LEGIS LEGISmóvil
La actualidad jurídica en el momento en que ocurre

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

CONSEJERO PONENTE: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de agosto de dos catorce (2014).

No. de Referencia: 11001-03-25-000-2009-00095-00

No. Interno: 1280-2009

Actor: TARCISIO MORA GODOY

Demandado: GOBIERNO NACIONAL

AUTORIDADES NACIONALES

DECRETOS DEL GOBIERNO

Procede la Sala a dictar sentencia en la acción de nulidad interpuesta por el señor Tarcisio Mora Godoy contra el Decreto 535 del 24 de febrero de 2009 "*por el cual se reglamenta el artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo"* proferido por el Presidente de la República, los Ministros del Interior y de Justicia, de Hacienda y

Crédito Público, de la Protección Social[1] y el Departamento Administrativo de la Función Pública.

ANTECEDENTES

1. La demanda

El señor Tarcisio Mora Godoy en ejercicio de la acción de nulidad prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo solicitó la nulidad del Decreto 535 del 24 de febrero de 2009 y como pretensión subsidiaria la nulidad de los artículos 3 y 4 numeral 4. El decreto demandado señala:

"DECRETO 535 DE 2009

(febrero 24)

Por el cual se reglamenta el artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

en uso de sus facultades constitucionales y legales, en especial de las conferidas en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, y

CONSIDERANDO:

Que mediante las Leyes 411 de 1997 y 524 de 1999 fueron aprobados los Convenios 151 y 154 de la OIT.

---

[1] *Mediante el artículo 7 de la Ley 1444 de 2011, se reorganizó el Ministerio de la Protección Social en los siguientes términos:* "Reorganícese el Ministerio de la Protección Social, el cual se denominará Ministerio del Trabajo y continuará cumpliendo los objetivos y funciones señalados por las normas vigentes, salvo en lo concerniente a la escisión de que trata el artículo 6o de la presente ley. Esta entidad será responsable del fomento y de las estrategias para la creación permanente de empleo estable y con las garantías prestacionales, salariales y de jornada laboral aceptada y suscrita en la Organización Internacional del Trabajo (OIT)."

Que se requiere establecer las instancias para la concertación de las condiciones laborales de los empleados públicos.

Que la Ley 4ª de 1992 consagra, como uno de sus principios, la concertación como factor de mejoramiento de la prestación de los servicios por parte del Estado y de las condiciones de trabajo.

DECRETA:

Artículo 1°. Objeto. El presente decreto tiene por objeto establecer las instancias dentro de los cuales se adelantará la concertación entre las organizaciones sindicales de empleados públicos y las entidades del sector público.

Artículo 2°. Campo de aplicación. El presente decreto se aplicará a los empleados públicos de todas las entidades y organismos del sector público, con excepción de los empleados de alto nivel que ejerzan empleos de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices.

Artículo 3°. Concertación de las condiciones laborales. Se garantiza el derecho de concertación de los empleados públicos, a través de sus organizaciones sindicales, con la entidad pública empleadora, con el fin de:

1. Fijar las condiciones de trabajo.

2. Regular las relaciones entre empleadores y empleados.

Parágrafo. Están excluidas de la concertación de las condiciones laborales, los asuntos que excedan el campo laboral, tales como: la estructura organizacional, las plantas de personal, las competencias de dirección, administración y fiscalización del Estado, los procedimientos administrativos y el principio del mérito como presupuesto esencial de la carrera administrativa.

A nivel territorial, podrá haber concertación en materia salarial, respetando los límites que fije el Gobierno Nacional. En materia prestacional, las entidades territoriales no tienen facultad de concertación.

Artículo 4°. Condiciones de la concertación. La concertación laboral estará precedida de las siguientes condiciones:

1. La organización sindical deberá estar inscrita y vigente en el Registro Sindical del Ministerio de la Protección Social.

2. Las peticiones deberán ser adoptadas por la asamblea general de la correspondiente organización sindical y presentarse en términos respetuosos.

3. Las peticiones podrán presentarse cada dos (2) años, en las fechas acordadas entre los empleados y el empleador.

4. La entidad pública empleadora deberá tener en cuenta el presupuesto de la respectiva entidad y los lineamientos que fije el CONPES.

Artículo 5°. Instancias de concertación. Habrá dos (2) instancias de concertación, así:

1. Con cada una de las entidades empleadoras.

2. Con el Gobierno Nacional en las materias de su competencia.

Artículo 6°. Procedimiento para la concertación. Para la concertación se seguirá el siguiente procedimiento:

1. Deberá realizarse dentro del marco del presente decreto.

2. La organización sindical de empleados públicos designará a sus representantes para la concertación.

3. El Gobierno Nacional o las entidades, en las materias de su competencia, designarán sus representantes.

Tanto la organización sindical, como el Gobierno Nacional o las entidades, en las materias de su competencia, designarán sus representantes dentro de los cinco (5) días siguientes a la apertura del proceso de concertación.

Artículo 7°. Etapas de la concertación. Para la concertación se surtirán las siguientes etapas:

1. Ámbito de la concertación. La concertación podrá desarrollarse por el Gobierno Nacional o por las entidades, en las materias que correspondan al ámbito de sus competencias.

2. Iniciación de la concertación. El proceso de concertación se iniciará con la presentación de las peticiones, en los términos señalados en el presente decreto.

3. Desarrollo de la concertación. El proceso de concertación se deberá desarrollar en un término de veinte (20) días calendario, prorrogables hasta por un término igual, de común acuerdo entre las partes.

4. Cierre de la concertación. Una vez concluida la etapa de concertación la administración deberá expedir los actos administrativos a que haya lugar o dar la respuesta motivada de las razones por las cuales no se accede a la petición.

Artículo 8°. Vigencia. El presente decreto rige a partir de su publicación.(…)"

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

En la demanda el actor cita como vulnerados los siguientes artículos:

De la Constitución Política, el preámbulo y los artículos 1, 2, 4, 13, 29, 53, 55 y 93.

Las Leyes 411 de 1997 y 524 de 1999.

Los Convenios 98, 111, 151 y 154 de la OIT.

El accionante expone como cargos principales que sustentan la pretensión de nulidad los siguientes:

Primer cargo.- Infracción por violación directa de la Constitución, leyes y convenios internacionales.

El demandante estructura este cargo en tres partes:

1.1 Violación de los principios generales del derecho

Expone el actor que el decreto demandado viola los principios de igualdad ante la ley y del debido proceso, pues nuestro orden constitucional prohíbe la

discriminación o exclusión que tenga por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo.

Indica que el artículo 53 de la Carta Política prevé que en las relaciones laborales se exige como principio mínimo la igualdad de oportunidades para los trabajadores, no obstante el decreto demandado discrimina a los empleados públicos, porque no fomenta el derecho a la negociación colectiva (art. 55 CP), desconoce la protección especial al trabajo (art. 25 CP) y los principios mínimos establecidos en la Constitución (art. 53).

Precisa que se violó el derecho al debido proceso (art. 29 CP) porque el decreto censurado desconoció el procedimiento para reglamentar la ley "*ya que no observó la jerarquía que rige en el ordenamiento jurídico colombiano y los parámetros bajo los cuales (sic) debió reglamentar, los cuales no son otros que el ceñimiento a los límites de la facultad reglamentaria, que no era mas que el desarrollo y fomento de la negociación colectiva como instrumento de la solución pacífica de conflictos"* (fl. 18).

1.2 Violación directa de la Constitución y la ley

Expone el demandante que el decreto demandado vulnera el preámbulo, los artículos 1, 2, 4, 13, 29, 53, 55 y 93 de la Constitución Política, las Leyes 411 de 1997 que adoptó el Convenio 151 de la OIT y 524 que aprobó el Convenio 154 de la misma organización.

Indica que se desconoce le preámbulo porque el Decreto 535 de 2009 no garantiza la participación de los empleados públicos y sus organizaciones.

Considera que se ignoran los fines esenciales del Estado (art. 2 CP), pues el decreto demandado fue expedido unilateralmente sin contar con la voluntad de a quienes está dirigido.

Estima que el artículo 4 de la Constitución preceptúa que es un deber acatar la Constitución y las leyes, obligación que fue desconocida al expedir el Decreto 535 de 2009, ya que se introdujeron aspectos que no fueron desarrollados por las normas en que se fundamentó.

Precisa que según la Corte Constitucional en la sentencia C-1234 de 2005, mediante la negociación colectiva, el Estado como empleador y los empleados pueden acordar los ajustes que exigen la modernización y la adopción de nuevas tecnologías; igualmente destacó que para la Corte que no existe una regulación legislativa y que se hace un llamado para que en plazo prudencial y razonable dicha legislación se elabore. Respecto de esta sentencia agrega el actor que "*las normas que reglamentan debieron ser de la rama administrativa que es la competente para desarrollar los lineamientos en que se basan las relaciones de los empleados públicos con la administración, en la cual sería de obligatorio conocimiento el tema del fomento de la negociación colectiva. Aquí también se configura la desviación de poder" (fl. 20).*

Advierte que el derecho a la negociación colectiva según lo indica el artículo 55 de la Constitución Política, está sujeto a las limitaciones que fije la ley, las cuales deben ser razonables, proporcionadas y no pueden afectar el núcleo esencial del derecho.

Expresa que en la legislación colombiana la negociación colectiva se refiere al surgimiento del conflicto colectivo de trabajo, a la iniciación de las conversaciones, al agotamiento de la etapa de arreglo directo (arts. 432 a 436 del Código Sustantivo del Trabajo), la declaratoria de huelga (arts. 44 a 449 CST), arbitramento (art. 452 a 461 del CST) y la suscripción de un acuerdo o pacto colectivo.

Resalta que según la Corte Constitucional en la sentencia C-466 de 2008 la negociación colectiva tiene un amplio ámbito de aplicación pues comprende todas negociaciones que se surtan entre los trabajadores y empleadores para fijar las condiciones de trabajo; de ahí que según el actor "*el concepto de negociación colectiva consagrado en las leyes 411 de 1997 y 524 de 1999, y en artículo 55 de la Constitución Política, corresponde a un concepto más amplio que el de concertación"* (fl. 20).

Enfatiza que el artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo no prohíbe expresamente el derecho a la negociación colectiva de los sindicatos de empleados públicos, sino que restringe la presentación de pliegos de peticiones y la celebración de convenciones colectivas, en este sentido se pronunció la Corte Constitucional en la sentencia C-1234 de 2005.

Narra que el decreto demandado viola el artículo 55 de la Constitución Política y los Convenios 151 y 154 de la OIT, pues no reglamenta la negociación colectiva en el sector oficial, la cual sigue sin contar con los instrumentos jurídicos para hacerla eficaz.

Comenta que el artículo 3 del Decreto 535 de 2009 excluye de los fines de la concertación algunos temas que sí están incluidos en el Convenio 154, que prevé en el literal c) del inciso 2, que la negociación colectiva tiene como finalidad "*regular*

las relaciones entre empleadores y trabajadores". En criterio del actor se limita de la concertación asuntos como *"permisos y comisiones sindicales"* (fl. 21), y el parágrafo al enumerar los temas excluidos de la concertación y utilizar la expresión "*tales como",* "*deja a discreción de las entidades públicas y del Gobierno Nacional determinar cuáles asuntos exceden el campo laboral",* por tanto estima que las temas excluidos deben ser taxativos y no enunciativos.

Manifiesta que los temas excluidos de la concertación, según el decreto demandado, exceden el campo laboral, no obstante el demandante observa que la estructura organizacional y las plantas de personal, si hacen parte de dicho campo.

Resalta que el principio del mérito en la carrera administrativa no se puede excluir de la concertación porque el Acto Legislativo 1 de 2008 implementa para los servidores nombrados en provisionalidad la inscripción extraordinaria en dicha carrera.

1.3 Violación de los convenios internacionales

Al explicar este argumento el accionante afirma que:

Explica que los convenios 151 de 1978 y 154 de 1981 que fueron desarrollados en la legislación interna por el decreto demandado tratan sobre la protección del derecho de sindicación y el fomento de la negociación colectiva, sin embargo el referido decreto reglamenta es la concertación, conceptos que en criterio del actor son diferentes pues *"el concepto de negociación colectiva no se agota con la concertación, sino que el primero constituye un concepto genérico, y el concepto de concertación una subespecie"* (fl. 23). De manera que según el accionante el

Decreto 535 de 2009 no reglamenta el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo.

Advierte que los Convenios 151 y 154 ingresaron a la legislación interna y teniendo en cuenta que los derechos laborales son derechos humanos, los citados convenios prevalecen sobre la legislación interna (art. 93 de la CP), no obstante el Decreto 535 de 2009, que según sus considerandos los desarrolla, no menciona que fomente la negociación colectiva de los empleados públicos, sino la concertación que aunque es un mecanismo para desarrollar aquélla, en el decreto demandado fue tratado como tema central.

Segundo cargo.- Desconocimiento del derecho de audiencias. Violación al debido proceso

Estima el actor que previo a la reglamentación del artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo y como lo ordena el artículo 7 del Convenio 154, el Gobierno Nacional debió consultar a las organizaciones que agrupan a los empleados públicos, "*es claro entonces que debió haber consultas con las partes interesadas en el desarrollo de la negociación colectiva, a través del desarrollo de audiencias públicas"* (fl. 22).

Tercer cargo.- Falsa motivación. Desviación de las atribuciones propias del funcionario

Indica que el decreto demandado incurre en exceso de la facultad reglamentaria prevista en el numeral 11 del artículo 189 y estima que el Presidente de la República legisló a través de un decreto reglamentario, ya que el asunto del decreto difiere de

las normas que se reglamentan, esto es, las Leyes 411 de 1997 y 524 de 1999, que aprobaron respectivamente los Convenios 151 y 154 de la OIT.

PRETENSIÓN SUBSIDIARIA

Se solicita la nulidad de los artículos 3° y 4° numeral 4° del Decreto 535 de 2009 que indican:

" (…) Artículo 3°. Concertación de las condiciones laborales. Se garantiza el derecho de concertación de los empleados públicos, a través de sus organizaciones sindicales, con la entidad pública empleadora, con el fin de:

1. Fijar las condiciones de trabajo.

2. Regular las relaciones entre empleadores y empleados.

Parágrafo. Están excluidas de la concertación de las condiciones laborales, los asuntos que excedan el campo laboral, tales como: la estructura organizacional, las plantas de personal, las competencias de dirección, administración y fiscalización del Estado, los procedimientos administrativos y el principio del mérito como presupuesto esencial de la carrera administrativa.

A nivel territorial, podrá haber concertación en materia salarial, respetando los límites que fije el Gobierno Nacional. En materia prestacional, las entidades territoriales no tienen facultad de concertación.

Artículo 4°. Condiciones de la concertación. La concertación laboral estará precedida de las siguientes condiciones:

(…)

4. La entidad pública empleadora deberá tener en cuenta el presupuesto de la respectiva entidad y los lineamientos que fije el CONPES." (El aparte subrayado corresponde al texto cuya nulidad parcial se solicita como pretensión subsidiaria).

Como fundamento de la pretensión subsidiaria el accionante expone los siguientes cargos:

Primer cargo.- Infracción directa de la Constitución y la ley

Señala el accionante que el artículo 3 del decreto demandado, garantiza el derecho de concertación *"a los empleados públicos para que a través de sus organizaciones sindicales concierten sus condiciones de trabajo y regule sus relaciones con el empleador, pero no a las organizaciones como tal"* (fl. 28).

Precisa que el acto demandando no regula el desarrollo de las relaciones entre las organizaciones sindicales y la entidad "*porque no se les reconoce que es sujeto de derechos, solo limita la representación sindical al trámite de la concertación para esos fines"* (fl. 28).

Expone que el precepto acusado viola la libertad sindical, el derecho de asociación y de representación sindical porque se permite que los empleados estén habilitados para concertar directamente con la entidad empleadora.

Precisa que los sindicatos representan los derechos de lo trabajadores, y también los de la organización en sí misma considerada y que el decreto demandado desconoce el artículo 2 del Convenio 151 aprobado por la Ley 411 de 1997 que señala "*2. Las organizaciones de empleados públicos gozarán de adecuada protección contra todo acto de injerencia de una autoridad pública en su constitución, funcionamiento y administración".*

Expone que el decreto demandado omite regular las relaciones entre las organizaciones sindicales de los empleados públicos y su empleador, lo que afecta el funcionamiento del sindicato "*por cuanto si no se determina como se ha de llevar a cabo las relaciones, pues no puede ejercer adecuadamente, cumplir sus fines"* (fl. 29). Así, agrega que es de la esencia de la función del sindicato, la regulación de las relaciones entre la organización sindical y la entidad, como lo establecen los artículos 6 y 7 de la Ley 411 de 1997.

Manifiesta que el artículo 9 *ibídem* establece que *"los empleados públicos gozan de los derechos civiles y políticos esenciales para el ejercicio normal de la libertad sindical, a reserva solamente de las obligaciones que se deriven de su condición y de la naturaleza de sus funciones".* Frente a esta norma afirma que dicha restricción no es un impedimento para el ejercicio del derecho en mención, sino que se debe regular cómo se va a desarrollar.

Precisa que la Ley 524 de 1999 (art. 2) que aprobó el Convenio 154, señala cuáles son los fines de la negociación colectiva, a su vez el decreto demandado, los reproduce casi de manera idéntica, pues excluye el literal c) relativo a "*regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez".* Dicha omisión por parte del Presidente de la República obstaculiza el desarrollo de las funciones del sindicato en su labor de representación de sus afiliados.

Establece que el parágrafo del artículo 3 del decreto censurado infringe el artículo 2 de la Constitución Política que indica como fin del Estado, la participación de todos en las decisiones de la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación. Así el decreto al limitar los temas sobre los cuáles se puede concertar, señalando taxativamente sobre qué aspectos no es posible efectuar acuerdos, está limitando el principio de participación previsto en la Carta Política.

Agrega que la Ley 489 de 1998 que regula la función administrativa incluye el principio constitucional de la participación y lo desarrolla en el artículo 32 que trata sobre la democratización de la administración.

Indica que la citada omisión en que incurre el parágrafo del artículo 3 del decreto demandado, viola la Ley 489 de 1998 "*por cuanto establece límites a la participación, y la omisión de la regulación de las relaciones de su organización sindical y la administración, le hace nugatoria su intervención en los asuntos que tienen que ver precisamente con el entorno laboral, administrativo y económico"* (fl. 31).

Precisa que el artículo 3 del decreto 535 de 2009 excluye de los fines de la concertación algunos temas que sí están incluidos en el Convenio 154, que prevé en el literal c) del inciso 2, que la negociación colectiva tiene como finalidad "*regular las relaciones entre empleadores y trabajadores".* En criterio del actor se limita de la concertación asuntos como *"permisos y comisiones sindicales"* (fl. 21), y el parágrafo al enumerar los temas excluidos de la concertación y utilizar la expresión "*tales como",* "*deja a discreción de las entidades públicas y del Gobierno Nacional determinar cuáles asuntos exceden el campo laboral",* por tanto estima que las temas excluidos deben ser taxativos y no enunciativos.

Estima que los temas excluidos de la concertación, según el decreto demandado, exceden el campo laboral, no obstante el demandante observa que la estructura organizacional y las plantas de personal, si hacen parte de dicho campo.

Señala que el principio del mérito en la carrera administrativa no se puede excluir de la concertación porque el Acto Legislativo 1 de 2008 implementa para los servidores nombrados en provisionalidad la inscripción extraordinaria en dicha carrera.

Segundo cargo.- Falta motivación y abuso o desviación de las atribuciones propias del funcionario emisor

2.1 Falsa motivación

Expresa que en el encabezado del Decreto 535 de 2009 se indica su motivación, que corresponde a la necesidad de establecer las instancias para la concertación de las condiciones laborales de los empleados públicos; adiciona que en este orden, el acto demandado determina el procedimiento para establecer las condiciones laborales de los empleados públicos. Para estos efectos reconoce como partes que intervienen en el proceso de concertación, a la organización sindical de los empleados públicos y a la entidad empleadora. Señala que el acto acusado al describir el proceso de concertación está inicialmente reglamentando acertadamente el artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo, sin embargo este artículo no comprende el derecho de negociación colectiva de los empleados públicos pues "*se establece en este artículo que la función de los sindicatos de empleados públicos relativas a la presentación del pliego de peticiones y la celebración de convenciones colectivas es nula, … luego la organización sindical de empleados públicos al no tener el mismo trámite que se indica para los demás trabajadores y en tal sentido en forma implícita estaría el derecho de reglamentar el procedimiento que ellos tendrían (…)"* (fl. 33).

Considera que el artículo 3 del Decreto 535 de 2009 precisa como finalidad del derecho a la concertación, fijar y regular las relaciones de trabajo entre

empleadores y empleados, sin embargo el parágrafo del artículo 3 y el artículo 4[2], implementa unas limitaciones que contradicen la motivación del decreto en comento.

Así, al excluirse ciertos temas, de los asuntos materia de concertación, se implementan unas limitaciones que no tienen cabida en la motivación del acto, pues la reglamentación según se indica en las consideraciones del acto, debería girar en tono a aspectos de trámite y procedimentales sobre las instancias de concertación. Adiciona en el mismo sentido que la motivación del acto no le permitía al Presidente de la República, tipificar, limitar y señalar las materias que no entran en la concertación.

2.2 Abuso o desviación de poder

Indica el demandante que el Presidente de la República, en ejercicio de la facultad reglamentaria prevista en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, está sometido a los límites que la norma objeto de reglamentación le impone. En este orden, en criterio del actor, el acto demandado incurre en exceso de la potestad reglamentaria pues al limitar las materias sobres las cuales se puede concertar está *"creando una limitación que no le corresponde, sino que asume un poder legislativo que le está vedado constitucionalmente"* (fl. 35).

Expresa que mediante la reglamentación del artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo, el Gobierno Nacional excluyó unas funciones que ya tenían las organizaciones sindicales de empleados públicos, que están plasmadas en el artículo 414, numeral 4° *ibídem,* donde se incluye como función de dichas

[2] *"La entidad pública empleadora deberá tener en cuenta el presupuesto de la respectiva entidad y los lineamientos que fije el CONPES".*

organizaciones *"… gestiones encaminadas a mejorar la organización administrativa".*

Subraya que el Presidente de la República, en el artículo 3 del acto demandado, en lugar de promover las medidas para el desarrollo del derecho de concertación "*saca a la organización sindical como ente sujeto de derechos y obligaciones, del juego de las relaciones que se dan dentro de la empresa para dejar que sean únicamente los trabajadores directamente quienes hacia futuro sean quienes las manejen".* Así, adiciona que el propósito del decreto demandado es desconocer el derecho de representación de las organizaciones sindicales de empleados públicos.

Suspensión provisional

En acápite separado de la demanda se solicitó la suspensión provisional del decreto acusado, petición que la Sala negó mediante auto del 28 de enero de 2010, en razón a que no resultó evidente la existencia de una contradicción entre el Decreto 535 de 2009 y las normas invocadas como violadas (fls. 41-16).

Coadyuvancia de ASEMIL[3]

Mediante escrito del 14 de julio de 2010 (fls. 158-162), la Asociación de Servidores Públicos del Ministerio de Defensa y de las Instituciones que conforman el sistema de salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional - ASEMIL, solicitó que se le acepte en este proceso como parte coadyuvante del actor; petición a la cual se

[3] *Asociación de servidores públicos del Ministerio de Defensa y de las Instituciones que conforman el sistema de salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional*

accedió en auto del 17 de enero de 2011 (fl. 164). La citada Asociación expuso como cargos contra el Decreto 535 de 2009 los siguientes:

Violación de la Constitución Política y de otras normas superiores

Indica el coadyuvante que el artículo 55 de la Constitución Política garantiza el derecho de negociación colectiva *"para regular las relaciones laborales, con las excepciones que señale la ley"* y que el Estado está obligado a *"promover la concertación y los demás medios para la solución pacífica de los conflictos colectivos de trabajo".*

Señala que el derecho a la negociación colectiva hace parte del núcleo esencial del derecho de asociación sindical, por lo cual se ha considerado como fundamental.

Precisa que la prohibición prevista en el artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo, relativa a que los empleados públicos no pueden presentar pliegos de peticiones ni celebrar convenciones colectivas de trabajo, es ineficaz a partir de la Constitución de 1991. Agregó que en consecuencia "*los empleados públicos colombianos sí tienen derecho a ejercer plenamente la negociación colectiva, como parte del derecho fundamental de asociación sindical, para mejorar sus condiciones de trabajo, sin que deba hacerse exclusión de algún aspecto en la negociación o se limite su ejercicio"* (fl. 159).

Expresa que el Decreto 535 de 2009 limita la eficacia de la garantía constitucional porque confunde concertación con negociación colectiva, y "*en la práctica"* constituye una forma de negar el derecho de asociación sindical y de negociación.

Indica que el decreto demandado debió establecer la forma como se desarrollaría la negociación con los empleados públicos "*y no reducir y limitar el derecho so pretexto, de establecer innecesariamente "las instancias"* (fl. 160).

Resalta que el parágrafo del artículo 3 viola la Constitución y la ley, porque excluye de los asuntos sobre los que recae la concertación "*la estructura organizacional, las plantas de personal, las competencias de dirección, administración y fiscalización del Estado, los procedimientos administrativos y el principio del mérito como presupuesto esencial de la carrera administrativa",* lo que a juicio del coadyuvante constituye una restricción injustificada que no está prevista en la Constitución, el Código Sustantivo del Trabajo o la Ley 411 de 1997.

Señala que también se violan las normas superiores porque se establecen como condiciones previas a la concertación, que las peticiones se presenten cada dos años, que la concertación se condicione al presupuesto público y al CONPES[4].

Establece que el decreto demandado tiene una regulación restrictiva e innecesaria porque el Código Sustantivo del Trabajo contiene las etapas y procedimientos para la negociación colectiva, la designación de los negociadores y la adopción de las peticiones. Así mismo adicionó "*si se quiere adoptar un mecanismo distinto y más garantizador para los empleados públicos que el dispuesto en el CST deberá ser el legislador quien lo adopte"* (fl. 160).

Falta de competencia para expedir el reglamento

[4] *Consejo Nacional de Política Económica y Social*

Precisa que con la expedición del Decreto 535 de 2009, el Gobierno Nacional se atribuyó facultades que no le fueron otorgadas por la Constitución o la ley, porque se pretende reglamentar el artículo 416 del CST, pero realmente se regulan los artículos 38, 39, 53 y 55 de la Constitución Política. Agregó que solo el legislador tiene la facultad de desarrollar el derecho de negociación colectiva para empleados públicos.

Señala que la Corte Constitucional al declarar exequible el artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo estableció que el Congreso de la República debía regular el procedimiento para que los empleados públicos hicieran efectivo el derecho de negociación colectiva previsto en la Ley 411 de 1997.

Resalta que el derecho a la negociación colectiva es fundamental en la medida en que hace efectivo el derecho fundamental de asociación sindical, por ende, de conformidad con el artículo 152 de la Constitución Política, su desarrollo solo se puede efectuar mediante una ley estatutaria.

Considera que "*las estipulaciones contenidas en el Decreto 535 de 2009, no son propias de un reglamento legal sino constitucional y su espíritu es regular, limitar y restringir los derechos de negociación colectiva y de asociación sindical de los empleados públicos colombianos. Como el Gobierno nacional no tiene facultades para este efecto, deberá derogarse en la forma pedida" (*fl. 161).

Contestación a la demanda

Ministerio de la Protección Social

Se opone a las pretensiones de la demanda y manifiesta que (fls. 76-85):

- Los Convenios 151 y 154 de la OIT relativos a la negociación colectiva de empleados públicos, se incorporaron al ordenamiento jurídico nacional a través de las Leyes 411 de 1997 y 524 de 1999.

- Los citados convenios disponen que los países deben adoptar las medidas para aplicarlos, de conformidad con las condiciones nacionales y los métodos "*que permitan a los representantes de los empleados públicos la determinación de dichas condiciones"* (fl. 79).

- El decreto demandado tiene por objeto establecer las instancias dentro de las que se adelanta la concertación entre las organizaciones sindicales de empleados públicos y las entidades del sector público.

- Según lo considerado en la jurisprudencia constitucional, los convenios internacionales tienen un reconocimiento constitucional genérico "*pero ello no significa que, en el plano interno, el articulado de los mismos pueda prevalecer sobre normas constitucionalmente específicas, ya que la carta es norma de normas."* (fl. 80).

- La Corte Constitucional en las sentencias C-377 de 1998, C-161 de 2000 y C-1234 de 2005, consideró que los empleados públicos tienen un derecho a la negociación colectiva que no es pleno, pues las autoridades competentes fijan de manera unilateral sus condiciones laborales, lo que no obsta para que a través de mecanismos de concertación se fomente la participación de las organizaciones de servidores públicos. Resalta que en la sentencia C-161 de 2000 la Corte precisó que *"el artículo primero del Convenio 154 de la OIT sólo contiene una remisión a la*

legislación nacional, por lo que ahí se determinará si es aplicable o no al caso colombiano, de acuerdo con las limitaciones constitucionales".

-Las condiciones de empleo en el sector público son determinadas unilateralmente por el Estado "*aún en el caso de llegar el respectivo empleador estatal a acuerdos con su sindicato de empleados públicos o mixto si fuere el caso, conforme a los convenios 151 de 1978 y 154 de 1981"* (fl. 82).

-Los empleados públicos tienen derecho a presentar peticiones y consultas, las cuales deben ser resueltas de forma oportuna.

-El derecho de concertación se debe armonizar con las restricciones derivadas de la condición de empleados públicos, esto es, que la vinculación es legal y reglamentaria.

- La Corte Constitucional en la sentencia C-1234 de 2005 estableció cuál es el ámbito de negociación de los empleados públicos, que "*queda constitucionalmente limitado a establecer el procedimiento para que estos sindicatos puedan iniciar la concertación; garantizar que las peticiones o los reclamos sean recibidos y atendidos por la administración pública; definir cuál es la autoridad pública competente para pronunciarse cuando se desconoce, sin motivo, el derecho de negociación colectiva; así como determinar los mecanismos legales que garanticen que las solicitudes de los sindicatos de empleados públicos, después de la etapa de concertación, se reflejen en los proyectos de actos administrativos."* (fl. 84).

-El decreto demandado garantiza a los empleados públicos las instancias de concertación para viabilizar la discusión y análisis de las peticiones de las

organizaciones sindicales, los términos y la obligación de expedir los actos administrativos pertinentes o de responder por qué no se accede a las peticiones formuladas.

-El derecho de negociación colectiva de los empleados públicos no se puede asimilar al de los trabajadores oficiales quienes sí pueden suscribir convenciones colectivas.

Ministerio de Hacienda y Crédito Público

Solicita desestimar las pretensiones de la demanda y manifiesta que (fls. 89-99):

-La Ley 4 de 1992 señala que la concertación es uno de los principios que orientan el mejoramiento de la prestación de los servicios por parte del Estado.

-Según la Corte Constitucional en la sentencia C-1234 de 2005 no es plena la negociación colectiva de los sindicatos de empleados públicos porque la decisión final la deben adoptar las autoridades competentes, aunque se fomenten las instancias para promover la solución negociada y concertada de los conflictos entre empleados públicos, y las entidades empleadoras.

-El decreto demandado se expidió en virtud de la sentencia C-1234 de 2005 en la que se declaró la exequibilidad condicionada del artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo, en la que consideró "*las organizaciones sindicales de empleados públicos podrán acudir a otros medios que*

garanticen la concertación en las condiciones de trabajo, a partir de la solicitud que al respecto formulen estos sindicatos" (fl. 92).

-El Decreto 535 de 2009 no desconoce los convenios aprobados por la legislación colombiana "*y proporciona herramientas de concertación mientras el Congreso de la República regula el procedimiento para hacer efectivo el derecho consagrado en el artículo 55 de la Constitución"* (fl. 92).

-El artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo contiene una de las excepciones al artículo 55 de la Constitución Política, que garantiza a los empleados públicos el derecho a la negociación colectiva *"De forma tal que la Constitución Política no estableció un derecho pleno a favor de los empleados públicos, en la medida que corresponde al Congreso y al Gobierno fijar unilateralmente las condiciones laborales de los empleados públicos"* (fl. 94).

-De conformidad con la sentencia C-1234 de 2005, el artículo 416 del CST no fue derogado porque la Constitución no prescribe un derecho de negociación pleno para los empleados públicos, en razón a las competencias del Congreso y del Gobierno nacional para fijar las condiciones de trabajo de los empleados públicos, como lo dispone el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política.

-En desarrollo de la citada disposición constitucional se expidió la Ley 4 de 1992, la que dispone que "*no puede existir otro régimen salarial o prestacional que contravenga las disposiciones dictadas por el mismo Gobierno en esta materia, o que se encuentran contenidas en la mencionada Ley 4 (art. 10)"* (fl. 95).

-La competencia para regular el régimen materia salarial y prestacional de los empleados públicos está compartida entre el Congreso de la República y el Gobierno Nacional.

-No asiste la razón al actor, pues el Gobierno Nacional tiene la competencia funcional y exclusiva de fijar la estructura organizacional, las plantas de personal, las competencias de dirección, administración y fiscalización del Estado, los procedimientos administrativos y el principio del mérito como presupuesto esencia de la carrera administrativa, funciones que son indelegables. Adiciona que por el contrario la concertación "*de las condiciones laborales fue implementada para atender sus propios asuntos, para garantizar que las peticiones y reclamos sean recibidos y atendidos por la administración pública, en un termino razonable, para conocer los pronunciamientos de la autoridad pública"* (fl. 97).

-Respecto de la pretensión subsidiaria, relativa a la declaratoria de nulidad de los artículos 3 y 4.4 del Decreto 535 de 2009, en cuanto a que para el actor se hace nugatoria la participación sindical en los temas laborales, administrativos y económicos; manifiesta el Ministerio que el decreto demandado no restringe las facultades de las organizaciones sindicales de interceder por los trabajadores agremiados.

-Los sindicatos de empleados públicos pueden acudir a la concertación, pero no inician conflictos colectivos, "*ni discusiones sobre incrementos salarios (sic) o beneficios laborales, que deban resolverse mediante una negociación colectiva"* (fl. 99).

-El decreto demandado no está viciado por falsa motivación pues aunque el Gobierno Nacional está facultado para fijar unilateralmente las condiciones

salariales de los empleados públicos, esta competencia no lo habilita para rechazar las peticiones en ejercicio de la concertación con las organizaciones sindicales.

Ministerio del Interior

Este Ministerio se opone a las pretensiones de la demanda al indicar que (fls. 104-112):

-El contenido del artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo sí está relacionado con el Decreto 535 de 2009, pues la prohibición para los sindicatos de empleados públicos de presentar pliegos de peticiones, no excluye la utilización de otros medios para lograr la concertación de las condiciones laborales.

-No es acertado afirmar que el decreto demandado reglamenta la concertación pero no la negociación colectiva, ya que "*la negociación colectiva conlleva en sí misma la concertación, pues no de otra manera se logra un acuerdo entre las partes involucradas"* (fl. 107).

-El decreto censurado reglamentó el artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual fue declarado exequible de manera condicionada, en la sentencia C-1234 de 2005. Providencia en la que se analizó la citada norma frente a los Convenios 151 y 154 de la OIT, que fueron incorporados a la legislación nacional a través de las Leyes 411 de 1997 y 524 de 1999.

-La declaración de exequibilidad del referido artículo está condicionada al entendimiento que para hacer efectivo el derecho a la negociación colectiva,

las organizaciones sindicales de empleados públicos pueden acudir a otros mecanismos que garanticen la concertación en las condiciones de trabajo.

Sobre el cargo de violación directa de la Constitución y la ley, indica que el Decreto 535 de 2009 no limita el derecho de participación de los empleados públicos en la fijación de las condiciones laborales en concertación con los empleadores, sino que se regulan las instancias para que aquélla sea efectiva.

Frente a la presunta la violación de los convenios internacionales, se precisa que el Decreto 535 de 2009 utiliza el término concertación, en armonía con lo considerado por la Corte Constitucional al declarar la exequibilidad condicionada del artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo, pues es claro que el derecho a la negociación colectiva de los empleados públicos no es absoluto, ya que no se puede desconocer la competencia del Estado para fijar unilateralmente las condiciones laborales.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte actora

Mediante escrito visible a folios 195 a 211, el actor reitera como pretensión principal, la nulidad de Decreto 535 de 2009 y como subsidiaria, la nulidad de los artículos 3 y 4.4 del citado decreto.

Señala que el decreto demandado desarrolla la concertación, pero no fomenta la negociación colectiva, aunque invoque en la parte motiva las Leyes 411 de 1997 y 524 de 1999 que aprobaron los Convenios 151 y 154 de la OIT. Igualmente indica que el acto acusado viola los principios

generales del derecho, los derechos a la igualdad ante la ley, al debido proceso, la protección especial al trabajo y el derecho de negociación colectiva.

Precisa que se desconoció uno de los fines esenciales del Estado previsto en el artículo 2 de la Constitución Política, que consiste en "*la participación de todos en las decisiones que los afecten"* (fl. 198)*,* pues el decreto demandado fue expedido unilateralmente, en tanto no se contó "*con la voluntad de los sujetos de derecho".*

Estima que según la Corte Constitucional no existe una regulación legislativa sobre el derecho a la negociación colectiva, por lo que hizo un llamado para que el Congreso lo regulara en un término prudencial.

Indica respecto de las limitaciones del derecho a la negociación colectiva que cualquier limitación legal no es válida, pues se requiere que no afecte el núcleo esencial del derecho de negociación, y que aquélla sea razonable y proporcional.

Reitera que el concepto de negociación colectiva regulado en el Código Sustantivo del Trabajo es más amplio que el de concertación, y que aunque el artículo 416 *ídem*, le prohíbe a los sindicatos de empleados públicos la presentación de pliegos de peticiones y la celebración de convenciones colectivas, "*el citado artículo no prohíbe expresamente el derecho a la negociación colectiva de los sindicatos de empleados públicos"* (fl. 200).

Considera que antes de la reglamentación del artículo 416 del CST, el Gobierno Nacional debió consultar a las organizaciones que agrupan a los

empleados públicos, como lo establecen el artículo 7 del Convenio 154 de la OIT y el artículo 32 de la Ley 489 de 1998.

Señala que el decreto demandado está viciado por falsa motivación, en tanto el ejecutivo "*desborda el ámbito de sus atribuciones y facultades al exceder en el poder reglamentario otorgado por el artículo 189 numeral 11de nuestra constitución"* (fl. 205). Al igual manifiesta que a través de un decreto reglamentario desarrolla una materia diferente de las normas que se invocan en la motivación del mismo.

Expone que el parágrafo del artículo 3 y el numeral 4 del artículo 4, al definir campos exentos de la concertación, establecen unas limitaciones que corresponde definir al poder legislativo.

Coadyuvante. La Asociación de Servidores Públicos del Ministerio de Defensa y de las Instituciones que conforman el Sistema de Salud de las fuerzas militares y de la Policía Nacional –ASEMIL-

En escrito que obra a folios 183 a 185 expresa que el decreto demandado constituye "*una traba más en el ejercicio del universal derecho de asociación sindical de los empleados públicos, en contravía de la Constitución Política"* (fl. 183).

Agrega que es necesario precisar que las únicas restricciones del derecho de asociación sindical, son la fuerza pública y los servicios públicos esenciales. Adiciona que la razón del ser del derecho de asociación sindical es la presentación de pliegos de peticiones, la negociación bilateral, la firma de acuerdos colectivos con fuerza de ley para las partes.

Resalta que las "*graves violaciones de los derechos humanos en Colombia, siempre han estado vinculadas a la carencia de una debida protección al Derecho de Asociación Sindical"* (fl. 184).

El Ministerio de la Protección Social

En escrito que obra a folios 174 a 177 reitera los argumentos expuestos al contestar la demanda.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público

En escrito visible a folios 186 a 190 indica el Ministerio que no es técnico hablar de negociación colectiva porque los empleados públicos no están vinculados mediante un contrato de trabajo, de ahí que sea pertinente referirse a la concertación, para desarrollar la instrumentalización de los acuerdos.

Considera que los empleados públicos tienen prohibido firmar convenciones colectivas y presentar pliegos de peticiones, por ello "*participan en derechos de petición, consulta no vinculante, diálogos con organizaciones sindicales y modalidades particulares de negociación a través de concertación"* (fl. 186).

Expresa que la Corte Constitucional en la sentencia C-110 de 1994 declaró la exequibilidad del artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo, al considerar que la restricción que prevé la citada norma se fundamenta en la excepción contemplada en el artículo 55 de la Constitución Política. Y señala que posteriormente en la sentencia C-1234 de 2005 se indicó frente a la misma norma que "*la negociación colectiva consagrada en el Convenio 154 de la OIT, incorporado a la legislación colombiana por la Ley 524 de 1999 y*

el artículo 55 de la Constitución corresponden a un concepto más amplio que las figuras de pliegos de peticiones y convención colectiva, y los memoriales respetuosos no son asimilables al pliego de peticiones" (fl. 188).

Concluye que existen procedimientos de negociación entre las autoridades públicas y las organizaciones de empleados públicos sobre las condiciones de trabajo, y que el Estado, en su condición de empleador debe escuchar a las organizaciones sindicales y cumplir con los acuerdos a los que llegue a través de la concertación. Adiciona, que no obstante lo anterior existen algunos temas sobre los cuales las organizaciones de empleados públicos no tienen competencia para concertar, pues corresponde al Gobierno definirlos unilateralmente.

Ministerio del Interior

Mediante escrito visible a folios 191 a 194 reitera lo expresado en la contestación de la demanda.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuraduría Tercera Delegada ante el Consejo de Estado solicita que se acceda a la pretensión de nulidad del Decreto 535 de 2009, por omisión en el ejercicio de la facultad reglamentaria (fls. 213-218), en razón a los siguientes argumentos:

Indica que si bien en los considerandos del decreto demandado aparecen formalmente referidos "*los elementos de juicio"* que dieron lugar a la expedición del acto, éstos no corresponden a la materia reglada, "*pues nada tienen que ver, como lo precisa el accionante, las limitaciones impuestas*

legalmente a los sindicatos de empleados públicos con la tarea de concertación (decisión administrativa) a que hacen referencia las Leyes 411 de 1997, 524 de 1999 que, en su orden, aprobaron los Convenios OIT 151 y 154". (fl. 217 vto).

Señala que no hay una unidad de materia entre las normas que desarrolladas y el decreto enjuiciado, porque "*así se exponga que la concertación puede llegar a ser un trámite anterior y necesario para impedir un cese de actividades, pues lo que precisamente establece el 416 es la imposibilidad de presentar pliegos de peticiones y celebrar convenciones colectivas, de donde es perfectamente lógico colegir que esa reunión de ánimos – administrativos y particulares-, destinados a lograr ese fin común no tendrá vocación de prosperidad"* (fl. 217 vto).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Del control de legalidad de los actos administrativos derogados

El Decreto 535 de 2009, acto administrativo cuya nulidad se solicita en el presente proceso, fue derogado por el artículo 9 del Decreto 1092 de 2012 "*Por el cual se reglamentan los artículos 7° y 8° de la Ley 411 de 1997 en lo relativo a los procedimientos de negociación y solución de controversias con las organizaciones de empleados públicos."*

No obstante, la derogatoria de un acto administrativo no inhibe al juez para que se pronuncie sobre su legalidad, pues según lo ha manifestado reiteradamente esta Corporación *"es suficiente que una norma jurídica de carácter general haya tenido vigencia por un pequeño lapso, para que la jurisdicción de lo contencioso ante una*

demanda en su contra deba pronunciarse sobre su legalidad"[5]. Igualmente en sentencia del 2 de noviembre de 2001 se consideró que:

> *"El Consejo de Estado reiteradamente ha sostenido que la derogatoria de un acto administrativo o su decaimiento no significan que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo pierda la competencia para decidir sobre su legalidad y declarar su nulidad, si es del caso. Durante la vigencia los actos administrativos de carácter general producen efectos, crean situaciones particulares y concretas y es posible que aún no estén consolidadas, por lo cual si con ese acto se vulneró el orden jurídico la única forma de restablecerlo a plenitud es con la declaratoria de nulidad, porque los efectos de tal declaración se remontan al momento de su entrada en vigencia, mientras que la derogatoria surte efectos hacia el futuro."*[6]

Así, como la derogatoria de una norma no tiene efectos retroactivos, mientras que la declaratoria de nulidad sí, es posible efectuar el control de legalidad de un acto administrativo derogado a través de la acción de simple nulidad, por el tiempo en que tuvo efectos, en razón de las situaciones jurídicas particulares que se pudieron consolidar. En consecuencia se estudiará la legalidad del Decreto 535 de 2009 aunque esté derogado.

Una vez verificado que no existen impedimentos procesales procede la Sala a pronunciarse sobre el fondo del asunto.

Problema jurídico

---

[5] Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 4 de septiembre de 1998, M.P. Dr. Julio Correa Restrepo, proceso con radicado No. 8727.
[6] Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 2 de noviembre de 2001, M.P. Dra. María Inés Ortiz Barbosa, proceso con radicado No. 11001-03-27-000-2001-0011-01(11857).

Corresponde a esta Sala determinar, de conformidad con la pretensión principal del actor, si el Decreto 535 de 2009 es nulo por infringir las normas en que debía fundarse, desviación de poder y falsa motivación. Igualmente la Sala estudiará, acorde con la pretensión subsidiaria, si el parágrafo del artículo 3 y el numeral 4 del artículo 4 del decreto demandado son nulos.

Finalmente, ASEMIL, como coadyuvante de la parte actora, formula los cargos de violación de la Constitución Política y otras normas, y falta de competencia.

Estudio de los cargos

El actor formula cargos principales y subsidiarios, de la siguiente manera:

1. Principales

1.1 Infracción de la ley por violación directa de la Constitución, leyes y convenios internacionales. Este cargo comprende la violación de i) los principios generales del derecho, ii) la Constitución y la ley, y iii) los convenios internacionales.
1.2 Desconocimiento del derecho de audiencias. Violación al debido proceso.
1.3 Falsa motivación. Desviación de las atribuciones propias del funcionario.

2. Subsidiarios

2.1 Infracción directa de la Constitución y la ley
2.2 Falsa motivación y abuso o desviación de poder

Por otra parte, ASEMIL, como coadyuvante de la parte actora, presenta los cargos de:

3.1 Violación de la Constitución Política y de otras normas superiores
3.2 Falta de competencia para expedir el reglamento

Al tener en cuenta las causales de nulidad previstas en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo y por efectos metodológicos, los cargos presentados por la parte actora y su coadyuvante, se agruparan así: i) infracción de las normas superiores[7], ii) desconocimiento del derecho de audiencias y defensa[8], iii) falsa motivación y desviación de poder[9] y iv) falta de competencia[10].

Para desatar los cargos propuestos por el actor y el coadyuvante, se estudiará i) El derecho a la negociación colectiva de los empleados públicos; ii) Los convenios la OIT sobre negociación colectiva de los empleados públicos. Las sentencias de constitucionalidad de las Leyes 411 de 1998 y 524 de 1999; iii) El artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo (sentencias C-110 de 1994 y C- 1234-2005) y iv) La concertación laboral

Marco normativo y jurisprudencial

El derecho a la negociación colectiva de los empleados públicos

[7] *Que incluye los cargos correspondientes a los numerales 1.1, 2.1 y 3.1.*
[8] *Cargo 1.2*
[9] *Cargos 1.3 y 2.2*
[10] *Cargo 3.2*

En la Constitución Política, el artículo 55 establece el derecho a la negociación sin distinguir entre trabajadores del sector privado, oficiales o empleados públicos, así:

> *"**ARTICULO 55.** 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*."

A este respecto se resalta que en los debates de la Asamblea Nacional Constituyente se señaló que el derecho a la negociación colectiva *"… es un derecho inherente al sindicato, no se puede concebir el derecho de sindicalización sin el derecho de los trabajadores a presentar sus peticiones y que estas peticiones sean negociadas en igualdad de condiciones con los representantes de los empleadores"*[11].

Ahora bien, frente al citado derecho respecto de los empleados públicos se precisó que:

> *"… quiero señalar igualmente que queremos derechos para todos los trabajadores colombianos, que nos permita eliminar esta odiosa discriminación que se ha dado en Colombia contra determinados trabajadores, principalmente los trabajadores del Estado, incluidos los empleados públicos que se les garantice el derecho a la negociación colectiva, el derecho a la huelga, el derecho a la concertación colectiva, en derecho a la participación en la gestión de las empresas, que no es contradictorio con el derecho a tener unas carreras profesionales, es la única manera de acabar con estas diferencias en las escalas de salario, que se han presentado en el sector estatal, que conspira contra una sana administración pública, que conspira contra un desarrollo técnico científico de la administración pública; aquí tenemos profesionales que ganan salarios que a veces están por de debajo del promedio salarial de un técnico, por ejemplo en la administración pública."* [12]

---

[11] *Asamblea Nacional Constituyente, antecedentes del artículo 55 de la Constitución Política, sesión plenaria del 10 de junio de 1991, pág. 22.*
[12] *Ídem.*

Por otro lado, el Convenio 154 de la OIT, aprobado por la Ley 524 de 1999 establecen la definición de negociación colectiva, así:

> *"A los efectos del presente Convenio, la expresión "negociación colectiva" comprende todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de:*
> *a) fijar las condiciones de trabajo y empleo, o*
> *b) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o*
> *c) regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez."*

Por su parte, la Corte Constitucional define el derecho a la negociación colectiva en la sentencia SU-342 de 1995[13], como "*el derecho regulador de una esfera de libertad en cabeza de patronos y los trabajadores" los trabajadores"* y en la sentencia C-161/00[14] se considera que dicho derecho se refiere "*a la capacidad de autoregulación de los empleadores y trabajadores en la relación laboral, dentro de los márgenes que la regulación normativa mínima obliga a respetar".*

Igualmente consideró la Corte que el sustento del fomento de la negociación colectiva, se encuentra en el preámbulo y el artículo 1, por los cuales se "*constituye a Colombia en un Estado Social de derecho, cuya forma de organización republicana, se funda, entre otros valores, en el trabajo"*[15] y el artículo 2 por el que "*el Estado debe promover la participación de todos en las decisiones que los afectan"*[16]. También se precisó que la función de la negociación colectiva es "*la*

13 M.P. Antonio Barrera Carbonell
14 M.P. Alejandro Martínez Caballero
15 C-593/93 M.P. Carlos Gaviria Díaz y C-110/94 M.P. José Gregorio Hernández Galindo
16 C-161/00. M.P. Alejandro Martínez Caballero

participación activa y decidida de los sujetos de la relación laboral, en la búsqueda de soluciones a los conflictos económicos que surgen de ella"[17].

De la misma forma se ha establecido que el derecho a la negociación colectiva adquiere el carácter de derecho fundamental "*cuando su desconocimiento implica vulneración o amenaza de los derechos al trabajo o de asociación sindical"*[18].

Finalmente la jurisprudencia constitucional ha considerado que los objetivos de la referida negociación se centran "*la concertación voluntaria y libre de condiciones de trabajo, la necesidad de diálogo que afiance el clima de tranquilidad social, la defensa de los intereses comunes entre las partes del conflicto económico laboral, la garantía de que los representantes de las partes sean oídos y atendidos y, el afianzamiento de la justicia social en las relaciones entre trabajadores y empleadores"*[19].

Los convenios la OIT sobre negociación colectiva de los empleados públicos. Las sentencias de constitucionalidad de las Leyes 411 de 1998 y 524 de 1999.

En primer lugar, se destaca que el artículo 53 de la Constitución Política indica que los convenios internacionales del trabajo, debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna. Ahora bien, los Convenios 151 y 154 de la Organización Internacional del Trabajo, fueron aprobados, respectivamente, por el Congreso de la República mediante las Leyes 411 de 1997 y 524 de 1999, declarados exequibles

[17] Ídem
[18] SU-342/95 M.P. Antonio Barrera Carbonell
[19] Ídem

por la Corte Constitucional[20] y posteriormente el Presidente de la República los ratificó[21], de modo que hacen parte de la legislación interna, como igualmente lo precisó la Corte Constitucional en la sentencia C-1234 de 2005[22].

Respecto del derecho a la negociación colectiva, se tiene que el Convenio 151 de 1978 relativo a la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública, en su parte motiva, indica que el convenio existente sobre negociación colectiva no se aplica a ciertas categorías de empleados públicos y que se tomó en cuenta "*la expansión de los servicios prestados por la administración pública en muchos países y de la necesidad de que existan sanas relaciones laborales entre las autoridades públicas y las organizaciones de empleados públicos.*"

Este convenio tiene como destinatarios a todas las personas empleadas por la administración pública cuando no existan disposiciones más favorables en otros convenios (art. 1, num. 1), sin embargo se establece que la legislación nacional debe determinar hasta que punto las garantías previstas en el Convenio se aplican a los empleados de alto nivel y a las fuerzas armadas y la policía (art. 1, nums 2 y 3).

Se prevé que habrán de tenerse en cuenta las condiciones nacionales, para estimular y fomentar el pleno desarrollo. y utilización del procedimiento de negociación sobre las condiciones de empleo, o de cualquier otro método que permita a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de dichas condiciones (art. 7). Frente a la solución de los conflictos

[20] Sentencias C-377/98 y C-161/00

[21] En la página de la OIT http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11200:0::NO::P11200_COUNTRY_ID:102595, consta que los dos convenios fueron ratificados por el Estado Colombiano y que entraron en rigor desde el 8 de diciembre del año 2000.

[22] M.P. Alfredo Beltrán Sierra

que se originen en el marco de la fijación de las condiciones de empleo, se señala que "*se deberá tratar de lograr, de manera apropiada a las condiciones nacionales, por medio de la negociación entre las partes o mediante procedimientos independientes e imparciales"* y a renglón seguido se hace una enunciación a manera de ejemplo de dichos procedimientos *"mediación, conciliación y el arbitraje"* (art. 8).

Por otra parte, el Convenio 154 de 1981, referente al fomento de la negociación colectiva, en la parte motiva expone que se deben hacer mayores esfuerzos para realizar los objetivos de las normas sobre libertad sindical, derecho de sindicación, negociación colectiva, conciliación y arbitraje voluntarios, relaciones de trabajo en la administración pública, y los principios generales previstos en el artículo 4 del convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva de 1949, y en el párrafo 1 de la Recomendación sobre contratos colectivos de 1951 que indican:

> *"Convenio 98 de 1949. (…) Artículo 4: Deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo."*
>
> *"Recomendación 91 de 1951 (…) I. Procedimiento de las Negociaciones Colectivas*
>
> *(1) Se deberían establecer sistemas adaptados a las condiciones propias de cada país, por vía contractual o legislativa, según el método que sea apropiado a las condiciones nacionales, para la negociación, concertación, revisión y renovación de contratos colectivos, o para asistir a las partes en la negociación, concertación, revisión y renovación de contratos colectivos.*
>
> *(2) Los acuerdos entre las partes o la legislación nacional, según el método que sea apropiado a las condiciones nacionales, deberían determinar la organización, el funcionamiento y el alcance de tales sistemas."*

Como se expuso anteriormente, el Convenio 154 define la expresión negociación colectiva y dispone que tiene como fin "*fijar las condiciones de trabajo o empleo*", *"regular las relaciones entre empleadores"* y "*regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez"* (art. 2). Igualmente se precisa que éste se aplica a todas las ramas de la actividad económica, no obstante en lo que toca con la administración pública "*la legislación o la práctica nacionales podrán fijar modalidades particulares de aplicación …"* (art. 1).

Sobre el campo de aplicación se tiene que el Convenio 98 de 1949 sobre negociación colectiva, excluyó a "*los funcionarios públicos que trabajan en la administración del Estado"*, pero posteriormente el Convenio 151 constituyó un gran avance, pues se exigió a los Estados el fomento de los procedimientos de negociación para que los representantes de los empleados públicos participaran en la fijación de las condiciones de empleo; y el 154 promovió la negociación colectiva, en los sectores público y privado[23]. A este respecto la Revista Internacional del Trabajo indica que dicho avance se originó porque el Convenio 154 *"a diferencia del Convenio núm. 98, ya no se refiere a la reglamentación de las condiciones de empleo por medio de «contratos colectivos« (que tienen valor de ley en muchos países, mientras que los «acuerdos colectivos« no llegan ni siquiera a tener valor contractual en ciertos países). Ello «habría hecho imposible esta inclusión, por las objeciones de los Estados dispuestos a reconocer la negociación colectiva en la función pública, pero sin renunciar al mismo tiempo a un régimen estatutario« (Von Potobski, 1988, pág. 1890)."* [24]

---

[23] *Revista Internacional del Trabajo, vol. 119 (2000), num 1, Principios de la OIT sobre la negociación colectiva, Bernard GERNIGON, Alberto ODERO y Horacio GUIDO. Copyright © Organización Internacional del Trabajo 1999. Pag. 52*
[24] *Ídem.*

En este sentido se destaca que efectivamente el artículo 4 del Convenio 98 expresa que "*Deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo." (Subrayado fuera de texto).*

En tanto que el Convenio 154 precisa que se debe fomentar el establecimiento de reglas de procedimiento, así:

> *"Artículo 5*
> *1. Se deberán adoptar medidas adecuadas a las condiciones nacionales para fomentar la negociación colectiva.*
> *"2. Las medidas a que se refiere el párrafo 1 de este artículo deberán tener por objeto que:*
> *a) la negociación colectiva sea posibilitada a todos los empleadores y a todas las categorías de trabajadores de las ramas de actividad a que se aplique el presente Convenio;*
> *b) la negociación colectiva sea progresivamente extendida a todas las materias a que se refieren los apartados a), b) y c) del artículo 2 del presente Convenio;*
> *c) sea fomentado el establecimiento de reglas de procedimiento convenidas entre las organizaciones de los empleadores y las organizaciones de los trabajadores;*
> *d) la negociación colectiva no resulte obstaculizada por la inexistencia de reglas que rijan su desarrollo o la insuficiencia o el carácter impropio de tales reglas;*
> *e) los órganos y procedimientos de solución de los conflictos laborales estén concebidos de tal manera que contribuyan a fomentar la negociación colectiva."*

En el mismo sentido, la Recomendación 169 de 1979, relativa a los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública, también se refiere a acuerdos y no a contratos colectivos; en efecto en el artículo 3 señala *"Cuando se concluyan acuerdos entre la autoridad pública y una organización de*

empleados públicos, de conformidad con el párrafo 2, subpárrafo 1), de la presente Recomendación, normalmente debería especificarse su período de vigencia o el procedimiento para su terminación, renovación o revisión, o ambas cosas."

Ahora bien, al retomar que los Convenios 151 y 154, fueron incorporados a la legislación interna a través de las Leyes 411 de 1997 y 524 de 1999, es menester resaltar las consideraciones de la Corte Constitucional al declarar la exequibilidad de las referidas leyes en las sentencias C-377 de 1998 y 161 de 2000, respectivamente.

En la sentencia C-377 de 1998[25] se consideró que los empleados públicos gozan del derecho a la negociación colectiva sin perjuicio de la facultad que tiene el Estado de fijar unilateralmente sus condiciones de empleo, así:

> *"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.*
>
> *Sin embargo, la Constitución reconoce a todas las personas el derecho a participar en las decisiones que puedan afectarlas (CP art. 2º). 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.*

[25] *M.P. Alejandro Martínez Caballero*

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 7º y 8º 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.

(…)

17- 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."

Por otra parte, en la sentencia C-161 de 2000 se precisó que:

> *"En relación con este tema esta Corporación ya se pronunció in extenso, cuando revisó la constitucionalidad del Convenio 151 "sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública" y de la Ley 411 de 1997 aprobatoria de dicho instrumento. En esa oportunidad[26], la Corte dijo que, con fundamento en los artículos 55 y 56 de la Carta, es perfectamente posible que los trabajadores oficiales eleven peticiones y adelanten procesos de negociaciones plenas con las autoridades para dirimir sus conflictos económicos. Pero, no sucede lo mismo con los empleados públicos, pues aquellos están sometidos a la fijación unilateral del Estado, por medio de leyes, ordenanzas, acuerdos y reglamentos, de las condiciones generales del empleo, por lo cual los empleados públicos tienen el derecho de participar en la determinación de sus condiciones de trabajo, pero no en forma plena."*

También se sostuvo en esta providencia que en el artículo 1 del Convenio 154 se hace una remisión a la legislación nacional, para que sea ésta la que determine cómo aplica el convenio al contexto colombiano, de acuerdo con las limitaciones constitucionales existentes.

Como se dijo al empezar este acápite, por disposición del artículo 53 de la Constitución Política, los convenios internacionales del trabajo ratificados por el Estado Colombiano hacen parte de la legislación interna; así se entiende que integran el orden normativo nacional, los Convenios 151 y 154 de la OIT. En este orden el Presidente de la República está facultado en virtud del numeral 11 del artículo 189 de la Carta Política para reglamentar las Leyes 411 de 1997 y 524 de 1999 aprobatorias de los citados convenios.

---

[26] *Sentencia C-377 de 1998 M.P. Alejandro Martínez Caballero. Sobre este mismo punto también puede consultarse la sentencia C-110 de 1994 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.*

El artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo (sentencias C-110 de 1994 y C- 1234-2005)

El Código Sustantivo del Trabajo en el artículo 416 dispone que los sindicatos de los empleados públicos no pueden presentar pliegos de peticiones ni celebrar convenciones colectivas. La constitucionalidad de este artículo fue estudiada en dos ocasiones por la Corte Constitucional, antes de ser ratificados por Colombia los Convenios 151 y 154 de la OIT y después de su incorporación a la legislación interna.

Así, la Corte Constitucional en las sentencias, C-110 de 1994 y C-1234 de 2005 declaró la exequibilidad condicionada del artículo 416 del CST. En la primera sentencia citada indicó que el artículo en mención es constitucional: "*en el entendido de que la frase "aun cuando puedan declarar o hacer huelga" únicamente es aplicable a los sindicatos de trabajadores oficiales que laboren para entidades encargadas de prestar servicios públicos que la ley califique como esenciales".*

En la segunda providencia se manifestó que: "*la expresión "los sindicatos de empleados públicos no pueden presentar pliegos de peticiones ni celebrar convenciones colectivas",* es exequible, "*bajo el entendido que para hacer efectivo el derecho a la negociación colectiva consagrado en el artículo 55 de la Constitución Política, y de conformidad con los convenios 151 y 154 de la OIT, las organizaciones sindicales de empleados públicos podrán acudir a otros medios que garanticen la concertación en las condiciones de trabajo, a partir de la solicitud que al respecto formulen estos sindicatos, mientras el Congreso de la República regule el procedimiento para el efecto."*

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que el Código Sustantivo del Trabajo fue expedido a través del Decreto Ley 2663 del 5 de agosto de 1950, esto es, antes de que fuera expedida la Constitución de 1991 o los Convenios 151 y 154 de la OIT, en un momento en que no se hablaba del derecho a la negociación colectiva de los empleados públicos, pues el Convenio 98 de 1949, los excluía de su campo de aplicación[27]. De ahí, que existiera duda acerca de si con la Constitución de 1991 y la ratificación de los Convenios 151 y 154 que prescriben el derecho a la negociación colectiva de los empleados públicos, el artículo 416 del CST, conservaba su vigencia. Al respecto la Corte Constitucional en la sentencia C-110 de 1994 estimó que:

> *"Pues bien, el artículo 416 acusado plasma normas relativas a la presentación de pliegos de condiciones, celebración de convenciones colectivas, declaración y ejercicio del derecho de huelga, con todo lo cual da desarrollo practico al derecho constitucional de asociación sindical y al de negociación colectiva y complementa la enunciada garantía plasmada por el artículo 415 del mismo Código Sustantivo del Trabajo.*
>
> *De acuerdo con la norma, los sindicatos de empleados públicos no pueden presentar pliegos de peticiones ni celebrar convenciones colectivas. En cambio, los sindicatos de trabajadores oficiales tienen todas las atribuciones de los otros sindicatos y sus pliegos de peticiones se tramitarán en los mismos términos que los demás, aun cuando no puedan declarar o hacer huelga.*
>
> *La disposición legal parte de la distinción, introducida de tiempo atrás en el Derecho Laboral colombiano, entre empleados públicos y trabajadores oficiales. Mientras los primeros tienen establecida con el Estado una relación legal y reglamentaria, los segundos están vinculados al servicio*

[27] "Artículo 6. El presente Convenio no trata de la situación de los funcionarios públicos en la administración del Estado y no deberá interpretarse, en modo alguno, en menoscabo de sus derechos o de su estatuto."

público mediante contrato que se rige por normas especiales. Según el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, las personas que prestan sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos son empleados públicos; los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales.

(…)

La restricción consagrada en la norma para los sindicatos de empleados públicos, sobre presentación de pliegos de peticiones y celebración de convenciones colectivas, tiene sustento en el artículo 55 de la Constitución, que garantiza el derecho de negociación colectiva para regular relaciones laborales, con las excepciones que señale la ley. La que se considera es una de tales excepciones, establecida en norma con fuerza material legislativa.

(…)

El artículo acusado consagra finalmente una limitación para los sindicatos de trabajadores oficiales: no pueden declarar ni hacer huelga.

Dice el artículo 56 de la Constitución: "Se garantiza el derecho de huelga, salvo en los servicios públicos esenciales definidos por el legislador".

Eso implica, para los efectos que se analizan, que la Carta garantizó el derecho de huelga a los trabajadores oficiales con la única excepción de los que tengan a su cargo la prestación de los servicios públicos esenciales definidos por el legislador.

(…)

> *Así, pues, la disposición legal que se estudia no puede seguir produciendo un efecto de carácter absoluto e indiscriminado. Tendrá que modificar su alcance forzosamente cuando se expida la ley que defina cuáles son los servicios públicos esenciales.*
>
> *En consecuencia, su exequibilidad no es plena. La norma únicamente puede entenderse ajustada a la Constitución en cuanto aluda a sindicatos de trabajadores oficiales que laboren para entidades públicas encargadas de la prestación de servicios públicos calificados por la ley como esenciales. La prohibición legal es contraria a la Constitución en cuanto se refiere a sindicatos de trabajadores que laboren para entidades públicas encargadas de la prestación de servicios públicos no esenciales, según la ley."* (Subrayado fuera de texto)

A su vez, en la sentencia C-1234 de 2005[28] se consideró que los Convenios 151 y 154- que establecen el derecho a la negociación colectiva de los empleados públicos- fueron incorporados a la legislación interna, de modo que no se puede considerar, como lo hizo la Corte en la sentencia C-110 de 1994, que el artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo es una de las excepciones al derecho a la negociación colectiva, previstas en el artículo 55 de la Constitución Política.

Igualmente se estimó en la citada providencia que las prohibiciones previstas en el artículo 416 para los empleados públicos, sobre la presentación de pliegos de peticiones y la celebración de convenciones colectivas, no desconocen el derecho a la negociación colectiva previsto en el citado artículo 55 y en el Convenio 154, pues la expresión negociación colectiva tiene una acepción que va más allá de los pliegos de peticiones o convenciones colectivas *"que abarca "todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de: fijar las condiciones de trabajo y empleo, o regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o*

[28] *M.P. Alfredo Beltrán Sierra*

regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez."(art. 2º Convenio 154 de la OIT)."[29]

La concertación laboral

El término concertación en el derecho laboral colectivo está previsto en los artículos 55 y 56 de la Constitución Política, cuando se precisa que "*Es deber del Estado promover la concertación y los demás medios para la solución pacífica de los conflictos colectivos de trabajo"* y que una comisión tripartita concertará las políticas salariales y laborales.

A su vez, la Corte Constitucional en la sentencia C-1234 de 2005, al declarar la exequibilidad del artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo estimó que el derecho a la negociación colectiva se puede ejercer a través de mecanismos de concertación que garanticen la participación voluntaria y libre de los empleados en las decisiones que los afectan, para lograr acuerdos sobre las condiciones de trabajo y salarios, esto sin perjuicio de la facultad que tiene el Estado de fijarlas unilateralmente.

Por otro lado, en los debates de la Asamblea Nacional Constituyente, en lo que toca con la concertación prevista en el inciso segundo del artículo 55 de la Constitución se expresó que *"la concertación laboral es un mecanismo civilizado, es un mecanismo moderno que podemos utilizar los trabajadores"* y se adicionó que "*… sería importante un avance desde el punto de vista de la consagración de ese derecho que tantas veces ha reclamado la fuerza laboral del país, para que ese mecanismo de concertación de empleadores, gobierno y trabajadores sea*

[29] *C-1234 de 2005*

permanente … podría haber unos detalles de redacción, entre otras cosas allí vendría sin duda la discusión de cual es el carácter de esas concertaciones y el grado de obligatoriedad en determinados casos"[30].

2. Del caso en concreto

Como se explicó al enunciarse el estudio de los cargos propuestos por el actor y el coadyuvante, éstos se agruparán en cuatro, titulados así: infracción de las normas superiores, desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, falsa motivación y desviación de poder, y falta de competencia para expedir el reglamento.

Primer cargo.- Infracción de las normas superiores[31]

El actor señala como pretensión principal que el Decreto 535 de 2009 desconoce la Constitución Política, la ley y los convenios internacionales; acusación que comparte la parte coadyuvante. Por otro lado el demandante, también solicita de forma subsidiaria que se declare la nulidad del artículo 3 y el numeral 4 del artículo 4 del mismo decreto, por considerar igualmente que desconocen las normas en que debían fundarse.

---

[30] Asamblea Nacional Constituyente, antecedentes del artículo 55 de la Constitución Política, sesión plenaria del 9 de mayo de 1991, pág. 14.

[31] Este acápite agrupa los cargos denominados de la siguiente manera por el actor y el coadyuvante:

1.1 Infracción de la ley por violación directa de la Constitución, leyes y convenios internacionales. Este cargo comprende la violación de i) los principios generales del derecho, ii) la Constitución y la ley, y iii) los convenios internacionales.

2.1 Infracción directa de la Constitución y la ley

3.1 Violación de la Constitución Política y de otras normas superiores

Pretensión principal

En síntesis considera el demandante, que el decreto censurado desconoció la Constitución, en concreto, los derechos a la igualdad y al debido proceso de los empleados públicos, dado que no se fomentó la negociación colectiva. Adiciona que se vulneraron el preámbulo y el artículo 2 de la Constitución Política porque el acto demandado no garantiza la participación de los empleados públicos y de sus organizaciones.

En el mismo sentido considera que el acto demandado desconoce el artículo 55 de la Constitución Política, y los Convenios 151 y 154 de la OIT, ya que no se reglamenta la negociación colectiva para empleados públicos.

Igualmente estima el actor que se violan las Leyes 411 de 1997 y 524 de 1999 que aprobaron respectivamente los Convenios 151 y 154 de la OIT. Lo anterior, en tanto para el accionante, el concepto de negociación colectiva en las referidas leyes es más amplio que el de concertación previsto en el decreto demandado, pues, la negociación colectiva se desarrolla de conformidad con las etapas previstas en el Código Sustantivo del Trabajo, es decir, surgimiento del conflicto colectivo, conversaciones, arreglo directo, huelga, arbitramento y suscripción del acuerdo o pacto colectivo. En este orden considera el actor que el Decreto 535 de 2009 introduce aspectos que no fueron desarrollados por las normas en que se fundamentó.

Frente a los convenios internacional el actor expone que aunque los Convenios 151 y 154 de la OIT tratan sobre la protección del derecho de sindicación y el fomento de la negociación colectiva, el decreto reglamentario desarrolla es la concertación;

de la misma forma expresa que el Decreto 535 de 2009 no reglamenta el artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo.

Al respecto, observa la Sala que la inconformidad del accionante frente al decreto demandado, radica en que en su criterio, el Decreto 535 de 2009 no reglamenta el derecho a la negociación colectiva de los empleados públicos, sino la concertación de sus condiciones laborales, con lo cual se desconocen las normas superiores que regulan el citado derecho.

En este punto precisa la Sala que el decreto demandado reglamenta el artículo 416 del CST que señala como limitaciones para los sindicatos de empleados públicos, presentar pliegos de peticiones y celebrar convenciones colectivas. Con este propósito se expone en los considerandos del decreto en comento, que los convenios de la OIT sobre negociación colectiva fueron aprobados por la legislación nacional, y que "*se requiere establecer las instancias para la concertación de las condiciones laborales de los empleados públicos.*"

Al respecto precisa la Sala que la solicitud de nulidad del Decreto 535 de 2009 entiende que el derecho a la negociación colectiva de los empleados públicos es idéntico al de los demás trabajadores (particulares y oficiales), y por esta razón insiste en que el acto demandado no desarrolla el derecho a la negociación colectiva previsto en el artículo 55 de la CP y en los convenios ratificados por Colombia. Así, bajo la lógica de la demanda, los empleados públicos deben gozar del derecho a la negociación colectiva en los mismos términos que los otros trabajadores.

Dicho argumento de la demanda, no tiene en cuenta que los empleados públicos no están vinculados con su empleador, esto es el Estado, por un contrato resultado del acuerdo de voluntades, sino por un estatus legal y reglamentario que es definido unilateralmente por el Estado, lo que no impide que participen en la fijación de las condiciones laborales, en ejercicio del derecho de negociación colectiva, como claramente lo consideró la Corte Constitucional en la sentencia C-377 de 1998. Así, la situación especial de los empleados públicos ha llevado a que la OIT admita en el fomento del derecho a la negociación colectiva cierta flexibilidad por parte de los Estados, como claramente se deduce de lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 1 que dispone "*En lo que se refiere a la administración pública, la legislación o la práctica nacionales podrán fijar modalidades particulares de aplicación de este Convenio".*

En el mismo sentido se establece en el artículo 7 del Convenio 151, de aplicación exclusiva a la administración pública, que se deben adoptar las *"medidas adecuadas a las condiciones nacionales para estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados públicos acerca de las condiciones de empleo, o de cualesquiera otros métodos que permitan a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de dichas condiciones".*

Como se observa, en el campo de los empleados públicos, los Estados cuentan con cierta liberalidad para fomentar el derecho de negociación colectiva, a través de la implementación de procedimientos independientes e imparciales, como establece el artículo 8 *ídem,* para la determinación de las condiciones de empleo, así:

> *"Solución de conflictos. Artículo 8º.- La solución de los conflictos que se planteen con motivo de la determinación de las condiciones de empleo se deberá tratar de lograr, de manera apropiada a las condiciones nacionales, por medio de la negociación entre las partes o mediante procedimientos independientes e imparciales, tales como la mediación, la conciliación y el arbitraje, establecidos de modo que inspiren la confianza de los interesados." (*Subrayado fuera de texto).

Este amplio margen de regulación que se da a los Estados para que fomenten la negociación colectiva, encuentra su razón de ser en que, en la determinación de las condiciones de empleo y de trabajo de los empleados públicos, se deben tener en cuenta, aspectos como el presupuesto público, el cual es expedido por el Congreso previa formulación por parte del Gobierno Nacional[32], y las competencias privativas de las autoridades previstas en la Constitución Política, como ya lo ha expresado la Corte Constitucional. De ahí que los convenios internacionales aludan a que se deben establecer medidas adecuadas a las condiciones nacionales, para fomentar la negociación de las condiciones de empleo mediante procedimientos independientes e imparciales. En este orden, el término negociación colectiva en el campo de los empleados públicos, se puede materializar a través de diferentes mecanismos de negociación, así:

> *"Durante los trabajos preparatorios del Convenio núm. 151 (1978) se entendió que la palabra «negociación« abarcaba «cualquier forma de discusión, tanto formal como informal, destinada a lograr un acuerdo«, y que era preferible a la palabra «discusión«, pues esta última «no subrayaba la necesidad de tratar de obtener un acuerdo« (OIT, 1978, párrafos 64 y 65, pág. 25/10)".* [33]

---

[32] *Artículos 346 y siguientes de la Constitución Política.*
[33] *Revista internacional del trabajo, vol. 119 (2000), num 1, Principios de la OIT sobre la negociación colectiva, Bernard GERNIGON, Alberto ODERO y Horacio GUIDO* Copyright © Organización Internacional del Trabajo, 1999. Pág. 40.*

La citada flexibilidad en la adopción de los procedimientos de negociación de empleados públicos, también se lee en los párrafos 890 y 891 del Informe de Libertad Sindical y Negociación Colectiva[34] que indican:

> *890. Refiriéndose al artículo 8 del Convenio núm. 151 relativo a la solución de conflictos, el Comité recordó que, sobre la base de los trabajos preparatorios para la adopción del Convenio, se ha interpretado este artículo en el sentido de que brinda la posibilidad de optar entre la negociación y otros procedimientos (tales como la mediación, la conciliación y el arbitraje) para la solución de conflictos. El Comité puso de relieve la importancia del principio establecido en el artículo 8 del Convenio núm. 151. (Véase Recopilación de 1996, párrafo 917.)*
>
> *891. El Comité ha puesto de relieve que el artículo 7 del Convenio núm. 151 prevé cierta flexibilidad en la elección de los procedimientos para determinar las condiciones de empleo. (Véase Recopilación de 1996, párrafo 923.)*

Ahora bien, el artículo 416 del CST, al decir que los empleados públicos no pueden presentar pliegos de peticiones, ni celebrar convenciones colectivas, excluye éstas especies del derecho de negociación colectiva, pero no niega este derecho que se puede ejercer a través de otros medios independientes e imparciales.

En consonancia con lo expuesto y como lo afirma el artículo 8 del Convenio 151, la solución de conflictos de los empleados públicos se puede desarrollar a través de procedimientos independientes e imparciales, y a título enunciativo se menciona a la mediación, la conciliación y el arbitraje. En este orden de ideas, el Gobierno Nacional podía establecer la concertación, como desarrollo reglamentario del artículo 416 del CST, al ser aquélla una medida de fomento de la de negociación colectiva de los empleados públicos, de conformidad con las particularidades del orden normativo nacional.

---

[34] 2006

Así, es claro que uno de los procedimientos a los que se refiere el artículo 8 del Convenio 151 puede ser la concertación, pues ésta también se encuentra prevista en el artículo 55 de la Constitución Política, como un medio de solución pacífica de conflictos colectivos de trabajo, de modo que es un instrumento idóneo de fomento de la negociación colectiva para los empleados públicos.

Aunado a lo anterior, la Corte Constitucional en la sentencia C-1234 de 2005[35] consideró que "*los sindicatos de empleados públicos pueden acudir a todos los mecanismos encaminados a lograr la concertación sobre sus condiciones de trabajo y salarios"* y que las restricciones previstas en el artículo 416 del CST no equivalen a la prohibición del derecho a la negociación colectiva de los sindicatos de empleados públicos, así:

> *"Porque esta declaración de exequibilidad no puede entenderse como la prohibición del derecho de los sindicatos de empleados públicos de realizar negociaciones colectivas, en el sentido amplio del concepto. Por el contrario, estas organizaciones pueden presentar reclamos, peticiones, consultas, y deben ser atendidas. Los sindicatos de empleados públicos pueden acudir a todos los mecanismos encaminados a lograr la concertación sobre sus condiciones de trabajo y salarios. A su vez, el ejercicio de este derecho debe armonizarse con las restricciones propias de la condición de empleados públicos de los afiliados a estas organizaciones, es decir, que si bien pueden buscar la concertación, también opera la decisión unilateral del Estado en cuanto a salarios y condiciones laborales."*

De modo que, se insiste la referida flexibilidad en el ejercicio del derecho de negociación se justifica porque los empleados públicos no tienen un derecho pleno de negociación colectiva, pues como lo afirma la Corte están sujetos a

---

[35] *M.P. Alfredo Beltrán Sierra.*

la decisión unilateral de la autoridad competente para fijar las condiciones laborales.

En este orden, no asiste la razón a las partes actora y coadyuvante en lo que toca con la solicitud de nulidad del Decreto 535 de 2009, por infracción de las normas en que debía fundarse.

Pretensión subsidiaria

En síntesis el actor considera que el artículo 3 del Decreto 535 de 2009 es nulo porque i) el Gobierno queda facultado para definir qué temas son objeto de concertación, ii) se desconoce el derecho de todos a participar en las decisiones que los afectan, en la vida económica, política y administrativa (art. 2 de la CP) y el principio de democratización de la administración pública, iii) no se debe excluir el principio del mérito y iv) se incurre en una omisión al no prever la regulación de las relaciones *"entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores".*

Al respecto observa la Sala que el artículo 3 del Decreto 535 de 2009 indica:

> *"Artículo 3°. Concertación de las condiciones laborales. Se garantiza el derecho de concertación de los empleados públicos, a través de sus organizaciones sindicales, con la entidad pública empleadora, con el fin de:*
>
> *1. Fijar las condiciones de trabajo.*
> *2. Regular las relaciones entre empleadores y empleados.*
>
> *Parágrafo. Están excluidas de la concertación de las condiciones laborales, los asuntos que excedan el campo laboral, tales como: la estructura organizacional, las plantas de personal, las competencias de dirección, administración y fiscalización del Estado, los procedimientos*

> *administrativos y el principio del mérito como presupuesto esencial de la carrera administrativa.*
> *A nivel territorial, podrá haber concertación en materia salarial, respetando los límites que fije el Gobierno Nacional. En materia prestacional, las entidades territoriales no tienen facultad de concertación."*

Frente a lo señalado por el actor relativo a que el artículo 3 es nulo, porque se faculta al Gobierno para establecer qué temas exceden el campo laboral y por tanto no son materia de negociación, se considera, de un lado, que el parágrafo en comento no atribuye de manera expresa al Gobierno la competencia de fijar los temas objeto de negociación; y de otro, la fijación de los temas objeto de negociación se determina por las competencias constitucionales de las autoridades.

Así en el desarrollo de la negociación colectiva en el campo de los empleados públicos, impera tener en cuenta el orden normativo nacional, lo que implica que se deben respetar las competencias constitucionales de las autoridades, en este sentido, como la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos es un asunto de resorte del Presidente de la República quien tiene una competencia compartida con el Congreso, es bajo estos límites, que se desarrollan los procedimientos de negociación de los empleados públicos, y así mismo lo manifestó la Corte Constitucional al declarar la exequibilidad de las Leyes 524 de 1999 y 411 de 1997 que aprobaron los tratados 151 y 154.

Aduce igualmente el accionante que la exclusión de ciertos temas, prevista en el artículo 3 desconoce el derecho de todos a participar en las decisiones que los afectan y el principio de democratización de la administración pública.

En este punto, el Comité de libertad sindical ha previsto que es posible excluir ciertos temas de la negociación que corresponden a la dirección y funcionamiento del Estado, se precisó en este sentido:

> *"920. A propósito de una denuncia relativa a la negativa de celebrar negociaciones colectivas en el sector público sobre ciertas cuestiones, el Comité recordó la siguiente opinión, expresada por la Comisión de Investigación y de Conciliación en Materia de Libertad Sindical: «Existen ciertas cuestiones que corresponden, evidentemente, de modo primordial o esencial, a la dirección y funcionamiento de los asuntos del gobierno; estas cuestiones pueden considerarse de modo razonable fuera del alcance de la negociación». Es igualmente claro que algunas otras cuestiones son primordial o esencialmente cuestiones que se refieren a condiciones de empleo y no se deberían considerar excluidas del ámbito de las negociaciones colectivas llevadas a cabo en una atmósfera de buena fe y confianza mutua."* [36].

De la misma forma, la Revista Internacional del Trabajo, volumen 119, indicó que como los Convenios 151 y 154 admiten modalidades particulares de la negociación colectiva en la administración pública, la exclusión de algunas materias de la negociación es admisible, teniendo en cuenta que los citados convenios admiten cierta flexibilidad. En concreto se expresa en la citada revista:

> *"Ello explica que los Convenios núms. 151 y 154 admitan que se fijen modalidades particulares para la negociación colectiva en la administración pública. Hasta ahora, la Comisión de Expertos no ha realizado ningún estudio general al respecto, y los órganos de control de la OIT se han pronunciado, sobre todo, acerca de las cuestiones de carácter presupuestario y de las intervenciones de las autoridades en los acuerdos libremente pactados. Cabe plantearse si dichas «modalidades particulares« admiten o no varias posibilidades: a) armonizar un sistema contractual (pactado) con uno estatutario (Von Potobsky, 1988, págs. 1888, 1889 y 1892); b) excluir ciertas materias de la negociación; c) centralizar los acuerdos que tienen repercusiones presupuestarias o que propugnan reformas legislativas del*

[36] *Libertad sindical: Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT. Ginebra. Oficina Internacional del Trabajo, quinta edición. 2006. Párrafo 920, Pág. 196.*

> *estatuto de los funcionarios, y d) que el poder legislativo, previa consulta de las autoridades con las organizaciones sindicales, fije las líneas maestras que guiarán cada ejercicio de negociación colectiva en lo referente a las remuneraciones u otros asuntos con implicaciones financieras. Estimamos que la respuesta a estas cuestiones probablemente sea afirmativa si se tiene en cuenta que dichos convenios permiten cierta flexibilidad."*[37]

En este aspecto, destaca la Sala que aunque asiste razón al actor al afirmar que se tiene el derecho a participar en las decisiones que afectan a todos, también es cierto que dicho derecho no es absoluto. De igual manera la democratización de la administración pública también se enmarca en unos límites, de modo que es razonable que en el campo de negociación de los empleados públicos existan unos temas excluidos, pues en todo caso, como el derecho a la negociación colectiva de los empleados públicos no es pleno, se reitera que se deben respetar las competencias constitucionales de las autoridades en los niveles nacional y territorial.

Así, la Constitución fija las facultades que corresponden al Congreso (art. 150), entre las que se encuentran, determinar la estructura de la administración nacional (num. 7) y dictar las normas generales para fijar las condiciones salariales y prestacionales de los empleados públicos (num. 19). Por otra parte, también deben respetarse las facultades otorgadas al Presidente de la República señaladas en los numerales 1, 13 y 14 del artículo 189 de la Carta Política; y las competencias de las autoridades administrativas en los niveles departamental (arts. 299, 300 num. 7, 303 y 305 nums. 5 y 7 de la CP), municipal y distrital (arts. 312, 313 num 6, 314 y 315 num. 7 de la CP).

---

[37] *Revista Internacional del Trabajo, vol. 119 (2000), num 1, Principios de la OIT sobre la negociación colectiva, Bernard GERNIGON, Alberto ODERO y Horacio GUIDO. Copyright © Organización Internacional del Trabajo 1999. Pag. 52*

Por otra parte, en lo que toca con la exclusión del principio del mérito, como tema de concertación, indica el actor que su negociación se debe incluir en el artículo 3 del decreto demandado, esto teniendo en cuenta el Acto Legislativo 01 de 2008. En este aspecto considera la Sala que el citado acto, que ordenaba la inscripción extraordinaria de manera automática en carrera administrativa, y sin necesidad de concurso de quienes estaban nombrados en provisionalidad en cargos vacantes, fue declarado inexequible por la Corte Constitucional, en la sentencia C-588 de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

De modo, que por sustracción de materia, este cargo carece de fundamento fáctico, no obstante se estima necesario precisar que el principio del mérito es uno de los principios fundantes del Estado Social de Derecho y una de las garantías que prevé la Carta Política, para que solo aquellas personas más aptas sean las encargadas del prestación de los servicios a cargo del Estado. Sobre el principio del mérito, en la administración pública y en concreto en la carrera administrativa, en la sentencia del 1 de noviembre de 2012 se consideró que:

> *"Ha destacado la Corte que la selección mediante el mérito es una manifestación del derecho a la igualdad, que a su vez constituye una garantía para los aspirantes, a quienes se les preserva su derecho a acceder al desempeño de funciones públicas en condiciones equitativas, esto es, con la participación igualitaria en los procesos de selección de los funcionarios del Estado. Respecto de los referidos procesos si bien se ha establecido que el legislador tiene libertad de configuración para diseñarlos, también es claro que no puede vulnerar los derechos fundamentales de los participantes, entre ellos, el derecho a la igualdad.*[38]
>
> *Así, los artículos 125 de la Constitución Política prevé el principio del mérito como el fundamento del sistema de carrera administrativa y a su vez la jurisprudencia constitucional ha establecido que la incorporación de los cargos estatales a la carrera constituye un presupuesto esencial para la*

[38] Ídem.

> *realización de los fines estatales, entre ellos "el de garantía de cumplimiento de los fines estatales, en la medida en que permite que la función pública … pueda desarrollarse por personas calificadas y seleccionadas bajo el único criterio del mérito" [39]"* [40]

Ahora bien, sobre los temas que son objeto de negociación colectiva, se resalta que el Convenio 151 relativo a las condiciones de empleo en la administración pública no hace una mención expresa o detallada de aquéllos. Ahora bien, el Convenio 154 (art. 2) que trata de modo más extenso la negociación colectiva, sí hace una numeración de dichos temas, no obstante hay que recalcar que la aplicación de este instrumento en el caso de los empleados públicos puede estar sometida a modalidades particulares, como lo indica el numeral 3 del artículo 1, así:

> *3. En lo que se refiere a la administración pública, la legislación o la práctica nacionales podrán fijar modalidades particulares de aplicación de este Convenio.*

Por otra parte, el artículo 5 *ídem* señala que se deben adoptar medidas adecuadas a las condiciones nacionales y que la negociación colectiva se debe extender progresivamente a todas la materias a que se refieren lo apartados a), b) y c) del artículo 2 del Convenio 154, es decir: (a) fijar las condiciones de trabajo y empleo, (b) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores; y (c) regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez.

En este orden, se concluye respecto de la omisión que alega el actor que los temas señalados en el Convenio 154 y que por ende están previstos en la Ley aprobatoria (Ley 524 de 1999), que aquéllos se pueden adoptar gradualmente. En

---

[39] Corte Constitucional, sentencia C-1177 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis.
[40] Consejo de Estado, sentencia del 1 de noviembre de 2012, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, proceso con radicado 11001-03-25-000-2007-00103-00 y número interno (1966-2007)

consecuencia, al no incluirse como tema de concertación, la regulación de las relaciones entre las organizaciones de empleados públicos y el Estado, como empleador, este hecho no constituye una omisión que vicie de nulidad el artículo 3 del Decreto 535 de 2009, pues se insiste la norma objeto de desarrollo dispone que la implementación puede ser progresiva.

En este orden de ideas, concluye que no próspera la pretensión subsidiaria de nulidad contra el Decreto 535 de 2009, por infracción de las normas superiores.

Segundo Cargo.- Desconocimiento del derecho de audiencias y defensa[41]

Afirma el actor que previo a la reglamentación del artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo y como lo ordena el artículo 7 del Convenio 154, el Gobierno Nacional debió consultar a las organizaciones que agrupan a los empleados públicos, "*es claro entonces que debió haber consultas con las partes interesadas en el desarrollo de la negociación colectiva, a través del desarrollo de audiencias públicas"* (fl. 22).

A este respecto se precisa que si bien el Convenio 154 que fue aprobado por la Ley 524 de 1999, establece en el artículo 7 que "*Las medidas adoptadas por las autoridades públicas para estimular y fomentar el desarrollo de la negociación colectiva, deberán ser objeto de consultas previas",* también es cierto que el numeral 3 de este convenio, indica que "*en lo que se refiere a la administración pública se pueden fijar modalidades particulares de aplicación de este convenio,"* posibilidad que se ha reiterado a lo largo de esta providencia, pues como se explicó anteriormente la admisión de cierta flexibilidad en el fomento de la negociación colectiva de los empleados públicos, encuentra su sustento en que su vinculación

[41] *En este acápite se estudia el cargo 1.2 de la demanda.*

con el Estado es de carácter legal y reglamentario, de modo que el ámbito de negociación es más restringido.

En este orden de ideas, aunque no se desconoce la existencia del compromiso de dinamizar la regulación del derecho a la negociación colectiva de los empleados públicos, fomentando las discusiones tripartitas previas, no se puede establecer que se vicie de nulidad el Decreto 535 de 2009, pues es claro que cuando se trata de empleados públicos, el Convenio 154 admite cierta flexibilidad, como ya se dijo.

En este orden de ideas, este cargo tampoco está llamado a prosperar.

Tercer cargo.- Falsa motivación y desviación de poder[42]

Entre los cargos principales, el demandante formuló contra el decreto demandado los vicios de falsa motivación y desviación de las atribuciones propias del funcionario, los que sustentó al afirmar que el Decreto 535 de 2009, incurre en exceso de la facultad reglamentaria prevista en el numeral 11 del artículo 189 y estima que el Presidente de la República legisló a través de un decreto reglamentario, ya que el asunto del decreto difiere las normas que se reglamentan, esto es, las Leyes 411 de 1997 y 524 de 1999, que aprobaron respectivamente los Convenios 151 y 154 de la OIT, relativos a la negociación colectiva.

Como cargo subsidiario, se exponen dos causales, falsa motivación y desviación de poder.

---

[42] *En este acápite se estudian los cargos 1.3 y 2.2, formulados por el actor como principal y subsidiario.*

Como falsa motivación se indica que el decreto demandado, regula las instancias de la concertación, lo cual en principio reglamenta el artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo, pero que dicha norma no trata la negociación colectiva.

Indica que las prohibiciones previstas en el artículo 416 del CST, hace que sean nulas las funciones de los sindicatos de empleados públicos, de modo que de forma implícita no hay lugar a reglamentar este artículo frente a los empleados públicos.

Respecto del numeral 4 del artículo 4 que señala *"La entidad pública empleadora deberá tener en cuenta el presupuesto de la respectiva entidad y los lineamientos que fije el CONPES",* y el parágrafo del artículo 3 (que fija los temas excluidos de la concertación), expresa que son limitaciones que desconocen la motivación del Decreto 535 de 2009 y que el ejecutivo establece aspectos sustantivos, cuando el objeto del decreto reglamentario es desarrollar solamente temas procedimentales, pues así se lee de su parte motiva. Agrega que de conformidad con la motivación expresada en el decreto demandado, el Presidente no podía tipificar las materias que se excluyen de la concertación.

En lo que toca con el segundo vicio, la desviación de poder, expone que el Presidente se excedió en el ejercicio de la facultad reglamentaria para expedir el acto acusado, pues asumió una función legislativa al limitar las materias que son objeto de concertación y al excluir a las organizaciones sindicales de la concertación para que los trabajadores actúen directamente.

La Sala establece que el demandante en síntesis plantea que el acto demandado está viciado de nulidad por falsa motivación y desviación de poder, en razón del presunto exceso de la potestad reglamentaria de Presidente de la República porque:

-El Presidente legisló a través de un decreto reglamentario, ya que el decreto demandado difiere de las normas que dice reglamentar, que se refieren a negociación colectiva.

- El decreto acusado trata la concertación, mientras que en la parte motiva del acto se menciona a los convenios de la OIT sobre la negociación colectiva de los empleados públicos.

- El artículo 4 numeral 4 y el parágrafo del artículo 3, al establecer unos temas y limitaciones a la concertación, desarrolla temas que son sustantivos, lo que en criterio del demandante, desconoce la motivación del decreto acusado que se refiere solo a las instancias de concertación, es decir, aspectos procesales.

- El Presidente asumió una función legislativa al limitar las materias que son objeto de concertación y excluir a las organizaciones sindicales de la concertación para que los trabajadores actúen directamente.

Sobre el ejercicio de la facultad reglamentaria del Presidente de la República, prevista en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, debe decirse que la potestad reglamentaria es la facultad constitucional que se atribuye de manera permanente al Gobierno Nacional para la expedición de disposiciones jurídicas de contenido general y abstracto para la efectiva ejecución de la ley. A través de esta facultad se desarrollan las reglas y principios que fija la ley que se reglamenta y, en algunos casos, la completa en aquellos detalles y pormenores

necesarios para su aplicación, sin que pueda en ningún caso entrar a modificarla, ampliarla, restringirla en su contenido o alcance[43].

En este orden el límite de la facultad reglamentaria se encuentra en la ley objeto de desarrollo, de modo que el Presidente de la República no puede contrariar el sentido de la norma reglamentada.

Ahora bien, el accionante indica que con ocasión del presunto exceso de la facultad reglamentaria, el Decreto 535 de 2009 está viciado por falsa motivación y desviación de poder.

Cuando se alega el vicio de falsa motivación, es menester remitirse a los fundamentos de hecho y de derecho del acto demandado pues se trata de "*un defecto que se traduce en la falta de coherencia entre los antecedentes a tener en cuenta por la administración y la decisión asumida.*[44]"[45]

Ahora bien, cuando se trata de los fundamentos jurídicos del acto, cabe distinguir tres hipótesis, la inexistencia de las normas en que se fundamentó la manifestación de voluntad de la administración, la utilización de preceptos que no tienen una

---

[43] Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 6 de abril de 2011, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, proceso con radicado No. 11001032500020060013300 y con número interno 2085-2006.

[44] Cfr. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 2007. Pág. 399 y ss.

[45] Consejo de Estado, Sección Cuarta, M.P. Hugo Hernando Bastidas Bárcenas, sentencia del 24 de mayo de 2012 proferida en el proceso con radicado No. 25000-23-27-000-2006-00717-01(17705)

relación con las hipótesis de hecho objeto de decisión o la invocación de normas adecuadas pero erróneamente interpretadas[46].

En el presente caso, la Sala entiende que en criterio del actor, no hay correspondencia entre el tema regulado por el decreto censurado, esto es, la concertación, las normas reglamentadas, y las que se mencionan en la parte considerativa, es decir, el artículo 416 del CST y los Convenios 151 y 154 (sobre negociación colectiva).

En este punto, como ya se expuso en el cargo sobre infracción de las normas superiores, destaca la Sala que la concertación laboral y la negociación colectiva, tienen una relación de especie y género. Dicha relación se justifica en que el derecho a la negociación colectiva de los empleados públicos no es pleno, teniendo en cuenta que su vinculación con el estado, no es contractual, sino legal y reglamentaria; y en que según los Convenios 151 y 154 las medidas para el fomento de dicho derecho en el caso de la administración pública deberán tener en cuenta las condicionales nacionales y se faculta al Estado para diseñar "*modalidades particulares de aplicación de este Convenio*[47]*".*

Así, como modalidades particulares de aplicación del derecho a la negociación colectiva de los empleados públicos, el Convenio 151 al tratar los procedimientos para la determinación de las condiciones de empleo en la administración pública prevé que se acuda a mecanismos independientes e imparciales, como lo es, en el contexto nacional la figura de la concertación, que se encuentra regulada en el Decreto 535 de 2009. Institución que también está prevista en la Ley 4 de 1992[48] y

---

[46] *Ídem.*
[47] *Convenio 154.*
[48] *"Artículo 2º.- Para la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores enumerados en el artículo anterior, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta los siguientes objetivos y criterios: (...)*

en el artículo 55 de la Constitución Política como un medio para la solución pacífica de los conflictos colectivos de trabajo.

En lo que se refiere a los temas excluidos de la concertación, a la condición prevista en el numeral 4 del artículo 4 del Decreto 535 de 2009[49] y a que no establece como finalidad de la concertación, la regulación de las relaciones entre los empleadores y las organizaciones sindicales, (siendo un tema que sí está previsto en el Convenio 154); la Sala reitera lo expuesto en el cargo sobre infracción de las normas superiores. En donde en suma se consideró que los citados convenios admiten cierta flexibilidad por parte de los Estados en su aplicación, de modo que la exclusión de ciertos temas relativos a la dirección del Estado y algunas limitaciones relacionadas con el presupuesto público no desconocen necesariamente el derecho a la negociación colectiva de los empleados públicos. Igualmente se precisó que los temas previstos en el artículo 2 del Convenio 154 se pueden adoptar progresivamente (lit. b, num. 2, art. 5. Conv. 154).

En este orden de ideas, para la Sala el Decreto demandado no está viciado por falsa motivación de conformidad con lo expuesto por el actor en la demanda.

Por otra parte, en lo que toca con la desviación de poder, la jurisprudencia de esta Corporación ha considerado que este vicio se establece a partir de la desviación de propósitos legales[50] y de la consecuente de la demostración de que "*la*

---

c. La concertación como factor de mejoramiento de la prestación de los servicios por parte del Estado y de las condiciones de trabajo;"

[49] *"4. La entidad pública empleadora deberá tener en cuenta el presupuesto de la respectiva entidad y los lineamientos que fije el CONPES*."

[50] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 31 de mayo de 2012, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, expediente con radicación 25000232500020040863201 y número interno 2364-2010.

administración actuó con fines torcidos o distintos a los del buen servicio"[51]. Así se ha reiterado que no basta con la sola afirmación de que la administración utilizó arbitrariamente su poder a través del acto administrativo para obtener un fin diferente al previsto en la norma, sino que se requiere del cumplimiento de la carga probatoria que impone aportar los elementos de convicción mediante los cuales se desvirtúe la presunción de legalidad del acto administrativo[52].

Como se observa quien alega el vicio de desviación de poder debe cumplir con la carga probatoria de demostrar cuáles fueron los fines arbitrarios y ocultos que llevaron a la administración a expedir el acto demandado. En el presente caso, dicha carga no fue cumplida por el actor, en consecuencia no está probado este vicio.

Expuesto lo anterior, el cargo de falsa motivación y desviación de poder, tampoco tiene vocación de prosperidad.

Cuarto cargo.- Falta de competencia para expedir el reglamento[53]

Como fundamento de este cargo se considera en síntesis que:

---

[51] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, M.P. Alfonso Vargas Rincón, sentencia del 12 de febrero de 2009, expediente con radicación 41001-23-31-000-2000-03530-01 y número interno 1072-08.

[52] Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, sentencia del 11 de diciembre de 2012, proceso con radicado 11001-03-25-000-2005-00012-00

[53] *En este acápite se estudia el cargo 3.2 formulado por el coadyuvante.*

-El Gobierno Nacional al expedir el acto demandado no reglamentó el artículo 416 del CST, sino los artículos 38, 39, 53 y 55.

-Solo el legislador tiene la facultad de desarrollar el derecho a la negociación colectiva para empleados públicos. Como lo indicó la Corte al declarar la exequibilidad del artículo 416 del CST.

- El derecho a la negociación colectiva es fundamental por lo que su desarrollo se debe realizar mediante una ley estatutaria.

-Decreto 535 de 2009 restringe el derecho a la negociación colectiva.

Al respecto expone la Sala que el Decreto 535 de 2009 fue expedido por el Presidente de la República en ejercicio de la facultad reglamentaria, para desarrollar el artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo en armonía con los Convenios 151 y 154 de la OIT y con el propósito de establecer las instancias para la concertación de las condiciones laborales de los empleados públicos.

A efectos de estudiar los motivos de ilegalidad planteados en este cargo, se parte de la comparación entre el contenido del Decreto 535 de 2009, que desarrolla la concertación, y el artículo 416 del CST, que establece las prohibiciones para los sindicatos de empleados públicos. Para efectuar este análisis no se puede obviar la fuerza de cosa juzgada y efectos *erga onmes* de la sentencia C-1234 de 2005 que declaró la exequibilidad condicionada del artículo 416 del CST, bajo el entendido que "*para hacer efectivo el derecho a la negociación colectiva consagrado en el artículo 55 de la Constitución Política y de conformidad con los Convenios 151 y 154 de la OIT, las organizaciones sindicales pueden a acudir a otros medios que*

garanticen la concertación de las condiciones de trabajo, … ***mientras el Congreso de la República regule el procedimiento para el efecto"*** (Resaltado fuera de texto).

Como se expuso en el acápite sobre el artículo 416 del CST, esta norma no equivale a la prohibición del derecho a la negociación colectiva de los empleados públicos, pues ésta no se limita solo a la presentación de pliegos de peticiones y la celebración de convenciones colectivas, sino que los empleados públicos pueden acudir a otros procedimientos para concertar sus condiciones laborales, esto es a la concertación, como procedimiento independiente, imparcial y voluntario al que pueden acudir los funcionarios públicos a través de las organizaciones sindicales.

Sobre la presunta falta de competencia del Gobierno Nacional para reglamentar el derecho a la concertación, es claro que la sentencia C-1234 de 2005, consideró que mientras el Congreso de la República regule el procedimiento para hacer efectivo el derecho a la negociación colectiva, las organizaciones sindicales pueden a acudir a otros medios que garanticen la concertación de las condiciones de trabajo. Así, la ausencia de la regulación legal sobre el citado derecho, no significa que los sindicatos de empleados públicos no puedan concertar sobre sus condiciones laborales, y este es el propósito señalado en la parte motiva del decreto demandado *"establecer las instancias para la concertación de las condiciones laborales de los empleados públicos".*

Por otra parte, se precisa que la Corte Constitucional ha considerado que el derecho a la negociación colectiva es fundamental pero por conexidad *"cuando su desconocimiento implica vulneración o amenaza de los derechos al trabajo o de asociación sindical"*[54]*,* por ende, no se puede considerar que dicho derecho esté

[54] SU-342/95 M.P. Antonio Barrera Carbonell

comprendido en los asuntos descritos en el artículo 152 de la Constitución Política, que señala las materias que se regulan mediante leyes estatutarias.

Finalmente se considera que la concertación laboral de los empleados públicos prevista en el Decreto 535 de 2009, es una especie del derecho a la negociación colectiva, lo que se explica, porque en el caso de los empleados públicos ésta es restringida, de modo que los convenios de la OIT han permitido que se implementen modalidades particulares de procedimientos de negociación imparciales e independientes para la fijación de las condiciones laborales. Así, es claro que la concertación no restringe el derecho a la negociación colectiva, sino que es una modalidad de negociación colectiva para empleados públicos.

Visto lo anterior, este cargo tampoco prospera.

DECISIÓN

En este orden de ideas, la Sala establece que la parte actora no desvirtuó la presunción de legalidad del Decreto 535 de 2009, por lo que no se accederá a la solicitud de nulidad.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A

SE NIEGA la solicitud de nulidad contra el Decreto 535 de 2009 “Por el cual se reglamenta el artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo” proferido por el Gobierno Nacional, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

GERARDO ARENAS MONSALVE **GUSTAVO E. GÓMEZ ARANGUREN**

LEGIS LEGISmóvil
La actualidad jurídica en el momento en que ocurre

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO **ALFONSO VARGAS RINCÓN**