

CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y CONVENCIÓN COLECTIVA

Jorge Abello Gual*

Resumen

La Constitución nacional ha traído sustanciales reformas a la figura jurídica de la convención colectiva. La nueva visión de la Constitución renueva principios esenciales que regían dicha figura y que tratan de solucionar desde el punto de vista jurídico los problemas sociales, a través del reconocimiento de derechos fundamentales, tales como la libertad sindical, que guíen la aplicación jurídica a una verdadera justicia social.

Palabras clave: Conflicto, derecho de asociación, libertad sindical.

Abstract

National Constitution has brought substantial reforms to the figure of collective convention. The new vision of the Constitution renews essential principles, which ruled that figure and try to solve social problems from a juridical point of view, through the recognition of fundamental rights such as trade-union freedom which could guide the juridical application to a real social justice.

Key words: Conflict, association right, trade-union freedom.

Fecha de recepción: 24 de septiembre de 2003

* Estudiante de 8° semestre del Programa de Derecho.

A MANERA DE INTRODUCCIÓN

En este trabajo plantearé los aspectos jurídicos más importantes sobre el tema de la convención colectiva en Colombia, a partir de la nueva perspectiva que plantea la Constitución nacional y las necesidades propias de la sociedad moderna (la comunidad mundial), contrastándolas con la estructura social, jurídica y política de nuestro país, acompañados, claro está, con mis puntos de vistas y análisis de la bibliografía sobre el tema.

Mi anterior propósito plantea una problemática interesante por resolver, pero me limito a realizar un análisis del problema y una crítica dentro de cada uno de los puntos que voy a tratar. El estudio del tema me lleva a conceptualizar sobre la forma en que nuestra sociedad maneja el sindicalismo, es decir, como una fuente generadora de problemas y no como una forma de dar soluciones a los conflictos sociales que tienen que ver con el derecho al trabajo, que se relaciona con la forma en que el hombre puede realizarse como ser humano, procurando su libre desarrollo personal y su dignidad, que en una sociedad capitalista es tan relativa al desarrollo económico que un ser humano alcance.

Ese proceso de etiquetamiento que han sufrido los sindicatos y el abuso del derecho por parte de sus formadores distorsionan, y de qué manera, el fundamento filosófico de su existencia y originan una distorsión mayor en la aplicación de la teoría. Por lo anterior se llega al resultado obvio de que los medios no sean consecuentes con los fines, y de que la convención colectiva, como instrumento que tienen los sindicatos para procurar mejores condiciones para sus trabajadores, se convierta en medio de certificación de guerras, es decir, forma de solucionar «conflictos colectivos», eufemismo con el que suele hacerse referencia a la confrontación entre los empleadores y los trabajadores. Y concebida de esta forma, la convención colectiva se convierte en el certificado del triunfo de un bando sobre el otro, y no de un acuerdo en que dos partes confluyen con el fin de tratar al ser humano de forma más digna, para poder alcanzar lo más conveniente para todos.

Por otra parte, desde el inicio de este trabajo quiero hacer una crítica a la falta de ciencia e irresponsabilidad con la que se toman las decisiones políticas en el país, lo que genera una compleja problemática social, dado que si el Congreso toma una decisión política a la ligera, ello genera unos efectos jurídicos y otros tantos efectos sociales, que los legisladores ni se percatan y que luego tratan de corregir cuando ya se han producido. La falta de planificación y la falta de estudio de la sociedad para la cual legislan, acompañado de un efecto social-democrático, que es la ausencia

de representación real entre representantes y representados, convierten al órgano en imitador de modelos políticos y jurídicos externos, más que en una fuente de fórmulas que conlleven a la solución de problemas sociales. Por lo cual nuestro Estado funciona a la deriva, se reforma a cada rato las leyes para enmendar errores, por lo cual los gobernados se convierten en unos «ratones de laboratorios», carentes de una cultura democrática, debido a la falta de un ordenamiento jurídico permanente conocido y cumplido por todos.

El contenido de este trabajo se desarrollará en tres partes: la primera trata sobre el concepto de la figura jurídica de la convención; la segunda sobre el problema de la organización sindical, en cuanto a la libertad sindical se trata, como un fenómeno que afecta directamente la figura de la convención colectiva; y la tercera sobre el derecho de los empleados públicos a la negociación colectiva.

1. NATURALEZA JURÍDICA Y EFECTOS

Según el C.S.T., la convención colectiva es *«La que se celebra entre uno o varios patronos o asociaciones patronales, por una parte, y uno o varios sindicatos o federaciones sindicales de trabajadores, por la otra, para fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo»*. Apartir de este concepto legal surge un análisis constitucional que realiza el intérprete autorizado de la Carta con el cual define la naturaleza jurídica de la convención colectiva.

Según dicha naturaleza jurídica, definida por la Corte Suprema de Justicia y posteriormente retomada por la Corte Constitucional, la convención colectiva es un acto regla que surge como un contrato pero que tiene el efecto jurídico de superar la legislación preexistente reconociendo derechos y garantías superiores a las consagradas en la ley. De esta manera, ya desde el estudio de su naturaleza jurídica encontramos un problema. En primera instancia surge como un contrato, es decir, un acuerdo de voluntades, pero su aplicación está por encima de la ley; esto ya es una especialidad, sobre todo tratándose de una prevalencia sobre leyes de orden público como son las laborales. Y esto es algo complejo, por cuanto en la jerarquía de las normas siempre encontramos a los contratos por debajo de la ley, y que en el caso de las convenciones colectivas los jueces deben remitirse primero al contrato sin remitirse a la ley, las cuales se entienden suprimidas por el contenido del contrato sobre ciertas materias; esto ya crea una particularidad que lo diferencia de cualquier contrato:

Es de la naturaleza de la convención colectiva, el que se ocupe de regular las condiciones de trabajo durante una vigencia limitada, en lo concerniente a los aspectos jurídicos y económicos, por cuanto ellas vienen a suplir la actividad legislativa, en lo que respecta al derecho individual y la seguridad social, y a reglamentar la parte económica, en lo que se refiere al campo salarial, prestacional e indemnizatorio, y a los demás beneficios laborales, que eventualmente se puedan reconocer a los trabajadores, considerando las especiales circunstancias de la empresa, en un momento dado, tanto en lo jurídico, como en lo económico.¹

Por otra parte, se aclara que la convención colectiva no es ley porque orgánicamente no proviene del Senado, que formalmente no tiene los procedimientos y forma propia de una ley y que materialmente no es general y abstracta, sino particular y concreta (sólo rige dentro de una empresa), pero que en una controversia laboral donde se demande el incumplimiento de un derecho sustancial consagrado en una convención colectiva, será tomada en cuenta ésta y no la ley. De tal forma que la Corte le ha atribuido un carácter especial a la convención colectiva como fuente formal dentro del derecho laboral:

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, vgr., 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.²

¹ Sentencia C-009-94.

² *Ibid.*

Tan especial es su carácter como fuente formal del derecho que los derechos pactados en forma amplia son irrenunciables y que dicha apreciación es aseverada aun más por la interpretación más favorable en materia laboral reconocida en la Constitución Política. Y digo «en una forma amplia» porque afortunadamente la Corte en Sentencia C-009-94, al establecer la naturaleza jurídica de la convención colectiva, también definió el alcance de esta irrenunciabilidad al aceptar en materia laboral la teoría de imprevisión, que más que teoría es un principio general del derecho que debe inspirar a toda norma que pueda tener relación con ella. De esta manera, la Corte Constitucional dijo que la irrenunciabilidad a los derechos consagrados en una convención colectiva no es un precepto absoluto, sentando una interpretación que supera la favorabilidad en materia laboral, debido a que el vacío interpretativo ha sido suplido por la interpretación establecida en la ya reseñada doctrina constitucional, que es fuente formal de derecho, y que ha dispuesto lo siguiente:

[...] en una nueva convención colectiva puedan modificarse, sustituirse, e inclusive eliminarse derechos, que antes reconocía una convención, siempre que la nueva situación en que se ubique a los trabajadores, en términos reales u objetivos, implique el reconocimiento de derechos que sean iguales o superiores a los obtenidos anteriormente, o que sea imperiosa su revisión, debido a circunstancias excepcionales e imprevisibles.

Pero estos límites colocados por la Corte fundamentados con el anterior principio pueden presentar problemas para los operadores de la justicia en su aplicación, ya que es a ellos a quienes le tocará determinar cuáles son «los términos reales u objetivos para determinar si la nueva situación es igual o superior a la que se encontraban los trabajadores en una antigua convención, con respecto a una nueva», o determinar cuáles son las circunstancias excepcionales e imprevisibles que requieren de la revisión de la convención; por tanto, queda en manos de los juristas la responsabilidad de implementar adecuadamente este principio, debido a que la situación requiere de un manejo delicado por parte del aparato jurisdiccional, el cual debe evitar los errores que se pueden producir con relación al derecho constitucional de la irrenunciabilidad de condiciones laborales en contra de los trabajadores. O de otra forma se puede generar la apatía de los jueces a la utilización de la teoría de la imprevisión aduciendo el principio de favorabilidad cuando en la realidad social el caso necesita de la revisión de las condiciones de la convención, con lo cual se produce un atropello y un tratamiento discriminatorio al empleador, por falta de precisión en la concepción jurídica del aparato judicial, en la aplicación de una regla de permiso oscura.

Me parece sumamente interesante que dentro del derecho se abran estos tipos de debates, porque un principio tan general requiere un gran esfuerzo por parte de los litigantes, quienes tienen la carga de argumentar la existencia o no de una situación excepcional e imprevisible que da origen a la aplicación de la teoría de la imprevisión o que existe igualdad entre las condiciones que tenía un trabajador establecidas en una convención antigua, y a su vez desvirtuar la posición de su contraparte, y demostrarle así al juez que su posición es la más acorde con la justicia social. Por otra parte, dentro de este aspecto queda un campo de estudio importante en cuanto que la doctrina constitucional ha sentado las bases para limitar la irrenunciabilidad de condiciones por parte de los trabajadores. Ahora es menester estudiar el alcance y límite de esta nueva regla de permiso dentro de la convención colectiva.

Pero mi inquietud ahora es: ¿Ha debido seguir la Corte Constitucional en su posición proteccionista hacia el trabajador valiéndose del Estado social de derecho, en vez de haber dado un revés a lo que consideran los trabajadores la conquista de derechos?

Hay que tener en cuenta que el Estado social de derecho implica la prevalencia de la realidad social y la justicia social sobre la ley, y que la sustancialidad debe primar sobre la formalidad. En el momento en que se presente determinada circunstancia social que ponga en desventaja clara e inminente a una de las partes contratantes, es necesario revisar las condiciones del contrato. Y en el caso de la convención colectiva, el mismo Art. 480 establece el principio de la teoría de la imprevisión aplicable a las convenciones colectivas. Pero no sólo en el evento de un contrato debe atenderse el juez a hacer prevalecer la realidad social, porque si bien el juzgador encuentra argumentos suficientes dentro de la circunstancia, puede hacer prevalecer la realidad social frente a la misma ley, porque la Constitución no sólo se lo permite, sino que le ordena, a la luz de la nueva perspectiva de un Estado social de derecho, hacer prevalecer la realidad social y la justicia social frente al ordenamiento jurídico, según los criterios jurídicos que pueda encontrar en la ley –en sentido amplio– a la cual se encuentra sometido. Un ejemplo claro de esta realidad jurídica es la excepción de inconstitucionalidad. De esta manera, si tanto el contrato como la ley deben ceder ante la realidad social y la justicia social, es lógico que la convención deba ceder al mismo fin social del Estado a pesar de su naturaleza jurídica especial, y que la Corte la ha tratado como un contrato al aplicarle la teoría de la imprevisión:

Por principio, las obligaciones inicialmente consideradas en la celebración de un negocio jurídico subsisten, mientras las circunstancias originales no hubieren sufrido un cambio o modificación fundamental; no obstante, cuando quiera que sobrevengan imprevisibles y graves alteraciones de la normalidad económica, acudiendo a la teoría de la imprevisión, que se fundamenta en el principio «rebus sic stantibus», es jurídicamente posible, la revisión de una convención para ajustarla a la nueva realidad social, económica y jurídica. En nuestro derecho colectivo del trabajo, tiene plena aplicación la teoría de la imprevisión en la norma del artículo 480 del c.s.t., que igualmente es de recibo en las diferentes ramas del derecho, incluyendo el derecho internacional (artículo 62 de la Convención de Viena, aprobada por la Ley 33 de 1985).

Por otra parte, planteo que en cuanto a las razones de conveniencia política no puede convertirse el Estado, las leyes y mucho menos la Constitución en un instrumento que fomente la opresión de un grupo social por otro, porque según el derecho a la igualdad, todo ser humano, sin consideración a su nivel social, debe recibir de la ley un trato igualitario. Por lo mismo es que el principio de la favorabilidad en materia laboral no puede aplicarse de manera absoluta, dado que en algunos casos este principio puede ocasionar un tratamiento desigual al empleador por parte de la ley, debido a lo cual iría en contra del fin social del Estado, que es la justicia social. Por lo anterior, la convención no puede convertirse en un límite al fin social del Estado, debido a que ésta es un medio más para conseguir dicho fin, y debe estar a tono con ello. Además, según sus fines, el Estado no sólo debe proteger al trabajador sino al empleador, como sujeto de derechos que es.

Ahora, teniendo en cuenta que la convención es la materialización del derecho a la negociación colectiva –que es la forma como el empleador y el sindicato, en común acuerdo, terminan un conflicto colectivo–, no se puede ver a dicha negociación colectiva como el solo deber del empleador hacia el sindicato de otorgar condiciones más favorables a sus empleados, sino también hay que verla como un derecho del empleador de poder negociar condiciones favorables para sus trabajadores que vayan acorde con su capacidad económica. Por lo cual no se puede convertir la convención colectiva en una fórmula indeneable para conseguir aumentar los derechos de los trabajadores sin tener en cuenta la capacidad económica de su empleador, ya que nadie está obligado a lo imposible; por lo tanto, hay que reconocerle al empleador el derecho de dar lo que se encuentra en condiciones de dar.

Así es que, muy a pesar del hecho de que la irrenunciabilidad de los derechos laborales implique el derecho de los trabajadores a que no se les desmejoren las condiciones de trabajo que se hayan pactado en una convención, la Corte Constitucional ha definido que sí se pueden modificar las condiciones de trabajo establecidas en una convención colectiva:

[...] por lo tanto, las normas de la convención no pueden tornarse indefinidas por cuanto ellas requieren adaptarse a las necesidades cambiantes de las relaciones laborales, aunque deben respetarse los derechos adquiridos por los trabajadores en dicha convención, según las precisiones que han quedado consignadas.

Ahora, cabe mencionar dentro de la naturaleza jurídica de las convenciones colectivas que el carácter de temporales que se les da en el Código Sustantivo del Trabajo, en cuanto tienen un término de vigencia, no constituye una violación a los derechos adquiridos de los trabajadores, o como se dijera en otros términos, «los derechos conquistados por los trabajadores», por lo que dicha temporalidad de las condiciones no implica la extinción instantánea de los derechos de los trabajadores, debido a que una vez vencido el término de la convención colectiva, o se prorroga automáticamente o sigue vigente hasta tanto no se firme una nueva convención, o se determine renunciar a ella, por tanto la convención no se extingue por el tiempo sino que sigue vigente hasta tanto no se presenten las anteriores posibilidades, que son consustanciales con el derecho de negociación colectiva.

2. LIBERTAD SINDICAL Y CONVENCIÓN COLECTIVA

Desaparecidas las prohibiciones para conformar varios sindicatos de base a partir de los fallos de la Corte Constitucional C-567-00, C-797-00 y 584-00, se ha producido un nuevo desarrollo y un nuevo reto en materia del derecho laboral colectivo.

La nueva perspectiva ha generado una proliferación de sindicatos en las empresas que originan problemas como el debilitamiento del poder de presión de éstos para negociar favorablemente una convención colectiva, la dificultad en la negociación de un conflicto colectivo por parte de un empleador y varios sindicatos y el abuso del de asociación sindical.

Respecto al problema de la debilitación de la estructura sindical, si bien es cierto que la libertad sindical, de que habla la Constitución y los tratados de la OIT, es un asunto en el cual el Estado no debe intervenir con restricciones, porque la libertad de asociación sindical en un Estado democrático como el

nuestro le otorga a todo trabajador la libertad y el derecho a escoger la forma como quiere asociarse para proteger sus derechos laborales y para mejorar sus condiciones socioeconómicas. De tal forma que la libertad sindical no debe tener las restricciones de que venía siendo objeto en el CST, por lo cual dichas restricciones fueron declaradas inconstitucionales con fundamento en los acuerdos celebrados por Colombia y que prevalecen sobre el orden interno.

Esta nueva estructura jurídica ha desencadenado un problema social en algunos sentidos parecido a lo que nos ocurrió en «La patria boba», que por estar peleándonos entre nosotros mismos y por no ponerse de acuerdo el centralismo y el federalismo, la Corona española aprovechó dicha coyuntura, que generó una debilidad institucional y un menoscabo en la fuerza de batalla, para reconquistar la Nueva Granada. De la misma forma, la libertad sindical ocasiona que los sindicatos tengan poca representación, poca organización y, por decirlo así, poca fuerza de presión, debido a lo cual le dan ventajas a la Corona española... perdón, al empleador, en una negociación colectiva. Por eso es que se puede escuchar a un grupo de 15 sindicalistas gritando en un rincón: «El pueblo... Unido... ¡jamás será vencido!», mientras que el resto de la empresa labora y los ignora. Dice un estudio de la revista *Actualidad laboral y seguridad social* que se han creado muchos sindicatos, pero también una gran cantidad de éstos desaparecen por falta de afiliados. La falta de organización sindical, la falta de cultura sindical y la falta de acuerdos entre los sindicatos son los culpables de que no se hagan verdaderas convenciones colectivas que cumplan con un fin coherente de mejorar tanto las condiciones laborales de los trabajadores y las calidades de la prestación de los servicios como la producción y eficiencia de la empresa. Sin estos dos fines no se puede realizar una convención, porque o la empresa destruye, explota y oprime al ser humano que hay en cada trabajador, o los trabajadores llevan a la empresa a la quiebra y se quedan sin «el pan y sin el queso». Por eso quiero resaltar la falta de cultura sindical que omite esos dos principios y siempre llegamos a los extremos, o se presentan unos empleadores explotadores y usureros que no se dan cuenta que un trabajador con buenas condiciones económicas es un posible consumidor de los artículos que produce su empresa, o se presentan los casos en que trabajadores con peticiones excesivas y además absurdas llevan a una empresa con grandes cargas laborales a la decadencia y posteriormente a la quiebra. Y por eso esta nueva perspectiva jurídica de la libertad sindical por parte de la Constitución y del Bloque Constitucional de los tratados de la OIT promete un cambio radical en la cultura sindical, por lo menos en su organización y en su estructura, ya que si los sindicatos no se organizan perderán su propósito, y de paso a sus afiliados. Sin embargo, aclaro que

hace falta una perspectiva social para poder avanzar en el campo del pliego de peticiones.

En este mismo orden de ideas cabe mencionar la dificultad que genera a una empresa una negociación colectiva con más de un sindicato, ya que por los derechos que tiene un sindicato de representar a sus trabajadores y de realizar a nombre de ellos una negociación colectiva –y adicionado a esto se tiene que por la naturaleza instrumental de la convención colectiva al ser el medio por el cual los trabajadores fijan junto con los empleadores las nuevas condiciones de los contratos de trabajo–, es muy común que una empresa se pueda enfrentar a la situación de tener que celebrar más de una convención colectiva, lo cual es muy preocupante para el funcionamiento administrativo de una empresa, y preocupante también desde el punto de vista económico. Desde el punto de vista administrativo, pienso en el asesor jurídico, en el cuidado que debe tener para determinar qué convención se le aplicará a cada empleado, para no violarles sus derechos laborales. Y desde el punto de vista económico aplico el principio que defiende el bicameralismo: «es más fácil someter a una cámara, que a dos». Por tanto, será más difícil ponerse de acuerdo con dos grupos (y peor aun si hay más de dos sindicatos) que con uno, teniendo en cuenta que ya no serían dos partes contrarias, sino que éstas irán aumentando, dependiendo de cuántos sindicatos haya, ya que cada sindicato tiene sus propios intereses y buscará suscribir la convención más favorable para conseguir más apoyo y nuevos afiliados.

En cuanto al abuso del derecho, es interesante ver cómo la Sala laboral del tribunal de Cundinamarca en sentencia del 23 de agosto/01 delimitó la libertad sindical aduciendo que la constitución de un sindicato tiene unos fines específicos: negociar mejores condiciones laborales para los trabajadores; por tanto, dichas instituciones no deben ser utilizadas para que las personas que lo constituyan usen el fuero sindical para evitar las políticas de reestructuración –despidos masivos– de la empresa para la cual laboraban. Por tanto, los sindicatos deben constituirse para cumplir su función y conseguir unos fines determinados, por encima de los fines particulares que sus fundadores se hayan propuesto. Sin embargo, este polémico fallo ha generado un problema consistente en que si la aplicación del principio constitucional de la prevalencia de la sustancialidad sobre la formalidad se configura como una violación al núcleo esencial del derecho a la asociación sindical.

Opino que es necesario ponerle un límite proporcional al derecho de asociación sindical aplicándole los mismos principios que les aplican

frecuentemente a los empleadores su contraparte, porque la ley es para todos, y la justicia social debe aplicarse. Y como lo he venido diciendo, la Carta Política no debe convertirse en un instrumento de protección ciega a un grupo de personas, en desmembramiento de otro, con base en estereotipos.

3. EMPLEADOS PÚBLICOS Y DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

El caso de la negociación colectiva de los empleados públicos se ha formulado un deseo de otorgarles igualdad de condiciones a los empleados públicos frente a los trabajadores particulares, lo cual ha creado una figura jurídica basada en el Convenio N° 151 de la OIT y del Art. 55 de la Constitución Política.

La problemática a la cual se enfrenta ese deseo de otorgarles el derecho a la negociación colectiva a los empleados públicos, no es supuestamente la calidad del empleador, que en el caso de los empleados públicos es el Estado. No; el principal problema que se presenta es el vínculo laboral por medio del cual se generan las obligaciones, ya que mientras que los trabajadores particulares tienen un vínculo contractual con sus empleadores, los empleados públicos tienen un vínculo legal y reglamentario, de tal forma que estos últimos dependen de la facultad de unilateralidad –por decirlo así– que ostenta su empleador, que es el Estado, que representa el interés general.

De esta manera, existe una discusión, planteada por el doctor Jairo Villegas, en el sentido que si bien los empleados públicos tienen derecho a la negociación colectiva, según el convenio 151 de la OIT y del Art. 55 de la Constitución, hasta ahora se había considerado que la negociación colectiva de los empleados públicos se basaba en simples peticiones respetuosas que dichos empleados hiciesen a sus superiores. Expresado en términos jurídicos: los empleados públicos ejercerían un derecho de petición ante su empleador para que éste resuelva, como autoridad administrativa, unilateralmente la situación. No obstante, esta postura debe cambiar rotundamente, ya que con base en los fundamentos jurídicos ya reseñados, en los principios de igualdad en derechos laborales y el deber constitucional del Estado de fomentar soluciones pacíficas a las controversias laborales, es menester que el Estado realice previamente lo que ha denominado el profesor Jairo Villegas un acuerdo colectivo, que se inicia como un conflicto colectivo, no con pliego de peticiones sino con peticiones respetuosas y un acercamiento entre las dos partes, otorgando así «el ejercicio del derecho a la negociación colectiva» y terminando en un acuerdo colectivo que se convertirá en el texto

previo de una ley, cuando ésta deba ser el medio para estipular las relaciones laborales de los empleados públicos, o de un acto administrativo en cuanto se traten de competencias del presidente, de las gobernaciones, municipios y distritos el determinar el régimen de dichos empleados. Y aquí se nota un contrasentido: el acuerdo colectivo es un acuerdo bilateral en un principio, pero depende de la manifestación unilateral que lo convierta en fuente del derecho para poder entrar a funcionar. Entonces esto genera un gran conflicto entre el deber del Estado de promover los acuerdos bilaterales de controversias laborales y el derecho del mismo Estado de reglamentar y determinar materias laborales de los empleadores públicos. De la misma forma lo entendió la Corte Constitucional:

Sin embargo, la Constitución reconoce a todas las personas el derecho a participar en las decisiones que puedan afectarlas (CP, art. 2°). Además, en materia de conflictos de trabajo, la Carta establece que es deber del Estado promover la concertación y otros medios de similar naturaleza para la solución pacífica de esas controversias (CP, art. 55).

Nótese que esta última norma no distingue, lo cual significa que el deber del Estado de fomentar una solución concertada se predica de todos los conflictos laborales. Conforme a lo anterior, los empleados públicos tienen derecho a participar, en alguna forma, en la definición de sus condiciones de trabajo, puesto que se trata de determinaciones que indudablemente los afectan. Igualmente, en desarrollo del mandato del artículo 55 superior, es deber del Estado promover la concertación también en caso de que ocurra un conflicto colectivo en relación con los empleados públicos pues, como se dijo, la Carta consagra una obligación estatal general. Por ende, la decisión de excluir a los empleados públicos de los beneficios propios de la negociación (artículos 7° y 8° de la Convención bajo revisión), no parece adecuada, pues no sólo desconoce el derecho de estos servidores a participar en alguna forma en decisiones que los afectan significativamente sino que, además, restringe indebidamente la obligación estatal de promover una solución concertada y pacífica de todos los conflictos laborales. En tales circunstancias, y en virtud del principio hermenéutico de armonización concreta o de concordancia práctica, según el cual siempre se debe preferir aquella interpretación que permite satisfacer simultáneamente las normas constitucionales en conflicto, la Corte entra a analizar si es posible hacer compatible la facultad que tienen las autoridades de señalar unilateralmente las condiciones de trabajo de los empleados públicos con el deber del Estado de promover la solución concertada de los conflictos laborales y con el derecho de los empleados públicos a participar en estas determinaciones.³ (Las negrillas no son del texto).

³ Sentencia C - 377/98.

Viéndose en esa encrucijada, la Corte buscó armonizar esos dos principios constitucionales de la siguiente manera:

La Corte encuentra que esa armonización es posible, por cuanto la facultad de las autoridades de fijar unilateralmente las condiciones de trabajo y los emolumentos de los empleados públicos en manera alguna excluye que existan procesos de consulta entre las autoridades y los trabajadores sobre esta materia, y que en caso de conflicto, se busquen, hasta donde sea posible, soluciones concertadas, tal y como lo establece el artículo 55 superior. Esto significa que nada en la Carta se opone a que los empleados públicos formulen peticiones a las autoridades sobre sus condiciones de empleo y las discutan con ellas con el fin de lograr un acuerdo en la materia, lo cual implica que el derecho de negociación colectiva no tiene por qué considerarse anulado. Sin embargo, y a diferencia de lo que sucede con los trabajadores oficiales, que tienen un derecho de negociación pleno, la búsqueda de soluciones concertadas y negociadas no puede llegar a afectar la facultad que la Carta confiere a las autoridades de fijar unilateralmente las condiciones de empleo. Esto significa que la creación de mecanismos que permitan a los empleados públicos, o sus representantes, participar en la determinación de sus condiciones de empleo es válida, siempre y cuando se entienda que en última instancia la decisión final corresponde a las autoridades señaladas en la Constitución, esto es, al Congreso y al Presidente en el plano nacional, y a las asambleas, a los concejos, a los gobernadores y a los alcaldes en los distintos órdenes territoriales, que para el efecto obran autónomamente. Con esa misma restricción, es igualmente legítimo que se desarrollen instancias para alcanzar una solución negociada y concertada entre las partes en caso de conflicto entre los empleados públicos y las autoridades».⁴

Sin embargo, esta posición de la Corte, más que ser una solución al problema de reconocer el derecho de los empleados públicos a la negociación colectiva, sólo realiza un trabajo de acoplamiento salomónico entre dos normas constitucionales, y da a entender de otra manera que la negociación colectiva de los empleados públicos consiste en la resolución de un derecho de petición, hasta tanto no se determinen ni se creen los mecanismos de que habla la Corte para hacer efectivo la participación de los empleados públicos en las decisiones que los afecten. Y reitero que esa posición no se adapta al Estado que queremos, ni al espíritu de la Constitución del 91, y además, como ya lo ha reconocido la Corte:

⁴ Ibid.

[...] la decisión de excluir a los empleados públicos de los beneficios propios de la negociación (artículos 7° y 8° de la Convención bajo revisión), no parece adecuada, pues no sólo desconoce el derecho de estos servidores a participar en alguna forma en decisiones que los afectan significativamente sino que, además, restringe indebidamente la obligación estatal de promover una solución concertada y pacífica de todos los conflictos laborales.⁵

Por otra parte, independiente de la concepción de la Corte, el profesor Villegas concentra su análisis en los efectos que deben tener los acuerdos colectivos. De esta forma, afirma el profesor Villegas que los acuerdos colectivos vinculan política y éticamente a la autoridad para ser instrumentalizados y hacer eficaz el derecho a la negociación jurídica de que gozan los empleados públicos, y que su incumplimiento podría ocasionar una causa jurídica, que es la declaración de la ilegalidad o inconstitucionalidad del acto por medio del cual se incorpora al ordenamiento jurídico, por violar el derecho de negociación colectiva. Por otra parte, también plantea el mismo autor que se puede generar una acción de cumplimiento debido a que al realizarse el acuerdo colectivo, la autoridad administrativa manifestó su voluntad, que produce efectos jurídicos en la obligación, de instrumentar el acuerdo colectivo, como texto previo del acto unilateral.

Lo que se busca, en últimas, es que esta figura jurídica, creada para dar un derecho, como es el de la negociación colectiva, no se ahogue con el autoritarismo y absolutismo que tiene el Estado en este campo. Este es otro punto que debate el profesor Villegas, es decir que si bien el tratado dispuso como medios de solución a las controversias laborales la negociación colectiva, la autocomposición y arreglo directo, también se reconoce por medio del Convenio 151 otras formas de resolver las controversias y que para su aplicación tampoco tienen distinción en cuanto calidad del empleador, como son la mediación, la conciliación y el arbitraje; por tanto, sería un deber del Estado garantizar que estos últimos medios no se les quiten a los empleados públicos, y, por el contrario, los lleva a la práctica en la resolución de sus propios conflictos.

Sobre este punto quiero decir que toda esta estructura jurídica «extraña» que se ha creado para adaptar el ordenamiento jurídico al Convenio 151 y al Art. 55 de la CP lo que hace es complicar las cosas. Y esto no es nuevo, ya que cada vez que se suscribe un convenio internacional siempre entra chocando contra nuestra tan reglada estructura jurídica. Y no sólo ocurre

⁵ Ibid.

con los convenios y tratados internacionales, sino con las leyes mismas. Se legisla a ciegas y no existe coherencia respecto a la reglamentación de la vida de los ciudadanos colombianos, de tal forma que así como están las leyes está el país, y les toca siempre a las cortes crear unos verdaderos «mutantes» jurídicos que hacen la vida más complicada y que la gente que no estudia derecho no comprende, y en últimas no sabe qué es lo que está permitido y qué no. Las normas son para todo el mundo, y deben entenderse si se quiere que se cumplan.

Este problema del derecho a la negociación colectiva de los empleados públicos no lo comprende todo el mundo, y menos si se dejan tantos cabos sueltos. Si un jurista intenta explicar este problema a una persona común y corriente, es posible que ésta salga más confundida de lo que estaba, ya que no sabe cómo se le va a garantizar a los empleados públicos el cumplimiento por parte del Estado de un acuerdo colectivo, en el sentido que si bien el funcionario que haya suscrito el acuerdo colectivo con un sindicato de empleados públicos no puede más que garantizar que dicho acuerdo será estudiado por la autoridad competente, ya sea el presidente de la República o un cuerpo colegiado como el Congreso, las asambleas o los concejos, ejerciendo la facultad para decir la última palabra con respecto al acuerdo. En este sentido, la Corte Constitucional ha establecido:

Así, según la Constitución, el Congreso, por medio de una ley marco, fija el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos y de los miembros del Congreso Nacional, mientras que el Presidente señala la funciones especiales de los empleados públicos y fija sus emolumentos (CP, arts. 150, ord. 19, y 189, ord. 14). Este reparto de competencias se reproduce en el ámbito territorial, pues las asambleas y los concejos determinan las escalas de remuneración de los distintos empleos, mientras que los gobernadores y los alcaldes señalan sus funciones especiales y fijan sus emolumentos (CP, arts. 300, ord. 7º, 305, ord. 7º, 313, ord. 6º, y 315, ord. 7º). Por ende, conforme a la Constitución, las condiciones de trabajo (funciones y remuneración) de los empleados públicos son determinadas unilateralmente por el Estado, por lo cual pareciera que los artículos 7º y 8º de la convención bajo revisión no pudieran ser aplicados a este tipo específico de servidores públicos, y que entonces fuera necesario que se condicionara la exequibilidad de esas disposiciones.⁶

⁶ Ibid.

Pero los procedimientos de la creación de la ley y de los actos administrativos son traumáticos y en los debates los proyectos comienzan a sufrir mutilaciones y enmiendas, que son consecuencias jurídicas que no deben sufrir los empleados públicos, por lo que seguirían en desventaja con respecto de las convenciones colectivas de los trabajadores particulares, y además se estaría violando la principal consecuencia de la negociación colectiva, que es haber llegado a un acuerdo bilateral. Por consiguiente, ¿qué seriedad puede tener una negociación colectiva si el acuerdo será posteriormente modificado? Este es uno de los pocos ejemplos de la falta de justicia social que se presenta en el país, y sobre todo que se torna aun más grave cuando es patrocinado por el mismo gobierno y llevado a cabo por éste.

Respecto a este problema me queda un interrogante: Si la convención colectiva es el instrumento para que el sindicato logre su fin, ¿por qué los sindicatos de los empleados públicos no cuentan con ella? La respuesta jurídica más sencilla es: No, no pueden tener este mecanismo, porque su vínculo es legal y reglamentario, y el Estado tiene la prohibición de no poder celebrar contratos de tipo laboral en el campo administrativo. Este fundamento no es consecuente con el Estado que plantea la Carta, porque está incurriendo en una discriminación de derechos laborales por la calidad del empleador –que tiene una serie de prerrogativas laborales que ponen en desventaja a los empleados públicos–, aunque digan que no es así, y le achaquen el problema a la diferencia del vínculo laboral; pero lo que pasa es que ese vínculo laboral está fundamentado por la calidad del empleador, que representa un interés general y que justifica una desigualdad en condiciones supuestamente desiguales, en contradicción con un derecho que debe reconocer el Estado, que es el derecho a la negociación colectiva. Y eso plantea un problema que no puedo resolver: si la posición del Estado, en cuanto a las negociaciones colectivas de los empleados públicos, debe seguir siendo la de hacer prevalecer la estructura y organización del Estado frente al reconocimiento pleno de un derecho que no debe enmarcar diferencias sustanciales en la aplicación del mismo a determinadas personas.

Por lo pronto planteo que desde el punto de vista social no se puede decir que el régimen especial que tienen los empleados públicos los hace más eficientes que un trabajador particular, o que la empresa pública funciona mejor que la empresa privada gracias al régimen de empleados públicos. No, es absurdo, ya que sabemos que en la práctica es todo lo contrario por regla general, pero existen pequeñas excepciones. Y desde un punto iusnaturalista puedo decir que los que trabajan son seres humanos, y los seres humanos son iguales en todas partes; por tanto tenemos los mismos derechos fundamentales y sociales que nos sean prometidos; hasta

los mismos constituyentes manifestaron el deseo de eliminar la diferencia entre trabajadores particulares y empleados públicos.

Respecto a la convención colectiva, en la Asamblea Nacional Constituyente se expresó lo siguiente:

Se insiste en la necesidad del diálogo, de la concertación y de los acuerdos, como forma de evitar los conflictos laborales y de afianzar un clima de tranquilidad social. Es un derecho y una práctica que consideramos debe hacerse extensiva a todos los trabajadores, incluyendo a los demás empleados públicos, por cuanto es muy negativo que a estos trabajadores se les siga dando un tratamiento de ciudadanos de segunda categoría con relación a algunos derechos laborales. Fomentar el diálogo, la negociación y la concertación en el campo laboral y social, es una buena práctica y un buen principio, que mucho nos puede contribuir a encontrar formas que hoy se viven en Colombia y a consolidar un clima de tranquilidad y paz ciudadana. (Gaceta Constitucional, N° 45, Informe Ponencia).

¿De qué sirve que los empleados públicos puedan formar sindicatos si no tienen un medio eficaz para cumplir su función, sino un engendro que va a requerir muchas luchas en el país para ser aceptado? Ese injerto jurídico que plantea tanto la Corte Constitucional en la sentencia C-377-98 como el profesor Villegas tratando de asegurar el derecho fundamental a la negociación colectiva de los empleados públicos, siempre tendrá el problema de enfrentarse a la cultura colombiana, compuesta por autoritarismo, desorganización, corrupción y sobre todo abuso contra el ser humano por parte de quien tenga el poder y un atropello absoluto a la población ignorante de normas, que no es poca. Concluyó afirmando que hace falta mucha claridad en un asunto que tiene mucha repercusión social y que puede traer problemas dentro de nuestra cultura.

CONCLUSIONES

En conclusión, la necesidad de revisar las convenciones colectivas utilizando la teoría de la imprevisión hace necesario partir de la base de un Estado social de derecho, que cobija todo tipo de situaciones que se presenten en la sociedad, con lo cual garantiza la igualdad que debe existir entre todos los ciudadanos, y debe aplicarse siempre en todos los casos y a todas las personas; pero más que la igualdad, se debe garantizar ante todo la equidad.

De otra forma, la libertad sindical, más que una innovación jurídica en el campo laboral, es una reestructuración social de las costumbres sindicales,

que tiene tanto implicaciones positivas (la reorganización de los sindicatos con base en la libertad para escoger la mejor forma de mejorar sus condiciones y derechos) como negativas (abuso del derecho), pero que requieren tiempo para ser adaptadas en la sociedad; por tanto considero que esta situación debería mantenerse, en espera de un mejor desarrollo, y no intentar cambiar la estructura con leyes, con lo cual se truncaría dicho proceso. Al colombiano hay que enseñarle a ser libre.

Y en cuanto a las negociaciones colectivas de trabajadores públicos, sí me queda un gran descontento, en el sentido que la solución a este conflicto no es satisfactoria, porque de los veinte pasos que se debía avanzar, sólo se dieron cinco. Y esos cinco pasos, al ser tan inseguros, dan la impresión de que se prefiriera retroceder enseguida, por lo que si bien se le reconoce a los empleados públicos el derecho de negociación colectiva, los medios para hacerse efectiva son tan poco confiables que se preferiría apegarse mejor al antiguo procedimiento.

BIBLIOGRAFÍA

MOLINA SIERRA, Pedro Antonio, Libertad sindical. *Actualidad laboral y seguridad social*, N° 111, enero-febrero 2002.

VILLEGAS ARBELÁEZ, Jairo, *Empleados públicos y derecho de negociación colectiva*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.

— Empleados públicos y negociación colectiva. *Actualidad laboral y seguridad social*, N° 113, mayo-junio 2002.

Sentencias Corte Constitucional:

C-567-00

C-377-98

C-009-94