombiano, por violación a los convenios 87.98, 151, 154.

Por su parte LA OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO en marzo de 2007 en su 298ª Reunión de CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN y del 344ª informe del COMITÉ DE LIBERTAD SINDICAL, estudió el caso 2434, al pronunciarse, le recordó al estado colombiano que la negociación de los convenios colectivos es voluntaria, y por consiguiente, la autonomía de la partes en la negociación, es un aspecto fundamental de los principios de libertad sindical.

Además dice el Comité, que debe tenerse en cuenta la realidad de la negociación colectiva, que implica un proceso de concesiones mutuas y una certeza razonable de que se mantendrán los compromisos negociados, al menos mientras dure el convenio, ya que éste es resultado de compromisos contraídos por ambas partes.

Agrega, si estos derechos, pueden cancelarse unilateralmente, no podría haber ninguna expectativa razonable de estabilidad en las relaciones laborales, ni confianza suficiente en los acuerdos negociados. Añade, que las partes negociadoras son las mejor preparadas para evaluar las razones y determinar las modalidades de las cláusulas relativas a las pensiones.

En estas condiciones, el Comité concluye que los convenios anteriormente negociados deberían continuar conservando todos sus efectos, incluidos los relativos a las cláusulas sobre pensiones, hasta su fecha de vencimiento, aunque ésta sea después del 31 de julio de 2010.

La OIT se ha pronunciado desde el año 2007 hasta el 2009 en repetidas ocasiones en el mismo sentido, y en forma consecutiva EL COMITÉ DE LIBERTAD SINDICAL a través DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN viene recomendando al gobierno colombiano que adopte las medidas necesarias a fin de que los convenios colectivos que contienen cláusulas sobre pensiones, cuya vigencia va más allá del 31 de julio de 2010, mantengan sus efectos hasta su vencimiento y que realice consultas para encontrar una solución negociada aceptable para todas las partes interesadas en el tema de las pensiones, asegurando que a través de la negociación colectiva se pueden mejorar las prestaciones sobre pensiones.

Y en febrero 24 de 2010, LA COMISIÓN DE EXPERTOS EN APLICACIÓN DE CONVENIOS Y RECOMENDACIONES retomó el tema y observó que si las convenciones pierden vigencia en virtud del Acto Legislativo, ello puede implicar una modificación unilateral del contenido de los convenios colectivos firmados, lo cual es contrario a los principios de la negociación colectiva así como al principio de los derechos adquiridos por las partes.

De este modo doy por culminado la presente construcción de este caso cuya temática ha sido objeto de un amplio espacio de discusión jurídica, a la espera de un pronunciamiento mas de fondo de la corte constitucional y los tribunales de justicia internacionales como es la corte interamericana de derecho humanos, ante quien también cursa denuncia de violación de derechos con la implementación de la reforma constitucional sucintamente estudiada con el presente caso.

Bibliografía

MOLINA M, Carlos Ernesto. Las Normas internacionales del trabajo y su efectividad en el derecho colombiano.: Universidad Icesi. Facultad de derecho. Dirección de postgrados, Cali 2005. 356 Páginas.

ARENAS MONSALVE, Gerardo. El derecho colombiano de la seguridad social.: Universidad Icesi. Cali Facultad de derecho. Dirección de postgrados, 2007. 757 Páginas.

GONZALEZ CHARRY, Guillermo. Derecho laboral colombiano.: Universidad Icesi. Cali Facultad de derecho. Dirección de postgrados, 2004. 800 Páginas.